



Direito e moral no ordenamento jurídico: conectando os argumentos às razões¹

Law and moral in the legal order: connecting the arguments to reasons

Wagner Vinicius de Oliveira²

Resumo

O texto se desenvolve na direção de analisar as primeiras lições em teoria do direito, aprofundando, de modo crítico, na dicotomia entre direito e moral. A relação entre ambos que por vezes se mesclam e, por tantas outras, se repelem serão examinadas nas linhas que se seguem, iniciando o percurso pela clássica ontologia jurídica até a atual função que a linguagem exerce dentro do direito. Este escrito evidencia a perspectiva axiológica exercida na aplicação dos princípios, igualmente, com o aumento do esforço argumentativo e interpretativo acarretado pela virada epistemológica. Busca-se, em certo sentido, desconsiderar a rígida distinção entre estes instrumentos de controle social. Por fim, compreende-se a relevância da argumentação jurídica no atual paradigma democrático, sem, contudo, confundir os discursos moral e jurídico na aplicação do direito. Vale dizer, que a nova tarefa a ser desenvolvida pela teoria do direito é redimensionar legalidade e legitimidade, mediante procedimentos argumentativos com vistas a superar as fronteiras do já pensado.

Palavras-chave: Argumentação jurídica. Direito. Interrelação. Moral. Positivismo jurídico.

Abstract

The text develop in direction to analyze the first lessons in theory of law, deepening critically in the dichotomy between law and moral. The relationship between the two, which sometimes they get together and, for many others, they repel, will examined in the next lines, starting its course through the classical legal ontology until the current function of the language exerts in the law. This writing evidences the axiological perspective exerted in the application of the principles, also, the increase of the argumentative and interpretative effort entailed by the epistemological change. Seek, in a sense, to disregard the rigid distinction between these instruments of social control. Finally, we understand the relevant role of legal argumentation in the democratic paradigm, without, however, confusing moral and legal discourses in the application of law. As well, the new task of the theory of law is to resize the legality and the legitimacy, through of the argumentative procedures with a view to overcoming the boundaries of what has already been thought.

Keywords: Legal arguments. Law. Interrelationship. Moral. Juridical positivism.

Artigo recebido em 22 de Agosto de 2016 e aprovado em 14 de Maio de 2018.

¹ Artigo elaborado a partir da comunicação oral: *Direito e Moral no ordenamento jurídico*, apresentada no I Seminário de Monitoria da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas Barreiro, em 15 set. 2015, dentro das atividades de monitor das disciplinas de introdução ao estudo do direito I e II, sob coordenação do Prof. Dr. Ricardo Guerra Vasconcelos.

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, pesquisador pelo Núcleo de Estudos em Filosofia Antiga e Humanidades - NEFIH do Instituto de Filosofia da UFU, graduado em direito pela PUC Minas (2016), advogado. E-mail: wagner.vinicius@sga.pucminas.br

Introdução

Supostamente por questões didáticas alguns manuais introdutórios distinguem direito e moral com precisão quase cirúrgica. Contudo, de pronto, vale acrescentar as palavras de Reale (2002, p. 111), o qual recorda que “Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las”. Eis a tarefa proposta nas linhas que se seguem, levantando alguns pontos específicos das teorias positivistas do direito.

Para a realização deste trabalho apresenta-se como justificativa a necessidade de superar a ideia de uma única interpretação possível, mesmo porque “A relação entre a moral e o direito sempre foi confusa, complexa e até tortuosa, porém, inevitável” (GRANDA, 2006, p. 408, tradução nossa)³. A contribuição deste escrito reside em articular aspectos controversos, esquivando-se das teses maniqueístas que proclamam ora a desnecessidade da moral, ora a radical superação do positivismo jurídico⁴.

Elige-se a metodologia comparativa para analisar os dados bibliográficos coletados, deste modo pretende-se compreender os procedimentos cognitivos voltados para o estudo sistematizado dos argumentos contrários e favoráveis às teses do positivismo jurídico. O objetivo geral do presente estudo é apresentar variados pontos de vista sobre a clivagem entre direito e moral. Especificamente, consiste em (i) realizar levantamento bibliográfico sobre as classificações das teorias positivistas; (ii) examinar os possíveis pontos de convergências e divergências; (iii) ensaiar uma possível superação da dicotomia mediante a argumentação jurídica, com vistas a cruzar as fronteiras do já pensado.

Como o título sugere, propõe-se conectar os argumentos às razões em prol de uma terceira via. Para tanto, recupera-se a temática sobre a produção do conhecimento do direito, para além da discricionariedade judicial, nessa perspectiva, será realizada uma síntese sobre as teses da separação e conexão para demarcar suas principais características.

