

Daniel Ortiz Matos

Direito & Moralidade

argumentos a favor
da (tese da)
conexão necessária

 UNISINOS



UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DOUTORADO

DANIEL ORTIZ MATOS

***DIREITO E MORALIDADE:
ARGUMENTOS A FAVOR DA
(TESE DA) CONEXÃO NECESSÁRIA***

São Leopoldo, RS

2019

DANIEL ORTIZ MATOS

***DIREITO E MORALIDADE:
ARGUMENTOS A FAVOR DA
(TESE DA) CONEXÃO NECESSÁRIA***

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS.

Área de concentração: hermenêutica, constituição e concretização de direito.

Orientador: prof. Dr. Prof. Dr. Lenio Luiz Streck

São Leopoldo, RS

2019

M433d

Matos, Daniel Ortiz.

Direito e moralidade: argumentos a favor da (tese da) conexão necessária / Daniel Ortiz Matos. – 2019.
245 f. : il. color.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2019.

1.Filosofia do Direito. 2.Crítica Hermenêutica do Direito. 3.Direito e Moralidade – conexão. I.Título.

CDU 340.12

Catálogo na Publicação:

Jônathas Rafael Camacho Teixeira dos Santos (CRB-1/2951)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

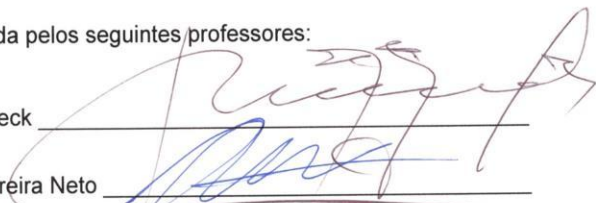
A tese intitulada: “**DIREITO E MORALIDADE: ARGUMENTOS A FAVOR DA (TESE DA) CONEXÃO NECESSÁRIA**”, elaborada pelo doutorando **Daniel Ortiz Matos**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 24 de abril de 2019.



Prof. Dra. **Fernanda Frizzo Bragato**

Coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Lenio Luiz Streck 

Membro: Dr. Arthur Maria Ferreira Neto 

Membro: Dr. Denis Coitinho Silveira 

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira 

Membro: Dr. Gerson Neves Pinto 

Agradeço a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - BRASIL (CAPES) pelas bolsas Proex e PDSE que foram indispensáveis para a realização do meu doutoramento, que incluiu um período em uma instituição estrangeira. Por intermédio desses recursos pude desenvolver essa pesquisa, que espero ser uma contribuição para a comunidade (acadêmica).

A Deus;
A minha esposa;
A minha família;
Aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é mais do que um gesto de cordialidade, ou, ao menos, deveria ser. É um reconhecimento existencial da nossa finitude e da necessidade de sermos-com os outros. Assim, com-partilhando dessa percepção venho dizer “muito obrigado” a todos aqueles que de algum modo contribuíram para que esse doutoramento, que ora alcança seu clímax nesta tese, se tornasse uma realidade.

A Deus, não apenas por representar um sentido último – cuja racionalidade entendo ser demonstrável e defensável – mas, sobretudo, pela relação pessoal (EU-TU) que com Ele tenho experienciado de há muito. Nele tenho encontrado forças, dis-posição e razões para os desafios da vida intelectual.

A Bruna (minha esposa) que me lembra cotidianamente que é melhor serem dois do que um. Além disso, caminhou comigo durante toda essa jornada, até os últimos momentos.

A minha família, Raimundo Matos (pai), Sonia Cristina (mãe), Júnia Ortiz (irmã), Samuel Barros (*brother-in-law*). Com eles, desde cedo, tenho encontrado apoio, incentivo e exemplos a serem seguidos.

Ao Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Unisinos que proporcionou todas as condições para minha formação acadêmica e para o desenvolvimento desta pesquisa. Em especial ao professor Dr. Leonel Severo Rocha então coordenador, e à professora Dr^a. Fernanda Frizzo Bragato, atual coordenadora.

Aos meus professores e colegas que me fizeram (re)pensar a respeito dos caminhos que estavam sendo percorridos. Isso tem uma importância ímpar, pois uma pequena reorientação em nossa bússola produz impactos significativos que apenas percebemos depois de muito tempo de viagem. Dentre eles estão os professores Dra. Sandra Vial, Dr. Wilson Engelmann, Dr. Vicente Barreto e Dr. Darci Guimarães Ribeiro; e os colegas Claudio Melim, Paulo Junior Trindade dos Santos, Raquel Von Hohendorff, Gustavo Olson.

À Secretaria do PPG, nas pessoas de Vera Loebens, Ronaldo Cezar Rodrigues e Paloma Recktenvald, que provam que é possível ser eficiente sem perder o jeito humano.

Ao meu orientador, o professor Dr. Lenio Luiz Streck. Acredito que esses anos que vivi sob a sua supervisão foram “históricos”. Sinto-me honrado por,

juntamente com os meus colegas do grupo de pesquisa (Dasein), ter contribuído para o estabelecimento e florescimento da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD). Muito dessa tese advém de sua abordagem, da sua forma de ler a juridicidade, o que apreendi para além dos seus escritos. Streck é uma referência na teoria e filosofia do Direito, mas para além dessa imagem é uma pessoa altruísta, generosa. Sou bem-aventurado por ter sido seu orientando.

Ao Dasein – Núcleo de Estudos Hermenêuticos. Ao longo desses últimos anos pude conviver com colegas de várias partes do país e que me acrescentaram muito, dentre eles estão: Rafael Tomaz de Oliveira; Clarissa Tassinari; Fausto de Moraes; Danilo Pereira Lima, Francisco Mota; Ziel Ferreira Lopes; Lanaira da Silva; Rafael Dalla Barba; Igor Raatz; Willian Galle; Fabiano Müller; Adriano Lepper; Guilherme de Vargas, Isadora Neves; Emerson Lima, Andre Del Negri. Em especial, agradeço a Gilberto Morbach, Frederico Pessoa e Giovana Dias pelas discussões que tivemos acerca do tema desta tese.

Ao professor Dr. Denis Coitinho pelas interlocuções e por incentivar-me a tentar ir um pouco mais longe na trajetória acadêmica. Aos professores Dr. Gerson Neves Pinto e Dr. Anderson Vichinkeski pela cortesia e abertura ao diálogo sempre constantes.

À McGeorge School of Law por ter me recebido como *visiting scholar* e me proporcionado uma memorável experiência, faço isso nas pessoas de Clemence Kucera e Kimberly Todd. E, com destaque, ao professor Francis Jay Mootz III que supervisionou minha investigação de forma gentil e dedicada.

À família Whetstone, Christopher e Sandy, por nos acolherem durante as pesquisas nos Estados Unidos da América.

Aos meus amigos, de perto e de longe, que estiveram frequentemente manifestando seu cuidado e tornando essa trilha mais saudável e divertida. É muito bom saber que nossas vitórias geram uma alegria mútua. Em especial, ao Quenani Leal que além da amizade ainda compartilhou do seu talento para compor os quadros que concluem essa tese; e à Monique Rodrigues pela atenciosa revisão textual.

A todos que encontrei pelo caminho e que deixaram alguma contribuição, manifesto a minha gratidão.

S.D.G.

Presentidade

Correr é ver o futuro inusitado e insabido
Recorrer é ver o passado já visto e conhecido
O presente é o presente do passado e do futuro
Presentidade sem futuro e sem passado
Presentidade somente
Mente
Só
(Raimundo Matos)

"Aqueles que acreditam na influência das estrelas no destino dos homens estão, em sentimentos pelo menos, mais perto da verdade do que aqueles que consideram os corpos celestes como relacionados a eles meramente por uma comum obediência a uma lei externa. Tudo o que o homem vê tem a ver com o homem. Mundos não podem existir sem um relacionamento intramundano."
(George MacDonald)

"Só uma coisa morta segue a correnteza.
Tem que se estar vivo para contrariá-la".
(G. K. Chesterton)

RESUMO

Este trabalho é uma defesa da (tese da) conexão necessária entre Direito e Moralidade assentada na tradição Hermenêutica. Diante da complexidade do fenômeno jurídico, nossa apologia se sustenta numa pluralidade argumentativa, no intuito de demonstrar de modos e formas diversas como essa conexão se constitui. Para tanto, no decorrer dos argumentos estabelecemos diálogos e alguns enfrentamentos, sobretudo, com aqueles que defendem a tese da separação (conceitual) necessária. Entendemos que essa investigação se revela significativa em virtude do papel do Direito na sociedade. Ao ordenar a vida comum, a coexistência, o jurídico se institui na e a partir da experiência moral. E essa, por sua vez, se dá por intermédio da imaginação moral que compartilhamos. Assim, tanto a forma como o conteúdo do Direito são moralmente constituídos. Noutras palavras, estabelece uma realidade moral diferenciada em que estamos desde antes de nascer e permamecemos após a nossa partida. Portanto, compreender adequadamente os limites e as possibilidades da conexão necessária entre Direito e Moralidade é mais do que um esforço epistêmico, é um imperativo ético.

Palavras-chave: Direito, Moralidade, Conexão, Separação, Justiça.

ABSTRACT

This work is a defense of the (thesis) necessary connection between Law and Morality based on the Hermeneutic tradition. Faced with the complexity of the legal phenomenon, our apology is substantiated on an argumentative plurality, in order to demonstrate in diverse ways and forms how this connection is constituted. In order to do so, we establish dialogues and some debates, especially with those who defend the necessary (conceptual) separation thesis. For us, this research is significant because of the role of Law in society. In ordaining common life, coexistence, juridical is instituted in and from of moral experience. And this, in turn, occurs through the moral imagination that we share. Thus, both the form and content of Law are morally constituted. In other words, it establishes a differentiated moral reality in which we are from before being born and we keep after our departure. Therefore, properly understanding the limits and possibilities of the necessary connection between Law and Morality is more than an epistemic effort, it is an ethical imperative.

Key-words: Law, Morality, Connection, Separation, Justice.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| 1. INTRODUÇÃO | 13 |
| 2. ARGUMENTO ANTROPOLÓGICO | 22 |
| 3. ARGUMENTO FENOMENOLÓGICO | 35 |
| 4. ARGUMENTO DO MODELO CONCEITUAL | 56 |
| 5. ARGUMENTO DO LUGAR (E DO MODO) DE OBSERVAÇÃO | 102 |
| 6. ARGUMENTO DA INCINDIBILIDADE ENTRE FATOS E VALORES | 131 |
| 7. ARGUMENTO METAÉTICO | 146 |
| 8. ARGUMENTO DO DIREITO (I)MORAL | 165 |
| 9. ARGUMENTO DA PUNIÇÃO LEGAL | 186 |
| 10. ARGUMENTO DA NARRATIVIDADE | 213 |
| 11. CONCLUSÃO | 224 |
| REFERÊNCIAS | 238 |

1. INTRODUÇÃO

A relação entre Direito e Moralidade é certamente um dos principais temas da filosofia e teoria jurídicas. Ao longo de séculos e séculos temos apreendido essa realidade de modos distintos. Desde uma submissão moral do Direito a uma pretensa autonomia absoluta. Não obstante, essa discussão não se encontra encerrada. Ao contrário, diante das exigências histórico-emergenciais do tempo presente e das novas possibilidades de análise, um repensar faz-se necessário. Assim, nos dispomos a essa tarefa.

Reconhecemos, todavia, que há sempre uma paradoxalidade em virtude da distância temporal quando nos defrontamos com temáticas historicamente assentadas. De um lado há um fechamento, um esconder-se por de trás de muitas camadas de sentido que foram se sobrepondo com a passagem do tempo, o que demanda um labor hermenêutico para que o fenômeno possa mostrar-se a si mesmo. Do outro, há uma abertura, pois, esta mesma tradição a ser deslida constitui o próprio lugar de quem investiga, e, ao revisita-la, há sempre um dar-se conta das (im)possibilidades e (des)caminhos que orienta(ra)m esta jornada.

Na busca por um desvelamento, tentamos ir além do senso comum teórico do Direito, que, invariavelmente, aborda a juridicidade de modo superficial, ocultando seu modo de ser próprio. Isso se evidencia, por exemplo, em algumas convicções que acabam formando um imaginário inautêntico e que, por isso, precisam ser problematizadas. Tais como: 1) a separação conceitual entre Direito e Moralidade é uma exigência analítica/lógica; 2) se existem disposições jurídicas injustas ou imorais isso significa que o Direito está necessariamente separado da Moralidade; 3) a tese da conexão pressupõe necessariamente um cognitivismo moral – objetivismo – numa acepção forte. A demonstração da incoerência dessas e de outras objeções à tese da conexão será um importante efeito colateral resultante de nossa investigação. Pois, propomo-nos há algo que consideramos maior: a defesa da (tese da) conexão necessária.

Começamos com algumas observações prévias. Esses parênteses, que também estão no título, não devem ser interpretados como um rebuscamento estilístico, apesar de considerarmos significativamente a importância do Belo. Diferentemente, nos ajudam a enunciar o modo como nossa abordagem será desenvolvida. Nossa explanação não será apenas teórica, limitada às condições

epistêmicas relacionadas ao tema. De igual modo não será apenas pragmática, circunscrita às relações que se instituem na prática. Tentaremos integrar ambas as dimensões.

Outro aspecto é definição do termo “conexão” ao invés de “relação”, “união”, “vinculação”. A palavra “relação” comumente é usada para designar realidades distintas que se relacionam, mas que ainda possuem suas individualidades de modo plenamente autônomo. Como demonstraremos, por ser moralmente constituído, o Direito já é em si moral. Há algo que se escapa na “relação”. A palavra “união” remete-nos à unidade, o que pode sugerir uma planificação, uma negação das diferenças. Defendemos que o Direito institui uma realidade moral diferenciada. O que seria, *prima facie*, incoerente com uma tese da unidade. A palavra “vinculação” traz consigo a ideia de uma relação num matiz mais forte, até mesmo uma conotação impositiva. Sustentamos que o Direito possui uma autonomia, ainda que relativa. O que não se coaduna com essas acepções. A palavra “conexão” nos parece especificar um modo de relação, com-nexo (*nexus*), onde há uma ligação, um liame. É menos abrangente que “relação” e não tem a carga semântica da “vinculação”. Além disso, deixa as diferenças mais aparentes do que a “união”. Por isso, a escolhemos.

Contudo, juntamente com essas razões formais há outra e ainda mais significativa. Como se verá, para nós o fenômeno jurídico em seu modo ser próprio se desvela com uma abertura, uma disposição/preensão moral orientada à justiça. Desse modo, ele se mostra enquanto uma ordenação conexa à moralidade. Esse nexo o constitui como um todo, tanto em sua forma com em seu conteúdo. Assim, nos pareceu ainda mais adequado denominar de tese da conexão necessária, o que defenderemos adiante.

Dada a complexidade do fenômeno jurídico, partimos da premissa que sua conexão com a Moralidade se estabelece de modos e formas diversas, o que nos exigiu uma argumentação plural. Os nove argumentos, expõem facetas singulares do jurídico, mas se articulam coerentemente como um todo na apologia em que se constitui essa Tese. Esses argumentos se constituem em eixos argumentativos que nos possibilitam horizontes para observar e demonstrar a razoabilidade de nossa sustentação.

Nossa matriz teórica axial é a Crítica Hermenêutica do Direito¹ (CHD) desenvolvida pelo professor Lenio Streck num movimento antropofágico em que aproxima Heidegger, Gadamer e Dworkin. A partir dela se abrirá a possibilidade de diálogos, de fusões de horizontes, com outras correntes do pensamento filosófico e jurídico. Em nossa investigação a CHD opera como uma lente que nos permite observar a realidade. Para tanto sua transparência é condição de possibilidade, mas ela está lá, ainda que por vezes velada.

Como se verá esse trabalho diferencia-se do padrão mais tradicional que primeiro expõe o *status quaestionis* para depois defender uma posição. Invertemos um pouco esse roteiro. Estaremos desde o início até final numa jornada argumentativa sustentando nossa tese em diálogo com a longa tradição jurídica, da Grécia Antiga até a Contemporaneidade. Dessa forma, é no percorrer que compreenderemos como e porquê as teses da separação/conexão entre Direito e Moralidade se estabeleceram.

Outra distinção está na própria estrutura interna. Não temos capítulos propedêuticos tampouco um encadeamento lógico que exija do leitor que tenha que começar pelo argumento inicial. Não é um quebra-cabeça. Preferimos a alegoria dos caminhos da montanha. Cada argumento é um caminho rumo a (tese da) conexão necessária, eles estão interligados – conversam entre si – mas podem sozinhos, para algumas pessoas, serem suficientes para levá-las ao topo. Contudo, sugerimos que travessia seja completa, pois acreditamos que ela nos dará uma percepção mais ampla e profunda do que estamos a defender.

Começamos nossa escalada pelo argumento antropológico. Nosso ponto de partida é a pressuposição que todo e qualquer projeto teórico, sobretudo, nas ciências humanas, fundamentam-se numa perspectiva sobre o que é o ser humano, ainda que de modo presumido, inarticulado ou mesmo inconsciente. Por isso, em virtude da relevância dessa discussão, por si e para o objeto dessa tese, como também por fins de clareza epistêmica, é que por ela iniciamos.

¹ As formulações da CDH podem ser encontradas em diversos escritos de Streck, dentre estes se registra as seguintes obras: Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Op. Cit. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2014. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. O que é isto - decido conforme minha consciência? 4. ed. rev. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2013.

Buscamos desvelar quem é esse ser que está por detrás da instituição do fenômeno jurídico e qual a implicação disso para a tese da conexão necessária por nós defendida. O que veremos tendo como referência uma antropologia filosófica hermenêutica é um ente privilegiado que (com)forma o mundo em sua existencialidade autêntica, o que perfaz com os outros. Nessa ambiência, enquanto uma totalidade de sentidos, ele compreende a si e aos demais a sua volta. É, portanto, um ser hermenêutico. Como também é um ser moral. Não apenas age por instinto nem considera suas ações de qualquer modo. Diferentemente, possui uma aspiração pela justiça, pelo bom. Almeja a ação correta, ainda que isso signifique conter certas inclinações ou impulsos naturais.

Diante disso a ordenação da coexistência é inexoravelmente um exercício hermenêutico e moral. Assim, sendo o fenômeno jurídico um dos principais modos de ordenar a vida em comum, o faz necessariamente conectado com a Moralidade. Nesses termos, a (tese da) conexão necessária se apresenta como uma decorrência do modo como nós somos.

No argumento fenomenológico buscamos a partir de uma abordagem hermenêutica desvelar o fenômeno jurídico em seus sentidos originários, em seu modo de ser próprio. Nosso intento é saber se esse des-cobrimto desvela uma conexão entre o Direito e a Moralidade e se essa é necessária ou contingente. Como nossa análise centra-se no Direito Ocidental nossa investigação iniciou na experiência grega, tanto na dramaturgia como nos escritos filosóficos. Em suma, percebemos é que o jurídico foi ali apreendido numa conexão ontológica com a justiça, numa vinculação direta com a Pólis, ou seja, com a ordenação da coexistência. E isso imerso numa ideal de vida boa, que envolve uma imaginação moral compartilhada. Ademais, vimos o reconhecimento de uma dimensão transcendente que atravessa o Direito e a identificação do raciocínio jurídico como a sabedoria prática.

Compartilhando de muitos desses pressupostos os romanos promoveram uma maior institucionalização do Direito, que passou assim a ter contornos mais singulares. Todavia, sem perder seu aspecto ético de uma ordenação em direção a justiça. No mesmo sentido, Tomás de Aquino no Medievo entendia a Lei Humana, o Direito, muita mais que uma medida, um padrão racional para avaliar os comportamentos. Possuiria também uma função política ao estabelecer a ordem social e ética por representar um vínculo da coexistência.

Até o início da era moderna o fenômeno jurídico desde os gregos foi apreendido em seus sentidos originários numa relação necessária com a Moralidade, enquanto uma ordenação em direção a justiça. Essa percepção foi aos poucos sendo obnubilada na Modernidade, o que é perceptível em Thomas Hobbes e, posteriormente, com aprofundamento da abordagem analítica pós David Hume. Com isso as teses da conexão ou separação tornaram-se problemas prioritariamente epistêmicos quase que independentes ao modo como o Direito tem se desvelado ao longo da história.

Na direção oposta, a tese da conexão necessária que defendemos é fenomenológica, pois procura descrever a realidade jurídica a partir de sua existencialidade e não de *apriori* teóricos que a escondem. Entendemos que ela é a mais adequada ao modo como o Direito Ocidental foi originariamente apreendido. Como se verá no decorrer da leitura dos argumentos dessa tese, não se trata de como o Direito deveria ser, mas de como ele é e se desvela em seu modo de ser próprio.

Com o argumento do modelo conceitual, o mais extenso de todos, iniciamos mais diretamente o nosso debate com a tradição jurídica analítica, em especial com H.L.A Hart. Como será observado a opção por esse interlocutor não foi aleatória. Ao contrário, o jurista estava ciente da importância da definição do conceito de Direito e procurou desenvolvê-lo de modo analítico, tornando-se uma das principais referências da teoria do direito anglo-saxã. Nossa discussão terá como norte a alegação de que a separação necessária entre Direito e Moralidade é uma exigência conceitual. Tentaremos refutar essa posição demonstrando como a tese da separação sustentada por Hart é uma decorrência do modelo conceitual por ele utilizado para representar o Direito. Ou seja, não é um imperativo analítico *lato sensu*, mas sim uma das implicações da abordagem epistêmica escolhida dentre outras.

Dizendo de outro modo, é conceitualmente plausível a tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade dentro de um *framework* analítico, como também hermenêutico, donde assentamos nossas reflexões. Além disso, buscamos desvelar as incongruências do projeto hartiano que, ao nosso juízo, se deram diante da dificuldade de conceituar um fenômeno valorativamente constituído tentando abstraí-lo dessa dimensão.

Diferentemente, partimos da pressuposição hermenêutica de que as nossas representações teóricas (conceitos) ainda que sempre insuficientes devem, em alguma medida, mostrar os fenômenos assim como se desvelam a nós, ao invés de esconder sua existencialidade. Assim, ainda que os modelos conceituais possam ser diversos, pensamos que estes ao descrever e explicar o Direito devem dar conta de sua dimensão valorativa, o que para nós revela sua conexão necessária com a Moralidade.

No argumento do lugar (e do Modo) de observação buscamos demonstrar como a tese da separação conceitual entre Direito e Moralidade tem se ancorado em abordagens analíticas que artificializam ou reduzem sobremaneira a realidade jurídica. Desse modo, escondem o fenômeno ao entificá-lo, há um esquecimento do ser. Nessa linha enfrentamos três lugares e modos observação que lastreiam a tese da separação, são eles: 1) o ponto de vista externo, o lugar do cientista (Hans Kelsen); 2) o ponto de vista interno, o dos participantes (H.L.A Hart); e 3) o ponto de vista interno, o do sistema jurídico (Joseph Raz).

Após esses embates sustentamos que a teoria não deveria *prima facie*, na busca por uma pretensa segurança epistêmica, negar instâncias ou dimensões constitutivas do fenômeno que se está a descrever. Diferentemente, devemos encontrar os lugares e modos de observação mais adequados a fim que o fenômeno mostre a si mesmo, também em nossas investigações teóricas. Conforme já anunciamos, a abordagem que subscrevemos nesta tese é hermenêutica. É a partir dela que observamos o jurídico e conseguimos apreender a conexão necessária que este estabelece com a Moralidade. Entendemos ser essa a nossa situação hermenêutica, o *como* de nossa observação, o *locus* adequado, pois é nele que existimos enquanto ser-no mundo (*Dasein*) e que o Direito des-cobre a si próprio.

No argumento da incidibilidade entre fatos e valores tentamos enfrentar duas objeções à tese da conexão necessária baseadas no dualismo entre ser e dever-ser. A primeira, já clássica no pensamento juspositivista, afirma que o Direito que “é” independente daquele que “deve-ser”. A segunda, mais contemporânea, sustenta que Direito pode ser identificado apenas a partir de seus critérios não-valorativos.

Semelhantemente aos argumentos anteriores não somente apresentamos contraposições, mas também uma defesa de nossa posição. Essa empreitada foi realizada tendo como base a distinção de John Searle entre fatos brutos e fatos institucionais. O filósofo norte-americano sustenta que, diferente dos fatos brutos

que são ontologicamente subsistentes, os fatos institucionais sempre pressupõem uma intencionalidade coletiva em sua origem e manutenção. Ou seja, necessitam do horizonte humano, o mundo em que vivemos enquanto seres hermenêuticos e morais.

Searle afirma que os fatos institucionais se revelam a partir do seu status funcional (*status function*), que não são identificados ou explicados apenas em seus aspectos físicos, mas no atravessamento desses pelo status que possuem, o que implica uma dimensão avaliativa. Como exemplo cita o dinheiro, que não se circunscreve ao papel das cédulas ou ao metal das moedas. O que vemos é que nos fatos institucionais fato e valor estão imbricados. Dessa forma, as propostas teóricas que procuram descrever o Direito abstraindo-lhe a dimensão avaliativa o tratam de modo semelhante à um fato bruto, o que nos parece um equívoco. Como também a tese da separação necessária dela decorrente. Por outro lado, ao reconhecermos o fenômeno jurídico como um fato institucional que se revela com um status funcional deôntico, que argumentamos ser moral, a conexão entre Direito e Moralidade torna-se evidente, como também uma tese conceitualmente necessária.

Com o argumento metaético confrontamos quatro objeções a tese da conexão necessária relacionadas ao não-cognitivismo moral. A primeira sustenta que diante do caráter controverso da objetividade moral, a existência do Direito, e, conseqüentemente, sua identificação, não poderia depender de seus pressupostos morais. A segunda parte de uma constatação de que se a linguagem normativa do Direito é usada por agentes que rejeitam a conexão necessária e/ou a objetividade moral disso decorreria que esta prescinde dessa dimensão. A terceira afirma que uma tese da conexão necessária requer, necessariamente, um comprometimento com um cognitivismo moral numa acepção forte. A quarta e última objeção reconhece que o fenômeno jurídico se constitui valorativamente, porém, diante da inexistência de valores substantivos absolutos, essa dimensão seria separada num processo de depuração pelo labor científico.

Como discurremos, esses argumentos contrários a tese da conexão necessária mostram-se insuficientes à esse propósito, pois, em síntese: 1) não distinguem, ou não evidenciam, a diferença entre juízos morais de primeira ordem e de segunda ordem e as distintas pretensões de objetividade que cada um requer; 2) uma tese da conexão pode reconhecer a existência de um liame inexorável entre Direito e Moralidade sem comprometer-se necessariamente com uma perspectiva

cognitivista; 3) a controvérsia metaética acerca da (in)existência de valores morais absolutos não implica num ceticismo moral ou num niilismo; uma vez que há propostas cognitivistas mais deflacionadas. No decorrer das refutações iremos expor a plausibilidade metaética da tese da conexão que defendemos a partir de um paradigma hermenêutico.

Com o argumento do Direito Imoral enfrentamos a objeção pautada na existência de ordenamentos legais iníquos ou de disposições jurídicas injustas. Num raciocínio simples muitos argumentam que se o Direito na prática pode ser imoral - e historicamente isso é constado - isso significaria que ele não existe conectado com a Moralidade, pois isso seria um contrassenso. Inclusive citam como referência uma suposta afirmação jusnaturalista que o Direito injusto perderia sua juridicidade, isto é, não seria Direito.

Em sentido contrário, afirmamos que se o Direito enquanto fenômeno ao instituir normativamente a vida em comum pode ser julgado como imoral isso só é possível porque de antemão já reconhecemos nele um predicado moral, ou ao menos uma disposição. Ademais, procuramos também aclarar a discussão jusnaturalista com uma maior precisão bibliográfica e com uma interpretação que nos parece mais razoável. Uma lei de injusta parece perder sua qualidade não por que ela não é o que deveria ser a partir de um padrão externo, mas por que não aparenta ser o que em seu modo de ser próprio se dispõe a ser.

Com o argumento da punição legal voltamos nosso olhar de forma mais direcionada a lida prática do fenômeno jurídico. Poderíamos ter feito essa argumentação por intermédio de quaisquer dos ramos do Direito. Todavia, optamos pela seara penal, mais especificamente, o problema da punição, por entender ser um exemplo privilegiado da inexorável conexão entre o Direito e a Moralidade.

O *ius puniendi* estatal exige uma justificação, que mostraremos ser de natureza moral. Reconhecemos que o direito penal é a última *ratio* e isso dentro de um amplo sistema de garantias que protegem o cidadão frente ao Estado. Assim, a punição legal é somente aplicada quando juridicamente e moralmente justificada. Além disso, como também defenderemos, a dimensão moral necessária tanto para as formas como para os conteúdos jurídicos que possibilitam a sanção penal não se esvai com a positivação. Ao contrário, ela se mantém e é indispensável para a sua sustentação. Veremos tudo isso por intermédio de uma análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial.

Com o argumento da narratividade encerramos nossa jornada argumentativa. Ao identificarmos o Direito como uma das principais narrativas sociais de ordenação da vida em comum, observamos tanto o traço humano enquanto formador de mundo e o modo como o Direito opera nessa realidade (hermenêutica). Isso se relaciona, respectivamente, com os argumentos antropológico e fenomenológico.

O Direito é uma das principais narrativas sociais que contam a nossa (co)existencialidade. Para tanto o fenômeno jurídico se estabelece a partir da e imerso na experiência moral em que estamos desde sempre lançados. Assim, ele é moralmente constituído em sua forma e conteúdo. Há também a instituição de uma realidade moral diferenciada, por isso possui uma autonomia relativa. É um modo de respondermos a clássica pergunta sobre como devemos viver. A relação hermenêutica que se estabelece, portanto, demanda sentidos morais, uma imaginação moral compartilhada pela comunidade narrativa. Essa experiência é integral. Ou seja, ao contarmos narrativamente nossa própria coexistência por intermédio do Direito o fazemos enquanto um exercício moral.

Esse é um breve esboço do que encontraremos adiante. Porém, muito mais nos espera durante a travessia.

2. Argumento Antropológico

O argumento antropológico parte da premissa de que direta ou indiretamente qualquer abordagem teórica se ancora em alguma concepção sobre o ser-humano, seu valor, seus limites e possibilidades. Essa fundamentação por vezes tem passado despercebida diante da tendência pós-moderna de negar ou considerar irrelevante o que se convencionou denominar de natureza humana, visto como algo anacrônico e até mesmo como um artifício de um projeto de dominação.

