

# **A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA ÓTICA DE KELSEN E HABERMAS: DA SEPARAÇÃO À COORIGINARIEDADE**

## **THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND MORAL FROM THE PERSPECTIVE OF KELSEN AND HABERMAS: SEPARATION TO COORIGINARITY**

### **LUCAS AUGUSTO DA SILVA ZOLET**

Mestrando no âmbito do Programa de Pós-graduação Strito Senso - Mestrado em Direito, Democracia e Sustentabilidade, IMED (2014). Bolsista (taxa) de mestrado do PROSUP/CAPEL. Membro do grupo de pesquisa Jurisdição e Democracia - IMED. Especialista em Direito Público, FDDJ (2015). Possui graduação em Direito, com ênfase em direito empresarial pela IMED (2013). Advogado.

### **FAUSTO SANTOS DE MORAIS**

Doutor (2013) e mestre (2010) em Direito Público - UNISINOS (Capes 6), além de especialista em Direito Tributário - UPF (2006). Pesquisador na área da Hermenêutica Jurídica, Argumentação Jurídica, Direitos Fundamentais, Teoria do Direito, Direito Constitucional, e Direito e Literatura. Docente da Escola de Direito e do PPGD da Faculdade Meridional - IMED/Passo Fundo. Exerce a advocacia na área tributária, previdenciária, cível e eleitoral.

### **RESUMO**

Este trabalho apresenta uma pesquisa bibliográfica, orientada pela fenomenologia-hermenêutica, com o objetivo de refletir acerca do relacionamento entre Direito e moral, transitando, para tanto, nos conceitos do positivismo exegético e normativista, bem como nas perspectivas de Kelsen e Habermas sobre o tema. A relevância do trabalho se funda na necessidade de ampliar o olhar jurídico acerca da relação de sobreposição entre Direito e moral. Os pressupostos trazidos pela presente pesquisa, inclusive como elementos integrantes da argumentação jurídica, apresentam-se como ponto determinante para a busca da solução do conflito entre validade normativa, como parte do procedimento judicial de decidir, e aceitação moral, como pressuposto de legitimidade do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cooriginariedade; Moral; Positivismo; Kelsen e Habermas.

## **ABSTRACT**

This paper presents a literature search, guided by phenomenology-hermeneutics, in order to reflect on the relationship between Law and morality, transiting, therefore, the concepts of exegetical positivism and normative as well as the perspectives of Kelsen and Habermas on the subject. The relevance of the work is founded on the need to expand the legal view about the overlapping relationship between Law and morality. The assumptions brought by this research, including as integral elements of legal arguments, are presented as decisive point in the search for solution to the conflict between normative validity as part of the judicial procedure to decide, and moral acceptance, as legitimacy assumption of Law.

**KEYWORDS:** Cooriginality; Moral; Positivism; Kelsen and Habermas.

## **INTRODUÇÃO**

Se, por um lado, no campo teórico o debate doutrinário acerca das relações entre Direito e moral forma um dos temas mais controvertidos da Filosofia do Direito, por outro, no campo prático esse tema coaduna também a própria concretude dos dilemas ético-jurídicos enfrentados pelo Poder Judiciário.

No caso do Brasil esses dilemas são enfrentados especialmente pelo Supremo Tribunal Federal, corte judicial responsável pelo julgamento dos casos constitucionais que envolvem e exigem uma justificação baseada em argumentos de princípios, sobretudo em vista da interferência de elementos abstratos oriundos de diferentes direitos fundamentais constitucionalmente garantidos<sup>1</sup>.

A partir dessa linha de pensamento, o presente trabalho se mostra relevante para a categoria da Teoria do Direito, visto que nesta dimensão do conhecimento se encontram os pressupostos fundantes da doutrina jurídica, os quais compreendem e acolhem influências históricas, bem como servem de substância para o enfrentamento do problema deste estudo, qual seja as interferências da moral no discurso jurídico.

---

<sup>1</sup> Por exemplo: ADI nº 3.330/DF - 2012, ADI nº 4.277/DF - 2011, ADI nº 3.510/DF - 2008, ADPF nº 54/DF - 2005 e ADC nº 30/DF - 2012.

Aliás, as relações entre norma jurídica positiva e discurso moral também se mostram pertinentes a partir dos temas discutidos, porque essas relações transitam pelo pensamento teórico de Hans Kelsen e Jürgen Habermas. Esses pensadores foram responsáveis por intensas mudanças nas concepções formadoras do Direito, primeiro, a abertura do pensamento doutrinário e, segundo, uma intensa influência no cenário jurídico, até mesmo redefinindo a compreensão teórica do conceito do Direito.

Por isso, nesta pesquisa bibliográfica é necessária uma aproximação circunscrita às questões teóricas de Kelsen e Habermas, principalmente ao direito positivo. Essa aproximação permite atender o objetivo central da pesquisa, qual seja apresentar elementos teóricos capazes de esclarecer o avanço do positivismo jurídico (exegético e normativista) sob a perspectiva do tempo histórico.

Ou seja, por meio de revisão bibliográfica, defende-se a hipótese que os pressupostos das relações entre Direito e moral, inclusive como elementos integrantes da argumentação jurídica, estão presentes nas decisões judiciais, sobretudo, em face do elemento da cooriginariedade.

O presente estudo, movido pelo método fenomenológico-hermenêutico<sup>2</sup>, foi dividido em três partes. A primeira parte contém uma introdução circunscrita acerca das relações entre Direito e moral; a segunda uma abordagem descritiva do positivismo jurídico: exegético e normativista; e a terceira uma reflexão crítica das perspectivas postas por Kelsen e Habermas acerca das relações entre Direito e moral.

