

3

DIREITO E MORALIDADE

3.1 EXISTE RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORALIDADE?

Uma maneira talvez didaticamente interessante para se introduzir um estudo mais aprofundado a respeito da *relação entre Direito e Moralidade* é tentando entender, preliminarmente, quais seus pontos de diferença mais significativos nas sociedades contemporâneas.

Apenas a título de exemplo, veja-se que Miguel Reale destaca que a diferença básica entre Direito e Moral está em que “a Moral é incoercível, e o Direito é coercível”¹ – para Reale, assim, o que distingue o direito da moral é a característica da coercibilidade: expressão técnica que serve para mostrar a compatibilidade que existe entre o Direito e a força. Assim, uma determinação jurídica é de observância obrigatória, e a autoridade pode fazer valer tal obrigatoriedade por meio da coerção. Norberto Bobbio², por sua vez, ao tratar do assunto a partir de Kant, diz que a ação moral se distingue da ação jurídica por dois fatores: a) a ação moral é a que é realizada não para atender

1. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43.

2. Especialmente em: BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Editora Mandarin, 2000.

um interesse material externo, mas para obedecer à lei do dever que o sujeito impõe a si em razão de sua autonomia moral; b) a ação moral é aquela que é cumprida não por um fim (externo), mas somente pelo princípio ou máxima que a determina. Kant então, segundo Bobbio, distingue a doutrina do direito da doutrina da moralidade não tanto com relação aos deveres próprios, mas pela diversidade da legislação que regula o comportamento – assim, a legislação do direito é basicamente *externa*, ao passo que a moral é *interna*. Também é possível dizer que se diferenciam por conta das finalidades a que se dirigem. Com efeito, o direito objetiva a manutenção da ordem social mediante previsibilidade de sanções em caso de descumprimento de suas regras e a constituição de instituições voltadas ao uso legítimo do poder estatal e à preservação de padrões mínimos de convivência entre os integrantes de uma sociedade.

O que de fato move o interesse pelo tema, porém, não é exatamente buscar uma diferenciação entre direito e moralidade, mas o seu contrário: quais seus pontos de intersecção e de que forma se relacionam e se compreendem um à vista do outro. As questões que serão abordadas neste capítulo dizem respeito justamente à análise da eventual relação entre direito e moralidade, vale dizer, àquilo em que se conectam.

Todavia, é inviável avançar nesta tarefa sem uma concepção mínima do que significa e representa a moralidade. Aqui se aproximam os campos de estudo e interesse de dois ramos filosóficos importantes para o presente trabalho: a Filosofia do Direito (por óbvio) e a Filosofia Moral, este último responsável justamente por se voltar ao estudo do que a moralidade é e daquilo que ela requer de todos nós³. Mais que isso, é sobre como devemos viver nossas vidas e porque devemos viver a vida de uma determinada forma ou de outra. De fato, o que é preciso se preocupar aqui é compreender se é possível agirmos corretamente do ponto de vista moral (se é possível racional e epistemologicamente tomar decisões certas), em que consistem tais decisões certas moralmente falando, quais procedimentos devemos utilizar e aplicar para

3. RACHELS, James. RACHELS, Stuart. **Os elementos da filosofia moral**. 7ª ed. Tradução: Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 13.

uma ação moral consciente e quais argumentos são aptos a justificar uma escolha que se pretenda boa/correta/certa do ponto de vista moral.

Deste modo, uma noção introdutória da compreensão da natureza da moralidade passa por duas premissas indispensáveis: em primeiro lugar, decisões morais devem ser necessariamente suportadas e apoiadas por boas razões argumentativas; em segundo lugar, julgamentos de ordem moral que exigem justificativas argumentativamente fortes também demandam que as decisões morais decorrentes respeitem a imparcialidade (sejam imparciais), vale dizer, considere os interesses de cada indivíduo ou grupo envolvidos no dilema que se pretenda resolver como igualmente importantes e moralmente equiparáveis (que não haja uma preferência anterior que estabeleça uma “prerrogativa” de um frente ao outro)⁴.

A Filosofia Moral se preocupará com nossas decisões diretamente ligadas ao modo como vivemos a própria vida que tenham a capacidade de tornar nossa existência feliz e válida, mas também se preocupará que nossos comportamentos, escolhas e ações concretas sejam capazes de permitir que tenhamos um mínimo de convivência em paz e tranquilidade com os demais integrantes de nosso grupo social, de forma a permitir que todos tenhamos uma vida possível de ser vivida. Esta central diferença de perspectiva conduzirá à própria distinção conceitual entre *ética* e *moral*, questão de extrema relevância para a estruturação deste capítulo.