Paradoxalmente, esses raciocínios que se propõem independentes (*freestanding*) ou radicalmente rupturais/deconstrutivistas escondem uma perspectiva, em muitos casos, mais dogmática do que muitos daqueles que reconhecem certas características constitutivas do humano. Esse dogmatismo é perceptível na ausência ou nas dificuldades de um diálogo (autêntico) acerca do tema. Diante da inevitabilidade da questão e no intuito de não o encobrir, buscamos nesse argumento expor o embasamento antropológico da tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade que estamos a defender.

A argumentação será feita no sentido de demonstrar que o ser-humano é um ser moral e que essa é uma dimensão constitutiva de sua existencialidade. Como decorrência, tudo o que compõe seu mundo é perpassado pela Moralidade, sobretudo, nas experiências intersubjetivas em que se percebe com mais clareza que ele é ser-com (*mit-sein*) os outros. Portanto, sendo o Direito um fenômeno que ordena a vida social, a co-existência, torna-se necessariamente vinculado com essa realidade moral, sendo-lhe também uma expressão. Muitos seriam os modos de se dizer isso, porém, faremos isso a partir de uma antropologia filosófica hermenêutica. Esse será o nosso fio condutor e o que nos possibilitará uma jornada expositiva dialogal.

Para Martin Heidegger o ser-humano (*Da-sein/Ser-aí*) se distingue de outros entes da natureza por ser formador de mundo². Nesse sentido, entre o ser-aí e o mundo há uma co-originariade que é condição de possibilidade para ambos³. É diante dessa relação hermenêutica que podemos compreendê-los.

² Cf. HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude, solidão. Trad. Marco Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

³ Cf. STEIN, Ernildo. **Nas proximidades da antropologia**: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Editora Unijuí, 2003, p. 16.

Diferentemente dos outros entes, o humano tem um modo de ser próprio (*Da-sein*) que lhe possibilita a compreensão de si, dos seus semelhantes e dos demais entes de uma forma inter-relacional. Não é algo simplesmente dado, nem uma razão transcendental. Mas é o ser-aí lançado na facticidade, essencialmente (pre)ocupado num pro-jeto ontológico-hermenêutico.

Diante dessa condição existencial, o humano (*Da-sein*) abre-se para o mundo enquanto uma totalidade de sentidos. O ser-aí, então, compreende o sentido do ser dos entes dentro da relação primordial que já constitui o seu próprio modo de ser-no-mundo, o ser-aí, o ek-sistente. Sua ek-sistência se “revela” numa ocupação (*Besorge*) com os entes simplesmente dados e no cuidado (*Sorge*) com os seus semelhantes, isto é, com outros seres humanos enquanto seres-no-mundo.

Ao ocupar-se com entes o ser-aí os apreende como ser-para, ser-a-mão (*zuhandenheit*). O martelo é o (ser) para martelar, o pincel para pintar, o lápis para escrever. Ele os vê por intermédio de uma circunvisão antecipadora, pré-reflexiva, que os integra uns com os outros. O “ser martelo” se dá conjuntamente com o “ser prego”, por exemplo. Nessa dimensão, o *Da-sein* opera sem se dar conta da diferença ontológica entre ser e ente. Porém, quando um instrumento perde sua função/finalidade isso se manifesta. Quando o martelo se quebra e não serve mais para martelar, percebe-se que o sentido do “ser-martelo” difere daquela ferramenta de madeira e ferro, ou seja, do seu ente.

O *Da-sein* não relaciona com tudo a sua volta do mesmo modo. Ao interpretar-se como ser-no-mundo, descobre-se desde já sempre como ser-com (*Mit-sein*). O ser-aí é em sua existencialidade um ser-com o outro, e vice-versa. Mas, isso não se dá na dinâmica da ocupação (*Besorge*), mas sim do cuidado (*Sorge*). Ao integrar os outros em seu próprio cuidado, esse é transformado em solicitude (*Fuer-Sorge*)⁴.

⁴ Nesse sentido, Jean-Paul Resweber acentua que: “o Outro (*Mit-dasein*) é também um ser-no-mundo. Inversamente, eu próprio sou para os outros um companheiro (*Mit-dasein*) deste mesmo mundo. É o Cuidado que me abre a via do encontro. Heidegger supera assim todas as concepções idealistas da comunhão pessoal, mostrando que todo o encontro floresce sobre o solo do Cuidado. Longe de destruir o horizonte intra-mundano, a face do outro supõe-no como pano de fundo necessário à sua aparição. Não há, no Ser, vazios que provenha de uma causa exterior ao Ser. O homem pode, sem sair de si mesmo, levar aos outros o seu próprio Cuidado (*Sorge*) e transformar este em solicitude (*Fuer-Sorge*). Encontrar os outros é, pois, integrá-los no Universo do meu Cuidado”. RESWEBER, Jean-Paul. **O pensamento de Martin Heidegger**. Livraria Almedina: Coimbra, 1979, p. 95.

Esse cuidado do ser-aí-com está diretamente relacionado com sua condição de ser-para a morte. Essa autocompreensão de si traz uma “culpa”, não por algo feito, mas em virtude de sua própria finitude, do nada que desde sempre já o constitui. A culpabilidade se revela como um apelo à consciência que exige uma disposição. O modo inautêntico (*Das Man*) procura negar essa “culpa” escondendo-se na exterioridade do mundo e tornando-se um estranho a si mesmo.

Assim, em sua inautenticidade, o humano ao encontrar-se com um outro o vê como um “outro-eu mesmo”. Já em seu modo autêntico há um reconhecimento dessa condição – ser-para a morte – mas a angústia dela decorrente é assimilada em sua existencialidade, que é cuidado, pre-ocupação. Desse modo, o humano em sua existencialidade autêntica (*Da-sein*), reencontra-se consigo mesmo de forma que o outro é visto como outro-ser-no-mundo, um companheiro (*Mit-dasein*).

O Cuidado/Preocupação (*Sorge*) é o próprio modo de ser-no-mundo do *Dasein*, enquanto uma interpretação pré-ontológica de si mesmo que desvela em sua lida com os outros seres humanos, com entes simplesmente dados e com os entes à mão (ser-para) e com a verdade. Nessa acepção, assume sentido originário, é condição de possibilidade para a “preocupação com a vida” a “dedicação”⁵. A partir dessa interpretação fenomenológica de Heidegger do ser-aí como cuidado, pensaremos sobre as nossas experiências moral e jurídica e o desdobramento dessas para a tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade. Faremos isso a partir dos seguintes tópicos, pensando o ser humano como: 1) ser-aí; 2) como ser-com; 3) ser para morte;

O humano como ser-aí tem um modo de ser diferenciado. Ele desde sempre já se compreende numa situação, num acontecer. Essa *presença* apreende os sentidos do ser dos outros entes numa existencialidade fática. Ou seja, antes do mundo ser enunciado de forma proposicional, já foi antes compreendido dentro de uma relação ontológico-hermenêutica que lhe é condição de possibilidade. Por isso, as tentativas de apresentar a realidade (moral e/ou jurídica) de forma objetivamente impessoal apenas escondem o quanto estamos implicados naquilo que expomos. E isso tanto no sentido epistêmico, como também ético.

⁵ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Campinas, SP: Editora na Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012, p. 555-557.

Estamos lançados num mundo que formamos moralmente. Há muito nos indagamos: o que devemos fazer? Não nos satisfazemos em simplesmente agir, almejamos a ação certa, justa. Há uma aspiração. Nossas próprias elaborações que buscavam negar essa realidade, somente reforça(ra)m sua existência. A ideia de que inexistem parâmetros algum para julgar o comportamento de outrem é em si mesmo um critério que serve como justificação.

Concordamos com Viktor Frankl quando diz que somos vontade de sentido⁶. O niilismo, portanto, não seria ausência de sentido, mas o sentido dessa ausência. Enquanto ser-aí estamos (também) conscientes dessa condição, o que nos possibilita uma vida responsabilmente autêntica. Nessa linha, Frederick A. Olafson escreve que em Heidegger:

Consciência é, de fato, um tipo de contrapeso para o Das Man – uma forma de auto compreensão pre-ontológica por parte de cada ser humano que é bastante livre de evasões cotidianas que são características dessa forma de individualidade. (...) Consciência, ele nos diz, é silente e ainda seu próprio silêncio nos transmite algo que é da maior importância. O que esse silêncio transmite para cada um de nós é o fato que embora nós vivamos a maior parte do tempo no modo des-individualizado do Das Man, nós somos, no entanto, indivíduos assim como responsáveis, cada um de nós, pelo que nós fazemos⁷.

Não estamos falando, por enquanto, de algum conteúdo moral, mas sim da disposição, da abertura para. O humano é um ser consciente de si e dos outros. A inautenticidade tenta mascarar essa condição existencial e isso afeta sua relação consigo e com os demais. Torna-se um estranho para si mesmo e o outro um “alter ego”. Há um esquecimento da *presença* original de ambos que os priva das suas possibilidades. Assim, Jean Paul Resweber afirma que “a existência, em vez de se comprometer, deixa-se viver no tempo que se passa. A história é uma sucessão de agoras de onde decorre uma falsa imagem de exterioridade⁸”. Contudo, a consciência nos obriga a abandonar o universo tranquilizador que criamos para nós,

⁶ Cf. FRANKL, Viktor Emil. **Em busca de sentido**: um psicólogo no campo de concentração. Petrópolis: Vozes, 2006.

⁷ Livre Tradução: “Conscience is, in fact, a kind of counterforce to Das Man – a form of pre-ontological self-understanding on the part of each human being that is quite free of the everyday evasions that are so characteristic of that form of selfhood. (...). Conscience, he tells us, is silent and yet its very silence conveys to us something that is of the greatest importance. What this silence conveys to each of us is the fact that although we live much of the time in the de-individuated mode of Das Man, we are nevertheless individuals and as such are responsible, each of us, for what we do”. OLAFSON, Frederick. **Heidegger and the ground of ethics**: A study of “Mitsein”. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p.46.

⁸ RESWEBER, Jean-Paul. **O pensamento de Martin Heidegger**. Livraria Almedina: Coimbra, 1979, p. 97.

e assim corresponder à verdade nua da realidade⁹. Somos seres finitos, seres-para a morte.

A consciência da finitude faz com que a morte, enquanto uma ideia do “que é uma propriedade de todos e de ninguém¹⁰”, torne-se uma realidade e percepção de nossa ek-xistência como preocupação/cuidado (*Sorge*). Esse dar-se conta, como pontuou Olafson, nos pessoaliza enquanto indivíduos responsáveis por suas ações. A autenticidade ao invés de negar que somos finitos, faz com que essa condição seja radicalmente incorporada em nossa existencialidade. Isso proporciona um (re)encontro conosco e com os outros, do ser-aí (*Da-sein*) que também é ser-com (*Mit-sein*). A *presença* de ambos é reconhecida e suas possibilidades reabertas¹¹.

Essa consciência ontológica nos possibilita sermos seres moralmente conscientes, pois a destruição do outro significa, em alguma medida, nossa própria aniquilação. Ser com os outros constitui nossa ek-xistência autêntica, em que somos desde sempre cuidado (*Sorge*). Diante disso, um mundo é formado e nele nossa co-existência é possível.

Nortrop Frye traz uma alegoria que para nós demonstra com beleza essa formação do mundo que decorre do modo de ser do *Da-sein*, apesar de não se utilizar-se dessa terminologia. Frye nos convida a imaginar-nos sozinhos numa ilha deserta. Ele conta que ali:

A primeira coisa que você faz é circunvagando os olhos pelo mundo à sua volta – dum mundo de céu, mar, terra, estrelas, árvores, morros. Vê esse mundo como algo objetivo, como algo que lhe é imposto, que não faz parte de você de nenhuma forma. E você nota duas coisas nesse mundo objetivo. Em primeiro lugar, ele não tem comunicação verbal. Há ali um monte de animais, plantas e insetos tocando suas vidinhas, mas nada que responda a você: esse mundo não tem nem moral nem inteligência, ou pelo menos nenhuma que você apreenda. Talvez ele tenha uma forma e um sentido, mas não será uma forma humana e um sentido humano. Mesmo que ele tenha alimento suficiente e nenhum animal perigoso, num mundo assim você se sente solitário, assustado e malquisto.

Em segundo lugar, nota que olhar para esse mundo assim, como algo imposto a você, divide-lhe a mente em dois: você tem um intelecto que sente curiosidade por ele e quer estudá-lo, e tem sentimentos ou emoções

⁹ Cf. *Ibidem*, p. 97.

¹⁰ *Ibidem*, p. 97.

¹¹ Olafson relacionando o conceito de ser-com (*Mit-Dasein*) de Heidegger com a noção hegeliana de reconhecimento afirma que: “Recognition of a human being, by contrast, is a matter, not just of finding him present in our world but of responding to that presence by the modes of choice and action that acknowledge the equivalence of self and other. I cannot, after all, desire that my own purposes should be frustrated by the actions of others. Accordingly, if I acknowledge someone else as being like me in the respects that count for these purposes, I cannot reconcile this recognition with treating him as though his purposes had no standing in my eyes”. OLAFSON, Frederick. **Heidegger and the ground of ethics: A study of “Mitsein”**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 59.

que o vêem como belo ou austero ou terrível. Sabe que ambas as atitudes se mostram alguma realidade, pelo menos para você¹².

Há algo e não o nada. Esse é o nosso ponto de partida. Mas falta algo que nos traga a sensação de pertença, algo que transcenda as necessidades ônticas de um ente que quer manter-se vivo. É no interior dessa solidão que a “culpa” se manifesta. Estamos “conscientes” de nossa situação finita. Diante disso dois modos de ser se desvelam. Em um somos diluídos nessa realidade impessoal (Das Man). Noutro, a transformamos no limiar de nossas possibilidades, pois estamos com ela desde já *preocupados*.

Frye continua sua narrativa dizendo que:

(...) você logo se dá conta de que há uma diferença entre o mundo onde vive e o mundo que quer viver. O mundo onde quer viver é um mundo humano, e não objetivo: não é um ambiente, mas um lar; não é o mundo que você vê, mas o mundo que quer construir com o que vê. Você vai trabalhar para construir um abrigo ou cultivar um jardim e, assim que se põe a trabalhar, passa para o outro nível da vida humana. Já não está somente separando-se da natureza, mas construindo um mundo humano e separando-o do resto do mundo. Seu intelecto e suas emoções estão agora empenhados na mesma atividade, já não mais se distinguindo um do outro¹³.

Deste modo, formamos o mundo. Mas, descobrimos que não estamos sozinhos nessa jornada: há o outro. Ao ser-com (Mit-Dasein) os demais, partilhamos esse *cuidado* com o mundo. Temos os primeiros ajuntamentos, trilhas, plantações e criações. Para Frye, esses rudimentos de cidades, estradas e fazendas são “a forma humana da natureza, ou a forma da natureza humana, (...)”¹⁴.

Frye ainda apresenta um outro nível da vida humana: o social. Daqueles rudimentos brota o desejo de formar uma comunidade¹⁵ ainda mais ampla. Estamos nas cidades e compartilhamos um ideal de vida boa (eudaimonia). Há uma imaginação (moral) que nos atravessa e entrelaça, e que também nos constitui enquanto ser-aí-com o outro. Assim, estamos nós desde já sempre situados num mundo que formamos.

¹² FRYE, Northrop. **A imaginação educada**. Campinas, SP: Vide Editorial, 2017, p. 13-14.

¹³ FRYE, Northrop. **A imaginação educada**. Campinas, SP: Vide Editorial, 2017, p.15-16.

¹⁴ Ibidem, p.17.

¹⁵ “(...) it is the constitution of a moral community that is at issue on these occasions; and it is that aspect of the ethical life to which the concept of Mitsein is primarily relevant. Such a community can be formed only if both sides can reach a single version of the truth about who they are and can also in that sense accept the equivalence of the one and the other in their understanding of that truth”. OLAFSON, Frederick. **Heidegger and the ground of ethics: A study of “Mitsein”**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 58.

É neste cenário que a indagação sobre o que devemos fazer se manifesta. É uma profunda interrogação existencial em busca de sentidos que não encontramos na impessoalidade do mundo objetivo. Mas, para tanto foi/é preciso romper com a inautenticidade (Das Man) e abrir-se para uma relação em que estamos desde sempre implicados. Ou seja, ao mundo humano, pessoal.

Ora, o que são antigas narrativas mitológicas que explicavam a realidade e que nos (in)formavam para agir de uma determinada maneira? Não nos parecem que se reduzem a um salto metafísico¹⁶. Pois, havia cultos, celebrações, oferendas. Uma relação que era cultivada e que projetava sentidos (morais) apreensíveis. Uma circularidade entre céu e terra. Algo de transcendente que perpassava a onticidade do mundo. Era do desígnio dos deuses que os gregos buscavam parâmetros de justiça¹⁷. De um certo modo o que temos em Antígona é a exigência do justo sobrenatural. A transcendência¹⁸ marca a origem do Direito que, nesse período, nem assim era nominado. Havia o justo natural e o justo convencional e o “Direito” formou-se da junção de ambos. Ou seja, em direção à justiça.

Otto Brusiin¹⁹ indentifica uma vinculação desse modo de ser do humano com a própria instituição do Direito. Para o jurista finlandês, “o homem é um ser que experimenta a necessidade fundamental de ter como referência uma realidade supra-empírica que não se pode comprovar objetivamente. O supra-empírico não

¹⁶ Essa pressuposição pode ser observada como os mitos e os deuses das civilizações antigas representavam características humanas em níveis superiores ou resultavam de fusões com animais, como também na correspondência dos “calendários litúrgicos” com as estações e relação com a colheita. Isto é, a expressão religiosa e mítica não era um salto, mas um atravessamento do natural, uma transcendência que ainda mantinha um rosto humano.

¹⁷ Essa discussão será retomada com maior profundidade no argumento fenomenológico.

¹⁸ Esse caráter transcendente, mítico, não se circunscreve as origens do Direito. Ao contrário, por ser o nosso próprio modo de ser no mundo, sempre constitui o fenômeno jurídico. Peter Fitzpatrick identifica o mito da lei moderna, contexto em que racionalismo se consolidou. Num primeiro momento isso parece paradoxal. Porém, é compreensível na medida que reconhecemos esse movimento metafísico como algo que nos é peculiar e que se diferencia historicamente em sua fundamentação, sendo a própria negação um mito. O jurista escreve que: “não se supõe, de início, que modernidade tenha alguma coisa a ver com mito. Uma lei sóbria e secular tampouco pode continuar habitando o reino do sagrado. A ideia mesma de mito é típica “deles” dos selvagens e ancestrais que “nós” deixamos para trás. Agora o mito só pode ser um resíduo ou uma aberração, uma tênue evocação do paraíso perdido ou um ressurgimento de monstros. Na infinita arrogância da modernidade, o mito é posto em correspondência com o estático e fechado em termos de significado e ordenamento social, ao passo que a modernidade é igualada a progresso e abertura fecunda. (...) Em minha argumentação essa posição se inverte. Não importa qual tenha sido sua relevância para os mundos ditos primitivos e antigos, o mito está em vibrante operação na modernidade.” FITZPATRICK, Peter. **A mitologia na lei moderna**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 9.

¹⁹ Otto Brusiin foi um dos principais juristas finlandeses da segunda metade do séc. XX.

comprobatório é vivido como algo de importância capital²⁰. Há um apelo da consciência que nos reconecta com a nossa condição finita (Heidegger). Há um desejo de construir um mundo humano (Frye). Para Brusiin, é uma “vivência metafísica²¹” que nesse movimento transcendente²² conseguiria “superar” o irreversível fato empírico da morte²³. Ele acentua que:

Um animal está acorrentado à vida, decorrente do seu nascimento. O homem, ao invés, pode arremessar de si sua própria vida. Portanto, um animal é um prisioneiro da sua vida, como se esta fosse uma prisão fechada pelo lado de fora. Pelo contrário, após ter superado o medo animal da morte, o homem pode abrir a porta²⁴.

Nessa mesma linha argumentativa, o jurista diferencia a sociedade dos animais e a sociedade humana. A primeira seria conservada pelo instinto. Já a segunda pelas normas sociais, que se desenvolvem como “manifestação da permanente vida em comum dos homens²⁵”. Essa normatividade seria uma decorrência da vivência metafísica²⁶ do ser humano²⁷, da “capacidade de configurar um mundo baseado no seu conhecimento²⁸”. Para Brusiin, as normas sociais, dentre elas o Direito – e entendemos que também a Moralidade, apesar de referi-la – “produzem-se na sociedade como uma emanção da coexistência entre os homens²⁹”.

Estamos diante de um ser que é formador de mundo. Essa instituição se dá de modo partilhado, é o ser-com (Mit-Dasein). É nesse projeto de ordenação da vida em comum que a nossa imaginação moral se estabelece e, a partir dela, paulatinamente, o Direito. O jurídico alcançará uma autonomia relativa, mas sem

²⁰ BRUSIIN, Otto. **O pensamento jurídico**. Campinas: Edicamp, 2001, p. 5-6.

²¹ Nesso ponto específico, Brusiin faz uma referência a Heidegger.

²² Brusiin afirma que: “a peculiaridade do homem consiste em que é, ao mesmo tempo, um ser metafísico que estende seu olhar até as eternas estrelas e a morte”. BRUSIIN, Otto. **O pensamento jurídico**. Campinas: Edicamp, 2001, p. 15.

²³ Cf. *Ibidem*, p. 7.

²⁴ *Ibidem*, p. 8.

²⁵ Cf. *Ibidem*, p. 19.

²⁶ Interessante notar que essa dimensão é observada não apenas no conteúdo normativo, mas também nas formas. Um exemplo histórico bastante ilustrativo é “Código” de Hammurabi escrito como uma narrativa literária de divisão tripartida, com prólogo, corpo de leis e epílogo. Estudos demonstram que tanto o prólogo quanto epílogo foram escritos num dialeto próprio do gênero épico. Cf. BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi**. 4. ed., rev. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987, p.24.

²⁷ Nesse aspecto, Brusiin reconhece que “só ao homem é permitido configurar sua sociedade de forma ativa, conforme fins determinados. Nesse sentido, uma organização criativa pressupõe a capacidade pensar conteúdos normativos. Por meio das normas, a sociedade humana eleva-se sobre a sociedade animal estereotipada”. BRUSIIN, Otto. **O pensamento jurídico**. Campinas: Edicamp, 2001, p.20.

²⁸ *Ibidem*, p. 19.

²⁹ *Ibidem*, p. 24.

descolar-se da experiência moral em que já estamos desde já sempre enquanto seres-no-mundo.

O Direito não é apenas uma decorrência do modo de ser do humano, é ele próprio um símbolo dessa existencialidade. Ao ordenar a vida social juridicamente, o que é feito dentro do horizonte moral, constitui-se uma forma de coexistir, de ser-com (Mit-Dasein) o outro. Isso denota uma existência autêntica, preocupada com a *presença* dos demais. O que se evidencia na onnipresença que o fenômeno jurídico foi desvelando desde seus primórdios. Ou seja, várias áreas e em diversos aspectos entendidos como fundamentais para a vida social foram objetos da conformação jurídica³⁰. Como também no conteúdo valorativo da normatividade. Enraizado na imaginação moral da comunidade, as normas de Direito revelam as distintas imagens de mundo que são com-partilhadas por aqueles que nela estão imersos. Essas cosmovisões manifestam modos peculiares de ser-com, de co-existir.

Noutro passo, o Direito desvela um cuidado, em sentido moral. Enquanto seres finitos, precisamos de algo que nos resguarde de nós mesmos e, assim, possibilite a coexistência. Eric Weil nos diz que somos seres morais na medida em que percebemos a nossa violência, é enquanto transgressores que temos consciência das regras³¹. Mas, nos lembra o filósofo, que o ser humano

não se compreende como violência senão *porque* ele não é somente isso: a rocha que cai e arrasa uma casa com seus habitantes, o leão que mata e devora sua presa não são violentos senão para o homem que, só ele, já tem a ideia da não violência e que, por essa razão, pode ver a violência na natureza. Só existe insensato do ponto de vista do sentido³².

Para Weil, o ser humano tem uma consciência ambivalente do bem e do mal. A partir dela, separa “lícito e ilícito, o deve fazer e o que não deve fazer, se interdita e se prescreve certos atos, comportamentos, atitudes, ele julga, aprova, condena³³”. Já diziam Thomas Hobbes e John Locke que é da percepção da brutalidade do nosso estado de natureza ou de suas insuficiências que o contrato social se faz

³⁰ Isso pode observado na seguinte estruturação da parte legal do “Código” de Hammurabi sugerida por Emanuel Bouzon: “§§ 1-5: Determinam as penas a ser impostas em alguns delitos praticados durante o processo judicial; §§ 6-126: Regulam o direito patrimonial; §§ 127-195: Regulam o direito de família, filiação e heranças; §§ 196-214: determinam as penas para lesões corporais; §§ 215-240: Regulam os direitos e obrigações de algumas classes de profissionais; §§ 241-277: regulam preços e salários; §§ 278-282: contêm leis adicionais sobre propriedades e escravos”. BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi**. 4. ed., rev. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987, p. 29.

³¹ Cf. WEIL, Eric. **Filosofia Moral**. Trad. Marcelo Perini. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 21.

³² Ibidem, p. 20-21.

³³ Ibidem, p. 21.

necessário. Assim, a instituição de uma ordenação comum, o Direito, é em si mesma moral, por ser um dos modos, senão o principal, de tornar o coexistir possível, apesar de nós mesmos.

Essa inter-relação entre o jurídico e a coexistência, também pode ser vista em Tomás de Aquino que define a Lei, em sentido lato, como a “ordenação da razão para o bem comum, promulgada por aquele que tem o cuidado da comunidade³⁴”. Ao ser uma ordem da razão a Lei, no sentido de “Direito”, se estabelece com uma realidade humana – é a sua participação – orientada para o bem da comunidade. Isto é, para que essa, no mínimo, seja possível.

Outro aspecto digno de nota é o termo “cuidado”. Poderíamos aqui, traçar um paralelo com a preocupação/cuidado (Sorge) heideggeriano que teve uma inspiração inicial cristã³⁵. Assim, diríamos que não é o Direito, uma simples ordenação mecânica, impessoal. É um fenômeno que revela o cuidado (moral) pela vida em comum, e a preocupação/cuidado enquanto o modo de ser autêntico do ser-aí (Da-sein) que também é ser-com (Mit-sein).

Luis Fernando Barzotto, partindo da antropologia personalista de Aquino, sugere que para o Aquinate a Lei além dos sentidos racional (medida) e político (ordem) também teria um sentido ético. É a partir dele que se forma uma aliança, uma unidade comum, donde decorre a obrigação moral de obedecê-la. O jurista afirma que:

O sentido da lei é expressar um pacto de amizade ou uma aliança entre os membros da comunidade: é uma manifestação não da vontade de poder, mas da vontade de comunidade, de viver com outrem. A lei explicita as condições da coexistência. A vontade de coexistir é o pressuposto do estabelecimento das condições de coexistência. A ausência de vontade de comunidade faz com que a lei perca seu sentido. Os fins particulares da lei são múltiplos, pois o conteúdo do bem comum é variável: o sentido, que pertence à razão de lei, é permanente³⁶.

³⁴ ST I-II, Q 90, A 4.

³⁵ Nesse sentido, Stein afirma: ‘é neste mesmo contexto que o filósofo confessa que encontrou na exploração dos fundamentos ontológicos da antropologia agostiniana o fenômeno do cuidado. “É claro que Agostinho e a antropologia cristã antiga em geral conhecem o fenômeno (embora não diretamente como termo); já em Sêneca a *cura*, o cuidado, como também é conhecido no Novo Testamento, representa um papel” (418). Esta observação será explicitada numa nota de pé de página do § 42 de ST. STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005, p. 97.

³⁶ BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. **Revista Direito GV**. v. 3, n. 2, p. 219-260, jul-dez, 2007. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35189/33993>>. Acesso em 01 abr. 2019, p. 244.

Essa amizade que constitui numa relação pessoal. Não coexistimos como objetos, como meras externalidades ao dispor de, mas sim como pessoas. Dois aspectos aqui estão relacionados com uma antropologia filosófica hermenêutica. Heidegger diferencia o modo de ser humano e dos demais entes. Ele não é um ser simplesmente dado, tampouco um ser-para. É o ser que tem consciência de si, de sua condição, por isso tem um modo de ser que lhe é próprio. Contudo, mesmo (cons)ciente de sua finitude ela tem uma existencialidade que transita entre a inautenticidade (impessoal) e a autenticidade (pessoal). Enquanto ser inautêntico, ele reifica a si e aos demais, porém como ser autêntico ele se pessoaliza e reconhece o mesmo status aos seus semelhantes³⁷. É como *Dasein* e não como *Das Man* que nos vemos como pessoas. E, assim, a coexistência é possível enquanto uma comum-unidade.

Há nessa relação pessoal um indissociável aspecto moral. Um reconhecimento mútuo que transcende o ser humano como um simples ente natural. É na condição de pessoas que coexistimos como seres morais, de modo que o Direito, ao ordenar a vida em comum – e assim preservá-la e qualificá-la – constituiu-se moralmente em sua razão de ser e em sua finalidade. Consequentemente, seu modo de ser também o é, como veremos nos demais argumentos dessa tese.

Robert Spaemann acentua essa moralidade constitutiva em nossa existência enquanto pessoas. O filósofo alemão, tratando acerca da nossa capacidade de prometer, identifica que:

o caráter peculiar da obrigação moral parece residir no fato de que, apesar da possibilidade, ela não permite uma determinada reflexão, uma reflexão mediante a qual as pessoas podem se eximir de qualquer comprometimento. Na renúncia a essa reflexão parece consistir no ato moral propriamente dito. De fato, é nessa renúncia que o ser humano se realiza como pessoa, isto é, na condição insofismável da própria reflexão. Ele assume a promessa que ele como pessoa já é. Ao falar e demandar ser entendido, ele já se colocou na relação pessoal que é pressuposta em todas as promessas determinadas. A pergunta por uma “fundamentação última” não mais se coloca. A renúncia a essa pergunta é a fundamentação última, e essa renúncia sempre já aconteceu quando seres humanos reconhecem uns aos outros como pessoas ou quando demandam esse reconhecimento.

³⁷ Esse aspecto relacional pode também ser observado na diferença entre “EU-TU” e “EU-ISSO”, feita por Martin Buber. O filósofo israelense apresenta uma ontologia da relação que se dá na existência concreta a partir dessas palavras princípios. Não há um “EU” em si, mas o “EU” que se constitui com o outro ou com algo. Para ele, a vivência humana não se limita ao “EU-ISSO” em que experimentamos o mundo sem dele partilhar. Diferentemente, é no “EU-TU” que nos colocamos no mundo e alcançamos a totalidade de nossa existência no interior dessa relação. O “EU-ISSO” reifica tudo ao nosso redor, já o “EU-TU” o pessoaliza. Cf. BUBER, Martin. **Eu e tu**. 10. ed., rev. São Paulo: Centauro, 2009.