Em sequência, apresenta-se os pontos divergentes e convergentes entre ambos os sistemas de controle social, deste modo, a relação é indispensável, contudo, a maneira como se relacionam é um evento contingente que varia no tempo e no espaço, também segundo a teoria adotada. Indaga-se, pois, sobre a (des)conexão entre direito e moral no ordenamento jurídico.

³ No original: “La relación entre la moral y el Derecho ha sido siempre confusa, compleja, hasta tortuosa, pero insoslayable” (GRANDA, 2006, p. 408).

⁴ Conforme se sabe, diversas são as modalidades de positivismos jurídicos, a saber: legalista, científico, normativo, analítico, realista, lógico, ético, neo-positivismo etc.

1 Hipótese da exclusão dos sistemas morais na ciência jurídica

Muitas são as teorias que pretendem explicar (ou negar) a relação entre direito e moral, de fato, trata-se de um fenômeno complexo e multifacetado que está longe de ser pacificado. A suposta relação é veementemente negada pela teoria dos círculos excêntricos, em apertada síntese, coloca direito e moral em campos distintos e sem qualquer relação, como o próprio nome antecipa, fora (*ex*) do mesmo centro. Logo, são fontes distintas de controle social, mas qual seria a característica que torna o direito incompatível com a moral?

Alexy (2008) divide o gênero do positivismo jurídico⁵ em exclusivo e inclusivo (*exclusive and inclusive positivism*). Noutra oportunidade, Alexy (2013) ilustra o positivismo que exclui por completo a moralidade, como aquele defendido proeminente por Joseph Raz, o qual reduz o direito somente a sua dimensão autoritativa, isto é, decorre daquilo que possui autoridade.

Outra hipótese de separação é apresentada pelo positivismo jurídico inclusivo (ou analítico) de Hart (1994) e pelo positivismo normativista de Kelsen (2009). Nesta vertente, a tarefa de separação entre direito e moral é atribuída a ciência jurídica, perspectiva que se autoproclama como uma teoria neutra e atemporal, fincada no pressuposto do conhecimento descritivo daquilo que o direito é, ou seja, prepondera o aspecto ontológico. Para ilustrar esta afirmação da *Teoria Pura do Direito* transcreve-se a seguinte passagem:

A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem que o conhecer e o descrever (KELSEN, 2009, p. 77).

Em suma, dentro do gênero do positivismo normativo exige-se como condição de validade, além da conformidade com a norma superior, a autoridade competente e o mínimo de eficácia social, descabe, portanto, avaliações morais ou de justiça acerca das proposições jurídicas positivas. Vale acrescentar, também, que o “Direito pode ser moral” (KELSEN, 2009, p. 71), mas, não necessariamente precisa ser moral, diferenciando-se da tese radical do positivismo exclusivo, acima indicada.

Nesse sentido, Kelsen (2009, p. 77) assevera que “[...] do ponto de vista de um conhecimento dirigido ao Direito positivo, uma norma jurídica pode ser considerada como válida ainda que contrarie a ordem moral”. Em seu pensamento, resta plasmada a ideia de uma autossuficiência do sistema jurídico em relação aos outros sistemas (moral, religião,

⁵ O contrário do positivismo jurídico é o não-positivismo e, por sua vez, é dividido entre exclusivo, inclusivo e super-inclusivo (*Exclusive, inclusive, and super-inclusive non-positivism*) (ALEXY, 2008).

filosofia, sociologia etc.). Afinal, vale porque é positivo ou por outras palavras, a positividade da regra jurídica é condição suficiente e necessária para sua validade.

Ferraz Jr. (2008, p. 333), por seu turno, descreve que “[...] a imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca o sentido, mas não torna a obrigação juridicamente inválida. A distinção é sutil, mas importante”. Em confluência de sentido, porém, com conclusão distinta, Almeida; Bittar (2005, p. 441), afirmam:

O curioso é dizer que o Direito imoral, apesar de contrariar sentidos latentes axiologicamente na sociedade, ainda sim é um Direito exigível, que obriga, que deve ser cumprido, que submete a sanção pelo não cumprimento de seus mandamentos, ou seja, que pode ser realizado. Em outras palavras, o Direito imoral é tão válido quanto o Direito moral. Esse, no entanto, é mais desejável pois em sua base de formação se encontra o consentimento popular, ou seja, o conjunto de balizas morais de uma sociedade, refletindo anseios e valores cristalizados de modo expressivo e coletivo.