Outra derivação deste aprofundamento (e que deixará explícita a aproximação entre Filosofia do Direito e Filosofia Moral, sobretudo no capítulo 5) encontra-se no fato de ser possível perquirir *se existe* ou *se não existe* uma relação entre direito e moralidade: caso não existente ou existente apenas de maneira casual e contingente, estaremos no campo do positivismo jurídico; caso se defenda que esta relação é necessária e que, destarte, não existem normas jurídicas ou sistemas jurídicos inteiros despegados dos princípios morais e de justiça universais, estaremos no

4. RACHELS, James. RACHELS, Stuart. **Os elementos da filosofia moral**. 7ª ed. Tradução: Delamar José Volpato Dutra. Porto Alegre: AMGH, 2013, p. 22.

campo do jusnaturalismo ou, com importantes adaptações, do pós-positivismo (neoconstitucionalismo).

A intenção é, por fim, conseguir apresentar uma compreensão contemporânea de moralidade, ou melhor, *uma compreensão do que significa a moralidade na Era Moderna*. Aí então será efetivamente factível estabelecer se existe e em que termos se coloca a relação entre direito e moral.

A compreensão contemporânea da moralidade, em verdade, depende da constatação de como a concepção sobre o que de fato é uma *ação virtuosa ou moralmente correta* muda conforme o período histórico da humanidade. Mais precisamente, autoriza entender que existe uma “Filosofia Moral dos antigos” e uma “Filosofia Moral dos modernos”⁵. Sob a perspectiva da Antiguidade (em especial para os gregos, e em parte também para os filósofos da cristandade), uma ação moralmente correta, aceitável e elogiável do ponto de vista moral, era vista não como um preceito de uma razão imperativa, não como algo imposto frente a necessidade de cumprimento de um dever, mas antes de mais nada como algo correto frente ao propósito que definia nossa própria existência⁶. A moralidade enquanto *bem* (o agir correto/justo) teve mudanças significativas e emblemáticas ao longo da história. Para a filosofia moral grega, a moralidade estava diretamente conectada a uma noção genérica de bem, o chamado “sumo bem ou bem supremo”, que nessa perspectiva era a *felicidade*. Havia um propósito previamente definido para nossa existência, e vivíamos esta vida em busca do alcance da felicidade. Já para a filosofia moral cristã de S. Agostinho e S. Tomás de Aquino, por seu turno, mantém-se vinculada à moralidade a ideia de alcance de um propósito que confere sentido à existência humana, e que corresponde à noção de beatitude – aproximação com o Deus cristão e condução de nossa vida exclusivamente para a busca de tal aproximação. Todavia, já aqui com a chamada “Ética Tomista ou da Bem Aventurança”, inicia-se uma certa internalização, em termos de juízos morais, da noção de dever: há uma imposição de obrigação

5. Há um texto famoso do Prof. Enrico Berti (Universidade de Pádua) cujo título é “A Ética dos Antigos e a Ética dos Modernos”, que de forma brilhante expõe tal diferenciação.

6. RAWLS, John. **História da Filosofia Moral**. Tradução: Ana Aguiar Cotrim. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 77.

de servirmos a Deus, suas regras e determinações, pois apenas através da observância de uma obrigação dessa ordem é que garantiríamos a possibilidade de acesso à vida eterna.

Com o processo de transformação da própria humanidade que, historicamente, encontra seu ponto inicial na passagem do Século XV para o Século XVI⁷, a busca de uma vida virtuosa voltada ao alcance da felicidade ou da beatitude definitivamente dá lugar a uma noção *normativa* de moralidade, fundamentada agora por uma inafastável observância do cumprimento de um dever: seja o dever de identificar e observar “a coisa certa a se fazer” (característica da teoria moral kantiana), seja o dever de realizar uma ação moral de modo a efetivar o resultado capaz de produzir maior felicidade individual e, decisivamente e mais importante, elevar o bem-estar do maior número possível de pessoas e assegurar a maximização da felicidade geral (teoria moral consequencialista utilitarista).