Assim, ao desenvolver o tema da relação entre Direito e moral, propõe-se uma pesquisa acerca dos problemas constitutivos da legitimidade do Direito. Significa dizer que a presente pesquisa cumpre sua condição crítica de pensamento científico, especialmente, ao admitir uma base conceitual de sobreposição entre Direito e moral.

## **1 DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E MORAL**

Introduzidas as premissas centrais deste estudo, parte-se para apresentação das correlações básicas entre Direito e moral, principalmente com base nos fundamentos doutrinários levantados a partir da revisão bibliográfica.

---

<sup>2</sup> A fenomenologia-hermenêutica tem como característica essencial a reflexão crítica acerca do tema a ser pesquisado, sobretudo por meio das experiências subjetivas de formação dos juízos. Logo, o método fenomenológico-hermenêutico permite uma capacidade maior de reflexão sistemática acerca dos temas pesquisados.

Os sistemas jurídicos e seus elementos teóricos foram concebidos por distintos vínculos de origem. Isso significa dizer que estes sistemas não foram construídos necessariamente por meio de uma linguagem escrita. Logo, afirma-se que a escrita, principal elemento de positivação, é uma característica determinante no desenvolvimento histórico do Direito, porém não é responsável direto pela sua origem. (ROULAND, 2003, p. 33).

Dessa forma, afirma-se que os sistemas jurídicos foram positivados aos poucos e adaptados no tempo histórico por meio de influências e interferências das condições da natureza, das crenças religiosas, dos costumes da civilização humana e, especialmente, da moral decorrente da vida comum dos indivíduos.

Ademais, a moral pode ser vista como um fato histórico, porque é compreendida como um modelo histórico-comportamental “[...] cuja característica é a de estar-se fazendo ou se autoproduzindo constantemente tanto no plano de sua existência material, prática, como no de sua vida espiritual”. (VÁZQUEZ, 2008, p. 37).

A moral do indivíduo, assim, corresponderia a um processo ético socialmente válido e legítimo, bem como sua natureza possui fundamento nos princípios éticos, costumes e tradições, concepções de virtudes ou imperativos sociais de determinada civilização em movimento na história.

Nada obstante, sobretudo em razão do movimento do homem em seu âmago normativo (material) e ideal (espiritual) somados à multiplicidade de fenômenos que compreendem a formação do Direito, permite-se afirmar que “O direito possui um longo passado; obedece no presente a tradições culturais diferentes. Em suma, ele tem histórias”. (ROULAND, 2003, p. 32).

Estas histórias influenciaram e conduziram a doutrina do Direito aos nossos dias. Logo, os imperativos da moral fazem parte da construção normativa do Estado e o resultado da sua combinação com o Direito - visto como exercício do poder político e do poder técnico - precisa compreender a construção ética da sociedade. Nesse sentido, Perelman (2005, p. 31) observa que “Qualquer evolução moral, social ou política, que traz uma modificação da escala de valores, modifica ao mesmo tempo as características consideradas essenciais para aplicação da justiça”.

Note-se, que ao falar sobre características essenciais para aplicação da justiça, a pesquisa não propõe um sentido único para o termo justiça, uma vez que não

interessa a fixação de sentidos, mas a possibilidade de articulação argumentativa desse elemento como condição da própria existência da relação entre Direito e moral.

Aliás, defende-se a atenção do Direito às transitoriedades morais, porque é necessário [...] que o direito se compreenda no seu sentido autêntico, não mero imperativo do poder, não simples meio técnico de quaisquer estratégias, mas validade em que a axiologia e a responsabilidade do homem se manifestem”. (CASTANHEIRA NEVES, 1998, p. 43).

É por evidente, então, que a presença dos imperativos morais na ordem jurídica estaria justificada tendo em vista que nenhum ordenamento pode ser legitimado sem a presença de fundamentos e premissas éticas, pois haveria o risco de ser produzida uma separação inadmissível entre os pressupostos normativos e os próprios ideais de justiça da sociedade.

Não é por outro motivo a defesa de um Direito como representação ética-jurídica, ou seja, um conceito interpretativo que tenha maior representação na sociedade, uma doutrina com autonomia significativa para que não apenas represente um instrumento de força. (SUPIOT, 2007, p. xxx). Logo, deve o Direito também compreender as concepções da moralidade para fins de promover na contemporaneidade um Estado Democrático de legitimidade orientada pela Constituição.

Justamente em vista das influências dos argumentos éticos-jurídicos nas constituições contemporâneas, destaca-se a doutrina de Dworkin que, embora respeitados o contexto em que foi produzida, foi responsável por elevar a discussão acerca da relação entre Direito e moral para o campo prático das decisões judiciais. Por exemplo, Dworkin propôs maneiras ideais de interpretar as cláusulas de teor moral da Constituição norte-americana. (DWORKIN, 2003, p. 154).

A primeira maneira é da adequação, ou seja, a interpretação constitucional deve ser compatível com os princípios jurídicos fundamentados na prática jurídica. A segunda é da justiça. Havendo duas ou mais concepções distintas e possíveis de interpretar uma cláusula constitucional, desde que aprovadas pela adequação, então dar-se-á “[...] preferência àquela cujos princípios nos parecem refletir melhor os direitos e deveres morais das pessoas, uma vez que a Constituição é uma afirmação de ideais morais abstratos que cada geração deve interpretar por si própria”. (DWORKIN 2003, p. 154).