A pessoa é uma promessa. Ser pessoa significa ocupar um lugar na comunidade de todas as pessoas. Seres vivos racionais não têm a escolha se querem ou não ocupar esse lugar junto com as obrigações e demandas associadas a ele. Eles não podem renunciar às demandas nem se dispensar das obrigações. A própria autonomia da pessoa não tem origem autônoma e não está sujeita a sua própria apreciação autônoma. Nossa ordem legal considera sem validade um contrato em que alguém se desfaz diante de outro alguém de todos os seus direitos civis e humanos. E naturalmente tampouco alguém pode se dispensar de todos os seus deveres³⁸.

Enquanto uma comunidade moral de pessoas já somos desde sempre sujeitos de direitos e obrigações. O Direito institucionaliza essa relação ao ordenar a coexistência. Por isso, *prima facie*, compartilhamos um dever moral de obedecê-lo³⁹. Não é assim por que deveria ser, mas por ser um desdobramento do modo como nós somos. Semelhantemente, como se verá, a conexão entre Direito e Moralidade não se estabelece numa idealização de como o jurídico deveria ser, mas decorre do seu próprio modo de ser.

Pensar sobre as relações entre Direito e Moral, antes de ser uma questão epistêmica, constitui-se numa reflexão antropológica. Pois, pressupõe uma resposta à indagação: o que é o ser humano? Ao desconsiderarmos esse questionamento ou ao invertemos essa ordem, podemos transformar, o que sói acontece, exigências lógicas em necessidades factuais. Dessa forma, nossas teorias fazem sentido num ambiente abstrato, impessoal, mas nem tanto no mundo que formamos, horizonte em que existimos e os fenômenos a nós se desvelam. Por essa razão, esse foi o nosso ponto de partida.

Partindo de uma antropologia filosófica, encontramos o ser humano enquanto um ente privilegiado que já está desde sempre *(pre)ocupado* (*Sorge*) com sua existência, mesmo que por vezes se encontre perdido em sua inautenticidade. É um ser formador de mundo, lida que perfaz com os outros, pois ser-aí é também ser-

³⁸ SPAEMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre algo e alguém. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015, p. 170.

³⁹ Em linha similar, o jurista português Luís Cabral de Moncada assevera que: “ninguém duvidará, por certo, de que é, antes de tudo à Moral que o direito – dissemo-lo também já – vai buscar o princípio da sua própria *obligatoriedade*. Dificilmente poderíamos convencer alguém a cumprir os seus deveres jurídicos (fora o caso do próprio interesse ou do receio de uma sanção legal) se estes não se apresentassem à consciência do indivíduo já apoiados e fortalecidos por um dever moral. O direito, disse-se também, tem de se *naturalizar* primeiramente cidadão da república da Ética, se quiser conseguir aquele mínimo de validade e eficácia que lhe são necessárias para poder socialmente cumprir sua missão. É *dever moral* obedecer ao direito, como condição da vida social. É, antes de tudo, a Moral que nos diz devermos acatar o direito, independentemente do quanto de verdade que se possa conter na moeda de ouro ou de prata dos seus outros valores”. MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**. v. 2, Coimbra: Coimbra, 1955, p. 293.

com. Esse movimento é transcendente, é um pro-jetar-se. Sua ontologia, seu modo de ser, é uma hermenêutica da facticidade⁴⁰. Assim, compreende o sentido do ser dos entes ao passo que se autocompreende.

É também um ser moral, que tem consciência de si e dos outros, da finitude e do mal que é capaz de perpetuar. Todavia, já percebe o bem e atribui-se o dever de buscá-lo sozinho e enquanto comunidade. Isso se coaduna, ou está afinado⁴¹, com uma existencialidade autêntica, em que suas possibilidades e dos demais estão abertas para real(iz)ação. Nessa relação há coexistência, um mútuo reconhecimento da pessoalidade.

É no interior desse mundo pessoal que o Direito se institui, enraizado em nossa imaginação moral, de forma que a ordenação jurídica da vida social já é em si mesma uma representação da responsabilidade moral humana. Uma aspiração em direção ao bem, ao justo, ao que é moral, que não se esgota em sua instituição, em seus contornos ônticos, pois é ontológica, é transcendente. Por isso o fenômeno jurídico é atravessado pela moral em sua origem e finalidade, que se constituem em seu modo de ser.

A conexão necessária entre Direito e Moralidade, portanto, funda-se no mundo formado pelo ser humano, enquanto pessoa, ser-aí-com os outros. Nas palavras de Otto Brusiin:

Quando falamos que o direito é um incessante processo de organização, que se mantém de século em século, partimos de um fato fundamental: o homem, e somente o homem tem “história”, precisamente na medida em que contribui para criá-la. Este infatigável trabalho criador objetiva-se como cultura material e espiritual, desprendido do caráter episódico da vida de um homem. O direito também aparece na forma de uma objetivação semelhante, compostas de muitos elementos surgidos separadamente. O sentido da objetivação só pode ser descoberto mediante interpretação. Sentido, compreensão, história, cultura: todas são palavras conduzidas por *uma só e orgulhosa palavra: homem*⁴².

⁴⁰ Cf. HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: (Hermenêutica da faticidade). Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

⁴¹ Robert Spaemann ao perguntar-se sobre o significado de vivência, responde que: “Heidegger certamente apontou o caminho quando caracterizou o “estar afinado [*Gestimmtsein*]” como o fenômeno fundante da existência, mediante o qual passa a existir um mundo para nós e nós estamos nesse mundo. Estar afinado não é uma realização, não é um acontecimento distinto, mas antecede a tudo isso. Estar consciente, aspirar, querer e saber só são o que são quando se encontram acomodados no leito desse estar afinado e são cunhados por ele. Um computador não possui consciente, não pensa, não aspira a nada e nada sabe porque não “é de alguma maneira que se é computador”. E, por não ser assim, também a diferença “dentro-fora” de um computador não é uma diferença real”. SPAEMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre algo e alguém. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015, p. 41.

⁴² BRUSIIN, Otto. **O pensamento jurídico**. Campinas: Edicamp, 2001, p. 27-28.

3. Argumento Fenomenológico

Neste argumento, procuramos revolver o chão linguístico em que se assenta a tradição na busca dos sentidos originários em que o fenômeno jurídico tem desvelado no decurso do tempo⁴³. Isso, tendo como objetivo identificar se o Direito em sua formação foi constituído a partir de uma conexão necessária com a Moralidade, e se, em caso afirmativo, o gradual desprendimento deste contexto inicial implica necessariamente na tese da separação (conceitual).

Por ser fenomenológica e estar assentada no paradigma hermenêutico, nossa argumentação também procura evidenciar se o Direito, em seu modo de ser próprio, desvela-se como uma realidade moral, ou enquanto um instrumento neutro.

É na Antiguidade que o Direito é formado e começa a alcançar alguns de seus contornos singulares. Apesar das várias maneiras de recontar as narrativas fundantes do jurídico, nos centraremos na experiência jurídica do mundo grego⁴⁴, berço da cultura ocidental. Mas, antes, ainda que brevemente, entendemos ser relevante ao menos uma menção, relacionada ao nosso tema, a respeito de um dos

⁴³ Esse “método” hermenêutico aplicado ao Direito foi desenvolvido por Lenio Streck. O jurista o explica a partir da seguinte alegoria: “um hermeneuta chega a uma ilha e lá constata que as pessoas cortam (desprezam) a cabeça e o rabo dos peixes, mesmo diante da escassez de alimentos. Intrigado, o hermeneuta foi buscar as raízes desse mito. Descobriu, finalmente, que, no início do povoamento da ilha, os peixes eram grandes e abundantes, não cabendo nas frigideiras. Consequentemente, cortavam a cabeça e o rabo. Hoje, mesmo que os peixes sejam menores que as panelas, ainda assim continuam a cortar a cabeça e o rabo. Compreendeu assim o fenômeno que se encobria aos moradores mais jovens da ilha, os quais, ao serem questionados sobre o porquê de agirem dessa maneira, respondiam: “Não sei... Mas as coisas sempre foram assim por aqui!” Eis o senso comum. Eis a naturalização de uma prática. Desse processo – que é como se o fenômeno fosse “descascado aos poucos” – exsurge “o sentido da coisa”, que já não será aquela que o intérprete vislumbrou no início. Com o revolvimento do chão linguístico, o fenômeno exsurgiu “como ele é”, por assim dizer”. STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, p. 136. A partir dessa exploração hermenêutica, tentaremos descobrir se os sentidos originários do fenômeno jurídico o apresentam em conexão com a moralidade e se a tese da separação conceitual se constitui a partir de desvelamento ou, ao contrário, se assenta em seu encobrimento.

⁴⁴ Nesse sentido, José Roberto de Castro Neves afirma que: “para a cultura ocidental, a primeira e elementar fonte de cultura vem dos gregos clássicos: Homero, Hesíodo e os dramaturgos do século V a.C. Dos dramaturgos gregos desse século, somente quatro tiveram parte de suas obras conservadas: Ésquilo, Sófocles, Eurípedes, com as tragédias, e Aristófanes, com as comédias. Com as tragédias, todas escritas entre os anos 500 e 405 a.C, e, em certo ponto, com as comédias, consegue-se identificar a invenção do direito como instituição, guardião de valores como a justiça e o respeito ao ser humano. Nesse momento histórico, o direito separa-se da religião e ganha autonomia, com esteio na racionalidade”. NEVES, José Roberto de Castro. **A invenção do direito**: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015, p. 31.

mais antigos conjuntos de leis do Oriente e considerado o mais completo dentre eles: o “Código” de Hamurabi⁴⁵.

Há um tema presente tanto na abertura como no fechamento deste corpo de leis: a justiça. Hammurabi no prólogo do “Código” se declara como o eleito pelos grandes deuses, para fazer o que é justo, eliminar o mau e o perverso, impedir a opressão do forte sobre o fraco e, como o sol, iluminar o país. E no epílogo descreve suas ações em prol da justiça e do bem-estar do povo⁴⁶. As leis estão ao centro. E isso não nos parece algo aleatório⁴⁷. Partindo desse indício vamos à Grécia Antiga seguindo a trilha apresentada por Maurice Le Bel em seu estudo intitulado *Natural Law in Greek Period*⁴⁸.

Para Le Bel “o Direito é uma invenção grega, a própria palavra⁴⁹ e sua concepção⁵⁰”. Nesse contexto o jurídico estava diretamente relacionado com a Pólis.

⁴⁵ Emanuel Bouzon destaca que, por exemplo, no terceiro milênio da era pré-cristã Urukagina de Lagash já era apresentado como legislador e reformador. Bouzon pontua que: “as inscrições de Urukagina, contudo, não transmitem leis ou normas legais, mas apresentam as medidas sociais adotadas para coibir os abusos e corrigir injustiças”. BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi**. 4. ed., rev. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987, p. 22. Não obstante, há um caráter que poderíamos denominar de proto-jurídico e que manifesta uma relação direta com a ideia de justiça.

⁴⁶ Cf. Ibidem, p. 26 -27.

⁴⁷ Nesse sentido, Bouzon destaca: “(...) que minha estela resolva sua questão, ele veja o seu direito, o seu coração se dilate!”, deve-se interpretar tais palavras, como o fez Renger, não em um sentido legal, mas sim, em um sentido moral. A estela apresenta inúmeras decisões e sentenças do próprio rei. Ela tem, portanto, um valor paradigmático. É um exemplo de sentenças justas e de intervenção do rei em favor de justiça e da ordem na comunidade. Ela dá aos que procuram o seu direito, confiança na justiça do rei e, para os sucessores de Hammurabi cria uma obrigação moral de imitá-lo em sua justiça e em seu interesse pelo bem comum. O Código de Hammurabi não é, certamente, um livro de leis válido para todo país, que todo juiz devia consultar e seguir suas sentenças. Mas o seu valor moral é inestimável”. Ibidem, p. 28.

⁴⁸ LE BEL, Maurice. “Natural Law in the Greek Period”. **University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings**, Vol II, Notre Dame, Indiana: College of Law, University of Notre, Dame, 1949. Apesar do título fazer referência ao Direito Natural, entendemos que o artigo Maurice Le Bel também apresenta de maneira rigorosa um panorama geral sobre a experiência jurídica inicial da Grécia Antiga. Um dos diferenciais desse estudo é uma revisão da literatura grega e a identificação do modo como o Direito era percebido nessas narrativas. Optamos por seguir essa exposição como um roteiro dada a abrangência e profundidade do tema analisado.

⁴⁹ Le Bel identifica que os gregos usavam algumas palavras para referirem-se à lei, que tinham as seguintes acepções: 1) certo, reto no sentido geométrico; 2) lei feita pela razão e nela embasada em oposição ao destino ou à fatalidade; também significando relação, princípio ou fórmula; 3) costume tradicional, hábito resultante da necessidade de conformação da existência a certas condições; também sugere a ideia de divisão em partes iguais; 4) justiça, retidão em termos abstratos e absolutos. Cf. Ibidem, p.7. Também discorrendo sobre o modo como os gregos nominavam o “Direito”, José Roberto de Castro Neves acentua que: Para os gregos, a lei e o costume recebiam o mesmo nome: *nómos*, termo utilizado também para expressar o bom, o belo, o justo. *Nómos* significa: “O que partilhamos.” O direito, ou melhor, “dizer o que é o direito”, chamava-se *diké*, conceito intimamente relacionado à justiça. *Themis*, nome da deusa da sabedoria, significa legalidade. E a identidade entre esses nomes não é mera coincidência, pois acreditava-se que a “a justiça procede de fonte divina e é expressão de uma ordem cósmica em que se reflete o governo divino do mundo”. Diante disso, natural que a deusa da justiça Themis esteja associada à legalidade. **A invenção do**

Essa era entendida como “uma sociedade ética, originalmente formada para assegurar a justiça para todos; é essencialmente uma instituição educacional, a própria pólis sendo o órgão de educação para os cidadãos”⁵¹.

Nesse contexto, podemos observar que o Direito emerge da ideia de justiça universal, já encontrada na literatura grega antiga. Homero ainda não usava um termo específico para identificação do Direito, mas traz com clareza o problema do justo e do injusto, do certo e do errado. E a justiça é reconhecida como tendo origem divina.

Hesíodo teria sido o primeiro poeta a cunhar o termo “Direito/lei” (νόμος) em seu famoso poema *Os trabalhos e os Dias*, escrito como um protesto contra uma injustiça que havia sofrido, o que é observado no seguinte fragmento:

Ó Perses, coloca essas coisas no teu coração, e agora dá ouvidos à Justiça, e esquece de todo a força. (275) Pois o filho de Crono fixou para os humanos esta lei: que peixes, feras e pássaros alados devam-se uns aos outros, já que justiça não há entre eles; mas para os humanos deu a justiça, que é de longe o melhor, pois se alguém quiser dizer coisas justas (280) consciente disso, Zeus que vê longe lhe dá prosperidade. Mas quem em testemunho deliberadamente fizer um juramento e mentir, ferindo a justiça, erra por cegueira incurável, e depois deixa uma descendência mais fraca; a descendência de um homem fiel aos juramentos será melhor⁵². (285)

Esse trecho nos mostra a lei como uma expressão da justiça, com origem transcendente, mas que está diretamente vinculada ao mundo humano. Reconhecia-se a existência de algo superior que dava sentido ao julgamento moral e, conseqüentemente, ao “Direito”. Como em *Antígona* de Sófocles, tragédia baseada na distinção e tensão entre a lei escrita e a lei não escrita. Há lei humana, mas por ser essa apreendida em direção a justiça, não se limita à sua posituação, o que também é visto neste excerto do discurso fúnebre de Péricles, escrito por Tucídides:

direito: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015, p. 90-91. Entendemos que essas relações com a Justiça/Moralidade que já se mostram no modo como o fenômeno jurídico foi nominado revela de modo significativo a percepção existencial do Direito enquanto uma realidade moral.

⁵⁰ Tradução livre: Law is a Greek invention, the word itself and the conception. Ibidem, p. 6.

⁵¹ Tradução livre: The Greek city was an ethical society, originally formed to secure justice to all; it is essentially an educational institution, the city itself being the organ of education for the citizens. Ibidem, p. 8.

⁵² HESÍODO. **Os trabalhos e os dias**. edição, tradução, introdução e notas: Alessandro Rolim de Moura. Curitiba: Segesta, 2012, p. 90. Essa diferença entre a justiça para os homens em contraposição à natureza, se observa também na distinção entre *nomos* e *physis*. *Nomos* era um costume sacralizado, tomado como o certo na Pólis. Essa ideia foi se deteriorando com a doutrina dos sofistas, passando a ser vista como um hábito ou uma lei. Cf. FRIEDRICH, Carl J. **The philosophy of law in historical perspective**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1963, p. 13-14.

(...) em primeiro lugar por um respeitoso temor, jamais agimos ilegalmente, mas obedecemos a quem lhe cabe mandar e acatamos as leis, em particular as ditadas em favor dos que são vítimas de uma injustiça, e as que, ainda não escritas, todos consideram vergonhoso infringir⁵³.

Na mesma direção, Xenofonte narra o seguinte diálogo entre Sócrates e Hípias em sua obra *Memoráveis*:

E leis que não estejam escritas, Hípias? Conheces? Sim, são aquelas que vigoram em qualquer lado, sem contestação. E serias capaz de dizer que essas leis foram promulgadas por homens? Como, se não seria possível reunirem-se todos num mesmo sítio e nem sequer falam uma mesma língua? E quem acreditas tu, então, que promulgou essas leis? Eu acho que foram os deuses que deram aos homens essas leis, pois entre todos os homens a primeira das leis é venerar os deuses. E não é lei também, em qualquer lado, honrar os pais? Sim, também. E não o é também⁵⁴.

No decorrer do colóquio, Sócrates afirma que tanto essas leis universais como as leis humanas podem ser descumpridas, mas diferem quanto ao juízo⁵⁵. No primeiro caso ele seria inescapável, no segundo não. Ou seja, já se identificava a contingência da lei humana.

Percebemos com esses excertos que a relação entre o Direito, a lei, e a Justiça não estava circunscrita às elaborações filosóficas. Isso revela o modo como o fenômeno jurídico era percebido em seus primórdios. Tinha razão de ser e finalidade(s), que se relacionam com aspecto transcendente da existencialidade humana. Isso se evidencia na concepção de Direito Natural que foi se refinando nas reflexões dos filósofos.

Le Bel afirma que Pitágoras foi o responsável pelo primeiro estudo sobre os princípios da Justiça, que era como um número quadrado, pois multiplicar-se-ia a partir de si mesmo. Os números para a Escola Pitagórica tinham tanto um significado quantitativo como uma essência qualitativa. Partes iguais representavam perfeita

⁵³ Tradução livre: (...) ante todo por un respetuoso temor, jamás obramos ilegalmente, sino que obedecemos a quienes les toca el turno de mandar, y acatamos las leyes, en particular las dictadas en favor de los que son víctimas de una injusticia, y las que, aunque no estén escritas, todos consideran vergonzoso infringir. TUCÍDIDES. **El discurso fúnebre de Péricles**. Disponível em: <https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184915/rev11_tucidides.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2019, p. 4.

⁵⁴ XENOFONTE. **Memoráveis**. Tradução do grego, introdução e comentários: Ana Elias Pinheiro. Série Autores Gregos e Latinos. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2009, p. 261 (19-20).

⁵⁵ “Ora, também se transgridem muitas outras leis, só que aqueles que transgridem as leis estabelecidas pelos deuses cumprem penas das quais não é possível fugir, seja por que meio for, como acontece com alguns dos que transgridem as leis estabelecidas pelos homens e depois conseguem evitar cumprir uma pena, uns discretamente e outros pela força”. Ibidem, p. 261-262. (21).

harmonia. Assim, a “igualdade é concebida como o princípio do direito⁵⁶” e a justiça é retributiva⁵⁷.

Já Heráclito, partindo da premissa que a razão é universal e que o ser humano situa-se no centro do cosmos, relaciona a lei divina com as leis humanas. Desse modo, “o homem vê as leis do universo, sendo o seu dever aprendê-las e obedecê-las”⁵⁸. Le Bel explica que:

Homem é um todo no esquema do universo; ele não é somente um ser físico que tem que obedecer às leis do universo, ele também é um ser intelectual que tem que obedecer às leis da cidade em que vive. Em resumo, Heráclito foi o primeiro a ver e expressar a relação entre a lei divina e as leis humanas. Ele humanizou o Direito⁵⁹ (....).

Para Platão, a justiça era muito mais que uma questão legal. A Pólis é primordialmente uma comunidade ética e não uma comunidade jurídica. A justiça é a alma que inspira as pessoas a cumprirem seus deveres e suas funções. Em *Mênon*, o filósofo buscava descobrir a lei absoluta, universal e imutável que estava por trás da diversidade e contradições das leis estabelecidas por diferentes sociedades. No *Crítion* e na *Apologia de Sócrates*, a questão exposta foi a relação dos direitos e deveres individuais perante o Estado e para com o Direito, demonstrando a existência de algo que é superior ao direito escrito⁶⁰. Em *Protágoras*, reconhece a “santidade” da lei, seu caráter divino e a igualdade dos membros do Estado. No diálogo *Leis* aparece a soberania do Direito⁶¹ e em *Górgias*, a importância da equidade.

A equidade para os gregos não tinha um significado técnico específico. Aristóteles a definia como um tipo de justiça superior ao justo legal⁶². Muitos

⁵⁶ Tradução livre: Equality is conceived as the principle of law. LE BEL, Maurice. "Natural Law in the Greek Period". **University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings**. Vol II, Notre Dame, Indiana: College of Law, University of Notre, Dame, 1949, p. 18.

⁵⁷ Le Bel sobre a ideia de justiça dos pitagóricos afirma que: “by measuring out to everybody what is measured to him: justice is requital. Hence the theory of punishment, the law of retaliation; everybody must suffer as he has acted”. Ibidem, p. 19.

⁵⁸ Tradução livre: Man sees the laws of the universe; his duty is to learn and obey them. Ibidem, p. 21.

⁵⁹ Tradução livre: Man is a whole in the scheme of the universe; he is not only a physical being that has to obey the laws of the universe; he is also an intellectual being who has to obey the laws of the city in which he lives. In short, Heraclitus was the first to see and to express the relation between the divine law and the human laws. He humanized the law, (....) Ibidem, p. 21.

⁶⁰ **Socrates, like Antigone, dies for something higher than the law of the state (p. 22). Ler Crítion!** Conflito dos mártires. Sócrates prefere a morte, há algo de superior de espiritual que motiva a sua escolha. Em *Das leis* há o reconhecimento da soberania do direito.

⁶¹ Importante destacar que essa soberania não significa uma autonomia absoluta. Neste diálogo, Platão apresenta o Direito – as leis – como uma reprodução imperfeita da ideia de Direito e da Justiça, que são consonantes.

⁶² Cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013, p. 172-174. (1137b1 – 10).

oradores apelavam à lei universal tentando demonstrar sua equidade e justiça superiores quando a lei escrita estivesse contra suas reivindicações⁶³. E os juízes de Atenas costumavam jurar que decidiriam por equidade diante da ausência de uma previsão legal. Tanto em Platão como em Aristóteles, a equidade aparece como um “elo entre a perfeição absoluta do Direito Natural e imperfeição relativa das leis humanas⁶⁴”.

Com Aristóteles, o “Direito”, que era expressão da justiça política, recebeu maior sistematização, o que está relacionado com seu modo de filosofar. Na *Ética a Nicômaco*, o estagirita afirma que a justiça política⁶⁵ seria formada por uma parte natural e outra convencional. A justiça natural seria aquela cujas regras encontrariam uma aceitação universal, independente do consentimento humano⁶⁶. Já a justiça convencional seria referente às regras que poderiam ter sido estabelecidas de outros modos, sendo, portanto, contingente e tendo uma abrangência limitada.

Acerca da jurisdição, a justiça para Aristóteles tinha um papel corretivo. Busca encontrar a mediania entre a perda e o ganho, pois “o juiz restaura a igualdade⁶⁷”. O seguinte trecho é simbólico no sentido de reconhecer a percepção de justiça já existente na figura do juiz. O filósofo afirma que:

Essa é a razão porque, quando ocorrem disputas, os indivíduos recorrem a um juiz. Dirigir-se a um juiz é dirigir-se à justiça, pois o juiz ideal é, por assim dizer, a justiça personificada. E também os homens necessitam de um juiz para que este seja um elemento mediano, pelo que, efetivamente em alguns lugares, ele é chamado de mediador, pois pensam que se ele atinge a mediania, atinge o que é justo. Assim, o justo é uma espécie de mediania na medida em que o juiz é um meio (intermediário) entre os litigantes⁶⁸.

Importante ressaltar que o juiz faz um raciocínio prático. Sua decisão é antes um exercício de prudência, sabedoria prática, do que a manifestação de um saber

⁶³ Cf. LE BEL, Maurice. "Natural Law in the Greek Period". **University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings**. Vol II, Notre Dame, Indiana: College of Law, University of Notre, Dame, 1949, p. 24.

⁶⁴ Tradução livre: “is like a link between the absolute perfection of natural law and the relative imperfection of human laws” Ibidem, p. 25.

⁶⁵ “Justiça política quer dizer justiça entre pessoas livres e (real ou proporcionalmente) iguais, que vivem uma vida comum com a finalidade de satisfazer suas necessidades”. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013, p. 161 (1134a1 - 25).

⁶⁶ Maurice Le Bel afirma que para Aristóteles o direito natural seria: “justice recognized and admitted without any formal or conventional declaration, resulting from the nature of men and based upon the nature of our being”. Ibidem, p. 8.

⁶⁷ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013, p. 155 (1132a1 - 25).

⁶⁸ Ibidem (1132a1 - 20).

epistêmico ou técnico. O que fica evidente quando da necessidade de um juízo equitativo. A equidade (*epieikeia*) corrigiria a justiça legal no sentido de adequá-la às realidades particulares não abrangidas pela generalidade da regra. A solução buscada seria aquela que o legislador teria tomado se antes estivesse ciente daquela situação específica⁶⁹. Ou seja, não nos parece ser uma correção externa, mas sim um raciocínio que parte da lei que, mesmo insuficiente, continua sendo a sua referência.

Na Retórica Aristóteles apresenta outras distinções bastante significativas antes de classificar detalhadamente as ações justas e injustas, como as que são observadas no excerto abaixo:

Quando falo de dois tipos de direito ou lei, refiro-me à lei particular e a lei comum. A primeira varia segundo a cada povo e é aplicável aos membros de cada povo, sendo parcialmente escrita, parcialmente não escrita; a lei comum é a lei natural, visto que há, de fato, uma justiça e uma injustiça das quais todos têm, de alguma maneira, a intuição, e que são naturalmente comum a todos, independentemente de todo Estado e de toda a convenção recíproca. É isso que a Antígona de Sófocles expressa com clareza ao declarar que o sepultamento de Polinices fora um ato justo, a despeito da proibição; ela quer dizer que fora um ato justo por ser o direito natural⁷⁰...

Temos, então, o Direito “Positivo” que é convencional e particular, sendo composto por uma parte escrita e outra não escrita; e o Direito Natural que articula outro tipo de Justiça, aquela que é aplicável a todos e em qualquer lugar. Assim, o fenômeno jurídico, que contém ambos, opera em direção a justiça política⁷¹ por intermédio de disposições convencionais e particulares e outras de caráter universal.

Nesse breve quadro geral a respeito do que podemos identificar como a experiência jurídica originária do Ocidente a partir dos Gregos, podemos destacar alguns aspectos bastante relevantes para a nossa discussão, quais sejam: 1) a relação ontológica entre o Direito e a Justiça; 2) a vinculação do Direito com a Pólis, isto é, com a ordenação da vida em comum, da coexistência; 3) a existência de um ideal de vida boa (*eudaimonia*) – imaginação moral – que sustenta e dá sentido as leis; 4) uma dimensão transcendente, seja diretamente vinculada aos deuses, ao ideal de justiça ou ao Direito Natural; 5) a lei enquanto uma realidade em que os

⁶⁹ Cf. ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013, p.172-173 (1137b1).

⁷⁰ ARISTÓTELES. **Retórica**. trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013, (I, 1373b).

⁷¹ Carl Friedrich assevera que na concepção aristotélica “(...) justice can exist only between man whose relations are regulated by law”. FRIEDRICH, Carl J. **The philosophy of law in historical perspective**. 2. ed., Chicago: University of Chicago Press, 1963, p. 25. Nesse sentido, temos uma relação umbilical entre a coexistência, o Direito e a Justiça.

homens tem participação, seja no reconhecimento ou em sua elaboração, sendo que em ambos os casos é percebida como algo que deve ser respeitado; 6) a identificação de um conteúdo jurídico universal e necessário, ou seja, não estaria o Direito à mercê de um arbítrio absoluto, não seria apenas convenção; 7) o raciocínio jurídico como um exercício antes prático do que teórico.

Partindo dessa leitura, afirmamos que, embora não nesses termos, que o fenômeno jurídico em seu desvelamento originário foi apreendido em conexão com a Moralidade⁷², nos seguintes aspectos: ontológico; teleológico; fenomenológico, antropológico e epistêmico. Pois: a) o modo de ser do Direito, da Lei, é notadamente identificado em direção ao justo, ao bem, em evidente contraposição à injustiça; b) não é um instrumento neutro, mas uma realidade que se dirige a um fim específico, a saber: a justiça; c) não é vivenciado como algo externo e independente, ao contrário, se enraíza na própria experiência moral da comunidade; d) assume uma feição humana, o Direito Natural está mais relacionado com a razão do que com uma conformação direta com a natureza; e) o conhecimento da lei, do Direito, já

⁷² Podemos também perceber que essa conexão foi apreendida pelos dramaturgos da Grécia Antiga. José R. de Castro Neves em obra relacionada ao tema identifica essa realidade, o que pode ser visto nos seguintes excertos: *A Trilogia oresteia* demonstra, com uma nitidez notável, a caminhada do fenômeno jurídico: a necessidade de julgamento, independentemente do fato, com a oportunidade de defesa pelo réu. Um julgamento feito pelos cidadãos, logo, pela sociedade. O fim da vingança privada, a apreciação da culpa, como elemento da punibilidade, a análise das circunstâncias e dos valores envolvidos, para que se compreenda a situação são pilares da civilização, sem os quais não há dignidade. É, como Ésquilo expôs numa linda metáfora, a chegada da luz. NEVES, José Roberto de Castro. **A invenção do direito**: as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanos. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015, p. 157

(...).