O aparecimento dos trabalhos de autores como Immanuel Kant (“Fundamentação da Metafísica dos Costumes”), G.W.F. Hegel (“Filosofia da História e Princípios da Filosofia do Direito”), e David Hume (“Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral”), e, na Filosofia do Direito, de autores como Ronald Dworkin (“Justiça para Ouriços” e “A Virtude Soberana”), Jürgen Habermas (“Consciência Moral e Agir Comunicativo”), H.L.A. Hart (“Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia”) e Joseph Raz (“A Moralidade da Liberdade”), foi decisivo para a formulação normativa de uma nova concepção de moralidade, uma *moralidade da Era Moderna*. Em função disso, a moralidade deixa de ser compreendida como o desenvolvimento de uma forma de vida voltada ao alcance de um dado propósito já preestabelecido e determinado que, em última análise, era justificador da própria existência humana – propósito esse de natureza metafísica e que, dessa perspectiva, definia o modo como os seres humanos conduziram sua vida durante a passagem terrena, e passa a ser entendida agora (na Era Moderna) como a preocupação em se definir *padrões normativos de comportamento humano* ligados à observância de deveres,

7. Vide comentário a respeito no Capítulo 1, p. 19/20.

padrões esses não mais decorrentes de algum tipo de referência metafísica, mas produzidos exclusivamente pela racionalidade humana para regular nossa convivência em grupo, vez que somos seres sociais por excelência.

A preocupação com a definição de padrões normativos de comportamento racionalmente determinados e derivados puramente do intelecto humano tornou-se determinante para a Filosofia Moral contemporânea e, conforme se verá, influenciou enormemente a maneira como a relação entre direito e moralidade passou ser estabelecida em termos teóricos.

Uma nota de importante registro aqui diz respeito a um fator relevante para a concepção de moralidade e que é de estrita relevância também para o direito: uma definição significativa de moralidade não pode prescindir de uma apreciação objetiva do conteúdo dos juízos, práticas e limites que a envolvem, não podendo se limitar à mera prescrição de regras procedimentos que deixam de levar em consideração o conteúdo do que pretendem regular. Deste modo, é indispensável que instituições, formas de relações de convivência, práticas cotidianas orientadas pela razão prática, tipos de motivação, mecanismos de solução de conflitos etc., sejam moralmente aprovados caso de fato se proponham a contribuir para a obtenção de alguma forma de bem-estar humano e de modelos que garantam uma convivência social que atendam minimamente ao interesse de todos os integrantes do grupo⁸. A partir do Século XVIII, as discussões sobre a moralidade deixam de lado a busca por princípios que seriam naturalmente autoevidentes encontráveis no mundo, e passam a se interessar por investigar a “experiência sensorial empírica” a partir das relações entre seres humanos

8. WILLIAMS, Bernard. **Moral: uma introdução à ética**. Tradução: Remo Mannarino Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 123/124. Vide também: “Por fim, a convicção de que a filosofia só é plausível ou precisa na medida em que reconhece a contingência radical no mundo e leva a sério as suas implicações. Williams é um cético com relação à possibilidade da filosofia moral ser capaz de oferecer uma espécie de articulação harmônica de todos os bens, valores, virtudes e ideais importantes numa vida humana, eliminando a possibilidade de conflito e arrependimento. Este projeto, para Williams, tende a fracassar na medida em que ignora a incomensurabilidade de valores, bem como a possibilidade permanente de dilemas trágicos” (POHLMANN, Eduardo Augusto. **O problema da sorte moral: responsabilidade, tragédia e contingência**. Saarbrücken: Novas Edições Acadêmicas, 2014, p. 43).

e suas condições de sustentação como fonte de conhecimento moral⁹. Esta preocupação é também decisiva para qualquer proposta teórica que objetive apresentar uma concepção acurada do direito.

Este é, em nossa opinião, o elo significativo entre uma concepção de moralidade contemporânea e uma compreensão do direito que leve em consideração a existência de princípios e valores de natureza moral internalizados pelo direito por meio de normas jurídicas, em especial nos textos constitucionais.

Antes, entretanto, de abordar com maior detalhamento tal relação, parece importante tratar, ainda que brevemente, da possibilidade de distinção conceitual entre dois termos absolutamente importantes para a Filosofia Moral (e, em certa medida, também para a Filosofia do Direito): fala-se, aqui, da possibilidade de diferenciação teórica entre os termos *ética* e *moral*¹⁰.

