

DEBATES SOBRE O DIREITO E A MORAL À LUZ DOS PARADIGMAS DA MODERNIDADE

DEBATES ABOUT LAW AND MORAL IN THE LIGHT OF THE PARADIGMS OF MODERNITY

Samuel Meira Brasil

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Inteligência Artificial pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Professor do Programa de Pós-Graduação, Doutorado e Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória – FDV (Vitória - ES, Brasil). Desembargador do TJ/ES.

Bruno Taufner Zanotti

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pela FDV. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal. Professor da especialização em Direito Público da Escola Espírito Santense do Ministério Público. Delegado da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo.

Submetido em: 18/01/2018

Aprovado em: 19/01/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5545>

Resumo: A complexa relação entre o Direito e a Moral, bem como o seu desenvolvimento ao longo dos séculos, denota a existência de um conflito de paradigmas, na medida em que muitos magistrados, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda acreditam na construção de uma ciência pura para a interpretação do Direito. É nesse contexto que se insere o problema que este artigo busca responder: Qual a relação entre o Direito e a Moral no Estado Democrático de Direito? A resposta passa, necessariamente, pelos seguintes questionamentos secundários: Como a relação entre o Direito e a Moral se desenvolveu ao longo dos paradigmas da Modernidade? Qual o papel de Hans Kelsen, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin nessa relação? Enfim, é possível, nos dias atuais, ignorar o diálogo entre o Direito e a Moral? Após uma pesquisa bibliográfica e utilização de uma abordagem hermenêutica, concluiu-se que a pureza do Direito é incompatível com o Estado Democrático de Direito, em especial no âmbito das teorias de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Enquanto Jürgen Habermas reconhece um caráter de complementariedade entre o Direito e a Moral, Ronald Dworkin fundamenta a legitimidade de sua teoria em uma base exclusivamente Moral.

Palavras-chave: Direito; Moral; Hans Kelsen; Jürgen Habermas; Ronald Dworkin.

Abstract: *The complex relationship between Law and Morality, as well as its development over the centuries, shows the existence of a conflict of paradigms, since many judges, in the Democratic State of Law, still believe in the construction of a pure science for the interpretation of Law. It is in this context that the problem that this article seeks to answer is inserted: What is the relation between Law and Morals in the Democratic State of Law? The answer necessarily goes through the following secondary questions: How did the relation between the Law and the Moral developed along the paradigms of Modernity? What is the role of Hans Kelsen, Jürgen Habermas and Ronald Dworkin in this relationship? Finally, is it possible, in the present day, to ignore the dialogue between the Law and the Moral? After a bibliographical research and use of a hermeneutical approach, it was concluded that the purity of the Law is incompatible with the Democratic State of Law, especially in the scope of the theories of Ronald Dworkin and Jürgen Habermas While Jürgen Habermas recognizes a character of complementarity between the Law and Moral, Ronald Dworkin grounds the legitimacy of his theory on an exclusively Moral basis.*

Keywords: *Law; Moral; Hans Kelsen; Jürgen Habermas; Ronald Dworkin.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre a ideia de paradigma. 3. Da antiguidade ao Estado Social. 4. O Estado Democrático De Direito e a proposta de Jürgen Habermas. 5. O Estado Democrático de Direito e a proposta de Ronald Dworkin. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito e a Moral, bem como o seu desenvolvimento ao longo dos paradigmas, é capaz de gerar, nos dias atuais, uma sensação de que inexistente diálogo entre os dois institutos, na medida em que muitos magistrados e aplicadores do Direito, em pleno Estado Democrático de Direito, não são capazes de visualizar a evolução paradigmática do Direito e sua inevitável relação com a Moral.

De fato, a mão pesada do paradigma limita o ser humano, e não são todos que possuem a capacidade de aceitar a precariedade como instrumento constituidor do seu próprio ser. A possibilidade de entender as premissas teóricas que fundamentam a relação entre o Direito e a Moral ao longo da história e, em especial, nos dias atuais, com pensadores que mais bem representam o Estado Democrático de Direito, passa por uma análise do que constitui o próprio julgador e o seu entender do que é o Direito.

O presente artigo tem justamente essa proposta. Qual a relação entre o Direito e a Moral? Como essa relação se desenvolveu ao longo dos paradigmas? Qual o papel de Hans Kelsen, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin nessa complexa relação? Enfim, é possível, nos dias atuais, ignorar o diálogo entre o Direito e a Moral?

Do mesmo modo que as perguntas são complexas, as respostas também o são. Elas passam pela análise do conceito do que venha a ser um paradigma para

que se possa entender o caminhar dessa relação ao longo dos anos. Com a finalidade de integrar as fontes de estudo que serão utilizadas, verificou-se a necessidade de uma abordagem hermenêutica

A partir dessa premissa, após trabalhar o conceito de paradigma, será feita uma breve análise da relação entre o Direito e a Moral no período pré-moderno para, em seguida, estudar essa relação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Ao final, a análise terá por base teóricos que mais bem representam o Estado Democrático de Direito, quais sejam, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IDEIA DE PARADIGMA

O estudo da relação entre o Direito e a Moral pode ser fragmentado dentro de determinados períodos históricos, ou seja, dentro de esferas de pré-compreensões compartilhadas por pessoas dentro de mesmo contexto temporal e espacial. É por isso que ganha relevância a ideia de paradigma.