Note-se, que a dimensão interpretativa da justiça, sugerida por Dworkin, constitui-se em um concreto exemplo das influências da moral no Direito, as quais servem de crivo para uma leitura constitucional que conjugue as implicações éticas da sociedade. Logo, não se identifica a plena separação entre o Direito e moral. Quer dizer que melhor é cuidar da intensidade dos efeitos da moral no Direito e nas diferentes distinções entre essas duas categorias. Exatamente nesse sentido afirma Arthur Kaufmann (2000, p. 49) que “[...] la Moral y el Derecho son diferentes em algunos aspectos, pero no están separados entre sí”.

Estes diferentes aspectos entre Direito e moral podem ser resumidamente elencados em seis elementos antagônicos entre si: heteronomia *versus* autonomia; bilateralidade *versus* unilateralidade; e coercibilidade *versus* incoercibilidade. Ao passo que o direito é heterônomo, bilateral e coercível, a moral apresenta-se autônoma, unilateral e incoercível. (GUSMÃO, 2008, p. 72).

Por meio de fundamentos análogos, Perelman (2005, p. 299) afirma que o Direito rege o comportamento humano exterior; a moral enfatiza a intenção; o Direito correlaciona os direitos e as obrigações; a moral prescreve deveres que não dão origem a direitos subjetivos; o Direito estabelece obrigações sancionadas pelo poder; já a moral escapa às sanções organizadas.

Diante das noções acima apresentadas, surgem questionamentos centrais baseados no problema da presente pesquisa. Como as interferências da moral no discurso jurídico, por exemplo como as composições normativas do Direito, podem compreender as concepções da justiça?. Se o Direito pode ser considerado em parte (i)moral?. O positivismo jurídico, exegético e normativista, rejeita interferências morais?.

Para responder, mas não esgotar todas as dúvidas aos questionamentos acima referidos, cumpre saber que alguns elementos doutrinários estudados pela Teoria do Direito convergem para questões centrais da discussão jurídica contemporânea, sobretudo envolvendo pressupostos das correlações entre Direito e moral.

Pode-se, portanto, mencionar os debates sobre a composição normativa que regulamenta os comportamentos sociais; o Direito como dever ser nos seus aspectos coercitivos; as separações das proposições do Direito e da moral; o Estado como principal fonte da lei; a crise da jurisdição do Estado Democrático de Direito; a

normatividade do Direito; e neste contexto normativo: a doutrina do positivismo jurídico. (DIMOULIS, 2003, p. 34-49).

É por evidente, portanto, a necessidade do estudo da doutrina positiva do Direito. Esse estudo tem como principal objetivo apontar um referencial teórico capaz de ilustrar o desenvolvimento normativo do Direito e esclarecer a influência do positivismo para com o desenvolvimento de uma ordem legal avessa às interferências da moral na argumentação jurídica.

## **2 O DESENVOLVIMENTO DO POSITIVISMO JURÍDICO**

É no século XVIII que surge o positivismo jurídico como uma concepção sócio jurídica do Direito. O positivismo nasce, sobretudo, pelas influências de ideais liberais como a segurança jurídica e mais precisamente pelo surgimento do Estado moderno. Exatamente nesse sentido Barzotto (2007, p. 18) observa que o positivismo jurídico “[...] estava animado pelo mesmo ideal que levou à construção do Estado Liberal e o seu direito: o ideal da segurança”.

Do mesmo modo, o interesse pela positivação do Direito conquista integração política durante a Revolução Francesa (período de 1790 a 1800) e acaba por ter reflexos tanto no pensamento político, como também no próprio relacionamento com toda a ordem jurídica existente na França até o século XVIII. (BOBBIO, 1995, p. 67).

Assim, o marco histórico para o avanço positivista ocorreu justamente no século XVIII, durante a Revolução Francesa em um momento histórico em que a religião desaparece do cenário jurídico. Todavia, o cenário acabou mudando menos do que se imaginava, especialmente pela razão de que o direito passou a ser posto pelo Estado, o qual se tornou apenas um substituto do comando da igreja, concentrando em si todos os poderes. (ROULAND, 2003, p. 64).

Não obstante, ainda neste contexto de transformação política na França, os pressupostos do positivismo jurídico são apontados pela doutrina como uma espécie de contraposição ao direito natural, porque a teoria positivista é uma doutrina do Direito que nega a existência de outro direito senão o positivo. (BOBBIO, 1995, p. 26).

A mudança na forma política do Estado alterou as concepções sociais sobre uma ordem normativa válida e conseqüentemente gerou reflexos na antiga contraposição existente entre direito natural e direito positivo. Assim, a supremacia positivista se estabelece como um novo modelo de formação jurídica, uma vez que

seus alicerces consistem na vontade da sociedade francesa em superar a desintegração política, admitindo como único direito aquele posto e aprovado legitimamente pelo Estado. (BOBBIO, 1995, p. 29).

Portanto, consoante já afirmado anteriormente, o ideal da segurança jurídica tomou o lugar que até então era de outros valores, inclusive descartando “[...] o direito natural como uma incursão indevida da ideia de justiça no funcionamento do direito, com o intuito de limitar o poder do legislador”. (PERELMAN, 2005, p. 389).

Mediante esses argumentos, defende-se que o positivismo jurídico francês foi concebido por meio de um paradoxo, por um lado, procurava limitar o poder do legislador na produção do conteúdo normativo, por outro, restringia o Direito meramente ao conteúdo jurídico proveniente do raciocínio ideal produzido pelo legislador. Um claro exemplo disso pode ser o Código de Napoleão de 1804, que foi considerado no âmbito do positivismo exegético não apenas como um Código de Direito Civil, mas como o próprio Direito.