Relevante notar que essa diferenciação teórica nunca foi um objeto de preocupação na Filosofia Moral, ao menos até por volta do fim do século XIX. Com efeito, desde os pré-socráticos até o período referido, uma longa tradição da Filosofia Moral manteve a percepção de que os termos *ética* e *moral* são sinônimos e similares, e assim não haveria motivo para um debate conceitual a respeito de uma possível particularização. Parece ser apenas com Max Weber e sua distinção entre *ética da convicção* e *ética da responsabilidade* que ganha relevância a possibilidade científica de uma diferenciação entre *ética* e *moral*¹¹. De

9. BLACKBURN, Simon. **Being Good**. Oxford. Oxford University Press: 2001, p. 110.

10. Um excelente (e didático) roteiro explicativo da questão encontra-se no link <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2007/11/filosofia-moral-tica-e-moral.html>>, *blog* de assuntos teóricos do professor de Teoria do Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Prof. André Luiz Souza Coelho.

11. "Impõe-se que nos demos claramente conta do fato seguinte: toda a atividade orientada segundo a *ética* pode ser subordinada a duas máximas inteiramente diversas e irredutivelmente opostas. Pode orientar-se segundo a *ética* da responsabilidade ou segundo a *ética* da convicção. Isso não quer dizer que a *ética* da convicção equivalha a ausência de responsabilidade e a *ética* da responsabilidade, a ausência de convicção. Não se trata disso, evidentemente. Não obstante, há oposição profunda entre a atividade de quem se conforma às máximas da *ética* da convicção – diríamos, em linguagem religiosa, 'O cristão cumpre seu dever e, quanto aos resultados da ação, confia em Deus' – e a atitude de quem se orienta pela *ética* da responsabilidade, que diz: 'Devemos responder pelas previsíveis consequências de nossos atos'" (WEBER, Max. **Ciência e Política: duas vocações**. Tradução: Leonidas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. São Paulo: Ed. Cultrix, 1968, p. 113).

fato, é já no Século XX que esta distinção conceitual ganha relevância e desperta o interesse dos estudiosos do tema em tentar aprofundá-la cientificamente.

Contudo, um exame da etimologia das palavras parece indicar que se trata de coisas distintas. Ética é uma palavra que vem do grego “*éthos*”, que significa *caráter*. De outra parte, a palavra moral vem do latim “*mores*”, que quer dizer *hábito ou costume*. Aceitando-se esta divisão etimológica, então, moral tem a ver com o estabelecimento de preceitos ou costumes dominantes de uma sociedade, vale dizer, um conjunto de normas que regulam o comportamento do homem em sociedade através dos costumes e tradições, ao passo que ética, por outro lado, tem a ver com a construção do próprio caráter pelo qual a pessoa é responsável por isso, ou seja, o indivíduo escolhe valores que formarão sua personalidade e conduzirão seu modo de viver em sociedade.

Na Filosofia do Direito contemporânea, dois autores preocuparam-se detidamente com a possibilidade de distinção teórica entre os termos ética e moral: Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Suas posições a respeito servirão como norteador para a explicação que se segue.

Dworkin explicita seu ponto de vista acerca do tema em uma passagem bem específica de sua obra “Justiça para Ouriços”: “Enfatizo aqui, bem como ao longo de todo o livro, a distinção entre ética, que é o estudo de como viver bem, e moral, que é o estudo de como devemos tratar as outras pessoas”¹². Esta é a base fundamental do pensamento de Ronald Dworkin a respeito de ética e moral: ou seja, Dworkin descreve uma teoria sobre o que é *viver bem*, ou como devemos viver cada um as nossas vidas, e estes temas se colocam como objeto de preocupação a respeito do que é a ética, bem como sobre aquilo que, se quisermos garantir a viabilidade do viver bem, devemos *fazer ou deixar de fazer* em função dos outros que conosco convivem em um corpo social, e estes temas se colocam como objeto de preocupação a respeito do que é a moral. A ética, portanto, é uma teoria a respeito do que significa

12. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012, Cap. 1 (Guia).

uma boa vida individualmente, como cada um de nós pretende viver sua vida. A moral, por sua vez, é uma teoria de convivência harmoniosa (adequada) com os demais, a respeito daquilo que posso ou não posso fazer, devo ou não devo fazer, com vistas à manutenção de uma convivência aceitável com os demais membros do grupo social¹³.

Jürgen Habermas sustenta ponto de vista semelhante em um artigo científico denominado “Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática”. De acordo com a exposição de Habermas, é possível identificar um *uso ético da razão*, a corresponder a um “conselho para a orientação correta na vida, para a realização de um modo pessoal de vida”, ao passo que também resta identificado um *uso moral da razão*, que “serve à elucidação de expectativas legítimas de comportamento em face de conflitos interpessoais que atrapalham o convívio regulado de interesses antagônicos”¹⁴.