Em breves palavras, um paradigma pode ser qualificado como conceitos prévios e necessários ao exercício da linguagem em uma visão de mundo que norteia a leitura que dele se faz e, ao mesmo tempo, limita a compreensão que dele se tem, devidamente concebido dentro de um específico tempo e determinado lugar. Bauman (1997, p. 17) trata dessa questão ao explicar o seu entendimento sobre um fundo de conhecimentos compartilhados e afirma que

[...] nenhum de nós pode construir o mundo das significações e sentidos a partir do nada: cada um ingressa num mundo 'pré-fabricado', em que certas coisas são importantes e outras não o são; em que as conveniências estabelecidas trazem certas coisas para a luz e deixam outras na sombra.

Com base na leitura que Bauman faz da ideia de paradigma, é possível visualizar que o mesmo possui um duplo aspecto, ao iluminar uma situação e deixar outras na sombra. Essa tensão paradigmática também é pontuada por Menelick de Carvalho Netto. Em relação ao primeiro aspecto, o autor afirma que o paradigma

[...] possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado nas gramáticas das práticas sociais, que a um só

tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Esse primeiro aspecto condiciona e limita o agir de uma pessoa a essa visão de mundo na qual está inserida, de modo a tornar possível a linguagem entre as pessoas que compartilham esse mesmo paradigma. As esferas gerais de pré-compreensões trazem, em si, o conteúdo que tenta perpetuar na história de cada paradigma, a fim de impor a ideia de que tal pano de fundo é o mais adequado àquele contexto.

Já em relação ao segundo aspecto, importa dizer que o paradigma

[...] padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Note que o paradigma é uma visão precária de determinado contexto histórico. A história é muito mais rica do que a tentativa de simplificar, em certos aspectos, determinado período, tanto que a precariedade de um paradigma inevitavelmente vai deixar de iluminar algumas situações que podem vir a gerar uma ruptura paradigmática.

Nessa linha de pensamento, um paradigma é dotado, no entender de Kuhn (2001, p. 219), de um caráter circular, o qual é constituído pelo o que as pessoas de certa comunidade partilham (aspecto objetivo) e, também, pelo conjunto de indivíduos que fazem parte desse mundo (aspecto subjetivo), sendo impossível reconstruir todas as suas peculiaridades em razão da extensão dessa circularidade.

Por isso, quando se fala nos paradigmas da modernidade, não se deseja exaurir suas características, mas, na verdade, procurar aspectos comuns dentro de cada período histórico e igualmente compartilhados por vários Estados, formando, assim, grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, que, ainda hoje, concorrem e condicionam a atuação dos magistrados no Brasil, mas nem sempre se mostram adequados à noção de um Estado Democrático de Direito.

3 DA ANTIGUIDADE AO ESTADO SOCIAL

No período pré-moderno, o direito era tradicionalmente posto como um instrumento de manipulação das massas e manutenção dos privilégios das classes, em especial do clero e da nobreza. De acordo com Menelick de Carvalho Neto

(1999, p. 476-477), a “lei” era decorrência da íntima relação entre religião, moral, tradições sociais, costumes e direito:

O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça se realiza sobretudo pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em “bem observar” o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social (a *phronesis* aristotélica, a servir de modelo para a postura do hermeneuta).

A finalidade do aplicador da norma, portanto, era reproduzir as inúmeras diferenças sociais e manter a estrutura classista existente na sociedade. A moral era parte de um complexo sistema de normas que se harmonizavam para refletir e manter a discriminação social e a desigualdade entre as pessoas.

A modernidade consistiu numa resposta direta à Monarquia e aos abusos cometidos pelos órgãos detentores do Poder. Durante o primeiro paradigma da Modernidade, o Estado Liberal, foram reconhecidos os primeiros direitos fundamentais, notadamente os direitos civis e políticos. Houve a consolidação de um Estado mínimo e de uma nova forma de a magistratura aplicar o Direito.

Com o crescimento do Estado Liberal e em razão do receio de se perpetrarem práticas discriminatórias consagradas na Antiguidade e na Idade Média, ao magistrado não foi possibilitada a interpretação da lei ou mesmo a sua não aplicação no caso concreto:

Após as experiências constitucionais fracassadas na França, em 1791 e 1793, a noção de poder constituinte ilimitado é “domesticado” por Sieyès, com a proposta de um *Jury Constitutionnaire* para o texto de 1795, que seria encarregado de um controle de constitucionalidade. Tal proposta fracassou, entre outras causas, porque o judiciário era visto com desconfiança desde os períodos que antecederam a Revolução, e a ideia de conferir tal competência aos juízes poderia descambar para o abuso interpretativo (JEVEAUX, 2008, p. 85).