O ponto decisivo a ser trabalhado neste escrito é a percepção de que “[...] não há uma única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas profundamente diferentes uns dos outros e muitas vezes antagônicos [...]” (KELSEN, 2009, p. 77). Inúmeras são as visões sobre o moralmente correto, por consequência, são múltiplos os sistemas morais que atuam como reguladores (instrumentos de controle social) das relações interpessoais presentes na consciência individual e coletiva, no entanto, distintos e independentes do direito.

Dentro desta ótica, revela-se inadequada a pretensão de correção do direito pela moral, uma vez que este dilema (a moral enquanto regente do direito), se apresenta sob forma de “Uma justificação do Direito positivo pela Moral apenas é possível quando entre as normas da moral e do Direito possa existir contraposição, quando possa existir um Direito moralmente bom e um Direito moralmente mau” (KELSEN, 2009, p. 76).

Ao que tudo indica, os conceitos de “bom” ou “mau”, não se revelam adequados para a compreensão da sistemática jurídica. No entanto, ainda, subsiste a indagação sobre a existência do hiato entre direito e moral, para Kant⁶ a moral é entendida como um imperativo categórico *a priori* compartilhado pela racionalidade. Fica o registro, segundo o mencionado filósofo, que a possibilidade de coerção estatal (exigibilidade) somente é atribuída após ingressar na ordem jurídica positiva, condição de obediência incondicional.

Em certa medida, essas ideias apresentadas retomam a contribuição do direito natural⁷, que ao condensar a exigência inafastável de realização do princípio geral de justiça revelam sua pretensão de correção do direito positivo pela moralidade, por sua vez, reconhece o

⁶ Refere-se ao imperativo da moralidade, na filosofia transcendental kantiana (KANT, 1991).

⁷ Igualmente subdivide-se em distintas categorias, por exemplo, o aristotélico, tomista, racionalista etc.

atributo jurídico segundo seu conteúdo. Conforme se sabe, justiça é, em primeiro lugar, uma exigência moral. Percebe-se, pois, frontal oposição entre esta ideia e o positivismo realista de Ross (2000, p. 267), para quem o jusnaturalismo é “mágico, religioso, filosófico-metafísico”.

Viu-se até o presente momento, que as feições positivas ocupam espaço majoritário nos debates em teoria do direito, sobretudo na “dogmática jurídica” que, dentre outras, exercer as funções de sistematizar a construção do conhecimento jurídico. A “Ciência do Direito”, afirma Ávila (2010, p. 28), foi concebida “[...] como um processo de redução da complexidade do ordenamento jurídico positivado [...]”, portanto, as promessas feitas pelo positivismo jurídico de alcançar legitimidade e segurança jurídica, cristalizadas nos *standards* normativos (legalidade estrita), ainda hoje carecem de comprovação empírica.

Para se fazer manifesto, entende-se por positivismo jurídico como a teoria do direito que “[...] nega o que é variável, contingente e plural, como arquétipos do conhecimento jurídico, se sustentando, tão somente, em um discurso retórico que se limita a repetição do que, diariamente, sucede a um nível legislativo” (ÁVILA, 2010, p. 27). Com essas considerações, é possível sumariar que o positivismo normativo, basicamente representado por Kelsen (2009), sustenta a validade jurídica indiferente aos critérios morais.

2 Direito e moral dentro do ordenamento jurídico: entre divergências e convergências

Confronta-se as ideias estabelecidas no tópico anterior, para isso, importa ressaltar, como fez Ferraz Jr. (2008, p. 332), que do mesmo modo como “[...] não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral. [...] ambos não se confundem, e marcar a diferença entre eles é uma das grandes dificuldades da filosofia do direito”. Assim, em sentido oposto, apresenta-se a teoria dos círculos secantes (NADER, 2015), segundo a qual existe uma área de interseção entre direito e moral, ou seja, algumas matérias são comuns às duas esferas distintas. Todavia, ainda, persiste a tese da separação.

Em sentido antagônico, a tudo que fora até agora apresentado, na teoria dos círculos concêntricos ou mínimo ético (REALE, 2002; NADER, 2015), a separação entre direito e moral perde relevo, ao converter em direito às máximas morais tem-se a hipótese dos círculos concêntricos. Ou seja, ambos no mesmo centro, pois, tudo que é direito é também moral, na expressão de Dimoulis (2011, p. 65), “a moral como mínimo jurídico”, revela um campo mais amplo que engloba o direito. Por certo, Bentham (1979, p. 12), apoiado nos princípios utilitarista e ascético (prazer e dor, respectivamente), entende que “O único fundamento

correto da ação é, em última análise, a consideração da utilidade, a qual se for um princípio correto da ação e da aprovação em um determinado caso, sê-lo-á em todos”.