3.2 COMO SE ESTABELECE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORALIDADE?

Feitas estas observações desde a Filosofia Moral, mostra-se oportuno o momento para se alcançar a percepção a respeito de como se estabelece a *relação entre o Direito e a Moralidade*.

13. Confira-se o já mencionado texto de André Coelho contido no link: <<http://aquitemfilosofiasim.blogspot.com/2007/11/filosofia-moral-tica-e-moral.html>>. Acesso em: 15 dez. 2019. É do texto a seguinte passagem: “As duas coisas, claro, são indispensáveis. Sem moral, a convivência é impossível. Sem ética, é infeliz e lamentável. Diz-se que quem age moralmente (por exemplo, não mentindo, não roubando, não matando etc.) faz o mínimo e não tem mérito, mas quem não age moralmente deixa de fazer o mínimo e tem culpa (por isso pode ser punido). Por outro lado, quem age eticamente (sendo generoso, corajoso, perseverante etc.) faz o máximo e tem mérito, mas quem não age eticamente apenas faz menos que o máximo e deixa de ter mérito, mas sem ter culpa (por isso não pode ser punido, mas, no máximo, lamentado)”.

14. Artigo disponível em <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8528/10079>>. Acesso em: 15 dez. 2019. Jürgen Habermas, ao lado de Karl-Otto Apel, é responsável por formular talvez a mais relevante teoria normativa da moralidade do Século XX: a “Ética do Discurso”. De acordo com esta teoria da moralidade, o que se visa é fornecer uma base racional e universal dos princípios do agir humano através da forma linguística da comunicação humana e da modalidade específica que é a argumentação, para se explicar e justificar do ponto de vista moral os comportamentos humanos. Trata-se de uma vertente teórica que reconhecer o dever de observância dos princípios básicos de uma comunidade de comunicação, que é procedimental e, destarte, não preocupada com conteúdos de ordem material (apenas com aspectos formais), e que, também, tem a pretensão de ser válida e aplicável para quaisquer seres racionais e livres em qualquer parte do globo em que seja permitida a convivência livre e racional de seres humanos (universalista).

Não há dúvida de que muitas das normas jurídicas que no capítulo anterior foram denominadas de “primárias” (recorde-se, normas jurídicas que determinam comportamentos obrigatórios, permitidos ou proibidos) apresentam conteúdo muito similar – ou mesmo idêntico – a normas de ordem moral, quer dizer, normas determinantes de padrões de comportamento humano com o objetivo de assegurar uma convivência social minimamente harmônica e justa. Com efeito, normas jurídicas constitucionais que estabelecem direitos e garantias fundamentais, normas jurídicas que determinam comportamentos criminal ou civilmente ilícitos ou que prescrevem ações juridicamente autorizadas são, em grande medida, coincidentes com princípios universais de moralidade¹⁵.

De outra parte, além da comparação das normas em plano objetivo, o desenvolvimento da atividade jurídica pelas pessoas incumbidas de nela atuar – ou seja, agora em um plano subjetivo – revela que boa parte das preocupações dos chamados “operadores do direito” são comuns tanto ao direito quanto à moral. Especialmente após o fenômeno de constitucionalização dos princípios verificado a partir da edição de diversas novas Constituições nos países ocidentais desde a virada da segunda metade do Século XX, os aplicadores do direito passaram a ter que debater e discutir o significado e o alcance de normas em termos tanto jurídicos, como morais.

Exatamente por isso Manuel Atienza afirma:

“Por vezes diz-se que o ofício do juiz – pelo menos, num Estado de Direito – é aplicar correctamente o Direito democraticamente estabelecido e não discorrer (enquanto juiz) acerca da respectiva justiça ou injustiça, pois que este último aspecto competiria exclusivamente ao legislador, à assembleia democraticamente eleita para essa função. Mas, por estranho que possa parecer, esta última continua a ser uma resposta moral e, de certo, discutível. É uma resposta moral, porque o que se quer dizer com ela é que, na consciência do juiz, deve actuar, como razão última para a sua decisão, o facto de o legislador ter emitido uma determinada norma, e não o seu ponto de vista pessoal acerca da questão que tiver que julgar.

15. ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. 8ª ed. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 107.