Todavia, esse Código, embora considerado como fundamento político-material da codificação do direito francês, na prática contrariou ideais filosóficos da Revolução Francesa, decorrendo até mesmo em uma concepção de protagonismo judicial, isso porque o juiz deveria deduzir do Código a solução para toda e qualquer controvérsia jurídica<sup>3</sup>. (BOBBIO, 1995, p. 77).

Não obstante, a concepção teórica da primazia da escolha pretérita do legislador deu ensejo central nas implicações do chamado positivismo exegético. Essa vertente do positivismo surge com base no ideal da completude da lei, desenvolvendo a chamada Escola da Exegese. Essa Escola, segundo Bobbio (1995, p. 78), “[...] se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código” de Napoleão.

Nesse sentido, destaca-se algumas das principais premissas teóricas vinculadas à doutrina francesa do positivismo jurídico exegético, especialmente acerca do contexto histórico (transcorrido no século XIX) em que se deram efetivamente suas compreensões.

## 2.1 O POSITIVISMO EXEGÉTICO

---

<sup>3</sup> Nesse sentido, destaca-se o art. 4º do Código de Napoleão: o juiz que se recusar a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado como culpável de justiça denegada.



O movimento doutrinário da Escola da Exegese teve influência determinante no desenvolvimento histórico da doutrina positivista do Direito. Essa doutrina foi uma corrente do pensamento jurídico francês nascida no início do século XIX que possuiu uma base doutrinária e metodológica vinculada ao ideal legalista da codificação jurídica, o qual ocorreu na França no período histórico de pós-revolução.

Em outras palavras, significa dizer que o positivismo exegético foi a doutrina que compreendia o direito como um “[...] conjunto dos textos legais sistematizados nos códigos [...] e para os submeter a uma estrita hermenêutica exegética que culminava em uma determinação dogmática, de índole lógico-analítica e dedutiva”. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 181).

O novo pensamento jurídico trazido pelo positivismo exegético significou uma desvinculação doutrinária das concepções pretéritas de Direito, sobretudo decorrente do contexto cultural e político estabelecido a partir da Revolução Francesa de 1789. A nova ordem jurídica não se consolidou somente em face das alterações das concepções jurídicas oriundas do desenvolvimento histórico do Direito, mas em face dos fatos sociais que provocaram uma ruptura com os pressupostos antropológicos originários do pensamento filosófico, político e cultural da época. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 182).

Nesta linha, a doutrina de Bobbio (1995, p. 78-81) concede destaque a cinco pontos essenciais que explicam o advento e a consolidação da Escola da Exegese, os quatro primeiros pontos são eminentemente de natureza teórica-ideológica e o último ponto é de natureza política. Primeiro, as soluções para os problemas jurídicos supostamente deveriam ser buscadas da maneira mais fácil e rápida. Logo, naturalmente a codificação representava o pressuposto de um Direito unitário e decorria em uma rejeição de outras fontes do Direito. Segundo, o momento histórico vivido na França, de apego aos ideais jurídicos propostos pelo legislador ou observação ao princípio da autoridade, desenvolveu uma mentalidade de respeito à autoridade soberana do legislador. (BOBBIO, 1995, p. 78).

Por outro lado, a terceira causa decorreu da concepção filosófica contida na doutrina da separação dos poderes, estruturada a partir de funções precípuas do Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário; as quais inclusive formam os fundamentos das concepções ideológicas do Estado moderno. Outro motivo do advento da Escola da Exegese foi a concepção da certeza do direito. Essa posição precisava a

necessidade dos indivíduos conhecerem de forma pretérita os ditames das leis, porque o direito deveria estar baseado em um conjunto estável de normas, ou seja, um ordenamento legal fundado em segurança jurídica. (BOBBIO, 1995, p. 79-80).

Por sua vez, o quinto ponto favorável ao advento da Escola da Exegese foi a alteração no ensino do Direito. As Escolas do Direito deixaram de afirmar postulados das teorias jurídicas e iniciaram um processo oriundo de pressão política: tão somente o ensinamento do direito positivo napoleônico. Logo, o direito francês propagado era o próprio e único direito de Napoleão. (BOBBIO, 1995, p. 81).

Nada obstante, observa-se que a Escola da Exegese possuiu três postulados capitais, quais sejam (a) a identificação do direito com a lei; (b) a exclusividade da lei como critério jurídico; e (c) a suficiência da lei para dar solução a todos os casos judiciais. O primeiro postulado significou que a única fonte do Direito era a lei, ou melhor, o Direito “[...] manifestar-se-ia unicamente nas leis e não haveria outro direito além daqueles que as leis prescrevessem”. (NEVES, 2010, p. 183). Logo, o positivismo exegético resumiu o Direito à lei, ou seja, reduziu o Direito à concepção normativa e, essa redução, em seu contexto histórico, remete em particular a submissão do Direito Civil francês ao Código de Napoleão.

O segundo postulado, da exclusividade da lei como critério jurídico, tem seu pressuposto na ideia de normatividade jurídica. Assim, observa-se que os critérios decisórios propostos pela Exegese eram tão somente os conteúdos normativos encontrados nas leis, essa exclusividade hermenêutica recusava a aplicação de outros critérios de interpretação e aplicação jurídica. A preocupação do julgador era com o conteúdo legal porque não havia interesse em características de justiça, da razoabilidade e da aceitabilidade social da solução dos casos. Os juízes ditavam o Direito, que “[...] no espírito da escola da exegese, era reduzido a uma entidade quase mística, a Lei, expressão da vontade nacional”. (PERELMAN, 1998, p. 53-54).