Com isso, retirou-se a atividade hermenêutica do Poder Judiciário. Na França, um dos grandes expoentes do Estado Liberal, essa atribuição era do Poder Legislativo, que a exercia por meio do Tribunal de Cassação:

O *Tribunal de Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a

repetir a absurda tentativa jutinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao *Corps Législatif* que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado de um texto legislativo (CAPPELLETTI, 1999, p. 41).

Nesse período, portanto, a sociedade de intérpretes era tão restrita que, no caso francês, limitava-se a um órgão, o Tribunal de Cassação. A interpretação não era atribuição do magistrado, uma vez que este se limitava a subsumir a lei ao caso concreto, decorrendo daí o brocardo *bouche de la loi*. Carvalho Netto (1999, p. 479) sintetiza a atividade interpretativa do juiz no Estado Liberal:

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o Estado de Direito¹, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera “*bouche de la loi*”.

Trata-se de um positivismo exegético. Por ser a interpretação fator externo à atividade judicial, a moral não possuía um instrumento para a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário. A presença da moral, de forma muito nítida, ocorria pela via do Poder Legislativo e daqueles que compunham esse poder.

Com o advento do Estado Social, que teve origem na Revolução Industrial e na Primeira Guerra Mundial, a interpretação se incorporou à função dos magistrados, mas a distância com a moral aumentou significativamente, como se observa pela obra de Hans Kelsen, “Teoria Pura do Direito”, um dos grandes expoentes desse período histórico.

O próprio título da obra demonstra a preocupação do autor com a pureza da ciência que busca estudar: o Direito. Com isso, Kelsen demonstra sua preocupação com a autonomia da ciência jurídica e que essa proposta de visão do Direito não tem por fim analisar o que é certo ou errado, o que é bom ou mau, mas, na verdade, busca estudar o que é válido ou inválido e o que é lícito ou ilícito. Essa ruptura entre a ciência do Direito e as demais ciências constitui a base sobre a qual Kelsen construiu a sua teoria:

¹ Deve-se tomar cuidado com essa referência do autor ao “Estado de Direito”. Não se pode confundir Estado de Direito com Estado Liberal. O primeiro é a base de todo o Estado moderno, do qual fazem parte os paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Já o Estado Liberal consiste no primeiro paradigma do Estado de Direito. Desse modo, quando o autor se refere no seu texto a “Estado de Direito”, está, na verdade, fazendo referência ao Estado Liberal.

Quando a si própria se designa como “pura” Teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo que não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2003, p. 1).

É por isso que, nesse contexto, um direito positivo continua válido mesmo quando ele contraria algum mandamento de justiça ou de moral. A validade do Direito tem por base um valor unicamente jurídico e a ética, a sociologia e outras ciências humanas não encontram espaço para dialogar com a Ciência do Direito:

Quanto a Teoria Pura pretende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (KELSEN, 2003, p. 2).

Em cima dessa premissa, Kelsen trabalhou toda a sua teoria, a qual também se baseia em uma ideia verticalizada da hermenêutica, no sentido de que o processo de aplicação do Direito se faz de um escalão normativo superior para um escalão normativo inferior. Não obstante, o autor distingue duas formas de interpretação: uma elaborada pelo órgão jurisdicional e outra elaborada por qualquer pessoa, em especial, pela ciência jurídica (KELSEN, 2003, p. 387-388).

Um dos pontos centrais do positivismo kelseniano gira em torno do limite interpretativo com a fixação de um sentido do objeto a se interpretar dentre vários igualmente corretos e possíveis. Nesse contexto, a interpretação resulta sempre em diversas normas, que serão a moldura, dentro da qual a escolha de qualquer uma delas importará igualmente na relação entre o ato de execução e a sentença, entre a sentença e a lei, e assim sucessivamente. Sobre o tema, Kelsen pondera que

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplica – têm igual valor, se vem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito (KELSEN, 2003, p. 390 e 391).

Como expõe Carvalho Netto (1999, p. 481), os métodos hermenêuticos, como a interpretação sistêmica, teleológica e histórica, concedem ao juiz uma multiplicidade discricionária interpretativa, desde que todos estejam dentro da moldura proposta por Kelsen:

Explica-se, assim, por exemplo, tanto a tentativa de Hans Kelsen de limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora, quanto o decisionismo em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua Teoria Pura do Direito.

Apesar de inúmeras interpretações possíveis da regra – que formariam a moldura –, Kelsen (2003, p. 391) afirma que não existe critério para a escolha de uma interpretação em detrimento da outra:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Ora, se não existe esse critério, então a escolha do magistrado se dá de forma discricionária, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, ao simples argumento de que quem escolhe uma das interpretações está empossado no cargo de magistrado. Em outras palavras, a legitimidade da decisão do juiz recai sobre sua autoridade, ou seja, pelo simples fato de ser investido da atividade jurisdicional, bastando a simples – e discricionária – escolha, pela Autoridade Judicial, de uma das interpretações possíveis existentes dentro da moldura.