O problema que esta teoria enfrenta é que a moral, enquanto conceito permanentemente aberto, encontra-se suscetível a subjetividade (arbítrio individual), não é capaz de oferecer a suposta segurança jurídica prometida pelo positivismo jurídico. Sobretudo, quando pensada no campo da aplicação do direito inevitavelmente ocorre a abertura para a discricionariedade em sua aplicação.

Ao considerar a conexão necessária entre direito e moral, demarcada por critérios de validade substantiva (positivismo inclusivo ou includente), ultrapassa-se os critérios formais. A partir de então, cria-se um espaço concebido por uma complexa estrutura composta por regras, princípios e valores jurídicos, na tentativa de fornecer a almejada segurança jurídica dentro do chamado ordenamento jurídico.

Transformada radicalmente a compreensão do direito, que de agora em diante não mais “[...] integra o mundo objetivo, mas, sim, o mundo intersubjetivo, variável, contingente e plural, o acesso à realidade será, então, mediado pela linguagem ou proposições linguísticas (*sic*)” (ÁVILA, 2010, p. 11). O desafio que se apresenta é articular estes conceitos dentro de uma perspectiva inclusiva, sublinhada por um espaço plural de fontes interpretativas e normativas do direito.

A exemplo do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, no qual alguns grupos de indivíduos possuem interesses morais de participação no processo deliberativo. Nesse cenário, firma-se a existência de preceitos de cunho axiológico (moral) e teleológico (finalístico), oponíveis, inclusive ao enunciado normativo como forma de assegurar direitos e garantias fundamentais⁸.

Ademais, as discussões realizadas sobre direitos e garantias fundamentais ou direitos humanos, enquanto preceitos morais (ALEXY, 2013), não foram objeto de estudos aprofundados quando da elaboração da teoria positivista kelseniana, diferentemente do que ocorre na contemporaneidade. Surge, então, a necessidade de compreender o legado do positivismo jurídico para o avanço da ciência jurídica, o que não significa apoio incondicionado a suas teorias.

⁸ Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, citam-se como exemplos as ações que questionam as políticas de ação afirmativa no acesso ao ensino superior (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 186), a interrupção terapêutica de fetos anencéfalo (ADPF n. 54), o financiamento de campanhas eleitorais (Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n. 4650), as biografias não autorizadas (ADI n. 4.815), a gestão coletiva de direitos autorais (ADI n. 5.062, n. 5.065), o ensino religioso em escolas públicas (ADI n. 4.439) etc.

Longe de acatar algum dos lados desta “queda de braço” teórica, ao contrário, todas as teorias são igualmente passíveis de críticas. Conforme já se disse, busca-se entre convergências e divergências, destacar alguns aportes capazes de articular as razões adequadamente dentro do ordenamento jurídico.

Realizadas estas observações, retoma-se a tese da convergência afirmando que tanto o direito, quanto a moral, enquanto instrumentos de controle social, buscam direcionar a conduta social. Para os chamados “casos fáceis”, a aplicação do direito é feita por meio das regras, enunciados normativos de conduta articuláveis pelos modais deôntico: permitido, obrigatório e proibido. Já nos chamados “casos difíceis”, não abrangidos pelas regras, a solução indicada por Dworkin (2002) é a incidência dos princípios. Segundo Ávila (2003, p. 70, grifo do autor), princípios são entendidos como:

[...] normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

No entanto, parece suspeita a ideia de que pela existência e aplicação dos princípios, também presente na teoria de Hart (1994), sob a denominação de “textura aberta do direito”, colocaria termo ao positivismo jurídico de uma vez por todas. Igualmente, há sérias divergências se a dita abertura, proposta por Hart, ainda seria possível permanecer fiel aos cânones positivistas. Estas controvérsias revelam-se um profícuo e extenso debate, que por razões de espaço não serão aqui aprofundadas. Cumpre acrescentar que, mediante o reconhecimento e aplicação de regras, princípios e valores jurídicos, busca-se desenhar uma terceira via, na qual o direito positivo e os postulados morais são articuláveis.

Retomando as divergências e convergências, convém acrescentar que direito e moral são derivados da vontade humana⁹, portanto, inegavelmente demarcados pela temporalidade e mutabilidade que operam o convívio social, visam regular as condutas humanas, portanto, sistemas normativos. Argumentos análogos são apresentados por Almeida; Bittar (2005, p. 444):

Apesar dos esforços teórico-didáticos no sentido de diferenciar Direito e Moral, não se pode perceber senão uma profunda imbricação entre o exercício do juízo jurídico e do juízo moral; pode-se até mesmo perceber esta interrelação no ato decisório do juiz, sempre sobrecarregado pelas inflexões pessoais, costumeiras, axiológicas, contextuais e socioeconômicas que circundam o caso sub judice.