Em *Antígona*, resta claro o conceito de que o ser humano tem direito pelo simples fato de sua humanidade. A dignidade da pessoa humana e o respeito a ela devido decorrem da nossa natureza.

Por outro ângulo, *Antígona* serve de constante alerta para o fato de que o direito positivo não pode distanciar-se muito da justiça, daquilo que o nosso sentimento nos indica como sendo o bom e o correto.

Com Ésquilo, foram assentadas pedras angulares, com o reconhecimento da democracia, do Estado de direito, da proteção à dignidade da pessoa humana e com a necessidade de estabelecer um processo justo de julgamento. Em Sófocles, notadamente na *Trilogia tebana*, assistimos a um aprimoramento do processo e chegamos até o questionamento do direito positivo, quando ele entra em conflito com valores fundamentais.

Édipo rei é a história de um processo no qual se demonstra que o próprio soberano está sujeito a respeitar as leis. Assim, Sófocles também registra que a lei aplica-se igualmente a todos. Apura-se a verdade na medida em que a investigação é feita de forma ampla. *Ibidem*, p. 203.

(...)

Eurípedes coloca o homem no centro do mundo. Os deuses não têm qualquer ingerência sobre os nossos destinos. A natureza humana, que nos distingue e nos une, é, ao mesmo tempo, vilã e heroína. Não importa a origem, se grega ou troiana, masculina ou feminina, nobre ou plebeia, somos todos humanos. Somos o que fazemos. As nossas ações determinam nosso valor.

O direito, como instrumento de organização da vida em sociedade, deve ao mesmo tempo proteger o homem pela sua simples condição humana e julgá-lo por seus atos, independentemente de suas credenciais. Essa lição se colhe em Eurípedes. *Ibidem*, p. 226.

pressupõe, em algum nível, um compartilhamento valorativo. Esses sentidos originários ainda são evidenciados na experiência jurídica romana e no medievo, sobretudo, em Tomás de Aquino.

É em Roma que surge a figura do juriconsulto e as reflexões mais específicas sobre o Direito. A justiça é cultivada em sentido mais prático, o que caracteriza o modo de ser dos romanos que se diferenciava dos gregos, que eram mais filosóficos. Por isso, também, o fenômeno jurídico entre eles alcançou uma maior institucionalização, o que serviu de paradigma para diversos ordenamentos jurídicos.

Marco Túlio Cícero, de modo semelhante aos gregos, distinguia o justo por natureza e o justo por convenção. Em vários fragmentos ele apresentava a *Lex* como expressão da *ratio naturalis*⁷³. Nesse contexto, o Direito Natural é observado como os princípios primordiais do agir, aquilo que fundamenta as obrigações entre os homens⁷⁴.

Apesar de ainda não haver uma distinção clara entre Direito e Moral, já há em Roma uma percepção mais singularizada do caráter jurídico. O ilícito moral e o ilícito jurídico não eram necessariamente coincidentes, como se pode verificar na máxima paulina “nem tudo que é lícito, é honesto” (*Non omne quod licethonestum est*). Houve ali a percepção que se tratavam de realidades diferentes, mas não o estabelecimento de um critério diferenciador preciso.

No Digesto, Públio Juvêncio Celso Tito Aufídio Ênio Severiano apresenta o Direito como a arte do bom e do equitativo (*jus est ars boni et aequi*). Ou seja, envolve primordialmente um raciocínio prático⁷⁵. Há também nesse compêndio a seguinte máxima de Eneu Domício Ulpiano que descreve os preceitos fundamentais do Direito: “viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence” (*Honeste Vivere, Alterum Non Laedere, Suum Cuique Tribuere*). Nela estariam albergadas três grandes correntes filosóficas gregas. O Epicurismo, nos

⁷³ A respeito do pensamento jurídico de Cícero, Carl Friedrich sintetiza que: I think one can say in summary that the Stoic-Ciceronian legal philosophy is rooted in a rational ethic to which there is ascribed a universal validity as law of human nature. FRIEDRICH, Carl J. **The philosophy of law in historical perspective**. 2. ed., Chicago: University of Chicago Press, 1963, p. 33.

⁷⁴ Miguel Reale destaca que: para os mestres do Direito Natural clássico, este não é senão a Moral mesma enquanto serve de pressuposto ao Direito, expressando, por conseguinte, certos princípios gerais de conduta, como exigências imediatas e necessárias da racionalidade humana. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999, p. 629.

⁷⁵ “Da regra se não extraia o Direito, ao contrário, com o Direito, tal qual na essência ele é, construa-se a regra”. (*Non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat*). (D, 50,17,1)

limites negativos da conduta; o Estoicismo⁷⁶, na ideia de que felicidade é alcançada com a fiel subordinação à natureza, aos ditames da razão; e o Aristotelismo, na concepção de justiça distributiva. É notório que os jurisconsultos tinham uma elevada compreensão moral da experiência jurídica⁷⁷.

Em Tomás de Aquino temos uma percepção similar do Direito, no que diz respeito à sua relação com a justiça. O Aquinate na Suma Teológica expõe uma cosmologia estruturada por Leis. Temos, assim, a Lei Eterna, a Lei Natural, a Lei Humana e a Lei Divina. Neste cenário, o Direito, enquanto expressão da Lei Humana, partindo de premissas básicas da Lei Natural descobertas pela razão, regula as situações particulares e contingentes, de modo a ordenar a vida comum. Isto é, possui uma autonomia relativa.

A Lei é uma medida, um padrão racional para avaliar as condutas. Porém, também possui uma função política, uma vez que estabelece a ordem social, e ética, por possibilitar a coexistência, a vida em comum-idade. Por haver parâmetros para aferir a sua legitimidade – a Lei Natural e a própria Lei Divina – e por dirigir-se à um *telos*, a Lei Humana, poderia ser considerada injusta.

Os vínculos entre a Lei Humana e a Lei Natural se revelam nos fundamentos do Direito e no modo como esse é elaborado. Quanto mais notória essa derivação, mais razão de Lei possui. Noutras palavras, quanto mais a Lei Humana se alicerça

⁷⁶ Para Michel Villey, o estoicismo é antes uma doutrina moral do que uma filosofia política ou jurídica. O jurista francês reconhece a influência direta dessa perspectiva na formação do Direito Romano. Assim, afirma que: É verdade que na época romana os mestres do “estoicismo médio”, dos quais Cícero tomará doutrina de seu *De officiis*, praticaram a casuística e elaboraram listas de deveres mais concretos e mais acessíveis: dever de respeitar em cada homem, mesmo que escravo, a razão, a humanidade; de sinceridade; de respeito à palavra empenhada; de respeito aos deuses; de piedade nas relações familiares. Todavia, tudo isso se refere muito mais às disposições interiores que às atividades externas.

No entanto, essa moral afetará intensamente o conteúdo do direito romano da época clássica: o humanismo estóico, que enfatiza a dignidade superior de cada ser humano, que mais tarde inspiraria os moralistas do cristianismo e, sobretudo, desempenharia um papel muito importante na filosofia moral e até jurídica moderna, provocou o abrandamento da condição do escravo e do peregrino. No mesmo sentido, os avanços do consensualismo em Roma, tempo de Cícero estão em relação direta com o preceito estóico da sinceridade, como se comprova amplamente no *De officiis* etc. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 68.

⁷⁷ Nesse sentido, Villey reconhece que: Os juristas romanos conhecem e têm o cuidado de pôr em destaque a definição de justiça – e de seu objeto específico – formulada por Aristóteles: a justiça é a virtude que tem por objeto próprio atribuir a cada um a parte que lhe corresponde; *jus suum cuique tribuere*. Aceitaram a doutrina de que o direito deriva da justiça; que a jurisprudência é a ciência do justo e do injusto; e, mais precisamente, que o direito é “aquilo que é justo”. VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 71.

em exigências racionais, maior será seu reconhecimento enquanto um padrão de conduta a ser seguido.

Por outro lado, quanto mais arbitrária e injustificada for, menos será percebida como algo a que se deve obedecer, ou seja, menos razão de Lei terá. Poderíamos exemplificar isso com uma lei que instituísse que o mal deve ser feito e procurado, e o bem evitado. Diante de casos como esse, teríamos uma regra que de tão injusta não parece uma lei.

Essa relação indissociável entre o Direito e a Justiça/Moralidade, apreendida na Antiguidade e no Medievo, começa a ser ofuscada a partir do Renascimento e, sobretudo, com a consolidação da Modernidade. Não apenas esse sentido originário foi se escondendo como outro assumiu seu lugar, o que, de algum modo, nos ajuda a compreender o surgimento da tese da separação (conceitual) necessária.

Com o Renascimento surge um impulso de explicar a realidade a partir das exigências humanas. Diferentemente dos tempos pretéritos, em que havia uma cartografia ampla de sentido onde tanto o ser humano como o Direito eram encontrados, ao colocar o homem no centro os renascentistas impuseram um novo modo de ordenar o real⁷⁸. Isso significou o estabelecimento de novos lugares para ambos. Nessa direção Simone Goyard-Fabre afirma que:

na busca dos fundamentos do direito, a referência à natureza das coisas é, com efeito, substituída pouco a pouco pela referência à *natureza do homem*. Essa mutação conduzirá ao advento da “modernidade”. A antropologização do jusnaturalismo será na verdade a sua “modernização”, fundamentalmente ligada à transformação dos esquemas e das categorias até então pertencentes à filosofia⁷⁹.

Esse processo se deu de forma paulatina. Aos poucos o Direito Natural antes fundado na razão humana inserida num cosmos, e também como expressão de uma sabedoria prática, dá lugar ao racionalismo. Do mesmo modo como a compreensão

⁷⁸ Essa mudança de perspectiva se consolidou na Modernidade. A respeito do lugar do ser humano antes dessa ruptura, Leo Strauss pontua que: “o homem tem um espaço definido no interior do todo, um lugar bastante exaltado; pode-se dizer que o homem é a medida de todas as coisas ou que ele é o microcosmo, mas ele ocupa esse lugar por natureza; o homem tem seu lugar numa ordem que ele não criou. “O homem é a medida de todas as coisas” é o exato oposto de “o homem é o mestre das coisas”. O homem tem um lugar dentro do todo: seu poder é limitado; o homem não pode vencer as limitações de sua natureza. Nossa natureza é escrava de muitos modos (Aristóteles) ou, em outras palavras, somos os títeres dos deuses (Platão). STRAUSS, Leo. **Introdução à filosofia política**: dez ensaios. São Paulo: É realizações, 2016, p. 97.

⁷⁹ GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 40.

do fenômeno jurídico como um todo foi se tornando mais analítica, teórica⁸⁰. Com a afirmação de uma racionalidade matematizante, a relação entre Direito e Moralidade foi deslocando-se de uma preocupação (co)existencial, para um ambiente axiomático em que os conceitos têm que se apresentar com contornos bem definidos a partir de condições e critérios lógicos.

Um dos maiores representantes dessa virada foi Thomas Hobbes⁸¹. Enquanto os antigos pensavam o Direito tendo como referência a comunidade – *ubi societas ibi ius*– Hobbes parte do indivíduo. Sua perspectiva claramente pretendia-se “científica”, antimetafísica. Mesmo não negando a existência de uma realidade transcendente, como Deus, por exemplo, essa não seria a via a ser seguida pela Ciência. Ao contrário, tanto o nascimento como a ordenação da *Civitas* tinham que ser explicados por fontes humanas, e essas, conseqüentemente, abstraídas de qualquer elemento entendido como metafísico⁸².

Assim, é da possibilidade humana de pactuar que surge o contrato social. E com ele a possibilidade de uma distinção mais precisa entre a Moralidade, existente antes do seu estabelecimento – isto é no estado de natureza –, e o Direito tornou-se possível. Afinal é *auctoritas, non veritas facit legem*. O soberano com o poder conferido pelo contrato torna-se o “único legislador” e assim estabelece “regras e medidas” a serem aplicadas aos particulares. Ou seja, o Direito torna-se predominantemente convencional. A lei é a justiça e o soberano a expressão do

⁸⁰ Simone Goyard-Fabre identifica que “no desenvolvimento do humanismo renascentista viu-se não só o homem tomar a frente do palco filosófico e político, mas, enquanto se forjava uma sensibilidade mental nova, construiu-se uma rede de relações destinadas a tornar o mundo físico e humano inteligível, ordenando-o em conformidade com as exigências da razão. No contexto teórico e puramente cognitivo em que se situa então a investigação sobre o homem, o problema da ordem jurídica insere-se mais numa filosofia do conhecimento que numa filosofia prática com finalidade ética”. Ibidem, p. 45.

⁸¹ Nessa linha, Leo Strauss afirma: “se a modernidade emergiu com um rompimento com o pensamento pré-moderno, as grandes mentes que realizaram esse rompimento deviam ter consciência do que estavam fazendo. Qual foi, então, o primeiro filósofo político a rejeitar explicitamente toda a filosofia política anterior como fundamentalmente insuficiente e mesmo má? Não há qualquer dificuldade para responder essa pergunta: o homem em questão foi Hobbes”. STRAUSS, Leo. **Introdução à filosofia política**: dez ensaios. São Paulo: É realizações, 2016, p. 95.

⁸² Para L. Cabral de Moncada que Hobbes ao aplicar o método científico-matemático às realidades humanas do indivíduo e da sociedade as despojou de todo o seu conteúdo histórico. Cf. MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**. 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1955, p. 177-179.

justo⁸³. O direito natural ou lei natural se reduzem a um ditame da razão individual para autopreservação da vida⁸⁴.

Em contraponto, pensadores jusnaturalistas, como Hugo Grócio e Samuel Pufendorf, começaram a sustentar a plausibilidade do Direito Natural enquanto princípios e máximas morais apreendidos pela reta razão e que nos permitiriam julgar os nossos comportamentos⁸⁵, o que inclui o poder político⁸⁶ e o próprio Direito Positivo. L. Cabral de Moncada, ao tratar da perspectiva de Grócio, afirma que:

pode dizer-se que, como Platão, o jurista holandês procura também, antes de tudo, a ideia, o *eidos*, do direito e do justo. O direito é para ele alguma coisa que se define e vale independentemente de qualquer experiência e realidade empírica. Isto equivale, como já se tem dito numa *matematização* do direito. (...). Assim como Deus não pode evitar que dois e dois sejam quatro, também não pode fazer que o justo deixe de ser justo e o direito direito⁸⁷.

No mesmo sentido, a respeito de Pufendorf, o jurista português reconhece que houve um desenvolvimento ainda maior dessa abordagem científico-matemática aplicada ao Direito⁸⁸. Essa tendência do Direito Natural moderno forjou uma tese da conexão necessária que se estabeleceu a partir de um conteúdo moral objetivo, idealizado.

⁸³ “Onde não há poder comum não há lei, e onde não há lei não há injustiça. Na guerra, a força e a fraude são duas virtudes cardeais”. HOBBS, Thomas. **Compêndio Leviatã**. São Paulo: Hunter Books, 2014, p. 166.

⁸⁴ “Uma lei da natureza (*lex naturalis*) e um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la”. HOBBS, Thomas. **Compêndio Leviatã**. São Paulo: Hunter Books, 2014, p. 177. Leo Strauss explica que: “(...) enquanto antes dele a lei natural era entendida à luz de uma hierarquia dos fins do homem na qual a autopreservação ocupava o lugar mais baixo, Hobbes entendeu a lei natural exclusivamente em termos de autopreservação (...)”. STRAUSS, Leo. **Introdução à filosofia política**: dez ensaios. São Paulo: É realizações, 2016, p. 100.

⁸⁵ Miguel Reale, diferenciando o jusnaturalismo clássico daquele desenvolvido na modernidade, pontua que aquela “concepção do Direito Natural é muito diversa da dominante a partir do Renascimento, desde Hugo Grócio e seus continuadores, os quais converteram o Direito Natural em verdadeiro código da razão, capaz de conter a priori soluções adequadas para todos os problemas jurídicos emergentes da experiência concreta. Na concepção do Direito Natural aristotélico ou estóico não se modela um código abstrato e imutável, contraposto ao código positivo, contingente e relativo”. REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19.º ed. - São Paulo: Saraiva, 1999, p. 629.

⁸⁶ L. Cabral de Moncada aproxima Hugo Grócio dos neo-escolásticos em virtude de sua luta contra a ideia de um Estado absoluto, sem limites. Desse modo, o jurista português afirma que: “como aqueles, pretendia uma fundamentação *objectiva* para o Direito Natural, ao servir de limitação ao Estado, e, inclusivamente, como salvaguarda de uma certa concepção humanista de liberdade contra os perigos do irracionalismo (...)”. MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1955, p. 11.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 162.

⁸⁸ Moncada ainda destaca que para Pufendorf as demonstrações matemáticas e morais seriam apenas quantitativamente diferentes. Ou seja, haveria uma idealização axiomática da moralidade. Cf. *Ibidem*, 183.

Nos parece que já podemos identificar o caminho tomado na Modernidade que acabou resultando na tese da separação (conceitual) entre Direito e Moralidade. Essa tese se sedimentou numa perspectiva racionalista que identifica(va) o Direito a partir de convenções humanas sem quaisquer apelos transcendentais. Isto é, suas fontes são dados, fatos brutos.

Diante do seu matiz analítico, mesmo iniciando com preocupações de primeira ordem – como a legitimidade do poder, p.ex. (Hobbes) – foi se tornando cada vez mais conceitual (Kelsen-Hart). Estabeleceu-se em contraposição à concepção jusnaturalista moderna, também racionalista, que defendia uma tese da conexão necessária, muito próxima da ideia de uma submissão moral do Direito, a partir de uma moralidade objetiva, matematicamente idealizada.

Tanto Kelsen quanto Hart, dois dos nossos principais interlocutores, refutam essa perspectiva por razões epistêmicas e empíricas. O primeiro afirmando a inexistência de qualquer moral absoluta. O segundo, dentre outros argumentos, pela constatação da existência de leis e ordenamentos iníquos, e que eram, de fato, válidos. Assim, o conceito de Direito não poderia pressupor qualquer valoração moral para a identificação do fenômeno jurídico⁸⁹. Ademais, Hart também combatia na esfera política o que denominava de moralismo, a defesa de que o Direito deveria reforçar a Moral Positiva.

Dito isso, tentaremos demonstrar como a Modernidade tentou esconder o modo de ser do fenômeno jurídico e como as teses da separação e da conexão forjadas nesse contexto se assentam nesse encobrimento. E também, como essa discussão não se limita à uma concepção dicotômica entre Direito e Moralidade, sobretudo, circunscrita a afirmação ou negação de alguma subserviência moral da juridicidade.

Começemos por Hobbes. Qual é a função do contrato social? Por que o soberano tem autoridade (legítima) para fazer o Direito? O que representa o estado de natureza? Temos realmente uma descrição que separa o fenômeno jurídico da Moralidade?

Não entramos no embate se o contrato social é histórico ou deontológico, ou ambos. O ponto que nos interessa é que o contrato social funciona como um modo

⁸⁹ Expomos aqui apenas uma síntese das objeções à tese da conexão necessária. No decorrer dos argumentos desta tese é feita uma análise minuciosa das elaborações de ambos a respeito da relação entre Direito e Moralidade.

de justificar o poder político e a criação do Direito. Dito de outro modo, por intermédio do acordo a ideia de justiça atravessa o reconhecimento e o exercício do poder, dentre eles, o de estabelecer a ordem jurídica. Por isso a autoridade é legítima.

Ademais, a própria capacidade de pactuar é moral. Ainda que se conteste dizendo que se trata apenas de um cálculo racional, diríamos que esse é um modo de justificação moral que posteriormente ficou conhecido como utilitarismo. Noutro passo, ao sustentar a existência de um direito natural à autopreservação, se põe um parâmetro moral ao poder político e ao próprio Direito⁹⁰. Não faria sentido a instituição deles se ao invés de preservar a vida, fossem meros instrumentos arbitrários para a ordenação social mediante o uso da força. Se assim fosse, um medo ainda mais apavorante do que aquele do estado de natureza instaurar-se-ia, pois, os meios individuais de defesa seriam insignificantes diante do poder incontrastável do soberano.

E o que representa o estado de natureza? Para nós é uma espécie de narrativa fundante que sustenta a ideia de contrato social. Ao operar nessa dimensão, ela revela um aspecto hermenêutico, transcendente, que dá sentido aos episódios seguintes⁹¹. E no caso, entendemos projetar sentidos morais.

Cumprido destacar que os gregos já haviam narrado algo como algumas similaridades, conforme o registro de Platão em *Protágoras*⁹². Ali temos Zeus preocupado com o futuro daquela geração, pois os homens não conseguiam viver juntos. Eles tentavam associar-se para assim não serem destruídos pelos animais selvagens. Mas esse ajuntamento não era duradouro, pois faltava-lhes a arte da política (Pudor) e do Direito (Justiça), e com isso ao se dispersarem tornavam-se novamente vulneráveis.

⁹⁰ L. Cabral de Moncada afirma que: “o único direito natural a que estão subordinados não só os cidadãos, depois de fundado o Estado, como o soberano, é, pois, o direito da auto-conservação. Daí, quanto aos cidadãos: o seu dever de *stare pactis*, de respeitar os contratos, a vida e a propriedade dos outros, impossíveis de existir no estado de natureza no qual, como é sabido, todos têm um pleno *direito a tudo*. Quanto ao soberano: o seu dever de evitar a dissolução do estado, defendendo os seus direitos, na plenitude de uma soberania absoluta e ilimitada, como único meio de garantir a paz. Esta soberania nada mais é, com efeito, do que o mesmo *jus in omnia* que anteriormente já possuíam os indivíduos no estado de natureza, agora transferido, pura e simplesmente, para as mãos do soberano”. MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1955, p. 175-176.

⁹¹ No argumento da narratividade iremos desenvolver a ideia de que a tese da conexão necessária é perceptível no modo narrativo que o Direito regula, “conta”, a vida social.

⁹² Cf. PLATÃO. **Protágoras**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora da universidade Federal do Pará, 2002, p. 66 (322.a).

Diante desse quadro, Zeus ordena que Hermes conceda aos homens o Pudor e a Justiça (Diké). Hermes ainda questiona se deveriam ser dadas a todos indiscriminadamente, pois as virtudes e aptidões não o eram. Zeus definiu que todos receberiam essas virtudes e ainda estabeleceu que aqueles que fossem incapazes de agir com Pudor ou Justiça seriam dignos de pena capital.

Temos aqui uma realidade anterior a Pólis em que os homens buscam a autopreservação diante dos animais selvagens, mas isso por si só não é insuficiente para a coexistência. Essa se torna possível de modo duradouro com o Pudor e a Justiça, horizonte em que o emerge o Direito.

No estado de natureza hobbesiano, o homem se encontra em constante medo da morte violenta, todavia, é o próprio homem o animal selvagem. Ao estabelecer o contrato social, os homens alcançam o mesmo da Pólis, uma autopreservação mais perene num contexto social ordenado. A diferença é que para os gregos os aspectos transcendentais e que desvelam os sentidos da instituição social, e por consequência, do Direito se evidenciam com maior clareza.

Em Hobbes, como um traço do pensamento moderno, há uma tentativa de obscurecê-los. E assim respondemos a última indagação afirmando que ele não conseguiu descrever o Direito separado da Moralidade. Ao contrário, sua exposição apresenta o fenômeno jurídico como decorrência de um pacto moral e com um fim também moral. Em síntese, continua o Direito sendo experienciado como uma ordenação em direção a justiça/moralidade⁹³.

Mas, se há em Hobbes uma conexão necessária como estamos argumentando, alguém poderia nos objetar dizendo: como então a tese da separação (conceitual) consolidou-se a partir de sua filosofia política? Como já prenciamos, nossa hipótese é que com o aprofundamento do racionalismo, o que

⁹³ A Modernidade desenvolveu uma outra imaginação moral. Isso teve reflexos no fenômeno jurídico que passou a ser justificado de outros modos. Ou seja, não há uma desconexão entre Direito e Moralidade, e sim uma adequação ao contexto moral da época. Charles Taylor ao analisar as mudanças do mundo moderno conclui que: "(1) a ordem do benefício mútuo mantém-se entre indivíduos (ou pelo menos agentes morais que são independentes de ordens hierárquicas mais amplas); (2) benefícios incluem essencialmente a vida e os meios para a vida, embora assegurá-los esteja relacionado à prática da virtude; (3) ela está designada a assegurar a liberdade e facilmente encontra expressão em termos de direitos. A estes podemos acrescentar um quarto ponto: (4) esses direitos, essa liberdade, esse benefício mútuo devem ser assegurados a todos os participantes igualmente. O que se quer dizer precisamente por igualdade sofrerá variações, mas o fato de que ela deve ser afirmada de alguma forma deriva da rejeição da ordem hierárquica. Estas são as características essenciais, as constantes recorrentes na ideia moderna de ordem moral, através de suas variadas "adaptações"". TAYLOR, Charles. **Uma era secular**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 210.

aconteceu mais adiante, as reflexões da teoria do direito foram se tornando ainda mais abstratas e limitadas à objetividade epistêmica, o que lhes garantia sua cientificidade.

Ao invés de partir da facticidade, essa foi cada vez mais sendo abstraída a partir de premissas teóricas que conformam a realidade observada, como, por exemplo, o dualismo entre ser e dever (Hume). Hobbes estava no meio do caminho, seja por que ainda estava inserido num primeiro momento da Modernidade⁹⁴, como também por reais preocupações de sua época. Esse posicionamento intermediário é notado por Leo Strauss que, assim, escreve:

a modernidade partiu da insatisfação com o abismo entre o ser e o dever ser, o atual e o ideal; a sugestão sugerida na primeira onda foi aproximar o dever ser do ser rebaixando o dever ser, concebendo o dever ser de maneira a não fazer exigências altas demais ao homens, ou como estando de acordo com a paixão mais poderosa e mais comum do homem; a despeito desse rebaixamento, a diferença fundamental entre ser e dever permaneceu; mesmo Hobbes não foi capaz de negar a legitimidade da remissão, a partir do ser, da ordem estabelecida ao dever ser, à lei natural ou moral⁹⁵.

Entendemos que foi do prosseguimento desse projeto moderno que Hobbes⁹⁶ simboliza em sua fase inicial que a tese da separação (conceitual) se estabeleceu, sobretudo, após David Hume. Dessa forma, se observará tanto em Kelsen como em Hart as implicações diretas do “abismo entre ser e dever ser”, entre “o atual e o ideal”.

Para o jurista austríaco, o Direito é identificado na dimensão do “dever ser”, mas apenas em seus aspectos formais, tendo em vista que os valores – onde se insere a Moralidade – não podem ser racionalmente conhecidos (Weber). Para o jurista inglês, o Direito é descrito na dimensão do “ser”, contudo independentemente de quaisquer aspectos valorativos, que representariam idealizações de como ele deveria ser.

⁹⁴ Leo Strauss subdivide o pensamento filosófico-político da modernidade em três ondas. A primeira seria representada por Maquiavel e Hobbes e tinha as seguintes características principais: “a redução do problema político e moral a um problema técnico, e o entendimento de que o conceito de natureza precisa ser revisto pela civilização entendida como um mero artefato”. STRAUSS, Leo. **Introdução à filosofia política**: dez ensaios. São Paulo: É realizações, 2016, p. 100.

⁹⁵ Ibidem, p. 102.

⁹⁶ Em termos ainda mais precisos é possível identificar uma influência direta de Hobbes na construção do pensamento de John Austin, um dos principais ícones do positivismo jurídico, e a quem H.L.A Hart reporta a tese da separação conceitual entre Direito e Moralidade. Sobre isso ver Cf. FITZPATRICK, Peter. **A mitologia na lei moderna**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 111-121.

A tese tornou-se conceitual, como se verá, sua sustentação se dá prioritariamente por razões epistêmicas, ainda que não exclusivamente. E, por isso, afirmamos que ela está fundamentada numa perspectiva moderna que tentou encobrir o modo ser próprio do Direito. Apresentando-o como se supostamente fosse um objeto/instrumento neutro que subsiste fora do mundo que construímos⁹⁷. Ou, ao menos, que essa seria forma racional de apreendê-lo. Porém, o fenômeno jurídico continuou operando enquanto uma realidade moral, como uma ordenação em direção à justiça, ainda que teoria estivesse alheia à sua existencialidade. Isto é, continuou instituindo a coexistência a partir da imaginação moral de cada época⁹⁸. O que pode ser observado tanto nos conteúdos como nas formas do Direito no transcorrer da História.

Noutro passo, argumentamos também que a tese da conexão necessária ou quase submissão moral do Direito, baseada numa moralidade objetiva, idealizada, também se assenta nos pressupostos modernos. Uma vez que se consolidou uma cisão e contraposição artificial entre ser e dever ser, entre o atual e o ideal, essa abordagem nos parece uma das formas possíveis que foi encontrada para conectar racionalmente Direito e Moral, diante do contexto moderno.

De um lado temos o fenômeno jurídico identificado como uma instituição humana cada vez mais abstraída de qualquer dimensão valorativa e que pode ser empiricamente demonstrado. Seja em sua positivação, nos julgados, ou mesmo no labor dos juristas. Do outro temos a Moralidade cada vez mais dessacralizada, o que significa um enfraquecimento daquilo que outrora há sustentava.

Ademais, por essa origem religiosa ela foi relegada ao espaço da aspiração, dos ideais. Sendo, portanto, menos “cientificamente” demonstrável. Ou seja, a afirmação de valores morais seria um resquício do mundo antigo, metafísico, que o racionalismo almejava suplantar. Nesse ambiente, explica-se a ênfase na objetividade racional da Moralidade – Grócio até argumentou que o Direito Natural existiria mesmo se Deus não existisse – e a defesa de uma vinculação como uma exigência da razão. Mas, como o ser está separado do dever-ser, o modo de

⁹⁷ Vide argumento antropológico.

⁹⁸ Como veremos no argumento da incindibilidade de fatos e valores, o Direito como um fato institucional existe enquanto um status funcional atribuído por uma intencionalidade coletiva (Searle). Como demonstraremos esse status para nós é moral, de modo que a existência do Direito como tal já se dá em si conectada com a Moralidade.

reconectá-los seria dar uma primazia a certos imperativos racionais acerca de como o Direito deveria ser.