É por isso que Kelsen (2003, p. 393) qualifica como extrajurídica a questão relativa à busca de “uma” interpretação correta, pois, no seu entender, a escolha de uma das interpretações é que a tornará a interpretação jurídica correta:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema da política do Direito.

Enquanto a interpretação cognoscitiva é capaz de ampliar a moldura, a escolha, pelo magistrado, de uma dessas interpretações presentes se faz por meio de um ato de vontade (distinguindo, nesse momento, a interpretação jurídica feita pelo magistrado de qualquer outra interpretação feita pelos cientistas do

Direito) (COURA, 2013, p. 134). Em outras palavras, a interpretação da ciência jurídica é capaz de ampliar a moldura de escolha do magistrado e o seu poder discricionário transformará em Direito uma das interpretações, de modo a criar o Direito para o caso concreto. Por isso, a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica:

Mas autêntica, isto é, criadora do Direito é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito, ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção (KELSEN, 2003, p. 394).

No entanto, em 1960, foi publicada uma nova edição totalmente modificada e completamente ampliada da Teoria Pura do Direito em relação à edição de 1934, cuja explanação foi a base do estudo acima. Dentre as inúmeras mudanças, ressalta-se uma relativa à hermenêutica jurídica e à interpretação autêntica:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva, da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 2003, p. 394).

Há quem ignore a assertiva acima ao afirmar que tal frase seria apenas mais uma dentro de obra muito vasta, motivo pelo qual não se poderia dar uma relevância desproporcional a sua extensão². De fato, em nenhum outro momento Kelsen retoma a ideia supra exposta, mas isso não a torna menos relevante na nova edição da Teoria Pura do Direito.

No trecho supratranscrito, Kelsen enaltece a atividade do juiz como um legítimo órgão criador do Direito. Mesmo que a norma esteja fora da moldura, ela pode ser extraída de uma fonte não jurídica (não positiva), que, então, transmutar-se-á de conteúdo jurídico pelas mãos do magistrado, o intérprete autêntico.

Essa verdadeira atividade legislativa judicial não é vista por Kelsen (2003, p. 395) como um problema do seu sistema, mas decorre do fato de ele aceitar que determinadas decisões judiciais não podem ser anuladas quando transitadas em

²“Essa passagem tem provocado muita controvérsia entre os leitores de Kelsen. Ela pode ser compreendida como uma radicalização de suas noções e de seu pensamento. Isso levaria até mesmo, no limite, a uma posição que acabaria por colocar em xeque a própria ideia de um direito positivo. Por outro lado, pode-se também pensar que se trata apenas de uma frase em uma obra muito vasta. Isso implica dizer que não se poderia dar a essa frase um peso que parece desproporcional à sua extensão” (BENJAMIN; SOUZA, 2010, p. 147-148).

julgado, em especial pelos tribunais de última instância. São decisões incompatíveis com a ciência jurídica, mas, ainda assim, válidas dentro da Teoria Pura do Direito por se tornarem imutáveis dentro das regras processuais.

Assim, Kelsen radicaliza a Teoria Pura do Direito. É possível afirmar que a moldura não deixou de existir, mas, na verdade, que ela continua em constante ampliação pelos atos de vontade do magistrado. Em outras palavras, cada nova decisão pode significar a ampliação da moldura previamente estabelecida.

De forma mais específica, tal mudança paradigmática do pensamento kelseniano importa na conclusão de que qualquer decisão tomada pelo magistrado, mesmo que originariamente fora da moldura, é juridicamente válida. O perigo é que mesmo as decisões flagrantemente contrárias ao sistema constitucional passam a ser aceitas pela Teoria Pura do Direito, desde que os instrumentos processuais não sejam utilizados para invalidar tais decisões:

No ano de 1960, em uma nova Teoria Pura do Direito, importantes modificações foram apresentadas por Kelsen no capítulo dedicado à interpretação jurídica. Tais inovações consubstanciaram um significativo giro na perspectiva kelseniana, na medida em que o autor reconheceu a impossibilidade de limitar o poder discricionário da autoridade competente para aplicar o Direito, o que acabou por colocar em risco os próprios objetivos da Teoria Pura, diluindo-a em puro decisionismo (COURA, 2013, p. 133).

Nesse contexto, o magistrado passa a ter uma “carta branca” e as normas presentes na moldura nada mais são do que uma estratégia de julgamento que podem ser utilizadas (ou não) a critério do magistrado. Tem-se, portanto, uma forte influência pragmatista na virada do pensamento Kelseniano, em especial se considerarmos que a esse giro hermenêutico ocorreu após a ida do autor para a Califórnia, onde manteve contato com a teoria dos precedentes e com o pragmatismo jurídico. Com isso, o comportamento do magistrado torna-se consideravelmente difícil de ser previsto.