⁹ Afirma Dimoulis (2011, p. 61): “[...] a moral apresenta um grau muito maior de intensidade, abrangendo todos os aspectos da conduta individual, inclusive os pensamentos e desejos”.

Lado outro, acerca das divergências, em direito, se atribuí um dos valores: ou lícito ou ilícito, ao passo que o resultado do juízo moral pode ser certo ou errado estes esquemas de predicação possuem consequências práticas. Como se percebe, os aspectos deônticos e as sanções não são singularidades próprias do direito, em alguma medida, se fazem presentes também na moralidade.

Porém, a exigibilidade na hipótese de descumprimento injustificado, sob pena de cumprimento forçado (execução patrimonial, sanção de pena privativa de liberdade, suspensão de direitos políticos etc.), somente se apresenta para as questões jurídicas. Diferentemente do que ocorre com o direito, não há, minimamente, na moral uma autoridade competente para dizê-la, ao revés, os conceitos morais, como se disse, são formados por uma amálgama de fontes.

A rígida distinção entre direito e moral tem seus contornos atenuados, na medida em que a virada epistemológica, sobretudo posterior a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), as atenções voltam para as funções ou razões do direito, isto é, a preponderância da atividade valorativa sobre a descritiva. Momento no qual a atividade valorativa é acentuada na aplicação do direito, pois, apresentar razões é sempre determinar os graus de importância, hipótese que não condiz com a inserção de quaisquer “razões” como fundamentação jurídica.

Nessa senda, surge espaço para a valoração dentro do direito, antes não admitidas pelas teses da separação; por base da seguinte passagem Dimoulis (2011, p. 62, grifo do autor), visualiza a impossibilidade da radical separação entre direito e moral, pois, “[...] existe um *núcleo comum* de regras morais e jurídicas. Aquilo que corresponde à moral é frequentemente positivado como direito”. As teorias de interpretação e argumentação jurídica, a partir das experiências positivistas, alcançam destacadas funções nesse novo paradigma.

Exemplo disso é a percepção de que no direito, assim como na moral, há ínsita dependência do contexto situacional. Perspectiva, ao que tudo indica, sustenta por Günther (2004, p. 39), quando afirma que “Não há como esquecer reconhecimentos hermenêuticos quanto ao fato de que normas dependem da situação”. De certo, a positivação do direito, enquanto situação hipotética, geral e abstrata, válida para regular indistintamente as situações sociais, é uma proposição indemonstrável em sua integralidade, pois, algumas situações, devido à suas particularidades, poderão carecer de significação nem sempre serão fornecidas pelo Direito.

Algumas dessas significações ultrapassam o âmbito do jurídico (questões políticas, filosóficas, econômicas etc.). Essa imprecisão, cujo processo de preenchimento dos conceitos

abertos nomeia-se concreção (REALE, 2002, p. 134), indica a utilização e, por vezes apropriação, de elementos não fixadas pelo repertório jurídico. Para ilustrar essa afirmação, cita-se alguns conceitos morais albergados nos textos normativos como é o caso da sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88), da honra (art. 5º, X, CRFB/88), do bem comum (art. 5º, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro de 1942), da boa-fé (art. 422, Código Civil de 2002) etc., vale dizer, que a valoração realizada pelo(a) jurista é uma espécie de juízo moral, sob a forma técnica de axiologia.

Diante disso, questiona-se se ainda seria adequado conjecturar a distinção entre regras jurídicas, em sentido amplo, e preceitos morais; ou, ainda, a inexistência de uma juridicidade moral ou de uma moralidade jurídica? Retoma-se o ponto inicial, segundo o qual distinção não é sinônimo de separação. Por fim, a distinção que sobressai é o modo de estruturação dos discursos jurídico e moral, neste de maior amplitude argumentativa e, com o fim de destacar esta divergência, segue-se para as discussões no próximo tópico.

3 Articulando ideias mediante a argumentação jurídica

As considerações feitas até o presente momento conduzem à tendência de aproximação entre direito e moral. Se por um lado o texto legal representa o direito, por outro, o enunciado normativo passa a ser concebido como referencial para a construção de seus sentidos e alcances. Nesse prisma, a linguagem jurídica é o objeto de aprofundamento nesta passagem final, por isso Ferraz Jr. (2008, p. 33) propõe um rearranjo entre ação e comunicação e assevera que:

[...] na comunicação como um todo que envolve os agentes, aquilo que um transmite para o outro e o outro transmite para o um é constituído por esse todo. Comunicação não é um ato entre indivíduos. Ao contrário, a relação entre eles só é possível porque a comunicação a precede.