Todavia, como essa seria a defesa de um ideal distinto da “realidade jurídica”, foi confrontada pela racionalidade analítica que se estabeleceu nas ciências humanas em geral, e por óbvio, na Filosofia e Teoria do Direito. A tese da conexão tornou-se então uma bandeira para moralistas, ou teóricos do Direito Natural que tentavam de algum modo traduzir o que percebiam ser verdadeiro às estruturas de plausibilidade da época. Por isso, é possível identificar que uma das versões mais tradicionais da tese da conexão necessária também se instituiu sob os auspícios da Modernidade, ou seja, a partir do encobrimento do modo de ser próprio do Direito.

O dualismo entre ser e dever ser, sobretudo, o abismo intransponível dessas dimensões e a ascensão de um racionalismo matematizante que buscava negar qualquer transcendência, tentou projetar uma imagem objetiva da realidade (jurídica), mas que não faz parte do mundo que formamos, ou ao menos, apresenta-se significativamente limitada.

Esse “mundo objetivo” não é o horizonte em que coexistimos (ser-aí-com) e no qual o Direito se manifesta. Ao descortinarmos esse encobrimento, buscamos demonstrar onde a tese da conexão necessária que defendemos se constitui e sua adequação aos sentidos originários apreensíveis do modo de ser do fenômeno jurídico.

Como falamos, a Modernidade tentou afastar-se de qualquer dimensão transcendente e ou de apelos metafísicos. Desse modo, supostamente, operou-se uma extração epistêmica da disposição/abertura moral que desde já sempre fez parte do Direito, não enquanto uma idealização, mas pelo modo de ser próprio do jurídico desvelado na temporalidade.

Todavia, essa operação é artificial e falaciosa. A artificialidade decorre de exigências de uma objetividade científica cada vez mais distante da facticidade. Mas que não consegue mudar radicalmente nossa existencialidade e o modo como os fenômenos se desvelam a nós. Isto é, continuou o Direito sendo experienciado como uma realidade moral que ordena a coexistência. Se distingue do passado apenas na justificação.

Antes havia o Deus, deuses ou um cosmos/natureza como referências, que foram substituídos pelo “Homem”. E aqui temos o aspecto falacioso. O que é esse “Homem” senão um ideal transcendente⁹⁹. É a partir dele que o Direito moderno é transcendentalizado, como se pode observar com o mito do progresso¹⁰⁰ intimamente relacionado ao “espírito” da época. Isto é, os processos de formalização e racionalização do Direito, que lhe garantiram maior autonomia, não se deram avalorativamente¹⁰¹. Ao contrário, faziam sentido também sob o prisma moral, como reflexo do progresso da humanidade, que de uma situação caótica – “estado de natureza” – era capaz de, a partir de si, livre das amarras metafísicas, ordenar (juridicamente) a realidade. Dessa forma, a ideia de legalidade em si já se apresenta(va) com uma pretensão de legitimidade, o que lhe conferia alguma justificação moral.

O que estamos buscando demonstrar é que a tentativa moderna de esconder o modo ser próprio do Direito, o que está na base da tese da separação (conceitual), constitui-se apenas num véu que tornava menos evidente o movimento do fenômeno jurídico em direção à justiça, a sua abertura moral.

Esse ocultamento se tornou patente com a crise da modernidade e a reaproximação explícita entre Direito e Moral, seja nos textos jurídicos, partindo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, por exemplo, como nas reflexões teóricas que passaram a admitir outras formas de conexão que não aquela baseada

⁹⁹ Peter Fitzpatrick falando das alterações provadas pelo Iluminismo destaca que: “o “ser humano” que emerge dessa mudança não é apenas um objeto do conhecimento, “uma criatura finita e limitada”, mas também o “transcendente ordenador do conjunto”. FITZPATRICK, Peter. **A mitologia na lei moderna**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007, p. 127.

¹⁰⁰É representativa a seguinte máxima wittgensteiniana: “nuestra civilización se caracteriza por la palabra “progreso”. El progreso es su forma, no una de sus cualidades” (...). WITTGENSTEIN, Ludwig. **Aforismos**: Cultura y valor. Colección Austral Pensamientos Contemporáneos. Madrid: Editorial Esposa Culpe, 1995.

¹⁰¹ Nessa direção, Philippe Chanial sugere que o utilitarismo jurídico (Bentham/Austin) tenha sido a matriz do direito moderno. Assim, argumenta que: “O ideal de Bentham é exatamente aquele de um direito racional, codificado, sistematizado, desembaraçado das ficções do direito natural. Antídoto, desse ponto de vista estritamente formal, a todo jusnaturalismo, a teoria imperativista de Betham, depois de Austin, define as regras de direito como ordens que emanam de uma autoridade superior, as quais dispõe de poder de sanção. No entanto, o utilitarismo jurídico não termina nesse imperativíssimo. Ao contrário, ele tenta articular essas duas dimensões, formal e material, do racionalismo jurídico moderno. Essa articulação sutil dessas duas faces do direito moderno permite, em primeiro lugar, que se compreenda melhor toda a insistência dos utilitaristas sobre as virtudes de segurança jurídica que oferece um direito plenamente sistematizado. A positividade do direito não é axiologicamente neutra. **HISTÓRIA argumentada da filosofia moral e política**: a felicidade e o útil. Ailan Caillé, Christian Lazzeri, Michael Senellart (orgs.) São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 646.

num conteúdo moral ideal, atemporal e imutável. Por óbvio esse processo tem sido lento e gradual, além de não linear, e mantém-se até os dias atuais.

A tese da conexão necessária que defendemos se insere nesse contexto. Partimos da premissa, conforme demonstramos, que o fenômeno jurídico em seus sentidos originários se desvelou enquanto uma ordem em direção à Justiça/Moralidade. Essa disposição/abertura constitui o modo ser próprio do Direito. As variações a respeito do que venha a ser a Justiça ou da imaginação moral ao longo da história não negam essa realidade, diferentemente, a confirmam; pois, por estar inserido no horizonte da experiência moral intersubjetiva, o Direito é afetado por essas mudanças. Como também a moralidade pública sente os influxos dos conteúdos (morais) juridicamente regulados, há uma co-implicação.

Esse modo de ser (moral) do Direito se estabelece no mundo que formamos. Ao dizermos que o jurídico não é um instrumento neutro, estamos enfatizando que desde a sua origem ele se mostra como uma realidade moral e é assim que nos relacionamos com ele. Ele pode ser justo ou injusto, moral ou imoral, em níveis e aspectos diversos, ou ter conteúdos considerados de pouca relevância moral, mas não o é quando abstraído dessa dimensão transcendente/ontológica que o constitui. Ele tem uma origem e um fim que são morais. Assim, sua forma e conteúdo são moralmente constituídos, além do constante atravessamento moral em sua interpretação.

No argumento antropológico, sustentamos nossa tese da conexão no modo como nós somos, enquanto seres hermenêuticos e morais. Nesse, no modo de ser próprio do fenômeno jurídico, que como expomos, a modernidade tentou, mas não conseguiu esconder. Há no Direito uma disposição/abertura moral que se manifesta em direção à justiça. Reconhecemos, portanto, uma conexão fenomenológica entre Direito e Moralidade.

4. Argumento do Modelo Conceitual

Com esse argumento, almejamos demonstrar a fragilidade ou, ao menos, a limitação da tese positivista da separação conceitual entre Direito e Moralidade. Porém, não somente: sustentamos também que partindo de uma análise fenomenológica¹⁰², o modelo conceitual mais adequado é aquele que dê conta de explicar o Direito em suas conexões necessárias e contingentes com a Moralidade.

No entanto, ainda que disso se discorde, diante da limitação de um conceito analítico de Direito, e tendo em vista uma possível defesa da independência metafísica dos contornos epistemológicos¹⁰³ – entendimento que não compartilhamos¹⁰⁴ – o que teríamos seria uma indiferença quanto ao tema que, por si, não seria suficiente para fundamentar nenhuma das teses em sentido amplo, ou seja, alcançando o Direito como um todo. De uma suposta inexistência da necessidade conceitual/lógica no que diz respeito à tese da conexão – como sói argumentam os juspositivistas – não decorreria que o fenômeno jurídico está necessariamente separado da Moralidade.

Em linhas gerais, a tese juspositivista da separação no âmbito epistemológico tem duas abordagens possíveis; a primeira a respeito do modelo conceitual: essa afirma que, mesmo que o Direito esteja necessariamente conectado à Moralidade, isso não implicaria em que seu conceito também tenha de estar ou deva revelar essa dimensão. A segunda está relacionada à postura de desengajamento moral do teórico frente ao fenômeno jurídico assim como ele se desvela¹⁰⁵.

¹⁰² Ver argumento fenomenológico.

¹⁰³ Um dos exemplos dessa abordagem seria a teoria do Direito desenvolvida por Hans Kelsen que foi feita a partir de um *framework* neokantiano, e, por isso, tinha como um dos seus pressupostos a ideia de que a ciência criava seu próprio objeto de estudo. Assim, a dimensão da ciência estaria apartada da dimensão caótica e imprevisível da realidade “ordinária”. A primeira seria o espaço da razão, a segunda da vontade. Por isso, a ação do teórico é um ato (puro) de conhecimento enquanto a do juiz é um ato de vontade, na prática o que ele faz é política jurídica.

¹⁰⁴ Ao manifestar nossa discordância não estamos assumindo uma vinculação metafísica apriorística. Partindo de um paradigma hermenêutico (Stein), entendemos que a metafísica enquanto transcendência, a Ciência Procurada (*Epistème Zeutoméne*), é uma abertura que faz parte da nossa condição existencial. De modo que, nesse sentido, o horizonte metafísico está sempre presente em nossa compreensão de mundo, que abarca, conseqüentemente, as instituições sociais, como o Direito. Cf. STEIN, Ernildo. **A caminho do paradigma hermenêutico**: ensaios e conferências. 2ª ed. rev. ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2017.

¹⁰⁵ Na base dessa abordagem está a distinção entre ser e dever-ser (*is/ought to*) e questão do ponto de vista sobre o qual se descreve. Dada a relevância e complexidade desse dualismo metodológico e dessa discussão acerca do ponto de referência eles serão tratados separadamente no argumento da incidibilidade entre fatos e valores e no argumento do lugar (e modo) de observação.

Apesar de inter-relacionadas, cada uma apresenta especificidades próprias que demandam análises individualizadas. Além disso, essas abordagens são, sob certos ângulos, independentes; alguém pode rejeitar a primeira, mas subscrever a segunda. Isso pode ser feito, por exemplo, defendendo que a conexão necessária no âmbito conceitual é uma descrição fática da natureza do direito e que o teórico deve laborar dentro dos limites que o próprio fenômeno apresenta, isto é, não o instrumentalizar de acordo com seus próprios ideais. Dito isso, nesse argumento enfrentaremos apenas o aspecto conceitual, o outro será discutido nos argumentos do lugar de observação e da incidência entre fatos e valores.

No sentido de se estabelecer um solo comum para o diálogo, vamos começar discutindo o que é um conceito, seus critérios, modos de aquisição, formatos, sua organização e suas funções¹⁰⁶.

Um conceito é “um conhecimento geral que transcende as particularidades das percepções ao mesmo tempo em que permite dar sentido a elas¹⁰⁷”, enquanto um universal que representa particularidades precisa partir de algo considerado invariável, algo que seja compartilhado de modo não acidental por todos os entes ou fenômenos representados.

Deve também ter um critério que permita identificar aqueles que estão incluídos ou não nessa categoria. Além disso, um conceito é adquirido de um modo específico e assume um formato que lhe é correspondente. Internamente, ele possui uma organização, um modo de estruturação e sempre terá uma ou mais funções que o faz melhor ou mais adequado a depender da finalidade buscada e/ou da realidade que está sendo representada.

Como um conceito é sempre uma categoria mais geral que se aplica aos entes e fenômenos particulares, é preciso encontrar aquilo que os definem, o que permanece invariável em relação às diversas características acidentais. Busca-se uniformidade e estabilidade. Ao menos três grandes explicações quanto à natureza

¹⁰⁶ Essa discussão introdutória teve como referência a obra HARDY-VALLÉ, Benoit. **O que é um conceito?** Trad. Marcos Bagno. São Paulo: Parábola, 2013. Como será observado faremos uma exposição geral, no limite do que entendemos por suficiente para nos possibilitar: 1) a compreensão do conceito de Direito, em especial o desenvolvido por H.L.A Hart e o reflexo desse para a sua tese da separação conceitual; 2) expor as limitações desse modelo conceitual; 3) demonstrar a necessidade de adequação de modelos e abordagens conceituais diante das especificidades do fenômeno jurídico.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 16.

do invariante podem ser observadas na história da filosofia, são elas: a psicológica; a metafísica; e a linguística.

Para a concepção psicológica, o invariável seria um particular mental situado no espírito, em sua faculdade intelectual. Para a concepção metafísica, seria algo ontologicamente independente, situado no mundo físico ou transcendental. Já para a concepção lingüística, ele é uma decorrência da linguagem, uma norma social observável num conjunto de inferências e práticas que possuem sentido a partir de um determinado conceito.

Após o estabelecimento da invariância, podemos categorizar os entes ou fenômenos que o conceito representa e, para isso, faz-se necessário o uso de um ou mais critérios. Hardy-Vallé¹⁰⁸ apresenta dois critérios básicos de categorização que denomina de “fregiano” e “analógico”.

No critério “fregiano”¹⁰⁹, isso seria feito “conforme a definição das condições (individualmente) necessárias e (conjuntamente) suficientes¹¹⁰”. Como, por exemplo, no que é observado no conceito geométrico de quadrilátero, um polígono simples que possui quatro lados. Possuir quatro lados interligados que formam quatro ângulos cuja soma é 360° é um critério necessário para cada objeto, para um quadrado, retângulo ou trapézio tomados individualmente e suficiente para agrupá-los na categoria “quadrilátero”.

Esse critério apresenta algumas dificuldades, sobretudo, quando estamos tratando de conceitos valorativos¹¹¹, pois, pressupõe, por exemplo, a possibilidade de uma definição sem ambiguidades. Isso fica evidente no clássico exemplo de Wittgenstein, a respeito da definição do que é um jogo (§66)¹¹². Se pensarmos no jogo como divertimento, veremos que xadrez é bem diferente da amarelinha. Ou, se o definirmos como uma competição com dois ou mais participantes, excluiremos a paciência.

¹⁰⁸ Cf. Ibidem, p. 61-73.

¹⁰⁹ O termo refere-se ao matemático e filósofo Gottlob Frege (1848-1925), considerado um dos fundadores da filosofia analítica.

¹¹⁰ HARDY-VALLÉ, Benoit. **O que é um conceito?** Trad. Marcos Bagno. São Paulo: Parábola, 2013, p. 62.

¹¹¹ Um outro exemplo comum seria o conceito de calvície. Quantos fios de cabelo um homem precisa ter para ser considerado calvo? Se estabelecermos um número x , poderíamos dizer que o homem que possui $x-1$ também é calvo? Essa dificuldade aponta para a insuficiência de um critério “fregiano” para definição de categorias que demandam uma dimensão avaliativa.

¹¹² Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 38-39.

Para conceitos como esse seria mais adequado categorizá-los por semelhança, analogia, a fim de evitar contrassensos. Essa identificação para o filósofo austríaco não seria presumida, mas observável no seu contexto de uso. Diante desses conceitos, o critério usado seria a analogia, o que ele denominou de “semelhanças de família”, pois assim se envolvem e se cruzam as diferentes semelhanças que existem entre os membros de uma família (...)” (§67)¹¹³. Assim, sabemos que um determinado jogo é um jogo não por causa da aplicação de uma condição necessária e suficiente, mas sim da semelhança que este possui em relação aos vários jogos que já conhecemos.

Um conceito também deve ter algum nível de abstração, o que lhe permite abranger particulares. A natureza dessa abstração pode ser percebida no modo como o conceito é adquirido e em seu formato. Quatro posicionamentos teóricos se diferenciam quanto a esses aspectos, são eles: 1) empirismo; 2) racionalismo; 3) pluralismo; 4) analítico-linguístico.

Os empiristas entendem que a aquisição e o formato representacional dos conceitos decorrem da percepção, seja de uma algo subsistente (Aristóteles) ou da elaboração de ideias mais complexas a partir de percepções mais simples (Hume). O formato dessa representação será, portanto, modal. Serão percepções enfraquecidas daquilo que se representa.

Diferentemente, os racionalistas, como Platão e Descartes, deslocam a sede do conhecimento para a concepção, de forma que os conceitos deixam de ser adquiridos, pois provém da inspeção do espírito e passam a ter uma natureza amodal, já que a sua representação não decorre do modo como são alcançados.

Os pluralistas tentariam compatibilizar percepção e concepção afirmando que a maneira com que os conceitos são adquiridos e o formato de sua representação são variáveis a depender do que está sendo representado. Immanuel Kant seria um exemplo desta perspectiva ao reconhecer a existência de conceitos empíricos e conceitos desprovidos da empiria, as categorias do entendimento.

Para os filósofos analíticos, o conceito é uma entidade linguística, sendo, portanto, indiferente a discussão quanto ao formato de sua representação mental. Para eles, o conceito seria adquirido por intermédio do compartilhamento da prática

¹¹³ Ibidem, p. 39.

ou da forma de vida que o sustém, de modo a compreender sua operacionalidade linguística.

Os conceitos são organizados verticalmente, pelo grau de generalidade, e horizontalmente, com segmentações em níveis. A combinação dessas estruturas forma uma taxonomia. Apesar de certo consenso filosófico sobre essas dimensões, o mesmo não se pode dizer a respeito do peso que essas relações têm para o conteúdo conceitual. Para os holistas, o conhecimento do conteúdo pressupõe o conhecimento das relações deste para com os demais. Os molecularistas entendem que mesmo dependendo do contexto de uso, a significação do conceito seria definida por sua função linguística. Já os atomistas defendem que o conteúdo do conceito é constituído por sua relação com o mundo, com aquilo que representa.

Os conceitos também possuem uma ou mais funções. A função metafísica seria aquela que direcionada à natureza dos entes e fenômenos busca descrevê-la por intermédio de conceitos. Já a função epistemológica procura descrever as normas de uso que estruturam, tornam possível, a compreensão do conceito enquanto tal. Enquanto a função metafísica está preocupada com o conceito e a ontologia subjacente, a função epistêmica se volta para os contextos de uso onde estão os participantes que dele se utilizam.

A função epistemológica pode ser subdivida em três funções: a gnosiológica, a inferencial e a linguística. A primeira acerca da possibilidade de identificar um conceito a partir de sua categorização. A segunda a respeito das inferências (dedução, abdução e indução) que podemos fazer a partir dos conceitos que dispomos. A terceira refere-se ao conceito em suas funções linguísticas de comunicação e significação, com maior enfoque para as relações semânticas que operam nos contextos de uso.

A partir desse breve arrazoado podemos dizer que um conceito de Direito¹¹⁴ será um universal que representa o fenômeno jurídico. Para tanto, parte do reconhecimento de uma singularidade que é compartilhada por todos os sistemas legais dentro de um recorte temporal ou espacial. Por óbvio, quanto mais larga for essa delimitação epistêmica, mais geral será o conceito. Após a definição do invariante, critérios podem ser estabelecidos a fim de que seja possível dizer que

¹¹⁴ Os conceitos científicos são, ao final, teorias ou, ao menos, se inserem num quadro referencial teórico mais amplo. Importante destacar que a análise aqui feita não é terminológica, mas do conceito de Direito enquanto uma elaboração da ciência do Direito.

isso é Direito, ou uma norma jurídica, por exemplo. Esse conceito também será adquirido ou manifesto de um modo específico e assim assumirá um formato representacional correspondente. Ademais, possui uma organização interna, uma estrutura que relaciona seus elementos constitutivos. E, sobretudo, tem funções epistêmicas prioritárias ou exclusivas.

Diante desse quadro podemos analisar em qual modelo conceitual está inserido o conceito de Direito proposto por Hart e o impacto desse para a sua tese da separação¹¹⁵, também observando a necessidade de adequação dos modelos e abordagens conceituais às especificidades do fenômeno jurídico. E, por fim, qual a consequência dessa reorientação conceitual para a tese da separação ou conexão entre Direito e Moralidade.

Por mais que não esteja em nosso horizonte a busca de um conceito absoluto, tendo em vista a nossa finitude epistêmica, entendemos que podemos demonstrar a existência de modelos conceituais que permitem que o Direito se desvele mais do que outros que, ao invés disso, o escondem ou “representam” uma abstração que já não toca o chão da facticidade.

Logo de início é importante destacar que H.L.A Hart estava ciente, ao seu tempo, das principais questões referentes ao estabelecimento de um conceito, o que pode ser observado já no início da sua obra *O Conceito de Direito*. Ali o jurista expõe certa perplexidade quanto ao fato de que mesmo não havendo dúvidas para identificar os sistemas legais modernos, a pergunta sobre “o que é o Direito” continuava sendo respondida de modo variado e extraordinário.

Havendo, portanto, a necessidade de um conceito que pudesse explicar o fenômeno jurídico em sua singularidade (invariante). Logo, poder-se-ia distinguir o Direito das ordens baseadas em ameaças (Austin), a obrigação jurídica da

¹¹⁵ A escolha pela proposta teórica de H.L.A Hart não foi aleatória. Ao contrário, foi motivada pelas seguintes razões: 1) sua obra *O Conceito de Direito* é considerada uma das principais da teoria jurídica analítica; 2) entendemos que Hart tentou converter a pressuposição empírica de uma relação contingente entre Direito e Moralidade numa tese conceitual da separação necessária; 3) a respeito dessa discussão, o jurista foi certamente um divisor de águas, tanto para propostas rupturais, como a de Ronald Dworkin; como dentro do Positivismo Jurídico, fazendo surgir perspectivas mais compatibilistas, como o Positivismo Inclusivo ou mais “ortodoxas”, como o Positivismo Jurídico Exclusivo.

obrigação moral (Jusnaturalismo), e compreender o que são regras e o que significa dizer que o Direito é uma questão de regras¹¹⁶.

Para analisar essa problemática, Hart propõe-se a fazer um ensaio sobre teoria jurídica analítica, o que significa que o seu objetivo se circunscrevia à “clarificação do quadro geral do pensamento jurídico¹¹⁷”. Contudo, de um modo específico, que poderia ser visto como um ensaio de sociologia descritiva porque, em suas palavras:

a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa. Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situações ou relações sociais, podem ser mais bem trazidas à luz por **um exame dos usos-padrão** de expressões relevantes e do modo por que estes dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar¹¹⁸.

Neil MacCormick¹¹⁹ ressalta que “um aspecto distintivo da obra de Hart é ser linguística em um sentido mais forte, pois ele foi um dos principais defensores do que costuma ser chamado de “Análise linguística” ou “Filosofia da linguagem Ordinária”. A partir desses aportes, Hart buscou desenvolver uma teoria geral e descritiva do Direito. Geral por não estar limitada a qualquer sistema jurídico particular e descritiva por não buscar justificar ou avaliar à prática descrita, por isso, a considerava moralmente neutra.

Como vimos antes, o estabelecimento de um conceito se inicia com o invariante. A partir do *background* filosófico sobre o qual Hart desenvolveu sua teoria e do excerto anterior em que o jurista explica sua abordagem, podemos identificar que o invariante do seu conceito é linguístico. Não é metafísico, que busca pela natureza, ou a essência do Direito, abordagem que ele identificava com o Direito Natural. O que o jurista buscava era uma clareza conceitual que viria de uma singularidade observável nas normas sociais que estruturam a prática jurídica. O olhar não é para o Direito em si, mas para o Direito em seu contexto socioprático¹²⁰.

¹¹⁶ Cf. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 6-22.

¹¹⁷ Ibidem, p. 1.

¹¹⁸ Ibidem, p. 2. *Grifo nosso*.

¹¹⁹ MACCORMICK, Neil. H. L. A. **Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 26.

¹²⁰ Essa mudança de foco e abordagem espelha àquela operada entre o Wittgenstein do *Tractatus* e o das *Investigações*. Manfredo Araújo destaca que: O cerne da reflexão linguística de Wittgenstein deixa de ser a linguagem ideal para se tornar a situação na qual o homem usa a sua linguagem; então o único meio de saber o que é a linguagem é olhar seus diferentes usos. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 1996, p. 132.

Nessa observação o jurista centrou-se nas regras sociais, em especial, nas regras jurídicas¹²¹.

Acerca do critério, apresentamos dois modelos básicos: o “fregiano”, que parte da definição das condições (individualmente) necessárias e (conjuntamente) suficientes e o “analógico”, que, reconhecendo a inadequação do anterior para determinadas realidades, parte das relações de semelhanças presentes nos contextos de uso que vinculam os entes ou fenômenos a serem representados. Hart reconhece explicitamente a limitação de um critério tipo “fregiano” (*per genus et differentiam*) para o Direito¹²², pois ele afirma que “o seu sucesso depende de condições que frequentemente não estão preenchidas¹²³”.

Todavia, mesmo que estivessem, para ele o conhecimento delas decorrente seria simples em contraposição àquele que viria do exame dos conceitos em seu uso e diante das relações de semelhança que estabelece com outros. Nesse sentido, Hart argumenta que:

Mesmo a definição de um triângulo como “uma figura rectilínea de três lados”, ou a definição de elefante como um “quadrúpede distinto dos outros pela posse de uma pele grossa, presas e tromba” elucidam-nos de uma forma modesta, que quanto ao uso padrão dessas palavras, quer quanto às coisas a que as palavras se aplicam. Uma definição desse tipo familiar faz duas coisas de imediato. Simultaneamente fornece um código ou fórmula de tradução da palavra para outros termos bem conhecidos e localiza-nos a espécie de coisa para cuja referência a palavra é utilizada, **através da indicação dos aspectos que partilha em comum com uma família mais vasta de coisas e dos que a distinguem de outras da mesma família**. Ao procurar e ao descobrir tais definições, “não estamos simplesmente a olhar para palavras... mas também para as realidades relativamente às quais usamos palavras para delas falar. Usamos um conhecimento aguçado das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenômenos¹²⁴”.

¹²¹ As regras constitutivas dos “jogos de linguagem não são descrições, mas normas”. Não descrevem o que é, mas sim como esse “é” é usado no âmbito da prática. Hart, ao extrair um conceito de Direito a partir das regras do jogo de linguagem “Direito”, não o faz descrevendo a natureza do fenômeno jurídico, mas apenas apresentando um conceito que atenda ao seu funcionamento socioprático em sociedades modernas.

¹²² Sobre isso, Hart argumenta que “é esta exigência que, no caso do direito, torna inútil esta forma de definição, por que aqui não há uma categoria geral bem conhecida e familiar, de que o direito seja membro”. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 19. Além disso, Hart também reconhecesse que determinados conceitos não comportam uma categorização desse tipo, o que levaria a discussões infundas. O jurista também cita como exemplo a calvície afirmando que: “(...) um homem com uma cabeça brilhante polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabe aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valesse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático. Ibidem, p. 8.

¹²³ Ibidem, p. 19.

¹²⁴ Idem. *Grifo nosso*.

O critério que Hart utiliza em sua categorização é a analogia¹²⁵. O jurista desenvolve um conceito de Direito resultante da análise de seus “usos-padrão”, que são identificados analogicamente por partilharem certas características presentes em casos que reconhecemos com maior grau de certeza tratar-se do Direito. Para o jurista, o problema era que diante desses casos muitos teóricos buscavam identificar a natureza (metafísica) do Direito e isso gerava dificuldades na comparação com os casos especiais, como o direito internacional, por exemplo. Haveria, portanto, a necessidade de mudar a abordagem conceitual, olhar para esses casos-padrão e deles reconhecer as regras (semânticas) que o estruturam, não num sentido ontológico, mas enquanto uma prática, um jogo de linguagem.

Sendo o conceito de Direito uma entidade linguística, a discussão sobre seu formato, enquanto representação mental, perde importância. Para Hart, esse conceito seria adquirido por intermédio do compartilhamento da prática, o que lhe permitiria uma observação privilegiada. Por isso a importância do teórico colocar-se na posição de um observador interno, pois dessa maneira ele conseguiria ver o Direito para além das meras condutas habituais, alcançando a sua aceitabilidade¹²⁶.

Quanto à organização, observa-se uma estruturação verticalizada em que as regras secundárias são a condição de possibilidade para as regras primárias. E, também horizontal, em que dentro de cada uma dessas haveria subdivisões. Como, por exemplo, as regras de reconhecimento, alteração e julgamento, espécies de regras secundárias. No que se refere ao peso dessa estrutura para o conteúdo conceitual, entendemos que Hart mais se aproxima de uma perspectiva molecularista, versão limitada do Holismo, que, mesmo enfatizando a dependência do contexto de uso, entende que a significação do conceito é definida pela sua função linguística.

¹²⁵ Cf. *Ibidem*, p. 20.

¹²⁶ Nesse sentido, Hart explica “[...] que é necessário é um método “hermenêutico” que envolva a descrição do comportamento regulado por regras como ele se apresenta a seus participantes, que avaliam se ele se conforma ou não a certos padrões compartilhados. Minha explicação para esta distinção, que chamo aqui de crucial, se dá em termos da ideia de “aceitação” de padrões de conduta preferidos como orientações e padrões para a crítica e, desta forma, de uma atitude que desenvolve o “ponto de vista interno”. HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 15.

Já acerca da função do conceito de Direito, nos parece claro que para Hart essa seria epistemológica¹²⁷. Ou seja, diferentemente da função metafísica, não pretendia descrever por intermédio de conceitos à natureza ou essência das coisas. O que o jurista buscava era uma descrição daquilo que estrutura a prática social denominada de “Direito”, o que torna possível ao falarmos sobre ele não o confundirmos com o conceito de qualquer outro sistema normativo. Deste modo, tendo mais especificamente uma função gnosiológica, um conceito que permita a identificação do Direito.

Diante disso, Hart desenvolveu uma teoria que respondeu à pergunta sobre o que é o Direito, ou seja, a respeito do conceito, postulando que a estrutura básica do sistema jurídico é formada pela união de regras primárias, que seriam basicamente as regras de obrigação; e secundárias, que seriam as regras que resolvem as incertezas referentes à identificação, alteração e julgamento que existiriam num sistema composto apenas por regras primárias.

De modo mais sucinto: o Direito como a união de regras primárias e secundárias, sendo essas últimas as que representaram o significativo avanço teórico de sua proposta, pois, seriam aquelas regras (semânticas) que constituem a própria prática jurídica, enquanto um fenômeno normativo singular. São elas as regras de reconhecimento, que identificam o Direito válido; as regras de alteração, que definem como esse pode ser modificado; e as de julgamento, que definem quem deve julgar e processo a ser seguido¹²⁸.