Se o magistrado pode, de acordo com seu poder discricionário, decidir fora da moldura com base em padrões extrajurídicos (padrões morais, sociológicos, entre outros), então ele está liberto das decisões do passado, sejam legislativas ou judiciais. Essa brecha possibilita a utilização da moral do julgador e de questões econômicas e sociais na decisão. Com isso, é desfeito o mito de se consolidar uma suposta teoria “pura” do Direito, como se a limitação do Direito pelas regras, por si só, fosse suficiente para abraçar todas as complexas relações sociais. Em síntese, essa mudança paradigmática agravou o grau de decisionismo do positivismo jurídico por admitir, nessas hipóteses, a judicialização de questões extrajurídicas, de modo a fragilizar uma teoria pura do Direito.

A legitimidade da decisão fora da moldura, admitida por Kelsen na edição de 1960, pode ser vista como um problema em sua teoria. No entanto, essa situação também pode ser analisada como a evolução do pensamento do autor, de modo a se verificar a impossibilidade de a ciência do Direito não delimitar com questões extrajurídicas, como a moral e a sociologia. Essa importante mudança paradigmática reclama o reconhecimento da limitação do positivismo e da necessidade de se buscar uma nova luz para iluminar as futuras decisões.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROPOSTA DE JÜRGEN HABERMAS

Comprovada a necessidade de se buscar uma nova leitura para a ciência do Direito e, em especial, com a consolidação do Estado Democrático de Direito, nasce um novo capítulo da relação entre o Direito e a Moral.

Com o surgimento da litigação coletiva, com a massificação das demandas individuais, com a publicação de novas leis repletas de conceitos jurídicos indeterminados, com o crescimento da política e da corrupção, com a pluralidade social, o Estado Democrático se depara com novos desafios que reclamam uma hermenêutica jurídica capaz de responder esses problemas e que não se esgote na plenipotenciariade da regra, tão intrínseca ao positivismo jurídico:

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a sociedade passou a buscar meios para limitar o poder estatal e garantir proteção a um rol mínimo de direitos, que deveriam ser inatingíveis, por outros cidadãos e pelo próprio Estado. Também se fez necessário reformular a maneira de interpretar e aplicar o Direito, conjugando às suas normas e legislações, valores e princípios éticos (SCHEIFER et al., 2016, p. 169).

É nesse contexto que ganha relevância autores como Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, ao reconhecerem, com base em fundamentos distintos, a importância de uma interpretação que se fundamente nas normas constitucionais, em especial nos direitos fundamentais, e que se abra a uma leitura principiológica do Direito. Assim, a moral passa a incorporar as duas visões do Direito, mas sob premissas completamente diferentes, como será analisado abaixo.

Habermas (2007, p. 296) não aceita que o Direito se valide na moral e afirma que o “direito moderno, em razão do seu caráter formal, exime-se em todo caso de qualquer ingerência direta que advenha de uma consciência moral remanescente e pós-tradicional”.

Para tanto, o autor trata do exemplo dos direitos subjetivos para fins de diferenciar em que consiste a Moral e o Direito. Os direitos subjetivos foram introduzidos no Direito com a finalidade de assegurar um espaço privado na vida do cidadão, ao argumento de que lhe é autorizado fazer tudo o que não for, pela lei, proibido. Acontece que essa premissa legal não encontra respaldo moral, uma vez que, na moral, mesmo em um espaço privado, existe uma equivalência e simetria entre direitos e deveres.

Observa-se, portanto, que o Direito não se confunde com a Moral. Pelo contrário, são campos de atuação distintos. Por intermédio desse pensamento, tem-se que, em Habermas, o Direito não busca sua legitimidade na Moral. Isso não implica dizer, de acordo com o autor, que não exista qualquer relação entre Direito e Moral:

[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade de validação jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas (HABERMAS, 2003, p. 140-141).

Como se observa, existe uma relação de complementação recíproca entre o Direito e a Moral, tanto que uma ordem jurídica não pode violar princípios morais (não no sentido de validade e hierarquia de normas). Os dois sistemas analisam o mesmo problema (a solução de conflitos) de ângulos e pontos de vistas distintos já que a Moral é um mero sistema de conhecimento, enquanto o Direito traz, em si, uma coercitividade e a força estatal inexistentes na Moral (HABERMAS, 2003, p. 141).

Habermas pontua a importância do conteúdo moral dos direitos fundamentais e reconhece essa relação, mas ressalta que a interpretação e aplicação desses direitos são decorrência da “autodeterminação democrática dos cidadãos”, devendo ser eles interpretados “como direitos jurídicos, não obstante seu conteúdo moral” (HABERMAS, 2003, p. 140). A nítida complementariedade não coloca o conteúdo moral acima do conteúdo jurídico, mas, na verdade, possibilita um diálogo entre os dois por meio das arenas de debate, *locus* da autodeterminação democrática dos cidadãos. É nesse contexto que a Moral é incorporada ao Direito para, então, possuir natureza jurídica.