O terceiro postulado, suficiência da lei, representava que o Código de Napoleão deveria dar solução a todos os casos jurídicos, quer dizer que a doutrina do positivismo exegético acreditou na eliminação de lacunas do sistema jurídico. Aliás, o conceito de sistema jurídico significou o mesmo que “[...] um sistema completo e fechado”. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 185). Essa crença era vinculada à forma de interpretação que exigia a eliminação de controvérsias e desacordos, por assim dizer, buscava-se a plenitude sistemática do Direito.

Porém, a defesa doutrinária de suficiência do sistema não quis dizer que todos os casos eram albergados pela legislação. Desde logo, caso houvesse uma hipótese de omissão legislativa o julgador deveria consultar o legislador para que então, esse último, decidisse o caso jurídico. Caso o legislador não pudesse encontrar alguma forma de decidir o caso, a solução explorada pelo positivismo exegético era simplesmente recusar a demanda, ou seja, considerar o caso como ausente de tutela jurídica diante da inexistência de lei. (CASTANHEIRA NEVES, 2010, p. 189).

Outro ponto importante a ser desenvolvido no presente estudo, trata-se da constituição metodológica da Escola da Exegese. O princípio central do método exegético consubstanciou uma lealdade absoluta ao texto legal, uma espécie de elevação ou veneração da lei em detrimento da concepção de Direito. Por isso, é possível referir que o método exegético, considerando seus postulados capitais já referidos, orientou-se por uma estrutura lógico-dogmática ou dedutivo-formal.

Ademais, consoante orienta Castanheira Neves (2010, p. 188), por um lado o referido método teve como rigor lógico promover a vontade racional da lei ou do legislador, por outro, blindava a interpretação jurídica por meio de uma análise das proposições textuais articuladas pela sua estrutura dedutivo-formal. Logo, o positivismo exegético prescrevia que a lei deveria sistematicamente impor a mesma razão normativa-jurídica assumida pela vontade do Estado. Havendo a necessária consistência das decisões judiciais, dispensados eram quaisquer fundamentos e argumentos de outras naturezas, por exemplo a influência de elementos morais.

De toda maneira, a fórmula lógica do direito exegético consistia em um silogismo jurídico, quando estabelecidos os fatos: as premissas maiores eram as normas legais interpretadas; as premissas menores eram as condições concretas previstas em regras; e a decisão dos casos a conclusão do silogismo. A escola da exegese aproximava a ordem jurídica ao método de uma fórmula matemática para que a segurança fosse o elemento soberano do ordenamento, evitando os abusos cometidos pelos juízes e desenvolvendo uma ideia de sociedade abrigada por instituições impessoais. Logo, “[...] os juristas da escola da exegese se empenharam em seu trabalho, procurando limitar o papel do juiz ao estabelecimento dos fatos e a sua subsunção aos termos da lei”. (PERELMAN, 1998, p. 35).

A forma superficial – dedução do direito a partir do texto legal - como o positivismo exegético enfrentou os nuances da aplicação da lei, inicialmente cumpriu

o papel de mascarar uma perfeita relação entre Direito e fonte normativa, mas de modo derradeiro demonstrou-se um modelo insuficiente, incapaz de abranger a complexidade de outras fontes que envolvem a justificação e argumentação do Direito.

Portanto, a partir das referidas premissas do pensamento positivista exegético é possível afirmar que tal doutrina considerou o Direito como um sistema racional autossuficiente, onde os aspectos sistemáticos próprios da racionalidade sustentada eram responsáveis por constituir a lei e por, também, excluir dela qualquer lacuna.

Dentre diferentes problemas, a principal crítica ao positivismo exegético apresenta-se na redução do Direito ao conceito da lei, já que assim o Direito ficou afastado de outros vetores responsáveis por seus fundamentos. Além do mais, outro equívoco do positivismo exegético consistiu no fato de considerar a segurança jurídica como valor absoluto, ocorre que outros valores também interessam ao Direito.

## 2.2 O POSITIVISMO NORMATIVISTA

Outra vertente histórica do positivismo jurídico é a doutrina normativista (final do século XVIII e início do século XIX). Esse pensamento teórico se constituiu por meio da construção científica do Direito, tendo como seus pressupostos teóricos a unidade, a coerência e a completude. (BOBBIO, 1995, p. 198).

Quanto à característica da unidade, embora não exclusiva do positivismo jurídico porque também presente nas doutrinas jusnaturalistas, tal elemento decorreu da unidade formal do Direito, ou seja, o cuidado formal de como as normas eram positivadas. (BOBBIO, 1995, p. 200). Logo, para o positivismo normativista a produção do Direito deveria se dar por um modo único, porque as leis deveriam ser positivadas tão somente por uma autoridade soberana (onipotência do legislador), tendo todas a mesma fonte originária.

Por sua vez, as características da coerência e da completude do Direito são os próprios fundamentos do positivismo científico, inclusive, representando dogmas positivistas como a completude da lei. Essas duas características, coerência e completude, possuem um caráter interligado, porque enquanto a coerência propõe um sistema onde não existem normas contraditórias, por sua vez a completude cuida para que essas mesmas normas colmatem eventuais lacunas. (BOBBIO, 1995, p. 202).