Porquanto seja mediante os atos comunicativos que o direito se preencha. Todavia, para que esses atos possam ser validamente praticados, com a consequente atribuição dos efeitos pretendidos, devem observar a sequência procedimental prevista pelo ordenamento jurídico. Segundo argumenta Ferraz Jr. (1999), existe indevidamente uma cisão entre produção e aplicação das regras jurídicas, consequência do escasso interesse pelo processo legislativo, área em que, ainda hoje, com relevantes exceções¹⁰, míngam estudos sobre o tema.

¹⁰ Por todos, recomenda-se: CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

Assim, falar em fundamentação e aplicação do direito é, em alguma medida, falar sobre legislação, enquanto uma das espécies possíveis de fundamento jurídico e, jurisprudência, como o produto da adequada interpretação do direito viabilizada pela argumentação jurídica. Neste específico particular, oportuno registrar a diferenciação entre enunciado normativo e norma, Abboud; Carnio; Oliveira (2015, p. 373), demonstram que “[...] quando falamos de norma, falamos necessariamente em interpretação, fruto de um processo compreensivo que não se reduz à compreensão sistemático-semântico do texto, mas envolve um contexto pragmático que é muito mais amplo”.

Para conferir o dimensionamento sobre o discurso jurídico, ilustra-se com a explanação desenvolvida por Ferraz Jr. (1997, p. 65-66, grifos do autor):

O discurso jurídico possibilita, enquanto discussão-contra, a superação da situação em que cada um é dono da “sua verdade” e se dispõe a dispô-la convincentemente em relação ao outro no sentido de obter-lhe a adesão, de fazê-lo abandonar sua própria opinião e aceitar uma outra obrigando então que essa *auto-exposição* (*sic*) das próprias razões se dê pela assunção do papel de *parte conflitante*, caso em que as estratégias dialógicas visam a persuadir um ao outro de que cada qual está, ele próprio, persuadido daquilo que diz. A fundamentação jurídica, por isso, deve ser persuasiva enquanto apresentação de *motivos de decisão*. Vê-se por aí o caráter específico do discurso jurídico e sua técnica de tratamento de problemas que permitem a apresentação como corretas de decisões obtidas de premissas e informações que eram mais ou menos obscuras, inseguras ou discutíveis.

Em termos práticos, o resultado (decisão) dos discursos com bases morais ou jurídicas, pode até coincidir, por exemplo, “deve-se pagar determinada quantia”, conquanto, a decidibilidade para ser válida juridicamente deve pautar-se por uma argumentação que possa ser racionalmente defensável. Assim como, na perspectiva jurídica o adimplemento obrigacional (pagar o que se deve, por exemplo), não necessariamente é realizado por ser “bom” ou “justo”, mas, porque foi juridicamente determinado por autoridade competente, com observância do devido processo e ausente as causas excludentes de responsabilidade civil. Entretanto, nada obsta a confluência dos discursos moral e jurídico conforme retratado nesse singelo exemplo.

Sem adentrar no mérito da discussão sobre a (in)existência do “pós-positivismo jurídico”, estes elementos foram incorporados no direito contemporâneo que apresenta embasamento teórico na “[...] negação de repetição do plano legislativo, diferenciação entre criação e aplicação, conhecimento hermenêutico de que a lei geral e abstrata não se aplica em toda e qualquer circunstância (ÁVILA, 2010, p. 31). Em larga medida, a utilização dos princípios para solver as questões jurídicas acentuou sobremaneira a carga argumentativa dos(as) intérpretes.

De certo, a superação do paradigma legalista, isto é, o ambiente demarcado pela “[...] relação recíproca entre dogmática-jurídica e investigação jurídica. [...] o acesso à realidade será, então, mediado pela linguagem ou proposições lingüísticas (*sic*), ainda que o termo verdade só possa predicar as proposições e não a própria realidade” (ÁVILA, 2010, p. 32-33), é um dos contornos com os quais o atual fenômeno jurídico se circunscreve.

Como dito, esta construção teórica foi possível devido à atribuição de força normativa aos princípios jurídicos, especialmente daqueles de positividade constitucional. Porém, a admissão de princípios, implícitos e explícitos, no ordenamento jurídico acentuou o ônus argumentativo para o(a) intérprete ao redimensionar a função da linguagem no direito. Com efeito, após a mencionada virada epistemológica, na qual as teorias não estão dedicadas a investigar o que é o direito, mas, de outra sorte, de lhes atribuir valor e finalidades específicas.