Ora bem, se as razões morais são – poderia dizer-se que *por definição* – as razões últimas que um sujeito tem para decidir, de uma forma ou de outra, uma questão prática, então a norma que diz que uma pessoa – ou que o juiz – deve agir sempre de acordo com o Direito positivo é uma norma moral. E é, além disso, discutível porque semelhante ideia implica uma claudicação do princípio da autonomia da moral (de que a moral – a moral crítica – não é algo imposto de fora, mas resulta das normas e princípios que cada um de nós elabora), que não é fácil de justificar. É, sem dúvida razoável que a origem democrática das normas funcione como uma presunção a favor da moralidade, do carácter moralmente justificado, das mesmas¹⁶.

A citação acima introduz a constatação acerca da enorme dificuldade que os tribunais brasileiros (mesmo os Superiores) têm em compreender a relação entre direito e moralidade e, especialmente, em interpretar normas jurídicas que carregam expressões que são, também, morais. Este talvez seja o motivo principal da confusão conceitual a respeito de uma hipotética superação do paradigma do positivismo jurídico e sua conseqüente substituição por teorias que, reunidas, integram aquilo que se denomina de “pós-positivismo”. A despeito de não ser propósito deste trabalho, enquanto Sinopse Jurídica, desenvolver um exame crítico acerca do mau uso da expressão “pós-positivismo” (em algumas hipóteses, até mesmo um uso irresponsável dela), não há como deixar de assinalar que a jurisprudência brasileira tem se valido do termo para, em nome de um absoluto respeito à consciência individual e à independência funcional do magistrado, afastar o conteúdo de normas jurídicas quer quando não corresponde ao sentimento ou à convicção pessoal do julgador, quer quando a norma disciplina uma relação social de uma determinada forma que, por algum motivo, o julgador dela discorda. Como precisamente aponta Bruno Torrano, a utilização da expressão “pós-positivismo” tem-se constituído, na prática cotidiana do sistema de justiça brasileiro, em argumentação meramente retórica para indicar, de um lado, uma série de incompreensões acadêmicas a respeito da teoria do positivismo jurídico, e, de outro lado, para justificar a postura de magistrados que deliberadamente

16. ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. 8ª ed. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 107/108 – grifos presentes no original.

afastam o conteúdo de normas jurídicas em nome de suas convicções pessoais, de modo a assim impor à comunidade sua própria visão de mundo – moral – a respeito de tema cujo significado é polêmico e, conseqüentemente, disputado¹⁷.

Nesses tempos atuais, portanto, não se pode olvidar que a relação entre direito e moralidade implica também um debate e aprofundamento teórico sobre assuntos como a precisão e objetividade no direito, a indeterminação do direito e o reconhecimento de desacordos teóricos que, ainda assim, são capazes de manter o direito como um sistema caracterizado pela integridade e pela coerência.

Entretanto, retomando o ponto anterior, a questão central acerca da importância na compreensão da relação entre direito e moralidade – e que será melhor detalhada no capítulo seguinte – é se normas e sistemas jurídicos que não se adequem aos postulados morais mantêm sua qualidade de *jurídicos* ou se, ao contrário, perdem sua *validade* e, conseqüentemente, essa qualidade (se serem jurídicos). A depender como se considera esta relação, a resposta será diferente. Pode ser que a resposta dirija-se no sentido de que esta relação é de tal ordem necessária que uma norma ou sistema jurídicos em radical desacordo

17. TORRANO, Bruno. **Pós-positivismo: a expressão mágica do ativismo judicial**. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/pos-positivismo-a-expressao-magica-do-ativismo-judicial>>. Publicado em: 25 jan. 2017. Acesso em: 16 dez. 2019. Além de elencar no texto uma série de decisões judiciais que revelam a imprecisão da utilização de termos técnicos rigorosos da ciência jurídica e a constante e cada vez maior reiteração de argumentos repetidores desta imprecisão, assinala o autor ainda o seguinte: "O emprego do termo [pós-positivismo], portanto, longe de designar alguma maturação filosófica ou teórica por parte daqueles magistrados que o proferem, geralmente serve apenas para dar ares de legitimidade ao desejo arbitrário de aplicar o direito como se quer". Noel Struchiner chama a atenção para o fenômeno do processo de decisão judicial quando o direito diz aquilo que o julgador não quer ouvir, e todas as dificuldades e efeitos sistêmicos derivativos decorrentes da opção feita por um dos modelos disponíveis (o julgador julga conforme sua consciência para fazer a coisa certa, o direito é apenas aquilo que os tribunais dizem ao final dos processos, o direito é uma ordem normativa radicalmente indeterminada ou, ao contrário, o direito possui algum grau de objetividade decorrente da possibilidade de determinação linguística das expressões que formam as normas jurídicas etc.). A opção por um desses modelos implica em resultados completamente distintos a respeito do produto e da qualidade das decisões judiciais, bem como de menores e maiores graus de exigência de conhecimento teórico por parte dos julgadores acerca da combinação e utilização das normas disponíveis no ordenamento jurídico (STRUCHINER, Noel. Indeterminação e objetividade. Quando o direito diz o que não queremos ouvir. In MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. BARBIERI, Catarina Helena Cortada (organizadores). **Direito e interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011).

com postulados básicos da moralidade não têm condições de continuar sendo qualificados de jurídicos, perdendo assim sua validade.