Ressalta-se, também, que o positivismo normativista na sua qualidade teórica, tem pressuposto baseado em um princípio fundamental, qual seja o objeto da ciência

jurídica é o Direito tal como ele é e não o Direito como deveria ser, sobretudo porque “[...] não há nenhuma base conceitual para supor que o Direito que é e o Direito que deveria ser coincidam”. (MACCORMICK, 2010, p. 41).

Justamente a partir desse fundamento é que a doutrina positivista normativista recebeu inúmeras críticas, sobretudo em face de problemas de diversas ordens, como exemplo o questão de considerar uma abordagem do Direito como um fato e não como um valor; de definir o Direito apenas a partir da ideia da coerção, onde as normas valeriam por meio da força; de promover uma desconsideração de outras fontes do Direito (que embora rejeitadas não desaparecem do cenário jurídico); de sustentar a teoria da completude da lei; e por defender uma interpretação mecanicista. (BOBBIO, 1995, p. 131-133).

Pode-se afirmar, portanto, que a doutrina do positivismo jurídico normativista buscou limitar a margem de atenção dos juristas, restringindo seu interesse tão somente ao estudo das chamadas proposições científicas. Logo, enquadra-se nessa doutrina a Teoria Pura do Direito, *Reine Rechtslehre*, a qual segundo Hans Kelsen (2003, p. xiii-xiv) é uma teoria que busca exclusivamente identificar e conhecer o objeto do Direito, procurando responder a seguinte questão: “[...] o que é e como é o direito? Mas já não lhe importa a questão de saber como deve ser o direito, ou como ele deve ser feito? É ciência jurídica e não política”.

Desta forma, um dos principais pressupostos da Teoria Pura do Direito é justamente afastar todos os elementos estranhos à chamada ciência jurídica (por exemplo a moral), sobretudo em razão da limitação do objeto estudado: a norma jurídica - livre de todo elemento extra e sob o plano da validade metodológica científica.

O positivismo normativista de Kelsen empreende (para fins de conhecimento do Direito) também o conceito de ordenamento legal enquanto válido por meio de uma “[...] norma hierarquicamente superior – a norma fundamental, na medida em que não é posta, mas pressuposta, não possui qualquer fundamento, mas se constitui enquanto fundamento último”. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 23).

Defende-se que a norma fundamental surge como uma espécie de constituição em caráter lógico-jurídico e não exatamente no sentido jurídico-positivo, sobretudo por ser considerada o pressuposto neutro do fundamento da criação do direito positivo. Logo, uma vez que a norma fundamental é utilizada como um recurso silogístico de

validade, Kelsen pressupõe um fechamento lógico para que o conhecimento do Direito não vise exatamente à descrição de um fato, mas sim à preocupação da descrição de um fato jurídico válido. (ROSS, 2000, p. 93).

Também é pela utilização de uma ordem silogística, a partir de uma ideia do Direito como estrutura hierarquizada de validação de normas, que qualquer conteúdo (nazista, socialista, religioso, etc.) poderia ser considerado conteúdo jurídico. Para Kelsen importa a validade da norma e não necessariamente o seu conteúdo. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 30).

O desinteresse ao conteúdo da norma jurídica no positivismo normativista se deve também pelo fundamento no princípio da legitimidade que, segundo Chamon Junior (2005, p. 31), significa a legitimidade da norma “[...] produzida de acordo com o ordenamento jurídico sendo assim válida, se minimamente eficaz, mas podendo ter sua validade finada de maneira determinada pelo mesmo ordenamento”.

Por essa razão, o Direito não precisaria respeitar elementos morais para ser definido ou mesmo validado, porque a essência do Direito para ser garantido em sua forma não requerer nada mais do que uma espécie de valoração jurídica-positiva. Assim, define Kelsen (1998, p. 75) que a “[...] separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral Absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral”.

Após esses apontamentos introdutórios sobre o positivismo exegético, bem como sobre o positivismo normativista, faz-se necessário reconhecer que diante de um contexto de transformações sócio-políticas a doutrina do positivismo jurídico modificou o modo de compreender o Direito e elevou a atenção dos juristas para os problemas decorrentes da relação entre Direito e moral.

Nesse ponto, faz-se importante avançar para introduzir o conflito doutrinário existente entre as teorias de Hans Kelsen e Jürgen Habermas, sobretudo explorando esses dois pensamentos doutrinários no que se refere à convivência conflituosa entre direito positivo e argumentos morais.

### **3 O DEBATE JURÍDICO-PROCEDIMENTAL DE KELSEN**

Na obra Teoria Pura do Direito, Hans Kelsen define o Direito como norma jurídica, fazendo uma ressalva quanto à existência de outros tipos de normas, como

as normas sociais (aquelas que supostamente regulam as condutas naturais humanas entre si). Ao abordar normas sociais Kelsen determina que as mesmas abrangem circunstâncias designadas pela moral, assim “Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito”. (KELSEN, 1998, p. 67).

A partir de um olhar teórico procedimental, Kelsen enxerga nas normas sociais um perigo à pureza metodológica da ciência jurídica, sobretudo pela dificuldade em distinguir com clareza o Direito (norma jurídica) e a moral (abrangida pelas normas sociais). Revela-se, portanto, que o antigo debate sobre o problema da norma jurídica não corresponder aos interesses morais da maioria é uma questão supérflua para a ciência jurídica, ou seja, para Kelsen (1998, p. 69) não é correto vincular a validade e eficácia do Direito ao passo de uma aceitação coletiva moral.