Outra alteração substancial foi provocada pelos giros hermenêutico¹¹ e linguístico (*linguistic turn*), que confere a linguagem a tarefa de revelar os motivos justificantes para a aplicação do direito no caso concreto, que outrora estavam pressupostos na autoridade soberana ou na lei positiva. Permite-se, assim, balancear razões outras que não apenas as do direito, daí a retomada dos estudos nas áreas como argumentação jurídica, filosofia do direito, hermenêutica jurídica, lógica jurídica, semiótica, dentre outras, para abranger discursos que, também, compreendem (não exclusivamente) nuances morais. Por outros termos, transcreve-se as palavras de Ávila (2010, p. 39-40):

Na linguagem jurídica, a operacionalização do discurso é uma técnica de manipulação de termos sem significado ou, a princípio, sem referência semântica alguma, mas, se inseridos entre fatos condicionantes (primeira premissa) e conseqüências (*sic*) condicionadas (segunda premissa), ao juízo deste se pode atribuir referência semântica (conclusão), que não é correspondente a uma determinada realidade ou qualidade, senão a um valor.

Do fragmento supratranscrito, o discurso jurídico adquire expressivos relevos na medida em que o mero replicar das disposições legais ou jurisprudenciais não é capaz de produzir resultados satisfatórios, pressupondo que em algum tempo já fizeram sentido. Contemporaneamente, exige-se além da concreção dos conceitos jurídicos indeterminados, a satisfação de uma perspectiva semântica de significação dos predicados jurídicos que se atribuem ao caso concreto, compõem os fundamentos de uma decisão judicial ou administrativa. E, isto, não deve resultar no completo desprezo ao texto legal.

Igualmente, estas considerações são válidas para os princípios jurídicos, que por serem enunciações fluídas exigem maior aderência à realidade concreta para se materializarem na

¹¹ GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermenéutico**. Traducción de Artuto Parada. 2. ed. Madrid: Cátedra, 2001. (Teorema, Serie Mayor).

solução da situação particular analisada. Ultrapassou-se o tempo no qual uma proposição jurídica para ser considerada válida, observava-se apenas a estrutura regra superior e autoridade competente, bem como a cômoda sensação de que princípios são “entidades” supralegais que *per se* prescindem da justificação de sua incidência no caso concreto.

A atual realidade contingente desafia o problema prático da justificação (motivos determinantes e suficientes) e aplicação do direito (jurisprudência), sendo estes os objetos da ciência jurídica. Deste modo, a moralidade e as intersubjetividades indicam formas de legitimidade das regras positivas, uma vez que “A aplicação do Direito”, conforme sustenta Günther (2004, p. 396, grifo do autor), “deve criar espaços, nos quais - *in casu* - são possíveis argumentações de adequação que possam apoiar-se em uma multiplicidade de princípios relevantes”.

Em termos práticos, atribui-se a argumentação jurídica a função de interrelacionar os argumentos às razões, passa a ser o próprio entendimento (legitimidade) desta ciência social aplicada, não mais uma faculdade ou mera opção dos(as) intérpretes. Nesse cenário, outra não é a conclusão apresentada senão que “[...] o direito não é apenas um discurso *sobre* normas, mas, é ele próprio normativo. Daí o caráter normativo de sua dialogicidade, no sentido de que estamos, no plano jurídico, obrigados a dialogar” (FERRAZ Jr., 1997, p. 68, grifo do autor). Assim, redimensionar legalidade e legitimidade, mediante procedimentos argumentativos do ponto de vista jurídico, passa a ser uma das novas funções atribuída a teoria do direito.

Considerações finais

A presente pesquisa procurou identificar e explicar as principais posições teóricas sobre as teses de separação ou conexão entre direito e moral. Em arremate, longe de expor a solução definitiva para a problemática apresentada, que permanece inconclusa, reforçam-se as reflexões expostas no sentido de contribuir para a tentativa de aproximação entre ambos os sistemas de controle social.

Após realizar os levantamentos sobre as classificações das teorias positivistas e analisar os possíveis pontos de convergências e divergências, verificou-se dentre as teorias apresentadas para a delimitação da situação-problema, no primeiro tópico, a hipótese de exclusão dos sistemas morais da ciência jurídica, especialmente no que toca a teoria kelseniana. Há, pois, segundo a hipótese de autossuficiência do direito a impossibilidade de correção pelos sistemas morais, sociológicos, filosóficos etc.