Diante disso nos perguntamos: qual a implicação desse modelo conceitual para o modo como Hart descreveu a relação entre Direito e Moralidade, em específico, a tese da separação? Começamos a responder essa indagação pontuando que o conceito hartiano de Direito aplica-se ao fenômeno jurídico de sociedades tidas como “modernas”, aquelas em que se encontram as regras secundárias e que, por isso, permitem diferenciar o Direito e a obrigação legal da Moralidade e da obrigação moral. Ou seja, o que antes era apenas moral social, ou

¹²⁷ “A definição, como a própria palavra sugere, é primariamente uma questão de traçado de linhas ou de distinção entre uma espécie de coisa e outra, as quais a linguagem delimita por palavras distintas. A necessidade de tal traçado de linhas é muitas vezes sentida por aqueles que estão perfeitamente à vontade com o uso no dia a dia da palavra em questão, mas não podem exprimir ou explicar as distinções que, segundo sentem, dividem uma espécie de coisas da outra”. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 18.

¹²⁸ Cf. *Ibidem*, p. 101-109.

que havia dubiedade se era ou não Direito, passou a ser “resolvido”, sobretudo, com o surgimento da regra de reconhecimento.

Nesse contexto anterior já havia obrigações e deveres compartilhados e que eram fundamentais para a existência da própria sociedade. Dentre esses o jurista destaca a proibição ou restrição do livre uso da violência. Desse modo, ele reconhece que “as regras morais e jurídicas de obrigação e de dever têm, portanto, certas semelhanças notáveis, suficientes para mostrar que o seu vocabulário comum não é acidental¹²⁹”. Assim, aponta que ambas são vinculantes, independentes do consentimento, sustentadas por uma pressão social séria, e que seu cumprimento não enseja elogio (pois seriam contribuições mínimas para a manutenção da vida social).

Todavia, Hart também reconhece que existem diferenças e para tanto ele procura reconstruir um conceito geral de Moralidade para expô-las. Dessa forma, ele destacou os seguintes pontos: (i) importância: as regras jurídicas em comparação à moral ocupariam um lugar relativamente mais baixo quanto a sua importância, seu valor social. As regras morais seriam consideradas de importância ímpar, por isso as pessoas entendem que elas devem ser mantidas. Diferentemente, nem todas as regras jurídicas possuiriam esse valor e essa exigência de conservação; (ii) imunidade à alteração deliberada: as regras jurídicas possuem um processo específico de criação, alteração e revogação, que se manifesta num ato legislativo intencional, já “as regras ou princípios morais não podem ser criados, alterados ou eliminados por esse modo¹³⁰”; (iii) caráter voluntário dos delitos morais: enquanto na moralidade se exige a vontade a intenção do agente para a consideração da culpa, no Direito isso nem sempre seria necessário¹³¹, como nos casos de responsabilidade objetiva; (iv) a forma de pressão moral: “(...) a pressão moral é exercida de forma característica, embora não exclusiva, não através de ameaças ou de apelos ao medo ou ao interesse, mas sim através da lembrança da natureza

¹²⁹ Ibidem, p. 186-187.

¹³⁰ Ibidem, p. 190.

¹³¹ Entretanto, Hart, ao falar sobre a escusa moral dada quando o agente não tinha a intenção e fez o que estava ao seu alcance, se dá de modo semelhante no Direito, ainda que nem sempre. O jurista diz que: “Um sistema jurídico estaria sujeito à condenação moral séria se isso não fosse desse modo, pelo menos nos casos de crimes graves puníveis com penas severas”. Ibidem, p. 193.

moral da acção encarada e das exigências da moral¹³². Noutro passo, o Direito exerce essa pressão pela ameaça da coerção jurídica.

Por intermédio desses critérios formais Hart expõe semelhanças e diferenças entre aquilo que representa os conceitos, *lato sensu*, de Direito e Moralidade. Porém, Hart não fundamenta a tese da separação conceitual a partir dessas diferenças que, aliás, como se pode observar, são apenas de grau, pois ambos apresentam as mesmas características apenas em intensidades ou de formas diferentes. Entendemos que a tese da separação conceitual de Hart é defendida num nível menos abstrato, como se pode verificar já na abertura do capítulo intitulado “Direito e Moral”. Ali o jurista assevera que:

Assim, não se pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de fato sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, que por ideias de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral esclarecida sustentadas por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite. Mas é possível tomar essa verdade de forma ilícita, como uma justificação para uma diferente proposição: **a saber, que o sistema jurídico deve mostrar alguma conformidade específica com a moral e a justiça, ou deve repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer**. De novo, embora essa proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, **não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça**¹³³.

Percebe-se que essa tese é usada contra essa perspectiva, que se situa num âmbito muito menos abstrato em relação àquele em que ele apresentou algumas semelhanças e diferenças entre Direito e Moralidade. Nesse sentido, nos parece que a tese da separação conceitual serve para “justificar” a ideia de que o Direito existente, que “é”, não pressupõe qualquer conexão necessária com a Moralidade, nesse contexto, entendida como Moral Positiva.

Isso se evidencia, por exemplo, em sua afirmação peremptória que: “não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de fato o tenham frequentemente feito¹³⁴”. Contudo, não nos parece adequado refutar uma proposição empírica com base numa proposição teórica (separação conceitual). Esse é um dos pontos que

¹³² Ibidem, p. 195.

¹³³ Ibidem, p. 201. *Grifo nosso*.

¹³⁴ HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 202.

discutiremos mais adiante, a respeito dos limites de análise de uma tese que está inserida dentro de um conceito de direito analítico.

Não obstante a defesa da tese da separação conceitual, Hart apresenta uma base comum para o Direito e a Moralidade, o que ele denominou de “conteúdo mínimo de Direito Natural”, que tem como fundamento a ideia de sobrevivência¹³⁵. Para o jurista, esse seria constituído de truísmos referentes à natureza humana e ao mundo em que vivemos, por isso, seria universal. Ele sintetiza que:

A forma geral do argumento consiste simplesmente em dizer que, sem um tal conteúdo, o direito e a moral não poderiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se um com os outros. Na ausência desse conteúdo os homens, tais como são, **não teriam uma razão** para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras; e, sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser seu interesse submeter-se às regras, e mantê-las, seria impossível a coerção dos outros que não se conformassem voluntariamente com tais regras¹³⁶.

O conteúdo mínimo de direito natural seria manifesto nas seguintes verdades que considerava elementares:

(i) vulnerabilidade humana: proibições/abstenções que “restringem o uso da violência para matar ou causar ofensas corporais¹³⁷”. Para Hart, se os homens perdessem sua vulnerabilidade desapareceria a razão óbvia para o preceito moral e também jurídico “não matarás”;

(ii) igualdade aproximada: reconhecimento de certas condições comuns que nos tornam iguais e por isso demandam um sistema de abstenções que atendam a todos indistintamente¹³⁸;

(iii) altruísmo limitado: a necessidade do direito e da moral como formas de controle, pois os homens não são nem anjos nem demônios, estariam no meio do caminho;

¹³⁵ “Não podemos subtrair o desejo geral de viver e deixar intactos conceitos como perigo e segurança, dano e benefício, necessidade e função, doença e cura; porque esses são os modos de simultaneamente descrever e apreciar as coisas, por referência à contribuição que dão para a sobrevivência, a qual é aceite como um objectivo”. Ibidem, p. 208.

¹³⁶ Ibidem, p. 209-210.

¹³⁷ Ibidem, p. 210.

¹³⁸ “Este facto da igualdade aproximada, mais do que qualquer outro, torna óbvia a necessidade de um sistema de abstenções mútuas e de compromisso que está na base, quer da obrigação jurídica, quer da moral”. Ibidem, p. 211.

(iv) recursos limitados: a necessidade de regras para garantir os meios de subsistência, como àquelas referentes à propriedade, ainda que não fosse individual;

(v) compreensão e força de vontade limitadas: tanto o direito como a moral partiriam da presunção de que os seres humanos possuem uma compreensão e força de vontade limitados, de modo que na ausência de qualquer organização especial que definisse os comportamentos, muitos cairiam na tentação de preferir sempre seus próprios interesses imediatos.

Cumprido notar que após expor sobre o conteúdo mínimo de direito natural, Hart admite que esses truísmos “são de importância vital para a compreensão do direito e da moral e explicam por que razão a definição das formas fundamentais destes em puros termos formais, sem referência a nenhum conteúdo específico ou a necessidades sociais, se tem mostrado tão inadequado¹³⁹”. Essa afirmação será posteriormente retomada, no sentido de compreender se isso é coerente ou não e em que sentido, com a sua própria tese da separação conceitual.

Depois de sustentar a necessidade do conteúdo mínimo de direito natural, tanto para o Direito como para a Moralidade, Hart de modo mais direto expõe a sua tese da separação enfrentando o que considera ser as suas principais objeções, em síntese:

(i) poder e autoridade: O jurista reconhece que é uma condição necessária para o poder coercitivo de que pelo menos algumas pessoas devam cooperar voluntariamente aceitando e obedecendo as suas regras. Mas, isso não implicaria na existência de uma obrigação moral de fazer o que o Direito exige, nem de que a obrigação jurídica só o é quando esteja em conformidade com algum padrão moral específico. Para Hart, quem afirma ter o “dever de” no âmbito jurídico não o faz pensando que há um dever moral ao seu cumprimento. Essa presunção “baseia-se no fato de que será frequentemente desprovido de sentido reconhecer ou apontar

¹³⁹ Ibidem, p. 215.

uma obrigação jurídica, se o autor da afirmação tiver razões concludentes, de natureza moral ou outra, para objetar ao seu cumprimento¹⁴⁰;

(ii) a influência da Moral sobre o Direito: Hart identifica que o direito de todos os estados modernos expressa de forma evidente e numerosa a influência da moral social aceita e de ideais morais últimos, seja nos dispositivos legais ou nas decisões judiciais. Assim, ele conclui que “se tal for o que se quer dizer com a expressão com a conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida¹⁴¹”;

(iii) a interpretação: o jurista admite que as leis exigem interpretação para serem aplicadas aos casos concretos e que elementos morais atuam nesse processo para tornar as decisões mais aceitáveis. Porém, para ele, isso não seria uma prova da conexão necessária, pois os mesmos princípios morais que fundamentariam a obediência do Direito, noutras vezes, serviriam de justificação para o contrário. Ou seja, os princípios morais que atuam para a tomada de uma decisão específica são apenas contingentes;

(iv) a crítica do Direito: Hart aponta que por vezes a conexão necessária significa que o bom sistema jurídico é que aquele que está em conformidade com certos padrões de moralidade. Mas ele indaga: de qual moral estamos falando? A moral aceita por um certo grupo social ou a padrões morais esclarecidos baseados em crenças racionais sobre questões de fato? Pela sua argumentação, depreende-se que isso apenas seria verdadeiro se estivéssemos tratando de uma Moralidade superior, que não fosse mais uma entre os diversos códigos morais existentes;

(v) princípios de legalidade e justiça: o jurista acredita que “é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial¹⁴²”. A imparcialidade, a ideia de que o Direito deve ser aplicado de igual forma para todas as pessoas é uma exigência de justiça que faz parte do sistema legal. A partir dessa

¹⁴⁰ Ibidem, p. 220.

¹⁴¹ Ibidem, p. 220.

¹⁴² Ibidem, p. 222.

constatação, ele reforça que “se isto for aquilo que a conexão necessária entre direito e moral significa, podemos aceitá-lo. É infelizmente compatível com iniquidades muito sérias¹⁴³”. Isto é, esse ideal de justiça não é suficiente para evitar que leis iníquas existam e possam inclusive ser aplicadas de modo imparcial. Tornar-se-ia necessário, portanto, um conceito de direito que explique esse estado de coisas;

(vi) validade jurídica e resistência do direito: Hart entende que poucos positivistas negariam as conexões entre Direito e Moralidade que ele elencou. Todavia, para eles, a questão central era a premissa que a existência do Direito é algo absolutamente diverso de como ele deveria ser. Em suas palavras:

O que estes pensadores estavam essencialmente preocupados em promover era a clareza e a honestidade na formulação das questões teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas, mas foram legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema¹⁴⁴.

Desse modo, eles preferiram desenvolver uma perspectiva que lhes permitisse dizer “isso é direito; mas a demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido¹⁴⁵”. Para o jurista esse seria o modo mais adequado de análise uma vez que trataria os conceitos de modo mais claro e evitaria simplificações¹⁴⁶.

¹⁴³ Ibidem, p. 223.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 223.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 224.

¹⁴⁶ Apesar de nossa discussão centrar-se na abordagem hartiana feita em sua obra o conceito de Direito, é importante registrar que antes mesmo desta publicação Hart já havia se posicionado especificamente a respeito da separação entre Direito e Moral no artigo Positivismo e a separação entre Direito e Moralidade (Positivism and the Separation of Law and Morals). Ali Hart defende que: 1) seria possível ser um positivista aceitando a separação, mas sem necessariamente ter que endossar toda a teoria jurídica proposta pelos utilitaristas (Bentham-Austin); 2) apesar de nos casos difíceis os juízes muitas vezes desenvolverem um raciocínio moral, isso seria apenas uma possibilidade, e não uma necessidade, ou mesmo o modo (correto) como eles deveriam decidir; 3) o positivismo não poderia ser acusado como uma forma de pensamento que resulta ou contribui para a manutenção de regimes tirânicos como o Nazismo, pois se justificaria moralmente a desobediência de leis flagrantemente injustas, o fato destas não perderem o status jurídico por preencherem certos requisitos não implicaria numa obediência cega a estes preceitos. Ademais, para Hart a manutenção desta distinção seria importante pois expõe o processo judicial de modo menos misterioso. Isto por que a ênfase utilitarista, por estar centrada na existência de um núcleo estável do direito, nos permitiria delinear os limites do sistema jurídico e consequentemente seus os casos fronteiriços. Ou seja, traria maior clareza epistêmica. Diferentemente do que pode parecer num primeiro momento, Hart entendia que a tese da separação, desenvolvida pelos utilitaristas, tinha tanto um valor intelectual como também moral. Advertia também que não se poderia tratar o Direito como se ele fosse moralmente neutro. Pois, distinguindo, as leis em si e o Direito enquanto um sistema, Hart

Antes ainda de fazermos uma crítica à tese positivista da separação conceitual, é importante alguns breves apontamentos para evitar confusões, que como mostraremos, entendemos que o próprio Hart acabou cometendo. O primeiro refere-se ao que se está de fato a dizer com essa tese. De um lado há uma pretensão analítica de afirmar que o conceito de direito, enquanto uma categoria explicativa/abstrata está separado da Moralidade, ou mesmo que não haveria uma conexão necessária nesse domínio. Do outro há uma pretensão empírica em asseverar que o Direito enquanto fenômeno não está necessariamente conectado com a Moralidade.

Outro aspecto fundamental é compreender o que Hart, em cada uma dessas dimensões de análise, entende por Moral e se seria adequado ou não a interpolação dos conceitos de um para outro e vice-versa. Isto é, a Moral é sempre moral positiva ou há uma concepção mais geral de Moralidade? E, a partir disso, seria apropriado tratar a moral positiva em contraposição a um conceito analítico de direito? Antes de enfrentarmos essas questões, voltemos à proposta hartiana.

Como ficou demonstrado nas linhas antecedentes, Hart procurou responder à pergunta “o que é Direito”, a partir de um modelo conceitual específico, que lhe permitiu a formulação de um conceito analítico aplicável a qualquer sistema jurídico moderno (Direito como a união de regras primária e secundárias). Para o jurista, esse conceito mais geral é racionalmente melhor do que um mais restrito que conecta Direito e Moralidade. Pois, esse último, ao trazer o elemento de justificação, não conseguiria explicar a existência e validade de leis que contrariassem esses padrões morais. Essa argumentação pode ser vista nos seguintes trechos:

É evidente que não podemos tentar lidar adequadamente com esta questão, se a virmos como uma questão respeitante aos detalhes da correção do uso linguístico. O que realmente está em jogo é o mérito comparado de um conceito ou modo de classificar regras mais amplo e de um mais restrito, os quais pertencem a um sistema de regras eficaz de um modo geral na vida social. A fazermos uma escolha racional entre estes conceitos, tem de ser porque um é superior ao outro na maneira porque ele auxiliará as nossas

concordava com Austin de que os sistemas jurídicos desenvolvidos continham noções fundamentais que seriam necessárias e que estariam “fundadas na natureza comum dos homens”. Nesta linha de raciocínio ele reconhece que estas necessidades seriam sobrepostas aos princípios morais mais básicos. Contudo, nos parece que para Hart o filósofo do Direito ao descrever o ponto de vista interno percebe o fenômeno jurídico a partir dele próprio, e não dos vínculos externos que este possui com outros sistemas normativos. Por isso, nesta condição, sua tarefa analítica pressupõe a separação a fim de que seja alcançada a natureza singular do Direito. Cf. HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

pesquisas teóricas, ou fará avançar e clarificará as nossas deliberações morais, ou contemplará ambas¹⁴⁷.

(...)

Um conceito de direito, que permita a distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto um conceito restrito de direito que negue a validade jurídica às regras iníquas pode cegar-nos para eles¹⁴⁸.

Essa argumentação de Hart tem sentido, sobretudo, entendendo a moralidade como moral positiva. Apesar da coerência de sua afirmação, ela é insuficiente para sustentar uma pretensa superioridade do seu modelo conceitual. A virtude do seu conceito é, paradoxalmente, também seu limitador.

Ao (tentar) abstrair todo e qualquer elemento valorativo em sua conceituação, ele separou o Direito da Moral Positiva, mas, conseqüentemente, não conseguiu dar conta de uma dimensão moral mais profunda indispensável para o desvelamento do fenômeno jurídico. Ou seja, operou uma separação muito mais radical do que seria necessário para seus propósitos. Isso é, em certo sentido, até surpreendente, pois observamos que o próprio jurista reconhece a existência de uma dimensão moral que constitui o Direito, mas não estabelece nenhum reconhecimento conceitual nesse sentido. Por exemplo, logo nas primeiras páginas da sua obra ele admite que “não só o direito e a moral partilham um vocabulário, de tal modo que há obrigações, deveres e direitos, quer morais, quer jurídicos, mas também **todos os sistemas jurídicos internos reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais**¹⁴⁹”.

Mais à frente, no capítulo “Justiça e Moral” de sua obra, conforme havíamos destacado, o jurista apresenta semelhanças e diferenças entre Direito e Moralidade, ali tomada em sentido lato. Nesse âmbito mais genérico, como se pode observar na argumentação por ele desenvolvida, o que temos são mais similitudes com algumas diferenças pontuais e outras apenas de grau do que diferenças substanciais. Já no capítulo específico sobre Direito e Moral, Hart apresenta o conteúdo mínimo de Direito Natural como algo constitutivo de ambos os sistemas normativos. É inegável o aspecto moral/valorativo dessa instância, apesar do jurista muito se esforçar em dizer que se trata somente de truísmos decorrentes da natureza humana.

¹⁴⁷ Ibidem, p. 225.

¹⁴⁸ Ibidem, p. 227-228.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 12. *Grifo nosso*.

Ademais, ele ainda admite uma conexão necessária se ela significar a existência de uma influência moral na formação do direito e de princípios de legalidade que conformam o modo como as decisões judiciais devam ser aplicadas. Portanto, há na própria elaboração teórica de Hart um reconhecimento de uma conexão necessária – que não é com uma moral positiva – e também de elementos justificativos da prática, mas que estão além do conceito analítico que propõe e que, por isso, não são devidamente explicados, ou melhor, ficam escondidos sob o véu da tese da separação conceitual.

Outra dificuldade que encontramos nesse raciocínio acerca da superioridade de sua abordagem conceitual é que, ao pensar na moralidade como moral positiva, ele reduziu sobremaneira o espectro de abordagens conceituais possíveis. Ou se defende um conceito em que o Direito está vinculado necessariamente a determinados padrões morais substantivos, ou o contrário.

Estão excluídas, por exemplo, propostas conceituais que: 1) sustentam uma conexão necessária num nível mais abstrato; 2) defendem a existência de uma conexão necessária limitada num nível mais concreto, como as que defendem a ideia de um “mínimo ético”; e 3) ou aquelas que acreditam que um conceito de Direito deve reconhecer (1) e (2) como também a existência de uma conexão contingente entre Direito e Moralidade, hipótese que defendemos nessa investigação. Eis a nossa primeira crítica: o conceito de direito de Hart e a tese da separação dela decorrente, apesar de seus méritos analíticos, são deveras limitados, a ponto de não alcançar aspectos fundamentais do fenômeno jurídico que ele mesmo reconhece.

Passemos agora a compreender essas limitações, tanto nas incongruências internas da própria teoria hartiana, como nas dificuldades do seu modelo conceitual como um todo para a compreensão do fenômeno jurídico. Começemos expondo o que entendemos ser um equívoco com relação ao uso da moral positiva na tese da separação conceitual.

Conforme abordagem anterior, todo conceito possui algum nível de abstração. Consequentemente, espera-se que a análise dos conceitos, suas relações e distinções sejam feitas respeitando os níveis de abstração que se situam dentro de um quadro teórico. Do contrário, podemos ter problemas lógicos na construção do raciocínio. Pensemos num exemplo simples a partir das seguintes categorias taxonômicas: Reino; Filo; Subfilo; Classe; e Ordem. Podemos dizer que o ser

humano é do reino animal, filo cordados, sub-filo vertebrados, classe mamíferos e ordem primata, e que o urso, nessa classificação, se diferencia apenas na ordem, pois é carnívoro. A partir disso vamos analisar estas duas afirmações:

(1) o ser humano e o urso são semelhantes em relação ao reino, mas diferentes no que diz respeito à ordem.

(2) o ser humano é da classe dos mamíferos e o urso do sub-filo dos vertebrados, logo são diferentes.

Em (1) fazemos uma afirmação comparativa a partir de categorias que se situam no mesmo nível de abstração. Como dentro de cada um deles temos os mesmos critérios aplicados tanto ao ser humano quanto ao urso, torna-se verdadeira a nossa proposição. Já em (2) a nossa proposição é falsa, mesmo que tenha alguma aparência de verdade, pois de fato existem diferenças.

O problema é que ao usarmos categorias distintas para cada um perdemos a referência, o critério comum, que serve como baliza para o raciocínio. Logo, sob uma perspectiva analítica, espera-se que as distinções sejam feitas dentro de um mesmo nível abstracional. Senão, as semelhanças ou diferenças que afirmamos existir podem ser falsas, ou mesmo impossíveis de uma verificação objetiva.

Não obstante ser um dos ícones da teoria jurídica analítica, entendemos que Hart incorreu num erro semelhante. O jurista acerta ao reconhecer na esteira de Bentham e Austin que as regras jurídicas e obrigações legais nem sempre coincidem com as regras e obrigações morais. Existem diferenças entre Direito e Moralidade – o que concordamos – e é analiticamente adequado expô-las a partir daquilo que um sistema legal concreto institui em contraposição à moral positiva, ou seja, ao código moral que lhe é contemporâneo.

Contudo, entendemos que ao transpor essa constatação empírica para âmbito conceitual a distinção perdeu o seu valor analítico, pois os conceitos passaram a operar em níveis de abstração diferentes. O jurista a partir dos “casos-padrão” da prática jurídica, ou seja, seus contextos de uso, descreve uma estrutura básica do Direito como um sistema de regras. Esse não é âmbito dos conteúdos jurídicos, mas das regras que estruturam a prática jurídica, que lhes são condição de

possibilidade. Por isso, a sua teoria serviria para analisar qualquer sistema jurídico moderno.

Assim, parece-nos que seria mais adequado que a tese da separação conceitual fosse exposta distinguindo o Direito da Moralidade enquanto um conceito mais abstrato e formal que abarcasse as várias morais positivas. Diferentemente, Hart sustenta uma distinção conceitual considerando a moral como moral positiva. Isto é, ainda que seja possível ou mesmo defensável uma tese acerca da separação conceitual, essa deve ocorrer com ambos os conceitos partilhando o mesmo grau de abstração, o que possibilitaria verificar com clareza os parâmetros da distinção.

É de se observar que muitos que defendem a tese da conexão necessária, também num nível conceitual, o fazem preservando essa exigência lógica¹⁵⁰. Eles demonstram que numa dimensão mais abstrata, o Direito, apesar das suas especificidades, opera dentro de uma realidade (normativa) mais abrangente, que é Moral e que lhe confere sentido, tanto na forma como em seu conteúdo.

Isso não significa necessariamente que em níveis mais concretos o Direito deva corresponder a todos os ditames de um determinado código moral, pois, apesar de existirem pontos em comum, uma vez que provém da mesma disposição ética, não são coincidentes.

Essa distinção somente é possível por existir uma realidade moral compreensiva (*comprehensive*) que o sustenta e também as morais positivas, das mais universais às mais concretas, das mais exigentes às menos, das mais conservadoras às mais progressistas, das mais comunitaristas às mais liberais. Eis a nossa segunda crítica: a tese da separação conceitual, como formulada por Hart, carece de rigor analítico uma vez que se assenta na distinção entre o Direito e a Moral Positiva e não entre conceitos desenvolvidos a partir de critérios comuns e que se situam no mesmo nível de abstração.

Analisando os limites do modelo conceitual como um todo, é importante não olvidarmos que o conceito de Direito elaborado por Hart foi profundamente influenciado pela “Filosofia da Linguagem Ordinária”. Isso lhe permitiu renovar a teoria jurídica analítica anglo-saxã, mantendo um dos seus pressupostos basilares, o de que o teórico deve descrever o Direito que *é* e não o que *deve ser* (Austin). Ou

¹⁵⁰ Dentre os teóricos contemporâneos que reconhecem a tese da conexão necessária num nível mais abstrato citam-se Ronald Dworkin (Direito como um ramo da moralidade política) e Robert Alexy (Direito como um caso especial do discurso prático geral).

seja, não se deve aventurar no campo da justificação, da avaliação. Wittgenstein afirmava expressamente que:

As regras da vida estão disfarçadas em imagens. E essas imagens podem servir para descrever o que vamos fazer, não para justificá-las. Porque elas poderiam fornecer uma justificação somente se elas se mantivessem bem da mesma forma em outros aspectos. Eu posso dizer: "Agradeço a essas abelhas por seu mel como se elas fossem pessoas gentis que tem que prepará-lo para você"; o que é inteligível e descreve como eu gostaria que você se comporte. Mas eu não posso dizer: "Agradeço-lhes porque, olhe, como elas são gentis!" – pois já no momento seguinte elas podem picar você¹⁵¹.

Nossa investigação é gramatical. Tal como uma investigação que ilumina nosso problema removendo mal-entendidos. Mal-entendidos referentes ao uso da palavra, causados, entre outras coisas, por certas analogias entre formas de expressão em diferentes regiões da linguagem¹⁵².

Como temos pontuado, a tese da separação conceitual, apesar de abstrata, é exposta tomando a Moralidade como Moral Positiva, que neste nível juntamente com o Direito opera diretamente na justificação das ações humanas. Nesse contexto, para Hart, a tarefa analítica seria identificar a gramática peculiar do Direito, o que permitiria diferenciar as suas exigências, obrigações e regras daquelas provenientes de quaisquer outros sistemas normativos.

¹⁵¹ Tradução livre: Las reglas de la vida se disfrazan con imágenes. Pero estas imágenes sólo pueden servir para describir lo que queremos hacer, no para fundamentarlo. Pues para poder fundamentarlo deberían ajustarse más. Puedo decir: «Agradece a estas abejas su miel, como si fueran hombres buenos que la hubieran preparado para ti», esto es comprensible y describe cómo quiero que te comportes. Pero no: «Agradéceles, pues mira qué buenas que son», pues al momento pueden picarte. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Aforismos**: Cultura y valor. Colección Austral Pensamientos Contemporáneos. Madrid: Editorial EsposaCulpe, 1995. p.73. Tradução livre: Rules of life are dressed up in pictures. And these pictures can only serve to describe what we are to do, not justify it. Because they could provide a justification only if they held good in other respects as well. I can say: "Thank these bees for their honey as though they were kind people who have prepared it for you"; that is intelligible and describes how I should like you to conduct yourself. But I cannot say: "Thank them because, look, how kind they are!"--since the next moment they may sting you. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Culture and Value*, translated by Peter Winch. Basil Blackwell, Oxford, 1980, p. 29.

¹⁵² Tradução Livre: Our investigation is a grammatical one. Such an investigation sheds light on our problem by clearing misunderstandings away. Misunderstandings concerning the use of words, caused, among other things, by certain analogies between the forms of expression in different regions of language. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. — 3rd ed. Oxford: Basil Blackwell, 1986, p. 43. Em uma das traduções para o português esse trecho foi assim traduzido: "Nossa consideração é, por isso, gramatical. E esta consideração traz luz para o nosso problema, afastando os mal-entendidos. Mal-entendidos que concernem ao uso das palavras; provocados, entre outras coisas, por certas analogias entre as formas de expressão em diferentes domínios da linguagem". WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 50. Preferimos a tradução do termo "Betrachtung" para investigação (*investigation*) como foi feita por G.E.M Ascombe na edição em inglês. O termo "observação" pode dar a ideia de um olhar ou uma de uma consideração pontual. Parece-nos que o termo investigação é mais apropriado para denotar a própria abordagem wittgensteiniana que se dirige às (condições de) "possibilidades" do fenômeno.

O Direito e a Moral (Positiva), portanto, seriam jogos de linguagem distintos que um teórico poderia descrever em suas singularidades e assim diferenciá-los. Desse modo, o conceito possibilitaria ver aquilo que ele representa de uma maneira mais aguçada. Todavia, dizemos que essa percepção (conceitual), apesar de mais “acurada”, por fazer um determinado tipo de recorte na realidade e por acessá-la a partir de certas pressuposições, pode projetar uma imagem (bastante) limitada quando contrastada ao fenômeno que representa. Assim, uma exigência conceitual pode ser adequada dentro de um quadro teórico, mas não quando se analisa o fenômeno em sua existencialidade.

Nesse aspecto, o modelo conceitual sobre o qual Hart elabora o seu conceito de Direito limita sobremaneira sua observação teórica. O conceito, dentro desse standard de racionalidade (Stein), apenas conseguiria captar as regras estruturantes da prática num nível operacional não-justificativo¹⁵³. Pois se, ao conceituar o Direito, Hart identificasse na prática as próprias razões substanciais que lhe servem de justificação, ele estaria de algum modo assumindo que o *dever-ser* estaria imbricado com o *ser* do fenômeno.

Mas, se assim o fizesse estaria engajando-se numa esfera valorativa, terreno movediço para quem buscava a clareza conceitual e subvertendo o pressuposto analítico de descrever apenas o Direito que “é”. Portanto, seu conceito descreve a estrutura semântica formal que caracteriza o Direito, sendo, por consequência, indiferente em relação à justificação da prática. Ou seja, esse recorte epistêmico não é suficiente para sustentar, mesmo que apenas no âmbito conceitual, as teses da conexão ou separação numa dimensão avaliativa e relacional dos fenômenos, como o faz ao separar o Direito da Moral Positiva.