Não obstante, “o direito legitima-se [...] como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada” (HABERMAS, 2007, p. 298). O Direito, portanto, é visto como o seu próprio fundamento. Não se admite um fundamento religioso ou moral do Direito, como era no período anterior à Revolução

Francesa. No Estado Democrático de Direito, à luz da teoria procedimentalista do discurso e por meio da materialização de uma ação comunicativa, o Direito legitima o resultado final do procedimento, situação capaz de possibilitar que os destinatários das normas sejam também os seus criadores (CATTONI, 2006, p. 139). Em outras palavras, a legitimidade do Direito decorre da coesão interna existente entre soberania popular e direitos fundamentais:

A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis (HABERMAS, 2007, p. 299).

Deve-se ressaltar que, somente por meio do respeito aos direitos fundamentais – decorrência do respeito à autodeterminação como prerrogativa da soberania popular –, é possível uma relação entre autonomia pública (autores das normas jurídicas), autonomia privada (destinatários das normas jurídicas) e a atuação do magistrado no Estado Democrático de Direito. A legitimidade do Direito, portanto, é deslocada para o momento da sua produção legítima, cujo caminhar reclama a abertura do procedimento aos afetados.

Isso somente será possível se os cidadãos, ao participarem da construção da norma na qualidade de autores, puderem se ver também como seus legítimos destinatários (HABERMAS, 2007, p. 301). Com base nessa afirmativa verifica-se mais um argumento para refutar a Moral como fonte legitimadora do Direito: os fatos morais são anteriores aos cidadãos e previamente construídos. Se são prévios, os cidadãos não podem ser seus autores, situação que refuta a necessidade da coesão interna entre direitos fundamentais e soberania popular. No Direito, ao contrário, a eleição das normas e dos direitos a serem criados é livre, e eles são escolhidos de acordo com as necessidades da população dentro de um contexto de correlação entre autonomia pública e autonomia privada. Por isso, no contexto da ação comunicativa habermasiana, os cidadãos são autores da criação das normas e dos direitos:

Com base nesse viés, possibilita-se a coesão entre soberania popular e direitos fundamentais. A soberania popular – espaço da autonomia pública – reclama o exercício dos direitos humanos (ou direitos fundamentais) para o seu adequado exercício, ao passo que os direitos fundamentais – espaço da autonomia privada – necessitam da soberania popular para determinar o modo pelo qual tais direitos serão exercidos. Trata-se da coesão interna entre direitos fundamentais e soberania popular [...] (COURA; ZANOTTI, 2016, p. 179).

De fato, para Habermas, o Direito não se fundamenta na Moral. No entanto, o autor reconhece a existência de uma complementariedade entre o Direito e a Moral, em especial por analisarem o mesmo problema, qual seja, a solução de conflitos, por ângulos e pontos de vistas distintos. Ganha importância, nesse contexto, o conteúdo moral dos direitos fundamentais e o exercício desses direitos por meio da ação comunicativa, que permite a inserção do conteúdo moral nas arenas de debate.

5 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN

Jürgen Habermas dá um importante passo, além da pretensão de uma pureza metodológica tão idealizada por Hans Kelsen, ao reconhecer um caráter de complementariedade entre o Direito e a Moral, sem que o Direito busque sua legitimidade na Moral. Ronald Dworkin supera esse pensamento ao fundamentar sua teoria em uma base exclusivamente moral.

Com base nessa mudança paradigmática, Ronald Dworkin supera a pretensão de se separar o estudo do Direito das análises axiológicas de modo a construir a cientificidade de sua teoria em um fundamento valorativo. Para tanto, o autor (DWORKIN, 2012, p. 414) afirma que a relação entre o Direito e a Moral tem por base uma “estrutura em árvore”, na qual o Direito é um ramo da moral política e a moral política é um ramo de um tronco ainda maior, qual seja, a Moral.

Com a finalidade de consolidar sua teoria no plano prático, Ronald Dworkin (2012, p. 415 e 416) refuta o positivismo jurídico, que fundamenta a legitimidade dos atos exclusivamente em comportamentos históricos, e constrói a sua teoria com base no interpretativismo, o qual reconhece a importância dos comportamentos históricos, desde que dentro de um constante diálogo com o papel a ser desempenhado pelos princípios de moral política.

Em outras palavras, em razão da adoção do interpretativismo, ganha relevância o romancista de Ronald Dworkin que é, acima de tudo, preocupado não só com as regras e princípios atualmente presentes no ordenamento jurídico, mas também com a construção de uma complexa história da prática materialmente justificada por princípios voltados para um futuro que busca o Direito pela sua melhor luz:

O direito como integridade, portanto, começa no presente só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais e os objetivos práticos dos políticos que o criaram. Pretende, sim, justificar o

que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2007, p. 274).