Viu-se, também, que vários são os níveis de gradação entre as teorias de exclusão, desde as mais radicais, a exemplo do positivismo exclusivo, até versões que admitem a conexão (eventual) com a moral. Contudo, segundo estas teorias, a validade jurídica independe de critérios morais.

Ato contínuo trabalhou-se no segundo tópico com as convergências e divergências entre direito e moral dentro do ordenamento jurídico, conforme sublinhado a virada epistemológica, com transição do modelo ontológico clássico para o axiológico e teleológico. Com destacada função desempenhada pela força normativa dos princípios jurídicos, sobretudo os de matriz constitucional.

Nesse cenário desenvolve-se a incorporação dos preceitos morais pelos textos normativos e, desta feita tornar ainda mais tênue a distinção entre direito e moral. Outro aspecto abordado foi a função interpretativa e argumentativa, para construir os sentidos e alcances do texto normativo, ante o descumprimento da promessa de segurança jurídica anunciada pelo positivismo jurídico.

Por fim, no terceiro e último tópico, buscou-se ensaiar uma possível superação da dicotomia mediante a argumentação jurídica, para cruzar as fronteiras do já pensado, capazes de desvelar a insuficiência de justificativas para as teses da separação entre direito e moral. Acentuou-se a alteração provocada pelo giro linguístico na atividade axiológica e teleológica jurídica, com vistas a redimensionar legalidade e legitimidade, mediante procedimentos argumentativos do ponto de vista jurídico.

Contudo, não corresponde sobreposição das dimensões, mas, de outra sorte, atuam em complementariedade para regular (ou tentar regular) o convívio social. Resta o posicionamento de que o direito observa critérios próprios de validade, inclusive no que tange ao percurso argumentativo, no entanto, não se pauta exclusivamente por bases jurídicas ou morais, mas, a junção de ambas articuladas coerentemente no caso concreto.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à teoria e à filosofia do direito**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. Derecho, moral y la existencia del derecho humanos. **Signos Filosóficos**, México, v. 15, n. 30, jul./dec. 2013, p. 153-171.
- ALEXY, Robert. On the concept and the nature of law. **Ratio Juris**. Medford, v. 21, n. 03, Sep. 2008, p. 281-299.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. Tradução, organização e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Curso de filosofia do Direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino. 3. ed. São Paulo: Landy, 2003.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ÁVILA, Luiz Augusto Lima de. **Uma teoria semântica fundada em formalismos lógicos para a análise linguística das regras de predicação e intermediação de conceitos jurídicos**. 2010. 268 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Letras, Belo Horizonte, 2010.
- BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução de Luiz João Braúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Audiências públicas realizadas**. Brasília: 2008-2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/audienciapublica/audienciapublica.asp?tipo=realizada>>. Acesso em: 28 jun. 2017.
- CATTONI, Marcelo Andrade de Oliveira. **Devido processo legislativo**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**: definição e conceitos básicos, norma jurídica. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **El giro hermenéutico**. Traducción de Arturo Parada. 2. ed. Madrid: Cátedra, 2001. (Teorema, Serie Mayor).

GRANDA, Fernando de Trazegnies. La moral y el derecho. **Ius et Veritas**, Lima, n. 33, 2006, p. 408-410. Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12371/12934>>. Acesso em 28 jun. 2017.

GÜNTHER, Klaus. **Teoria da argumentação no direito e na moral**: justificação e aplicação. Tradução de Claudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Rio de Janeiro: Edições 70, 1991. (Textos filosóficos 70).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do Direito**. 37. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Wagner Vinicius de. Princípio geral de justiça em Aristóteles. In: Encontro de Pós-Graduação em Filosofia da UFU, 2017, Uberlândia. **Resumos do XI Encontro Nacional de Pesquisa em Filosofia da UFU e II Encontro de Pós-Graduação em Filosofia da UFU**. Uberlândia: IFLO-UFU, 2017, v. 11, p. 85.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**: adaptado ao novo Código Civil. Lei n. 10.406, de 10-01-2002. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edison L. M. Bini. São Paulo: Edipro, 2000.

SCHÜÜR, Aline Muriene Eloy. **Da relação entre o direito e a moral nas teorias positivistas e pós-positivistas**. 2013. 99 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade do Porto, Faculdade de Direito, Porto, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10216/70550>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz; *et al.* **II Colóquio de crítica hermenêutica do direito**: às voltas com o positivismo jurídico contemporâneo (Painéis 01-06). YouTube, 29 e 30 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=mctbl-rvvqo>>. Acesso em: 30 jun. 2017.