¹⁵³ Esse aspecto é muito importante, pois demanda uma presunção teórica a pergunta sobre o que significa seguir regras, que será explorado no argumento do lugar de observação. O que já podemos identificar é que apesar da aceitabilidade pressupor uma relação interna dos indivíduos com as regras jurídicas, o modelo conceitual hartiano limita-se aos comportamentos externamente observáveis e os explica por intermédio de uma descrição das regras sociais (semânticas) que lhes confere sentidos específicos. O simples fato das pessoas jogarem xadrez já é suficiente para pressupor a aceitabilidade em termos hartianos, uma vez que os participantes o fazem dentro de um universo de regras determinado que possibilita sua identificação como um jogo singular. Com isso, é possível haver uma clareza quanto ao conceito de xadrez. Todavia, essa aceitabilidade externalista não alcança a dimensão interna que, inegavelmente, contribuiu tanto para a formação do jogo enquanto uma prática específica, como também para a sua manutenção. Assim, perguntas como: por que as pessoas jogam xadrez? Por que as pessoas jogam? Ou, por que as pessoas obedecem ao Direito? Não são respondidas, são pontos cegos do seu modelo conceitual.

Ao buscar identificar a singularidade de um fenômeno complexo como o Direito, cuja existência pressupõe uma imbricação com outros fenômenos como a Moral, a Política, entre outros; e ao fazer tentando não adentrar nos aspectos de justificação, Hart apresenta uma imagem do Direito, que apesar da clareza analítica, já está muito distante daquela que o próprio fenômeno desvela. Eis a nossa terceira crítica: como o modelo conceitual adotado por Hart é indiferente à dimensão valorativa e é feito a partir de um invariante formal e não-relacional¹⁵⁴, torna-se insuficiente em si para justificar, ainda que apenas no nível abstrato, as teses da conexão ou separação entre Direito e Moralidade¹⁵⁵ no nível das razões ou do discurso de primeira ordem¹⁵⁶.

Contudo, suponhamos que a tese da separação necessária seja uma decorrência do modelo conceitual – e não apenas indiferente como estávamos a sustentar – ainda assim problemas surgem quando se extrapola os estritos limites epistêmicos de sua elaboração. Como observamos nesta afirmação de Hart:

Sustento nesse livro que, embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, **não há conexões conceituais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral**, e daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas¹⁵⁷.

Ora, se o domínio dos conteúdos foi abstraído para a formulação do conceito, e sendo a tese da separação uma implicação deste, como então concluir a

¹⁵⁴ Parece-nos que a complexidade do fenômeno jurídico se constitui em sua imbricação com outros fenômenos com o Moral. Desse modo, a definição de um invariante que exclua relações e dimensões existenciais necessárias, ainda que possa trazer alguma clareza epistêmica, produz um conceito de Direito demasiadamente limitado, e que pode tornar-se inadequado se for utilizado, como sói acontecer, como uma representação do todo. Seria como se fracionássemos uma régua de 30 cm em duas partes, e depois de algum tempo começássemos a dizer que aqueles 15 cm representam a totalidade daquele objeto. (Provavelmente essa ilustração esteja, em formatos diferentes, presente na obra de vários pensadores. Agradeço ao amigo e teólogo Guilherme de Carvalho por tê-la compartilhado comigo num diálogo sobre reducionismos e a noção de realidade).

¹⁵⁵ Paradoxalmente, Hart usa a tese da separação conceitual também nessa dimensão, contra posturas conservadoras e/ou anarquistas. Nesse sentido, Neil McCormick acentua que: (...) Hart afirma que a moralização do conceito de Direito por parte dos jusnaturalistas tende a uma forma extrema de conservadorismo (tudo o que é lei deve ser moral, portanto todas as leis são moralmente obrigatórias) ou à anarquia revolucionária (já que tudo que é lei deve ser moral, deve-se desobedecer aos governos ou mesmo derrubá-los se o que propuserem como lei não for moralmente justificado). Contra isso, a atitude apropriada ao Direito é a que reconheça que a existência do Direito depende de fatos sociais complexos e que, portanto, sustenta que todas as leis estão sempre abertas à crítica moral. Pois não há nenhuma base conceitual para supor que o Direito que é e o Direito que deveria ser coincidam. MACCORMICK, Neil. H. L. A. **Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 40.

¹⁵⁶ Por razões/discursos de primeira ordem estamos dizendo acerca da dimensão normativa em que há uma relação direta entre ação e justificação.

¹⁵⁷ HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2° ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 331.

inexistência de conexões conceituais necessárias nessa esfera? Novamente, não há parâmetros suficientes para essa conclusão, pois essa análise está além das fronteiras traçadas pelo modelo conceitual adotado.

Uma das principais dificuldades que se tem em partir de conceitos analíticos que fragmentam significativamente a realidade é que, por vezes, eles são usados para explicar dimensões que estão fora do seu escopo, ou até mesmo como se representassem o fenômeno como um todo¹⁵⁸.

A tese da separação pode até ser considerada uma decorrência do modelo conceitual, todavia, em virtude do recorte epistêmico que fora feito e de sua abordagem, torna-se inaplicável a todo e qualquer aspecto da realidade que foi abstraído para a formulação do conceito. Esse raciocínio pode ser observado no seguinte exemplo: suponhamos que desenvolvêssemos um conceito apenas biológico de ser humano que abstraísse a dimensão moral da existência humana. Poderíamos até dizer que essa imagem conceitual biológica de ser humano estaria necessariamente desvinculada da Moralidade, mas não que a partir dessa teríamos uma fundamentação suficiente para dizer que o ser humano não é um ser moral. Isso estaria muito além das fronteiras epistêmicas do conceito.

Hans Kelsen, por exemplo, que desenvolveu sua Teoria Pura do Direito sob outros aportes filosóficos, “resolveu” essa dificuldade com uma cisão radical entre o Direito e a Ciência Direito. Desse modo, a ciência passa a operar num nível absolutamente distinto daquele em que os fenômenos acontecem.

Assim, o jurista poderia reconhecer realidades em que haveria uma imbricação entre Direito e Moralidade, ou que fosse muito difícil distingui-los na prática. Porém, isso não teria relevância no âmbito científico, tendo em vista a tarefa descritiva limitada ao conteúdo objetivo do Direito posto¹⁵⁹. Em Kelsen,

¹⁵⁸ MacCormick ao falar sobre a ausência de uma discussão a respeito dos princípios jurídicos na teoria hartiana, chega à conclusão similar dizendo que: (...) “torna-se também evidente que ela cai no mesmo erro em que sempre incorrem teorias que confundem a parte com o todo”. MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 44.

¹⁵⁹ A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, **a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante**, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de conhecê-lo e descrever. **Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser constituam valores**, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição deste alheia a valores (wertfreie). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6° ed. Martins Fontes: São Paulo, 1998, p. 48. *Grifo nosso*.

(aparentemente) a tese positivista da separação seria apenas, e tão somente, uma exigência analítica descolada da realidade (jurídica), no sentido fenomenológico¹⁶⁰.

Enquanto Kelsen foi bastante influenciado pelo neokantismo, o que lhe possibilitou um lugar seguro para a razão teórica, Hart com a filosofia da linguagem ordinária, voltou-se para os contextos sociopráticos de uso do (termo) Direito. Com essa estratégia pragmatista, a busca por clareza e segurança conceitual tornou-se mais difícil. Ao buscá-las negando dimensões constitutivas do fenômeno, o jurista produziu uma imagem limitada que é, portanto, insuficiente para tratá-la como um todo, ou mesmo em seus aspectos não observados devido ao seu recorte epistêmico.

O conceito de Direito proposto por Hart não consegue responder à questão sobre a existência ou não de um vínculo necessário entre Direito e Moralidade na dimensão fática. Eis a nossa quarta crítica: a tese da separação enquanto uma exigência conceitual não tem lastro epistêmico suficiente para explicar a existência concreta de regras jurídicas iníquas e válidas.

Diante disso, um questionamento importante pode surgir: por que Hart, um dos mais respeitados filósofos do Direito da tradição analítica, incorreu nesses erros excedendo os limites conceituais da tese da separação entre Direito e Moralidade? Para tentar responder essa indagação temos as seguintes hipóteses: 1) a tese da separação, apesar de supostamente ser apenas conceitual, baseia-se num pressuposto empírico, e também é sustentada por razões de moralidade política; 2) diante das especificidades do fenômeno jurídico, torna-se muito difícil, diante das limitações epistêmicas, qualquer tarefa analítica realizada a partir de um conceito alheio a sua dimensão avaliativa/normativa.

¹⁶⁰ Entendemos que apesar dessa cisão dos domínios da Ciência do Direito e do Direito propriamente dito, Kelsen extrapola a exigência de uma separação analítica entre Direito e Moralidade para uma defesa de como as coisas deveriam ser. Kelsen era um relativista moral e argumentava que a tese da conexão necessária – entendida enquanto uma conformação moral do Direito – só faria sentido se existissem valores morais absolutos. Partindo do pressuposto que esses não existem, o jurista concluía por uma autonomia do ordenamento jurídico, o que não nos parece uma implicação necessária. Essa discussão será retomada com maior profundidade no argumento metaético. Nesse sentido, Kelsen afirma que: “A tese, rejeitada pela Teoria Purado Direito, mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte. De outro modo não poderia ela alcançar o seu fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme, independente de circunstâncias de tempo e de lugar, sobre o que é direito (justo) e o que é injusto”. *Ibidem* p. 49.

Hart se situava numa tradição intelectual que foi precedida por nomes como Jeremy Bentham e John Austin¹⁶¹. Para eles a tese da separação necessária tinha uma base factual, pois reconheciam que só contingencialmente o Direito e a Moral (Positiva) coincidiam. O raciocínio era de que, se o Direito possui mandamentos que existem e são cumpridos mesmo que contrários à Moral (Positiva) da época, logo, a sua existência não dependeria necessariamente de uma aprovação moral.

Deste modo, eles sustentavam que poderia existir uma relação, mas essa seria apenas contingente. Hart acompanhava esse posicionamento empírico e tentou demonstrar também no âmbito conceitual a inexistência de uma conexão necessária. Posteriormente, já no posfácio do *Conceito de Direito*, o jurista atenua sua perspectiva e passa a admitir que seria possível uma conexão conceitual contingente, por isso foi considerado um positivista moderado¹⁶² (*soft positivist*).

A outra razão é de natureza político-moral¹⁶³. Hart era um liberal e por expor a tese da separação tratando a Moral como Moral Positiva ele jamais poderia aceitar uma conexão necessária, pois, se assim o fizesse ele estaria de alguma forma afirmando o moralismo jurídico. O jurista combatia a ideia de que Direito poderia ser

¹⁶¹ H.L.A Hart reconhece isso também em seu artigo Positivismo e a separação entre Direito e Moralidade (Positivism and the Separation of Law and Morals) de 1958. Neste escrito ele procurou combater duas ideias básicas: 1) que haveria uma interseção entre direito e moralidade; e 2) que haveria uma fusão entre aquilo que o direito é e aquilo que ele deveria ser, distinção reconhecidamente creditada a Bentham e Austin. Hart entendia que: “a principal razão para essa insistência dos dois pensadores era fazer com que os homens pudessem ver consistentemente as questões exatas decorrentes da existência de leis más, e entender o caráter específico da autoridade de um comando legal”. HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.57 Cumpre notar que ambos eram teóricos utilitaristas e estavam envolvidos em reformas sociais, ou seja, não eram pensadores abstratos. Assim, almejavam que as pessoas compreendessem que as leis claras, ainda que moralmente ultrajantes, ainda seriam leis. Deste modo, inexistindo contradição com alguma cláusula constitucional ou legal, a mera desaprovação moral de uma regra não desqualificaria seu status jurídico; da mesma sorte que uma regra moral não se tornaria jurídica apenas por ser socialmente desejável. Nesta linha de raciocínio, inexistindo a fusão entre o ser e o dever ser do direito, não haveria também qualquer interseção deste com a moralidade, no que tange a sua identificação.

¹⁶² O próprio Hart assume essa caracterização. Em resposta a Dworkin diz: “Em primeiro lugar ignora meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critério de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso minha doutrina é aquilo que tem sido designado como “positivismo moderado” e não como na versão de Dworkin acerca da mesma, positivismo “meramente factual”. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2° ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 312.

¹⁶³ Na mesma linha, MacCormick assevera que: “Em bases tanto teóricas quanto morais, Hart opta pela tese de que o valor moral não deve ser tratado como condição necessária da validade jurídica”. MACCORMICK, Neil. H. L. A. Hart. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 211.

usado como um reforço da Moral Positiva, uma vez que isso violaria a liberdade das pessoas de fazerem suas próprias escolhas morais¹⁶⁴.

Em geral, a restrição da liberdade pela coerção jurídica somente seria legítima nos casos em que ação ou omissão provocassem dano a outrem¹⁶⁵. Além disso, o jurista acreditava que seria salutar essa distinção para que o Direito pudesse estar sempre à disposição do escrutínio moral, o que ele fez em parcela considerável dos seus escritos.

Para Hart, se o Direito estivesse necessariamente conectado à Moral (Positiva), haveria uma perda da capacidade crítica, e, conseqüentemente, problemas em relação a uma obediência cega a leis iníquas que poderiam surgir. Eis a nossa quinta crítica: tendo em vista que a tese da separação se baseia num pressuposto empírico e reflete o posicionamento moral e político de Hart, nos parece que ela possui uma questionável sustentação factual e neutralidade epistêmica. A existência de leis não conformes à moralidade social “dominante” é tomada com um dado da realidade e não foi devidamente fundamentada. Noutro passo, o desengajamento moral do teórico é atenuado ao ser exposta sua perspectiva liberal e a sua justificativa no que tange à crítica moral do Direito.

Após as críticas sobre as limitações do modelo conceitual hartiano; os problemas internos na estruturação do seu raciocínio; as considerações que excederam seu escopo epistêmico; o insuficiente embasamento empírico; e a própria fundamentação Moral e Política de sua abordagem teórica; uma pergunta ainda se faz necessária: conseguiu Hart em sua teoria analítica do Direito respeitar a tese da separação (conceitual) entre Direito e Moralidade? Ou, Hart conseguiu

¹⁶⁴ H.L.A Hart ao discutir o problema da punição legal não se limitou a apenas descrever a estrutura do sistema penal. De modo diverso, enfrentou o tema no âmbito de sua justificação, como será observado na análise de sua obra *Direito, Liberdade, Moralidade* (1968). Nessa, logo na abertura, o jurista assume que a questão enfrentada se situa no âmbito das relações entre Direito e Moralidade. Em sua época a Câmara dos Lordes havia assumido uma interpretação tão extensiva do crime de corrupção da moral pública em que se sustentava a ideia que seria justificável punir a imoralidade, por si. O jurista discordava deste posicionamento por permitir restrições demasiadas a liberdade individual e por menosprezar o valor legal de certeza, tratando-se na prática de uma *lei ex post facto*. Hart desenvolveu seu raciocínio subscrevendo, ainda que com algumas reservas, o seguinte princípio geral, de natureza moral, formulado por John Stuart Mill no ensaio *On Liberty*: “o único objetivo a favor do qual se pode exercer legitimamente pressão sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade dele, consiste em prevenir danos a terceiros”. MILL, John Stuart. **On liberty**. [1859] Canada: batoche Books, 2001. p. 12.

¹⁶⁵ Hart não subscrevia uma perspectiva liberal de forma irrestrita. Para o jurista em alguns casos esse critério poderia ser excepcionado.

apresentar uma descrição não avaliativa do Direito, isto é, sem adentrar em sua dimensão justificativa?

Entendemos que a resposta às indagações seria: apenas parcialmente. Ainda que seja perceptível seu esforço de não engajamento moral ou para não tratar da dimensão valorativa em sua teoria analítica do Direito, há elementos avaliativos e morais em sua obra *O Conceito de Direito*. Isso pode ser visto, sobretudo, em sua exposição sobre o conteúdo mínimo de direito natural.

Como apresentamos anteriormente, para Hart esse conteúdo mínimo é essencial tanto para o Direito como para a Moralidade, de modo que se ele não existisse, as pessoas “não teriam uma razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras¹⁶⁶”, e a coerção jurídica/moral se tornaria impossível. Logo, se pressupõe que não se trata de algo acidental, mas que constitui o próprio fenômeno jurídico. O jurista tinha consciência de que o Direito não poderia ser explicado de forma simples como se fosse apenas um conjunto de comandos e sanções (Austin), pois isso seria similar às ordens de um ladrão, por exemplo.

Ao propor um conceito mais complexo, ele conseguiu resolver analiticamente essa questão, já que providenciou um critério (regra de reconhecimento) para a identificação do Direito. Contudo, por estar (supostamente) ausente à dimensão avaliativa do seu conceito, Hart foi criticado como se sua abordagem legitimasse uma realidade normativa mais perigosa até do que as ordens de um ladrão. Essa foi exatamente uma das críticas de Lon Fuller¹⁶⁷.

Afirmava o jurista norte-americano que ao obedecermos às ordens de um assaltante temos a justa expectativa de termos a nossa vida preservada. Porém, se não há uma moralidade interna no Direito e se inexistente um vínculo social de reciprocidade que sustente o sistema legal, aspectos que Fuller considera como fundamentais, qualquer conteúdo/ordem ou sanção poderia tornar-se jurídica. Por isso, estaríamos mais vulneráveis ao Direito do que até mesmo às ordens de um ladrão.

Essa crítica, apesar de relevante, também extrapola os limites conceituais da abordagem hartiana. Não obstante, ela revela o modo como a proposta de Hart foi

¹⁶⁶ HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 209-210. *Grifo nosso*.

¹⁶⁷ Cf. FULLER, Lon. **The morality of Law**. Yale University Press: New Haven and London, 1969, p. 139-140.

sendo assimilada pela teoria jurídica, como se estivesse silente no que tange à dimensão valorativa do Direito. Porém, entendemos o contrário, e essa (aparente) contradição hartiana explica, em grande medida, a insuficiência desse modelo conceitual e da tese da separação que lhe é decorrente para fenômenos como o Direito.

Apesar do esforço de Hart em dizer o contrário¹⁶⁸, o jurista em vários momentos afirma que o conteúdo mínimo de direito natural funciona como razões que justificam a obediência voluntária. E que, sem ele, ou mesmo se existente, mas sem uma cooperação social que o sustentasse (engajamento moral), seria impossível a coerção jurídica ou moral.

Reconstruímos seu raciocínio do seguinte modo: se o Direito (em sociedades modernas) é factualmente possível, somente o é por possuir esse conteúdo mínimo, que na prática são razões que justificam a obediência voluntária e o engajamento moral das pessoas que cooperam para que a ordem jurídica seja mantida. Essas razões, albergadas no propósito da sobrevivência, são meta-jurídicas e orbitam na imaginação moral de uma comunidade. Quando o Direito as reconhece e as transforma em jurídicas, ele apenas lhe confere um status diferenciado àquilo que já era compartilhado como o certo a se fazer. Consequentemente, a cooperação voluntária torna-se possível.

Como afirmamos anteriormente, parece-nos que com isso Hart admite que há uma dimensão moral necessária¹⁶⁹ atuando tanto no reconhecimento do Direito como um conjunto de regras que deve ser obedecido, como também para a sua conservação, já que é fundamental um engajamento (moral) da sociedade para a sua sustentação. Nesse sentido, o jurista assevera que:

Podemos dizer, dado o enquadramento dos factos e finalidades naturais, que aquilo que torna as sanções não só possíveis, como necessárias num

¹⁶⁸ O jurista ao tratar o conteúdo mínimo de direito natural a partir de necessidades humanas afirma que: “As conexões desta espécie entre condições naturais e sistemas de regras não são mediadas por *razões*; porque não relacionam a existência de certas regras com as finalidades ou com os propósitos conscientes daqueles a quem as regras se aplicam”. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 210. Hart parece contraditório nesse ponto, pois em outros momentos o jurista afirma que sem esse conteúdo as pessoas não teriam razão para obedecer ao Direito. Ademais, não explica como essas necessidades se consubstanciam em deveres morais e ou jurídicos. Muito provavelmente ele esteja usando aqui o termo “razões” com uma conotação mais restrita.

¹⁶⁹ Nesse mesmo sentido afirma Neil MacCormick: “(...) ao reexaminarmos aqui até o fim das nossas reflexões toda teoria do Direito e sobre o Direito que Hart apresentou ao mundo, não podemos, creio, concordar que o Direito como ele analisou esteja em relação meramente contingente com a moral. MACCORMICK, Neil. H. L. A. **Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 213.

sistema interno, é uma *necessidade natural*, e uma tal frase é necessária também para tornar compreensível o estatuto das formas mínimas de protecção das pessoas, da propriedade e dos compromissos, os quais são aspectos igualmente indispensáveis do direito interno. É desta forma que devemos responder à tese positivista de que o “o direito pode ter qualquer conteúdo”¹⁷⁰.

Isso expõe, ainda que descritivamente, uma dimensão moral do Direito que envolve a sua justificação. Hart observa isso, mas por apresentar um conceito que não alcança essa realidade e que separa o Direito da Moralidade, toda essa discussão parece estranha ao seu empreendimento teórico. Por isso que, respondendo àquelas questões, dizemos que o jurista respeitou apenas parcialmente a tese da separação conceitual, da mesma forma em relação à avaliação do fenômeno jurídico.

Como já foi dito, Hart sabia que Direito e Moralidade não poderiam ser definidos em termos puramente formais, sendo necessária uma referência a um “conteúdo específico” ou a “necessidades sociais”. Porém, apesar de ter identificado isso, não o fez de modo integrado ao seu conceito de Direito.

O que tudo isso significa? Significa que o fenômeno jurídico apresenta singularidades que inviabilizam ou tornam muito limitados os modelos conceituais como o utilizado por Hart. Por mais que o jurista tenha se dedicado a construir um conceito (analítico) de Direito – circunscrito ao o que “é” e não a como deveria ser – isso somente foi possível suprimindo muitas instâncias da realidade jurídica, o que se evidencia nos vários problemas teóricos que expomos. O Direito requer um outro modelo conceitual e, conseqüentemente, uma tese da separação ou conexão que explique o fenômeno jurídico, assim como ele tem se desvelado ao longo do tempo, ao invés de escondê-lo¹⁷¹.

Um dos principais juristas que diagnosticou de modo preciso esse estado de coisas e desenvolveu uma teoria alternativa a fim de dar conta dessas limitações foi Ronald Dworkin. Desde seu célebre artigo o “Modelo de Regras” (*Model of Rules*) de

¹⁷⁰ HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 215.

¹⁷¹ Conforme tratamos na primeira parte dessa Tese, uma das propostas nesse sentido nasceu no interior do Positivismo Jurídico e a partir de alguns insights presentes, sobretudo, no posfácio do *Conceito de Direito* de Hart. Assim, o Positivismo Inclusivo ou Incorporacionismo continua sustentando a tese de que inexistente uma conexão (conceitual) necessária entre Direito e Moralidade, todavia, pode não haver uma separação, mas sim uma relação contingente se os sistemas jurídicos historicamente estabelecidos incluírem/incorporarem a moral como critério (material) de validade jurídica. Todavia, isso decorreria da tese das fontes sociais e não dos próprios méritos dos standards morais.

1967 ele já asseverava que “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras (...)”¹⁷². Entendia também que essa abordagem não seria apenas uma postura epistêmica limitada que poderia ser complementada por teorias menos gerais e/ou normativas, mas que se tratava de uma descrição inadequada do fenômeno jurídico.

Diante desse cenário, seria necessário suplantando o Juspositivismo, seu conceito de Direito e a sua tese da separação, e assim o fez ao longo de sua trajetória acadêmica, que, por fins expositivos, será subdividida em três momentos.

Inicialmente, Dworkin buscou demonstrar a insuficiência do modelo conceitual positivista. Essa fase foi notabilizada pela ênfase na atuação dos princípios jurídicos no raciocínio judicial para a resolução dos casos difíceis. Diferentemente do que Hart descrevia – que os *hard cases* eram resolvidos de forma discricionária – o jurista norte-americano identificou que nesses casos os juízes decidiam fundamentados em princípios jurídicos/morais encontrados na própria história institucional em que estavam inseridos. Esses princípios, de modo diverso em relação às regras, possuíam uma dimensão de peso, de valor, de justificação.

É muito importante notar que na crítica dworkniana ao silêncio positivista com relação aos princípios, ou, mais especificamente, à objeção de que esses princípios não fariam parte do Direito, entendemos que há uma referência (implícita) à limitação conceitual da proposta hartiana. Dworkin diz que seria “como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e, então, concluído que na verdade eles não passam de plantas”¹⁷³. Isto é, partindo de um conceito mais restrito de Direito que seria capaz de observar apenas as regras e essas, em sua estrutura formal/operacional, concluíam que os princípios que não possuíam uma forma preestabelecida e que se caracterizam como elementos de justificação da prática jurídica, isto é, funcionam de maneira diversa às regras, estariam fora do sistema jurídico.

Num segundo momento, Dworkin propôs uma teoria denominada de “Direito como Integridade” (*Law as Integrity*) com uma abordagem que ficou conhecida posteriormente como “interpretativismo” (*interpretativism*). Sua proposta teórica estaria entre dois conceitos de Direito; o convencionalista, voltado para decisões

¹⁷² DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002, p. 36.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 29.

jurídicas passadas acessadas por métodos convencionalmente aceitos, e o pragmatista que seria uma concepção cética, essa voltada para o futuro, nesse os juízes deveriam decidir não olhando para o passado, mas sim às consequências futuras.

O “Direito como Integridade” apresenta-se como uma reconstrução interpretativa da história institucional do Direito, de modo que as novas decisões judiciais se conectam coerentemente nessa narrativa. Indo mais além na discussão dos modelos conceituais em *Justiça de Toga*, Dworkin sustenta que existem tipos variados de conceitos e que sua (in)adequação não seria algo que se resumiria apenas a questões (puramente) epistêmicas, mas também dependeria do ente ou do fenômeno que se está a descrever.

Em linha gerais, para Dworkin existiram conceitos baseados em critérios (aqueles que existem a partir do compartilhamento de uma definição, aproximada ou precisa, que estabelece critérios de aplicação¹⁷⁴), conceitos de base natural (aqueles que são exemplificados a partir de uma estrutura física ou biológica¹⁷⁵) e os conceitos interpretativos. Esses últimos se diferenciariam dos demais por tratar de práticas sustentadas valorativamente – por isso a presença constante de desacordos teóricos –, de forma que o seu conhecimento depende de uma interpretação também valorativa. Ademais, estariam sempre inter-relacionados com outros conceitos. O Direito, a Democracia, Igualdade, entre outros, seriam conceitos interpretativos.

Assim, por ser o Direito um conceito interpretativo, a descrição do fenômeno jurídico, feita a partir do modelo conceitual hartiano, torna-se inadequada, pois obscurece a sua característica principal ao invés de iluminá-la. Também inserida nesse debate conceitual está a questão dos desacordos. Para Dworkin, um conceito de Direito que não tangencia a dimensão valorativa pressupõe que os desacordos jurídicos são apenas ou quase que exclusivamente factuais e que, por isso, seriam resolvidos por critérios objetivos¹⁷⁶. O jurista entendia que essa pressuposição estava equivocada, pois na prática – no modo como o fenômeno se mostra - o que

¹⁷⁴ Cf. DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 15-16.

¹⁷⁵ Cf. *Ibidem*, p. 16-17.

¹⁷⁶ Isso é observado, por exemplo, na forma como Hart explica a discricionariedade. Diante da “zona de penumbra” em que inexistem parâmetros públicos seguros para definir a interpretação normativa a ser identificada como Direito, o jurista argumenta que se faz necessário um juízo discricional.

se observa é que os desacordos¹⁷⁷ jurídicos dos casos mais simples até os mais complexos, transcendem essa dimensão factual e tocam os próprios fundamentos do Direito. Para ele, quando as partes num processo divergem, elas estariam afirmando em direções diferentes que a sua interpretação jurídica é a mais correta, é aquela que está em conformidade com o todo da história institucional do Direito. Assim, se o desacordo jurídico (desacordo teórico) é tipicamente normativo e, por isso, indissociável da dimensão valorativa, um conceito de Direito deveria corresponder ou, ao menos, explicar essa realidade.

Num terceiro e último momento – em que Dworkin já assentou a sua teoria jurídica e o seu modo abordagem – ele então conclui pela tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade (Política). O que já estava latente desde os seus primeiros escritos, foi tornando-se mais evidente ao longo de sua produção acadêmica, culminando na obra *Justiça para Ouriços (Justice for Hedhogs)* em que assumiu seus contornos teóricos finais.

Partindo da tese da unidade do valor, Dworkin sustenta que as práticas, como o Direito, que estão imersas numa dimensão valorativa são estruturadas interpretativamente numa rede integrada de valores. Além disso, essas práticas também estão conectadas com outras ainda mais abrangentes e que lhes são condição de possibilidade. Dessa forma, na base das práticas que avaliam o comportamento humano está a Ética, que para ele responderia à pergunta de como devemos levar a nossa própria vida, enquanto indivíduos.

Conectado com ela estaria a Moralidade, que se refere ao modo como devemos tratar as pessoas. A moral, por sua vez, se ramifica de diversas formas,

¹⁷⁷ O filósofo Charles Stevenson, ao diferenciar os desacordos científicos dos desacordos éticos, que são bastante similares ao que Dworkin chama de desacordos teóricos, diz que: “el primero tiene que ver con la forma en que las cosas son fielmente descritas y explicadas; el segundo, con la manera en que son apreciadas favorable o desfavorablemente y, por lo tanto, con la manera en que han de ser afectadas por el esfuerzo humano (p. 17)”. Essa diferenciação nos ajuda a entender a crítica dworkiniana ao positivismo de Hart que supostamente trataria o direito como se fosse apenas uma questão de fato. Se assim o fosse os desacordos jurídicos não seriam éticos/normativos, ou apenas excepcionalmente, porém, como o são, o modelo conceitual hartiano torna-se inadequado. Stevenson ao pensar sobre o direito percebe que mesmo quando uma discussão jurídica acerca da interpretação de um dispositivo legal parece ser apenas factual, ela pode estar conectada com um problema ético. Ele exemplifica isso com uma lei que obriga que todos os proprietários de habitação paguem um imposto. Depois de algum tempo a justiça deve lidar com a seguinte situação: muitas pessoas visitam a cidade e permanecem lá por longos períodos em seus trailers. Pergunta-se: Eles devem pagar o imposto habitacional? Para ele a resposta jurídica não passaria por um simples enquadramento factual dos trailers na categoria habitação, mas que nessa definição há um componente ético se as pessoas nessa situação devem ou não pagar os impostos. Cf. STEVENSON, Charles L. **Ética y lenguaje**. Buenos Aires: Paidós, 1971-1984. p. 272-274.

sendo uma delas a moralidade política, que versa sobre o Poder, seu exercício e seus limites. Necessariamente vinculado à Moralidade Política estaria o Direito, que assim justifica/legitima a coerção estatal.