O romancista não tem por finalidade reescrever o que cada integrante do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário considerava essencial para a tomada de determinada decisão. Esses argumentos podem até ser considerados pelo romancista, mas ele não se prende em eventos isolados ou votos vencidos, uma vez que a história a ser contada não é de um indivíduo, mas da comunidade personificada (pessoa coletiva artificial):

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 2007, p. 276).

É por isso que o conceito de moral política e a construção do Direito como integridade não podem ser previamente estabelecidos com base em um conceito de equidade, liberdade ou devido processo legal. Eles devem ser construídos como expressão da história institucional da comunidade no qual ele está inserido que, ao mesmo tempo, reconstrói a prática do passado e possibilita a aplicação do Direito sob uma melhor luz.

Mais do que um modelo de julgamento, Ronald Dworkin constrói esse conceito de Direito como um projeto “para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (2007, p. 492). O fundamento moral do Direito demonstra a atitude de um julgador muito mais humano e bem menos metódico do que aquele desenvolvido por Hans Kelsen.

Para tanto, Ronald Dworkin (2012, p. 280) faz uso de uma moral Kantiana, de modo a consolidar uma íntima relação entre ética e Moral, capaz de nortear, por um lado, a comunidade que pretendemos ter e, por outro lado, a aplicação do Direito:

Devemos mostrar respeito total pela igual importância objetiva da vida de todas as pessoas, mas também respeito total pela nossa própria responsabilidade de fazer algo de válido com as nossas vidas. Devemos interpretar a primeira exigência de maneira a deixar espaço para a segunda e vice-versa.

As duas exigências do princípio de Kant devem conviver em harmonia por serem vistos como expressão da relação entre a ética, responsável pelo “estudo de como viver bem” (DWORKIN, 2012, p. 25), e a Moral, responsável pelo “estudo de como devemos tratar as outras pessoas” (DWORKIN, 2012, p. 25). Assim, obrigatoriamente todas as pessoas têm uma responsabilidade pessoal pela própria vida, ou seja, uma responsabilidade que não se pode delegar e nem ignorar, ao passo que o princípio de Kant reclama o reconhecimento dessa responsabilidade paralela também na vida dos outros.

Nessa linha de pensamento, Ronald Dworkin (2012, p. 336) afirma que a moral política “estuda aquilo que todos nós devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”. De fato, o princípio de Kant impõe às pessoas a necessidade não só de cada indivíduo se engajar em um projeto que torne a sua vida a melhor vida possível, bem como impõe a necessidade de respeito pela importância objetiva da vida de todas pessoas.

É nesse contexto que o autor constrói a relação entre comunidade política e imposição de obrigações aos seus membros, sempre preocupado com a tensão entre os direitos da igualdade e da liberdade, cujos conceitos são reconstruídos a partir da matriz kantiana acima exposta que relaciona ética e Moral no Direito:

Uma comunidade política só tem força moral para criar e impor obrigações aos seus membros, se os tratar com preocupação e respeito iguais, ou seja, se as suas políticas tratarem as vidas dos seus membros como igualmente importantes e respeitarem as suas responsabilidades individuais sobre as próprias vidas (DWORKIN, 2012, p. 338).

Pela leitura, observa-se a existência de duas exigências para se consolidar a relação entre comunidade política e imposição de obrigações: por um lado, com um viés moral e fundamentado no direito da igualdade, as políticas devem tratar todos os membros como igualmente importantes; por outro lado, com um viés ético e fundamentado no direito da liberdade, as políticas devem respeitar as responsabilidades das pessoas por suas vidas.

Relaciona-se, desse modo, a moral política com os direitos da igualdade e da liberdade que são, acima de tudo, conceitos interpretativos e não criteriosais. Não é possível pré-estabelecer critérios para a delimitação dos dois direitos fundamentais, cuja formulação parte da constante construção da história de certa comunidade e se verifica como tal prática melhor constrói essa comunidade de agora em diante.

Da mesma forma que Dworkin utiliza o princípio de Kant – e a relação entre ética e Moral – para construir o conceito de moral política para, ao final, corre-

lacionar a constante tensão entre a liberdade e a igualdade na construção desse conceito, a posterior construção pelo autor do direito à igualdade e do direito à liberdade passa por esse mesmo fundamento teórico.

Ronald Dworkin (2012, p. 360) relaciona o direito à igualdade com a forma de exercício do governo e afirma que um “governo coercivo só é legítimo quando tenta mostrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa e respeito total pela responsabilidade pessoal dessas pessoas pelas suas próprias vidas”.

A segunda parte da afirmação de Dworkin guarda relação com o modo de atuação do Estado Liberal, no qual existia uma forte predominância dos direitos civis e políticos, tanto que a relação entre o direito privado e o direito público era nitidamente marcada pela prevalência do primeiro em face do segundo. Nesse período, a atuação do Estado era mínima, de modo a se garantir que cada pessoa fosse diretamente responsável pelo destino de sua vida e as regulamentações estatais ocorriam em áreas que se mostrassem imprescindíveis para sua atuação. Em outras palavras, a função do Direito era limitada a garantir o *status* negativo da liberdade do particular, de modo a determinar uma não atuação do Estado.