Outra questão incidente na Teoria Pura de Kelsen, trata-se do Homem como indivíduo capaz de agir em contrariedade às normas morais e favoravelmente às normas jurídicas ou agir em oposição às normas jurídicas e positivamente aos ditames morais. Kelsen (1998, p. 69) observa que esse comportamento humano ocorre pela simples razão da inclinação mais intensa que possui o indivíduo ou também em razão dos seus interesses mais fortes. Portanto, o Direito não deveria submeter sua eficácia à moral, por meio dos simples pressupostos fáticos de contradição de interesses, inclinações internas e valoração de âmago moral.

Por outro lado, assevera-se que o Direito e a moral não são distintos em referência as suas aplicações normativas, considera-se que a ordem moral, uma vez positiva assemelha-se ao Direito, porque essa interessa para a Ética, do mesmo modo que a norma positivada interessa para o Direito. Logo, moral e Direito não são diferentes quanto suas referências sistemáticas, mas tão somente quanto as suas espécies normativas. (KELSEN, 1998, p. 70).

Nesse ponto, surge um problema acerca das relações entre Direito e moral. Primeiro, Kelsen (1998, p. 72) diz que o “[...] Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral”. Segundo, o problema entre as relações entre Direito e moral se apresenta nas hipóteses em que o Direito pode ser moral (no sentido de justo), ocorre que a isso não necessariamente deve ser vinculado

ao Direito, no entanto Kelsen admite a exigência de um Direito próximo ao critério de justiça.

Deste modo e sob a ótica do problema relatado, observa-se que o Direito visto em seu conteúdo é constituído de valorações morais e na sua essência justo. Porém, essa constituição enseja outro problema não bem trabalhado por Kelsen, qual seja a justificação do Direito pela moral. Para o autor (1998, p. 74) a moral não enseja uma construção pura do conhecimento do Direito, porque seus valores são admitidos por meio de relativizações quanto ao justo, injusto, bom e mau. As diferenciações quanto à estabilidade das circunstâncias morais na origem de normas sociais, enseja a ideia que os valores oriundos da moral para a ciência do Direito não representam elementos essenciais.

Ademais, ressalta-se que a pesquisa científica de uma teoria do Direito separada da moral se justifica principalmente em encontro à primeira análise do problema sobre as relações entre Direito e moral, ou seja, no tocante ao repúdio de uma única moral válida e absoluta.

A validade do Direito deveria estar independente de influências morais de uma única vertente. Essa exigência de separação, por sua vez, não impede que o Direito e algum sistema moral possam convergir, mas a moral (por ser relativa) não pode exercer a função de determinar o Direito, no máximo pode ser utilizada como um dos critérios entre outros tantos para atingir tal fim. (KELSEN, 1998, p. 76).

Entende-se, a partir do presente estudo e em face da complexidade dos atuais ordenamentos jurídicos, que a Teoria Pura do Direito não é capaz de representar adequadamente os problemas relacionados ao debate jurídico-moral contemporâneo, bem como é incapaz de determinar um horizonte teórico concreto acerca da justificação do Direito enquanto sistema social complexo.

#### **4 O DEBATE JURÍDICO-MATERIAL DE HABERMAS**

Para observar questões sobre a justificação material do Direito, cumpre introduzir a doutrina de Jürgen Habermas. Assim, o pensamento teórico de Habermas, a partir do texto *Tanner Lectures*, sustenta que as normas morais e jurídicas consistem em sistemas distintos. Todavia, o filósofo alemão assinala que a moral e o Direito convivem entrelaçados de modo a se complementarem especialmente em face do elemento da cooriginariedade.



A ideia da cooriginariedade consubstancia-se em uma espécie de judicialização de conceitos morais de modo que o conjunto de uma determinada ordem jurídica – ao menos em dimensão mínima – tem o dever de concretizar no mundo fenomenológico a ordem moral inteligível, a qual reúne, por exemplo, valores históricos relativos aos deveres éticos da sociedade. (HABERMAS, 1997, p. 140).

A partir dessa linha de pensamento, Habermas (1997, p. 140) acredita que “[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais”. Logo, afirma-se que a relação da moral com o Direito se dá por meio de conceitos fundamentais de legitimidade e validade jurídica, porque esses elementos estão vinculados, em certa medida, aos conteúdos relativos à espécie da justificação moral.

Sob a ótica desse paradigma, Habermas (1992, p. 100) observa que o direito positivo somente permaneceria legítimo a partir da simbiose entre moral e poder político, porque o direito não possui força legitimadora quando tão somente à disposição unicamente da política, apartado de qualquer relação com a moral. A legitimidade jurídica “[...] se faz derivar da relação interna entre Direito e Moral, e não de um procedimento formal capaz de encobrir sob o manto da “legitimidade” (formal) quaisquer conteúdos ainda que moralmente insustentáveis”. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 211).

Do mesmo modo, a validade da norma jurídica deve possuir uma ligação de identidade com as aplicações morais de *justiça*. Logo, a norma jurídica deve observar obrigatoriamente as subjetividades das estruturas morais da sociedade, sob o perigo de perder validade. (HABERMAS, 1992, p. 100).

Ademais, para Habermas o conceito central acerca do problema do debate jurídico-moral está vinculado ao pensamento teórico de Dworkin, porque Habermas também sustenta que o Direito tem sua estrutura baseada em regras e princípios, sendo que os princípios jurídicos, simultaneamente e em muitas hipóteses, correspondem a princípios morais. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 212).