Pode ser, todavia, que se compreenda que direito e moralidade, como produtos sociais distintos, de fato estabelecem relações e mantêm algum nível de proximidade, mas eventuais divergências (mesmo radicais) entre normas jurídicas e normas morais básicas não afetam a validade das primeiras e, deste modo, não têm o poder de retirá-lhes a característica de jurídicas. De outra parte, ainda, pode ser que a resposta se construa no sentido de que direito e moralidade são produtos totalmente distintos e completamente separados, não mantendo qualquer tipo de relação ou proximidade e não tendo qualquer influência um sobre o outro. E pode ser, por fim, que o reconhecimento desta relação entre direito e moralidade parta do reconhecimento de que boa parte dos princípios e valores de ordem moral encontram-se inseridos como normas jurídicas e assim dependem de um árduo trabalho hermenêutico e de correta interpretação de seu significado, alcance e limites semânticos, a produzir uma única solução correta ou um conjunto de soluções corretas passíveis de serem escolhidas pelo aplicador do direito.

A escolha de uma dessas respostas colocará o jurista no campo do jusnaturalismo, do positivismo jurídico ou como partidário de alguma das teorias antipositivistas contemporâneas que expressam o chamado “pós-positivismo” ou neoconstitucionalismo.

É possível desde logo afirmar que o modo como se percebe como se desenvolve a relação entre direito e moralidade tem a ver com a questão da *legitimidade* do Estado como autoridade normativa responsável pela produção do direito, sua estabilidade, seu cumprimento forçado e, também, pela eficiência das decisões judiciais que aplicam o direito positivado. Questão da mais elevada pertinência é entender como se justifica e reconhece a legitimidade da autoridade normativa¹⁸. Tem-se como altamente plausível a tese de que se, de um modo geral, a legitimidade de um “Estado democrático” e o “Direito” por ele produzido constitui uma razão suficiente (seja por ela mesma, seja

18. O tema foi tratado brevemente no item nº 2.2.1.

pela coercibilidade imanente ao direito) para que o produto do direito – as normas jurídicas – sejam observadas e respeitadas; isto se deve ao reconhecimento de que o direito observa alguns dos postulados mais fundamentais da moralidade e deles se utiliza ao menos para a criação de normas estruturantes da sociedade e normas primárias de comportamento e conduta¹⁹.

Dito tudo isso, o que de fato parece ser inegável é que a separação entre direito e moralidade é um fato relevante do mundo moderno, sendo certo que retirar do campo do direito as questões que dizem respeito ao exercício da vida privada dos indivíduos e assim deixar ao critério individual de cada qual decidir de acordo com suas próprias convicções pessoais a maneira como conduzirão suas próprias vidas e farão suas escolhas atinentes à moral privada parece ser um avanço civilizacional que não pode ser negado ou desprezado. De fato, sistemas jurídicos não deveriam (em verdade, não podem) ser utilizados como um instrumento por meio do qual as elites políticas e econômicas de uma determinada sociedade imponham a todas as demais classes sociais seus padrões de comportamento e conduta moral, ou uma forma de viver que entendam adequada.

Entretanto, é forçoso reconhecer também que é injustificável e inimaginável que sistemas jurídicos simplesmente se constituam por imposição da autoridade normativa de uma comunidade política absolutamente desapegados do respeito a um conjunto mínimo de princípios e valores de ordem moral básicos para permitir uma convivência minimamente aceitável²⁰. São problemas distintos e que perfeitamente se relacionam. É possível reconhecer, destarte, uma relação comum de proximidade entre normas morais e jurídicas, ou, melhor dizendo, entre os objetivos da moralidade e do direito. Muito embora existam

19. ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. 8ª ed. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 109.

20. ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. 8ª ed. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014, p. 110. Nesse sentido: “Em segundo lugar, o legislador estabelece normas para que estas sejam cumpridas. Uma norma jurídica que contraria fortemente a moral social tem poucas chances de ser aplicada, não podendo legitimar-se. Por tal razão, os legisladores evitam elaborar normas que contrariam a moral, pois sabem que isso criará sérios conflitos, diminuindo a eficácia e a legitimidade do direito” (DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 7ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61).

correntes juspositivistas que neguem esta relação sob qualquer aspecto, como dito acima a complexidade verificada nas sociedades contemporâneas parece dar crédito ao teor da relação direito-moralidade na forma como tem sido aqui exposta.

Partindo da constatação de que normas jurídicas no mais das vezes reproduzem ou satisfazem exigências da moral, Hart justificará a correção desta relação por meio do que denominou “conteúdo mínimo de direito natural”, a ser abordado com mais detalhamento no capítulo seguinte. Discussões a respeito dos limites da vida humana, pena de morte, utilização de células-tronco em pesquisas científicas, clonagem de seres humanos, aborto, eutanásia, preservação do meio ambiente sustentável e equilibrado, liberdade de expressão do pensamento, dentre muitas outras, são exemplos eloquentes da relação entre direito e moralidade e dão uma rápida ideia da dificuldade em termos de sua estruturação conceitual.

Em resumo, é possível elencar cinco vertentes (ou teses) a respeito da relação entre direito e moralidade²¹:

- A vertente da coincidência absoluta e necessária entre o conteúdo de normas jurídicas e de normas morais: chamada de “tese da identidade”.
- A vertente de que as normas morais comportamentais mais importantes são dispostas também como normas jurídicas e, assim, tornam-se de observância obrigatória por todos, haja vista que, de acordo com esta vertente, tudo o que existe como direito positivo é também moralmente obrigatório e deve assim ser obedecido independentemente de seu conteúdo – cumprir normas jurídicas é uma obrigação de ordem moral: chamada de “tese do direito como mínimo ético”.
- A vertente que defende que alguns princípios fundamentais de moral e de justiça são adotados pelo direito para determinar o

21. Adotam-se aqui as explicações contidas nas seguintes obras: DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016 (em especial o Cap. 3); ATIENZA, Manuel. **O sentido do Direito**. 8ª ed. Tradução: Manuel Poirier Braz. Lisboa: Escolar Editora, 2014 (em especial o Cap. 4); NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do direito**. Tradução: Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010 (em especial o Cap. 1).

comportamento dos indivíduos: chamada de “tese do conteúdo moral mínimo”.

- A vertente que defende que sustenta a ideia de que o fato de não existirem critérios morais extrajurídicos de validade não implica como dedução imediata que não possam existir sistemas jurídicos onde tais critérios são aceitáveis: chamada de “tese da conexão”.

- Finalmente, a vertente que professa uma absoluta e total separação entre os campos do direito e da moralidade: chamada de “tese da separação (ou da separabilidade)”.

Questão interessante que opõem jusnaturalistas, positivistas jurídicos e antipositivistas se coloca ao examinar historicamente sistemas jurídicos que permitiram a ocorrência de atrocidades humanitárias e práticas de genocídio. Dá-se, por exemplo, ao se analisar se os sistemas de normas existentes na Alemanha nazista das décadas de 1930 e 1940 ou na Rússia estalinista eram, ou não, *jurídicos*.

Com efeito, a posição *jusnaturalista* tende a sustentar que referidos sistemas normativos não podem ser reconhecidos como jurídicos posto que desconsideraram o núcleo mínimo de princípios de ordem moral asseguradores da vida em sociedade. Logo, os atos das autoridades oficiais praticados com base em leis desses sistemas seriam inválidos e, assim, ilícitos e/ou criminosos. Vertentes teóricas que não sustentem esta conclusão aderem a seus resultados trágicos e, de certa forma, foram responsáveis por dar legitimidade a regimes políticos totalitários e sanguinários. Este argumento é utilizado sobretudo para atacar a posição *juspositivista* – em especial a formulação teórica de Hans Kelsen – quando se afirma que o positivismo jurídico permitiu com que estes regimes políticos se constituíssem em Estados totalitários instauradores da barbárie em seus territórios. Por supostamente reconhecer a legitimidade do direito aplicado, por exemplo, na Alemanha e na Rússia pelos regimes de Adolf Hitler e Josef Stálin, o positivismo jurídico teria chancelado as barbáries praticadas e, em razão disso, não mais serviria como aceitável para o estudo e compreensão do que o direito é.

Por seu turno, a posição *juspositivista*, ao negar qualquer tipo de chancela ou cumplicidade com práticas bárbaras ou genocidas,