Já na primeira parte da afirmação de Dworkin, tem-se uma nítida atuação do Estado Social. As esferas privadas, marcadas pela não atuação do Estado Liberal, sofreram grande atuação e a materialização dos direitos torna-se o grande destaque do Estado Social por meio de um ideal de justiça mais social. Nesse período histórico, a igualdade foi qualificada pela obrigação de se incluir grupos historicamente discriminados, em especial pelo fato desse paradigma estatal mostrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa.

Para que no Estado Democrático de Direito não ocorra a prevalência de um desses modelos de Estado, a legitimidade do governo deve se basear na tensão entre as premissas dos dois paradigmas para que um não sobressaia o outro e, com isso, não ocorra a violação do princípio de Kant.

Em relação ao direito à liberdade, Ronald Dworkin (2012, p. 374) constrói o seu conceito com base em duas liberdades que sempre foram apontadas pelos filósofos como formas opostas de exercício desse direito.

Na liberdade positiva, “as pessoas devem poder desempenhar um papel na sua própria governação coerciva” (DWORKIN, 2012 p. 374), o que se traduz na ideia de autogoverno presente no modelo democrático de exercício do poder.

Na liberdade negativa, “as pessoas devem estar livres do governo coercivo em relação a um nível substancial das decisões e atividades” (DWORKIN, 2012, p. 374), ou seja, a existência de algumas leis viola a independência ética porque

negam às pessoas o poder de tomarem decisões sobre questões de essência ética, como é o caso da escolha (ou não) de uma religião, do exercício da cultura, do modo de se vestir, entre outros.

Pelo tudo o que foi exposto, a base moral de Dworkin é nitidamente uma base kantiana, capaz de relacionar em todos os níveis a Moral e a ética, não como conflitantes entre si, mas como complementares e necessárias para o adequado exercício de todos os direitos fundamentais.

Existe, com isso, uma nítida relação entre ética e Moral na construção da moral política, fundamento de legitimidade do Direito, que, ao ser estruturada na forma de árvore, condiciona o exercício do Direito a uma concepção que vai além da mera análise das decisões tomadas no passado, limite natural do positivismo jurídico.

CONCLUSÃO

A análise da complexa relação entre o Direito e a Moral ao longo dos paradigmas tem por finalidade demonstrar que a inicial relação, baseada num caráter manipulador e segregador do indivíduo, bem como a pretensa tentativa de total separação entre os dois ramos, em razão da busca de uma pureza metodológica, são nada mais do que parte da história que compõe o conceito de Direito do magistrado, mas que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda influenciam inúmeras tomadas de decisão.

No Estado Democrático de Direito, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas partem do pressuposto de que a relação entre o Direito e a Moral compõe o próprio conceito de Direito e a partir desse pressuposto os autores constroem a respectiva teoria. Enquanto Jürgen Habermas reconhece um caráter de complementariedade entre o Direito e a Moral, Ronald Dworkin fundamenta a legitimidade de sua teoria em uma base exclusiva de moral política.

A defesa da relação entre o Direito e a Moral passa, na verdade, pelo real rompimento do atual paradigma com o Estado Social, que fundamenta a legitimidade dos atos exclusivamente em comportamentos históricos, devendo se preocupar, por um lado, com as peculiaridades do caso concreto, que por sua natureza são únicos e irrepetíveis, e, por outro lado, com uma prática materialmente justificada por princípios voltados para um futuro que busca o Direito pela sua melhor luz.

A compreensão do Direito na proposta de Jürgen Habermas e na proposta de Ronald Dworkin demonstra a necessidade de superação da pureza tão defendida por Hans Kelsen, de modo a conferir um novo fundamento de legi-

timidade a qualquer decisão. Essa legitimidade, assim compreendida, não se fundamenta na mera existência da regra, mas em um conceito de Direito que possui caráter substantivo e materialmente justificado à luz de determinada comunidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. 272 p.

BENJAMIN, Cássio Corrêa; SOUZA, Eron Geraldo. O problema da interpretação em Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiás: UFG, v.34, jan/jun 2010, p. 132-148.

CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. 228 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. 141 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista brasileira de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 573-586, 1999.

COURA, Alexandre de Castro. Sobre discricionariedade e decisionismo na interpretação e aplicação das normas em Kelsen. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 131-139.

COURA, Alexandre de Castro; ZANOTTI, Bruno Taufner. Mutação constitucional e a ampliação de poderes do (e pelo) Poder Judiciário: reflexões acerca dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Rcl nº 435. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 14, n. 6, p. 173-185, 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

_____. *Justiça para Ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina: 2012. 515 p.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007. 404 p.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebenichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354 p. v. 1.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 385 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos estudos*, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

SCHEIFER, Camila Escorsin; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pillatti Ferreira. Judicialização da política no Brasil: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 14, n. 6, p. 158-172, 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.