Todavia, consoante a doutrina de Streck (2006, p. 211), convém ressaltar que as constituições e ordenamentos jurídicos em geral consideram um conjunto de princípios, os quais contêm uma relação ontológica entre Direito e moral. Essas considerações de justificação ocorrem no âmbito do debate legislativo que previamente observa questões morais-principiológicas.

Somente seria legítimo, portanto, o Direito construído a partir da ideia de sistema democrático, onde as formações e representações morais da sociedade ocorressem previamente à coerção e procedimentalização do Direito. Assim, observa Habermas (1992, p. 99) que “[...] somente uma consciência de normas, tradicionalmente consolidadas e moralmente obrigatórias, modifica a jurisdição e possibilita a transformação de um poder factual, num poder normativo”.

Habermas entende a relação do Direito com a moral como uma relação de complementariedade, possível tão somente a partir da institucionalização, no âmbito do Estado de Direito, de justificações abertas à argumentação por meio de discursos morais. (CHAMON JUNIOR, 2005, p. 215-216). Todavia, mesmo diante do referido entrelaçamento cooriginário entre moral e Direito, Habermas (1997, p. 142) adverte que o Direito não está subordinado à moral, principalmente no que se refere a inexistência hierárquica entre os sistemas de normas morais e de normas jurídicas.

Esse entendimento de Habermas, deve-se essencialmente porque a existência de hierarquia normativa está inserida no contexto do “[...] mundo pré-moderno do direito. A moral autônoma e o direito positivo, que depende de fundamentação, encontram-se numa relação de complementação recíproca”. (HABERMAS, 1997, p. 142).

Portanto, consoante às concepções doutrinárias de Habermas é possível afirmar que o vínculo entre Direito e moral reside especialmente nos conteúdos comuns que os unem. Logo, a relação de vínculo cooriginário entre Direito e moral mantém de forma intermitente a incidência de questões morais no cenário prático do debate jurídico-material.

## **CONCLUSÃO**

Apresentados os pressupostos da relação entre Direito e moral da perspectiva do positivismo jurídico, exegético e normativista, bem como introduzidos os pensamentos teóricos de Kelsen e Habermas, nota-se a sobreposição dos conteúdos jurídicos e morais. Esses conteúdos carregados de indeterminações, onde todas as variáveis se complementam de forma mútua, são forjados pela teoria habermasiana da cooriginariedade.

A representação da relação sobreposta do Direito com a moral ilustra também a própria correlação que envolve a moralidade no Direito. Esse paradigma do Direito

contemporâneo se impõe especialmente no que se refere às questões e desafios da convivência conflituosa entre direito positivo e argumentos morais.

Como visto as relações entre Direito e moral formam um tema relevante de pesquisa, não só porque seus pressupostos figuram em debates da doutrina do Direito, mas também porque seus elementos estão presentes no meio prático jurídico, onde intermitentemente são utilizados argumentos valorativos que independem e não se sujeitam aos parâmetros objetivos da jurisdição.

Com efeito, cabe responder a seguinte questão: como os pressupostos das relações entre Direito e moral estão presentes nas decisões judiciais, sobretudo, em face do elemento da cooriginariedade? A resposta abre e direciona o olhar sobre a relação entre o Direito e moral. Isso porque, nos conflitos jurídicos contemporâneos se articulam argumentos e valores que consubstanciam questões morais como circunstâncias importantes a serem enfrentadas e decididas no âmbito prático do Direito.

Importa responder, assim, que a correlação da moral e do Direito pode ser expressada, primeiro, com base nos fundamentos teóricos trazidos pelas questões morais e jurídicas destacadas no presente trabalho, sobretudo pela diferença de postura doutrinária de Kelsen e Habermas. Segundo, a cooriginariedade exprime no contexto prático jurídico a problemática da utilização de fundamentos morais em decisões judiciais, sobretudo quando da experiência moral combinada com o conhecimento científico jurídico aplicado em cada caso concreto.

São também por meio desses fundamentos que a doutrina jurídica considera relevante o estudo da união da moral com o Direito, visto que o presente tema está presente nos debates judiciais voltados para a discussão das categorias de justiça, dignidade humana, vida, igualdade e liberdade. Essas categorias valorativas apresentam como ponto em comum justamente o conflito entre a norma jurídica como parte do procedimento judicial de decidir e a aceitação moral como pressuposto de legitimidade do Direito.

Pode-se afirmar, por fim, com Habermas, que a moral está no âmbito do Direito e não à parte dele. Que a justificação do Direito está condenada a um diálogo permanente com a moral, onde o Direito que, de um lado, é um conceito interpretativo, envolve, do outro, toda a moralidade; um conceito cooriginário às vezes significa um todo, às vezes uma parte, ao mesmo tempo é Direito e moral.

## REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. **O positivismo jurídico contemporâneo**: uma introdução a kelsen, ross e hart. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Icone, 1995.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Digesta**. Vol. 2º. Coimbra: Portugal, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, António. **“Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”**: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. In: Boletim da Faculdade de direito da Universidade de Coimbra. Vol. LXXIV [separata], 1998, p.1-44.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. **Filosofia do direito na alta modernidade**: incursões teóricas em Kelsen, Luhmann e Habermas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUSMÃO, Paulo Dourado. **Introdução ao estudo do direito**. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e moral**. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1992.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução

de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Volume I.

KAUFMANN, Arthur. **Derecho, moral e historicidad**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. Tradução de João Baptista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. (Justiça e Direito).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. Tradução Cláudia Santana Martins. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica jurídica: nova retórica**. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2000.

STRECK. Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Tradução de João Dell' Anna. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.