Dworkin, portanto, apresenta um conceito de Direito que: 1) continua sendo geral, pois não se limita a apenas um sistema legal específico; 2) é descritivo, pois se propõe a ser uma descrição mais adequada do fenômeno jurídico e não uma projeção ideal de como ele deveria ser; 3) no entanto, também é prescritivo, uma vez que o conceito e o próprio fenômeno são interpretativos, é indissociável a dimensão avaliativa e algum engajamento teórico; 4) conecta Direito e Moralidade enquanto conceitos abstratos o que explica de forma mais adequada as relações necessárias e contingentes existentes entre ambas realidades normativas.

Entendemos que a abordagem de Dworkin é mais próxima da tradição hermenêutico-fenomenológica¹⁷⁸. Nesse sentido, ao defender uma interpretação construtivista do equilíbrio reflexivo de John Rawls, o jurista apresenta uma analogia bastante ilustrativa. Dworkin diz que essa é semelhante à de um escultor que se propõe a esculpir um animal a partir de uma pilha de ossos que encontrou¹⁷⁹. Nossa leitura é que ele poderia até pensar em fazer uma reconstituição mais criativa, porém existiriam limites relacionados as teorias estéticas e à própria estrutura anatômica do animal. Ao final, o trabalho dele será avaliado a partir desses aportes. Se os mesmos ossos fossem encontrados por um artista plástico que fizesse uma montagem sem preocupar-se com o ajuste, com a conformação óssea, a fim de que sua obra estivesse numa exposição de arte, sua apreciação seria certamente distinta. Essa metáfora ilustra uma abordagem fenomenológica que reconhece o valor da teoria e da realidade.

Dessa forma, o jurista tem uma responsabilidade epistêmica (e moral¹⁸⁰) diante do fenômeno jurídico: reconstruí-lo da melhor maneira possível a fim de que a

¹⁷⁸ Cf. Para maiores aprofundamentos acerca das proximidades e algumas dissonâncias do projeto dworkiniano em relação à tradição hermenêutica, sobretudo em relação à objetividade, ver STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Direito e moralidade em Ronald Dworkin: olhares a partir da crítica hermenêutica do direito in: **Filosofia e Direito**: um diálogo necessário para a justiça. Vol.I. [recurso eletrônico] / Elton Somensi de Oliveira; Leandro Cordioli (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

¹⁷⁹ Trata as intuições de justiça não como indícios da existência de princípios independentes, mas antes como traço estabelecido de uma teoria geral a ser construída, como se um escultor se propusesse a esculpir o animal que melhor se ajusta à pilha de ossos que por acaso encontrou. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002, p. 250.

¹⁸⁰ Compartilhamos da ideia de Michel Polanyi que a função e o significado da Ciência estão profundamente enraizados em compromissos com valores morais que partilhamos, de forma que há

sua imagem teórica possa revelá-lo em sua existencialidade. Se na ilustração apresentada o escultor tivesse exposto a sua escultura para os seus pares a partir de uma reconstrução que não se ajustasse à estrutura óssea, seu trabalho, provavelmente, seria considerado inadequado. Ou, mesmo que escolhesse uma teoria da escultura utilizada apenas para algumas estruturas anatômicas simples, a imagem do todo que foi reconstruída, possivelmente, teria problemas que inexisteriam se tivesse sido utilizada uma teoria mais adequada ao achado.

Desta forma, deve haver uma adequação entre a teoria e o fenômeno, numa circularidade construtiva. A teoria se constitui num ajustamento ao fenômeno de modo ser capaz de iluminá-lo como um todo, das partes menores às maiores, das funções precípuas às secundárias; de suas relações necessárias às contingentes. Para Dworkin, o conceito de Direito de Hart não é apropriado às especificidades do fenômeno jurídico, como resultado, a imagem que projeta é uma descrição limitada, ou mesmo equivocada. Dentre esses problemas estaria a incapacidade de observar a conexão necessária existente entre o Direito e a Moralidade.

Noutro passo, um aspecto relevante e que sustenta essas diferenças conceituais entre Hart e Dworkin, está na relação de cada proposta com a Linguagem. Enquanto o primeiro era um analítico, o segundo era um teórico que dialogava com a tradição analítica, mas partindo de pressupostos mais próximos da tradição hermenêutica.

Quando se diz – e com razão – que Hart promoveu uma virada hermenêutica na teoria do Direito, se está a enfatizar os influxos da Filosofia da Linguagem Ordinária em seu pensamento. Como já destacamos, enquanto Kelsen sob influência neokantista e também do neopositivismo lógico¹⁸¹, buscou construir uma

uma responsabilidade moral que conforma o labor científico. Cf. POLANY, Michael. **A lógica Liberdade**: reflexões e réplicas. Rio de Janeiro, Topbooks, 2003.

¹⁸¹ Em síntese, o Neopositivismo lógico constitui-se em um movimento formado por filósofos e cientistas de várias áreas do saber, que se reuniam em Viena na primeira metade do séc. XIX, para discutir os problemas dos fundamentos do conhecimento científico. No primado de uma razão teórica, intentaram produzir um conhecimento científico rigoroso e exato, livre das ambiguidades e conceitos considerados vazios de sentido encontrados na linguagem comum. Dessa forma, dava-se prevalência às análises sintáticas (relação dos signos com os signos) e semânticas (relação dos signos com os objetos que representam) em detrimento da pragmática (relação do signo com o emissor e receptor da mensagem). Dentre os membros proeminentes do Círculo de Viena citamos Moritz Schlick, Rudolf Carnap, Otto Neurath, Herbert Feigl, Philipp Frank, Friedrich Waissman, Hans Hahn. Cumpre destacar que muitos pensadores visitaram o círculo ocasionalmente, dentre eles Hans Reichenbach, Kurt Gödel, Carl Hempel, Alfred Tarski, W. V. Quine, A. J. Ayer (que popularizou a obra deles na Inglaterra) e Hans Kelsen. Sobre a influência do neopositivismo na elaboração teórica kelseniana Lenio Streck observa que: “é preciso compreender, em síntese, que, enquanto as demais teorias

meta-linguagem (Ciência do Direito) que opera numa dimensão absolutamente distinta da linguagem objeto (Direito); Hart se volta aos contextos de uso da linguagem comum, se coloca no lugar de um participante para assim observar e descrever a gramática do Direito¹⁸². Em síntese, essa foi a sua virada hermenêutica.

Todavia, essa ainda estava inserida numa tradição analítica que objetifica a linguagem, compreendida como um terceiro entre sujeito e objeto. A análise linguística, mesmo proveniente do seu contexto socioprático, visa uma clareza epistêmica dentro dos limites do que se entende poder ser conhecido. Diante de uma intensa discussão sobre a objetividade das proposições morais, ou mesmo de um não-cognitivism ético, o conceito de direito de Hart apresenta uma estrutura linguística e sociológica formal que caracterizaria o Direito enquanto fenômeno singular.

Já Dworkin está mais próximo da virada ontológico-linguística em que a linguagem assume uma preeminência não apenas analítica, mas, sobretudo, existencial. Como diz Gadamer: “ser que pode ser compreendido é linguagem¹⁸³”, que deixa ser entendida como um objeto, e torna-se condição de possibilidade de acesso ao mundo, uma abertura.

De tal modo, as palavras e, conseqüentemente, os conceitos arrastam consigo uma existencialidade que apenas pode ser abstraída *a posteriori*. Falar sobre o conceito de Direito sobre esses aportes é ir além de uma aceitação observável pelo comportamento externo dos oficiais, ou que se contente com uma identificação racional de uma prática normativa singular, como Hart parece pressupor; mas levar a sério os direitos das pessoas, suas exigências normativas, é levar a sério a responsabilidade dos juízes de encontrar a melhor decisão possível para os casos.

positivistas tratavam diretamente da lei, Kelsen deu um salto e preferiu tratar do discurso científico sobre a lei e o Direito. E isso só foi possível com os pressupostos neopositivistas, reconhecidos por autores como Luiz Alberto Warat e Norberto Bobbio. Nessa construção da ciência como metalinguagem reside a diferença fulcral de sua teoria em relação aos demais positivismos”. STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p.19.

¹⁸² Sobre a abordagem desse modelo conceitual, Hardy-Vallé explica: “a correção desses enunciados depende de sua adequação à gramática da palavra, ou seja, ao conjunto de regras de inferência que a palavra permite. A linguagem funciona para os wittgensteinianos como um jogo: assim como existem certas regras para se utilizar palavras. A significação da palavra (ou do conceito, ambos são equivalentes conforme esta concepção) é constituído do conjunto dessas regras, o que Wittgenstein chama de jogo de linguagem. HARDY-VALLÉ, Benoit. **O que é um conceito?** Trad. Marcos Bagno. São Paulo: Parábola, 2013, p. 58.

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3°. ed. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 556.

Para Dworkin um conceito de Direito deve espelhar esse horizonte, que é onde fenômeno se manifesta enquanto tal. Nessa esfera tornam-se notórios os vínculos necessários e contingentes entre Direito e Moralidade. Isto é, um conceito que expresse a relação hermenêutica que temos com o fenômeno jurídico¹⁸⁴.

Apesar das relevantes críticas e da proposta alternativa apresentadas por Dworkin, poderia se objetar que essas não seriam suficientes para demonstrar a inadequação do conceito hartiano e de sua tese da separação, pois exigem em demasia de uma proposta analítica. Entendemos que essa objeção se justifica parcialmente¹⁸⁵, contudo, não em seu cerne, pois, como veremos agora, juristas e filósofos também analíticos, ou ao menos mais alinhados com essa tradição¹⁸⁶, também identificaram problemas similares na abordagem conceitual de Hart e/ou desenvolveram perspectivas teóricas que dão conta da dimensão avaliativa/normativa do fenômeno jurídico.

Philip Soper apresenta um conceito de Direito que incorpora a obrigação moral, por acreditar que apenas desse modo seria possível distingui-lo de ordens normativas apenas baseadas na força. O jurista parte do reconhecimento empírico de que os sistemas jurídicos existem com uma pretensão de justiça, ainda que nunca a satisfaçam completamente. Para ele, a abordagem hartiana falha, pois se propondo a ser descritiva não haveria por que negar essa constatação factual. Soper assevera que:

Se o propósito da teoria jurídica é a descrição, então Hart formulou uma tese correta: não existe nenhuma razão para insistir sobre um tipo particular de atitude normativa como a única que tem que ser encontrada em sistemas

¹⁸⁴ Essa relação será tratada no argumento do lugar de observação.

¹⁸⁵ A justificativa dessa concordância parcial é que, embora reconheçamos as limitações das propostas analíticas para investigação do fenômeno jurídico, não negamos aprioristicamente seu valor, como parece sugerir Dworkin. De fato, dimensões da realidade jurídica podem e devem ser analisadas descritivamente e de forma rigorosa, porém, para tanto não se faz necessário negar toda uma realidade (hermenêutica) que o constitui. *Prima facie*, se uma teoria reducionista da realidade é manejada dentro dos seus limites epistêmicos, sem a pretensão de ser uma representação total, nos parece um empreendimento teórico plausível.

¹⁸⁶ A exposição de teóricos mais próximos dessa tradição foi feita no sentido de demonstrar que a tese da separação conceitual não é necessariamente uma exigência analítica geral. Poderíamos argumentar no mesmo sentido por intermédio de juristas identificados com o Direito Natural, como Lon Fuller, por exemplo, que desenvolveu uma tese da conexão necessária a partir de um conceito funcional de Direito. Fuller poderia até concordar com um positivista acerca de compreender o Direito apenas como um instrumento (*mean*), contudo, divergiria que esse é neutro. Ou seja, mesmo em sua dimensão formal, mais descritiva, haveria uma imbricação com os aspectos avaliativos relacionados com o propósito da prática, o que ele denominou de moralidade interna do Direito. Todavia, como estamos tratando da tese positivista da separação, e que possui um cunho mais analítico, optamos por evidenciar suas insuficiências por intermédio de teóricos inseridos nesse paradigma ou que dialogam com essa a partir de suas bases.

sociais organizados. Mas também é claro que se o propósito é a descrição não existe razão para não incluir na mesma, outro fato empírico que se encontra comumente: a tendência geral dos sistemas desse tipo a refletir requerimentos mínimos de caráter moral. Em resumo, o propósito descritivo é incompatível com a característica central do positivismo acerca da carência de conexão entre direito e moral¹⁸⁷.

Além do problema referente à descrição, Soper também apresenta uma explicação para tese da separação conceitual muito semelhante àquela que desenvolvemos acerca da dificuldade da abordagem positivista em assumir um conceito de direito que admita a dimensão valorativa do fenômeno, ou seja, seu *dever-ser*.

O jurista entende que se admitirmos que há uma conexão conceitual necessária entre um conceito, como o de promessa, por exemplo, e uma crença na pretensão moral que exige seu cumprimento, a justificativa teórica dessa afirmação demandaria uma apreciação avaliativa. Isso seria feito tratando do respeito às promessas, da importância que as pessoas lhes atribuem, como também sobre a natureza da obrigação moral¹⁸⁸.

Da mesma forma, se é admitido no conceito de Direito a existência de uma pretensão de justiça – o que entendemos estar diretamente relacionado com a tese da conexão necessária – Soper enfatiza que:

(...) se pode encontrar que é impossível evitar um compromisso com a avaliação e com argumentos morais substantivos para dar conta da importância da atitude frente ao direito, na única forma que tem sentido – isso do ponto de vista do mesmo participante –, o que se afasta da pureza do programa positivista¹⁸⁹.

Ainda tratando do exemplo da promessa, o jurista faz algumas distinções importantes entre o aspecto conceitual e o empírico. Soper acentua que a pretensão moral reconhecida no conceito de promessa permaneceria intacta ainda que: 1) a

¹⁸⁷ Tradução livre: Si el propósito de la teoría jurídica es la descripción, entonces Hart ha formulado una tesis correcta: no existe ninguna razón para insistir sobre un tipo particular de actitud normativa como la única que tiene que ser encontrada en sistemas sociales organizados. Pero también es claro que si el propósito es la descripción no existe razón para no incluir en la misma, otro hecho empírico que se encuentra también comúnmente: la tendencia general de los sistemas de ese tipo a reflejar requerimientos mínimos de carácter moral. En resumen, el propósito descriptivo es incompatible con el rasgo central del positivismo acerca de la carencia de conexión entre el derecho y la moral. SOPER, Philip. **Una teoría del derecho**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 71.

¹⁸⁸ Cf. *Ibidem*, p. 71-72.

¹⁸⁹ Tradução livre: (...) se puede encontrar que es imposible evitar un compromiso con la evaluación y con argumentos morales substantivos para dar cuenta de la importancia de la actitud hacia el derecho, en la única forma que tiene sentido – esto del punto de vista del mismo participante –, lo que se aparta de la pureza del programa positivista. *Ibidem*, p. 72.

crença da obrigatoriedade moral seja falsa, pois na realidade as promessas não obrigam; 2) os participantes não tenham a intenção de cumpri-la; ou 3) que cumpram apenas por razões autocentradas¹⁹⁰.

Podemos tentar transcrever essa argumentação de Soper da seguinte maneira: a pretensão de moralidade que existe em certos fenômenos sociais, como o Direito, se sustenta conceitualmente mesmo que: 1) a crença na inexistência de uma obrigação moral para a sua obediência seja falsa; 2) havendo uma obrigação moral as pessoas não almejem obedecê-la; 3) obedecem por razões imorais, ou por razões de natureza diversa. Isso também poderia ser ilustrado num conceito de jogo que identifica uma pretensão de “entretenimento”. Essa pretensão conceitual não se torna inválida por que certas pessoas – normalmente aquelas que têm dificuldade de lidar com derrotas – ao invés de se divertirem, por vezes, ao final, ficam bastante descontentes. Ou, em virtude de que algumas pessoas joguem por quaisquer razões, que não a diversão.

Essas distinções enfrentam diretamente algumas das principais objeções de Hart à conexão conceitual entre Direito e Moralidade: 1) a inexistência de qualquer obrigação moral de obedecer ao Direito; 2) a existência de leis iníquas. Em (1) por que ainda que inexista qualquer obrigação moral em obedecer ao Direito, o que é bastante controverso, seria suficiente a existência de uma crença e uma prática em sentido contrário. O que, aliás, é mais consonante com a experiência social de reconhecimento e obediência do Direito do que o inverso. Em (2) por que a pretensão é uma tendência, uma disposição que admite uma realização subótima. Assim, o conceito de Direito, como uma representação plausível do fenômeno, pode admitir a validade no sistema legal de leis iníquas, da mesma forma que ordenamentos jurídicos as possuem.

Ao conectar conceitualmente Direito e Moralidade, como uma consequência da sua descrição do fenômeno jurídico, Soper não os torna intercambiáveis. Concordamos que apesar de necessariamente haver uma conexão, eles continuam sendo sistemas normativos diferentes. Diferença não significa separação, no sentido de uma independência, seja conceitual ou fática. Nesse sentido Soper elucida que:

Os sistemas jurídicos são caracterizados essencialmente pela crença no valor, pela pretensão de boa-fé daqueles que formulam as normas que o fazem no interesse de todos. É essa pretensão de justiça, mais do que a

¹⁹⁰ Cf. *Ibidem*, p. 70.

justiça de fato, à que vincula conceitualmente com a ideia de direito. Assim, a diferença entre direito, moral e coação pode ser interpretada em termos das variáveis da força e da crença no valor. O direito combina sanção organizada com a pretensão de justiça por parte daqueles que têm o controle da aplicação das sanções. A moral realiza a mesma pretensão, mas carece das sanções. Os sistemas coercitivos são baseados somente sobre a sanção, e não estão acompanhadas por nenhuma preocupação acerca da justiça¹⁹¹.

Uma outra abordagem conceitual analítica que pode ser utilizada para a compreensão do fenômeno jurídico sem dele abstrair a dimensão valorativa que o constitui – aqui pensada em termos da conexão necessária entre Direito e Moralidade – parte da distinção entre conceitos éticos *thin* e *thick*¹⁹².

Os conceitos do tipo *thin* seriam predominantemente avaliativos/normativos, com pouco ou nenhum conteúdo descritivo, tais como *bom*, *mal*, *certo*, *errado*. Já os conceitos do tipo *thick* contêm um elemento avaliativo, mas parte importante do seu conteúdo é descritiva ou factual, tais como “corajoso” e “cruel”. Ou seja, mesmo parte de sua significação demandando um conteúdo descritivo/factual o seu uso revela também um comprometimento subjacente com juízos normativos/avaliativos. Por exemplo, se afirmamos que “fulano foi corajoso ao enfrentar as críticas da banca”, e alguém concorda dizendo “sim realmente ele foi muito corajoso”, ambos estão descrevendo a atitude de “fulano” num contexto factual apropriado para o seu uso, mas também compartilham alguma noção daquilo que deva ser considerado como uma ação corajosa.

Esse comprometimento avaliativo/normativo estaria presente mesmo que alguém discordasse da afirmação, dizendo “acho que fulano não foi corajoso”. Ao expressar o seu desacordo, a pessoa demonstra que possui um conceito de coragem mais exigente, por exemplo, que requereria de “fulano” uma postura mais

¹⁹¹ Tradução livre: Los sistemas jurídicos son caracterizados esencialmente por la creencia en el valor, por la pretensión de buena fe de aquellos que formulan las normas de que lo hacen en el interés de todos. Es esta pretensión de justicia, más que la justicia de hecho, la que vincula conceptualmente con la idea de derecho. Así, la diferencia entre derecho, moral y coacción puede ser interpretada en términos de las variables de la fuerza y de la creencia en el valor. El derecho combina la sanción organizada con la pretensión de justicia por parte de aquellos quienes tienen el control de la aplicación de sanciones. La moral realiza la misma pretensión, pero carece de las sanciones. Los sistemas coercitivos se basan solamente sobre la sanción, y no están acompañadas por ninguna preocupación acerca de la justicia. *Ibidem*, p. 94-95.

¹⁹² Essa distinção foi introduzida, sobretudo, nesses termos, pelo filósofo britânico Bernard Williams em sua obra *Ethics and Limits of Philosophy* de 1985. Não obstante, alguns reconhecem que a ideia já havia sido desenvolvida por R.M Hare no livro *The Language of Morals*, publicado em 1952. Ali o filósofo distinguia palavras que seriam primariamente avaliativas das secundariamente (*secondarily*) avaliativas, em linhas similares as que posteriormente foram retomadas por Williams nos conceitos *thin* e *thick*.

incisiva; ou o oposto, considerando que a atitude dele foi temerária. Em resumo, a nossa relação com conceitos *thick* não possibilita uma atitude de indiferença como se estivéssemos apenas descrevendo uma realidade de modo neutro.

David Enoch e Kevin Toh reconhecem que parte significativa das proposições que compõe o discurso jurídico revela uma linha tênue entre o descritivo e o normativo. Por isso, a teoria do direito não deveria limitar-se ao aspecto descritivo, mas também acomodar a sua normatividade. Ou seja, a teoria não poderia negar, ou ser indiferente ao fato de que:

(i) declarações jurídicas tipicamente envolvem terminologia normativa (ex. termos deônticos “direito” e “obrigação”); (ii) desacordos sobre legalidade parecem manifestar algumas das características dos desacordos normativos, e não parecem muito como desacordos puramente factuais ou empíricos; (iii) quando certas pessoas – talvez juízes ou talvez alguns juízes de vez em quando – fazem certos juízos legais, esses juízos parecem incorporar um elemento de aceitação ou endosso; e (iv) parecem existir algumas importantes relações entre declarações legais de um lado e razões para ação do outro – certamente razões legais, mas talvez reais e genuínas razões (não modificadas)¹⁹³.

Para eles, a existência dessa dupla dimensão no discurso jurídico explicaria, em partes, os diferentes caminhos teóricos tomados pelo Positivismo Jurídico e pelo Direito Natural. Enquanto os positivistas procuram descrever o fenômeno jurídico tendo como elemento central a relação do Direito como os fatos sociais; os jusnaturalistas teriam mais interesse pelos vínculos normativos, compreender as relações do Direito com os fatos sociais de modo consistente com esses laços¹⁹⁴. Essa cisão poderia ser, de algum modo, resolvida se a natureza das proposições jurídicas e do próprio Direito fossem pensadas como conceitos do tipo *thick*, opção que entendem ter sido negligenciada¹⁹⁵.

¹⁹³ Tradução livre: “(...) (i) legal statements typically involve normative terminology (e.g. deontic terms “right” and “obligation”); (ii) disagreements about legality seem to manifest some of the common characteristics of normative disagreements, and do not look very much like purely factual or empirical disagreements; (iii) when certain people – perhaps judges, or perhaps some judges some of the time – make certain legal judgments seem to be some important relation between or endorsement; and (iv) there seems to be some important relations between legal statements on the one hand and reasons for action on the other – certainly *legal* reasons, but perhaps also real or genuine (unmodified) reasons”. ENOCH, David; TOH, Kevin. Legal as a Thich Concept. in: **Philosophical foundations of the nature of law**. Stefan Sciaraffa, Wil Waluchow. (editor). Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 257-258.

¹⁹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 258.

¹⁹⁵ Entendemos ser importante a referência à teoria tridimensional do Direito desenvolvida por Miguel Reale que já se apresentava como um *tertius* entre esses dois polos e, expressamente, reconhecia as dimensões factual e avaliativa como constitutivas do fenômeno jurídico. Para Reale da análise fenomenológica da experiência jurídica é perceptível que o ser humano se relaciona com o Direito a partir de uma estrutura tridimensional fato-valor-norma. Isso, sobretudo, a partir do momento em que

Os jusfilósofos argumentam que muitos dos conceitos cruciais do raciocínio jurídico são *thicks*, como crime, tortura, constitucionalidade, contrato, etc... Porém, indo mais além, defendem que a própria juridicidade¹⁹⁶ (*legality*) é também percebida da mesma forma. Nessa direção apontam que:

O conteúdo descritivo pode ser entendido em termos de representações de alguns fatos sociais – i.e. os fatos sociais em virtude dos quais alguns atos ou tipos de prática contam como jurídicos ou não-jurídicos. Esses fatos se diferenciariam de uma jurisdição para outra, mas eles podem ser uniformes entre jurisdições em níveis suficientemente altos de abstração. Mas assim como outros conceitos *thick*, que tem um conteúdo descritivo não impedem que sejam também avaliativos. De fato, frequentemente, ou talvez até mesmo necessariamente, declarar um ato jurídico (ou não jurídico) envolveria uma expressão de alguns compromissos avaliativos ou normativos. Pode haver um juízo normativo subjacente aqui – talvez algo no sentido do fato que um ato que satisfaz o critério descritivo para a juridicidade é a razão para certos oficiais permiti-los, ou talvez no sentido do fato que um ato falhou em satisfazer estes critérios descritivos significativamente considerados contra a sua permissão pelos oficiais¹⁹⁷.

Como no exemplo anterior acerca da coragem, que demanda uma dimensão descritiva – normalmente a identificação de um contexto em que se necessita superar um medo – o Direito, especificamente o conceito de juridicidade (*legality*) por eles analisado, também demanda certos critérios descritivos para a sua identificação, o que os juspositivistas denominam de tese das fontes sociais.

No mesmo sentido, o desacordo judicial sobre o caráter jurídico de um determinado ato é bastante similar àquele exemplo do ato de coragem, que também

o Direito deixa de ser e não compreendido como desígnio dos deuses e passa a ser experienciado como *lex*, o que aconteceu principalmente por causa do Direito Romano. Daí o brocardo *ex facto oritur jus*, o fato é condição de possibilidade para a norma, mas é vista como uma emanção concreta da justiça. Cf. REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010; REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹⁹⁶ Optamos por traduzir *legality* por juridicidade. Apesar de haver um correlato em português mais literal – legalidade – entendemos que esse conceito em tradições jurídicas da *civil law*, como a brasileira, tem contornos mais formais, diferente da tradição da *common law* em que denota a conformidade com o Direito. Por isso, nos parece que essa conformação é melhor traduzida por juridicidade. Outro exemplo nessa mesma linha é o nosso uso da expressão “sistema jurídico” que em inglês aparece como “sistema legal” (*legal system*). Nesse sentido, se para eles a legalidade evidencia o pertencimento ao sistema legal, parece-nos mais adequado dizer que a juridicidade representa o mesmo em relação ao sistema jurídico.

¹⁹⁷ Livre tradução: The concept's descriptive content can then be understood in terms of representations of some social facts – i.e. the social facts in virtue of which some act or practice type counts as legal or illegal. These facts would differ from one jurisdiction to the next, but they may be uniform across jurisdictions on sufficiently high level of abstraction. But as with other thick concepts, that is has descriptive content does not preclude its being evaluative as well. Indeed, often, or perhaps even necessarily, declaring an act legal (or illegal) would involve an expression of some evaluative or normative commitment. There may be an underlying normative judgment involved here – perhaps to the effect that an act fails to satisfy these descriptive criteria counts strongly against these officials permitting it. Ibidem, p. 264-265.

envolve uma dimensão avaliativa/normativa sobre o que é um ato corajoso e a própria coragem em si. Assim, a identificação de uma ação jurídica ou do próprio Direito¹⁹⁸ também exigem uma apreciação normativa, moral/valorativa.

Enoch e Toh acentuam que a distinção de Hart entre o ponto de vista interno (participante) e do ponto de vista externo (observador que não compartilha à prática), é também perceptível nos juízos acerca dos conceitos do tipo *thick*. Eles exemplificam isso com o conceito de “elegante” (*fashionable*): ao emitir juízos sobre o que é ser ou não elegante, um estilista e um historiador de moda tendem a assumir posições diferentes.

O primeiro, enquanto um participante (*insider*), manifesta a sua opinião a partir dos vínculos que possui com uma perspectiva estética; já o segundo tende a posicionar-se de modo a não endossar nenhum padrão específico de elegância. Assim, apenas o fato de Hart ter identificado a possibilidade de compreender o fenômeno jurídico a partir desses lugares, já apontaria para o reconhecimento de uma dimensão avaliativa/normativa, e, conseqüentemente, a plausibilidade de pensar o Direito como um conceito *thick*¹⁹⁹.

Não obstante, ao tentar responder à pergunta sobre que é o Direito por intermédio de um modelo conceitual que abstrai o aspecto avaliativo/normativo – e por conseqüência sua conexão necessária com a Moralidade – Hart desenvolveu uma teoria que não dá conta da normatividade jurídica, um dos principais aspectos do fenômeno, senão o mais importante.

O argumento do modelo conceitual teve como foco o conceito de Direito e a tese da separação conceitual desenvolvidos por H.L.A Hart, por estarem entre as mais relevantes elaborações da teoria jurídica analítica. Buscamos inicialmente compreender a abordagem hartiana e a sua implicação para a referida tese. Essa reconstrução foi feita tendo em vista que um dos principais argumentos do Positivismo Jurídico é que a tese da separação necessária é apenas uma exigência

¹⁹⁸ Sobre a questão da separabilidade (*separability*) ou desentrelaçamento (*disentanglement*) da análise dos significados dos conceitos *thick* apenas por intermédio dos componentes descritivos, David Enoch e Kevin Toh afirmam que apesar de existirem posicionamentos nesse sentido, os principais fomentadores dessa discussão conceitual a rejeitam. Cf. *Ibidem*, p. 266. Para a nossa discussão ainda que analiticamente seja possível fazer essa separação, entendemos que um conceito de Direito apenas “descritivo” esconderia uma parte constitutiva e significativa do fenômeno jurídico. Todavia, se reconhece o valor dessas abordagens na medida em que claramente expõe sua limitação epistêmica e desenvolvem seus raciocínios dentro dos marcos correspondentes.

¹⁹⁹ Cf. *Ibidem*, p. 267-270.

conceitual, ainda que na prática se possa reconhecer conexões entre Direito e Moralidade.

Após, expomos vários problemas teóricos que surgiram, sobretudo, em virtude dos limites do modelo conceitual utilizado. Ainda nessa crítica pontuamos que a tese da separação, apesar de estar relacionada ao conceito de Direito, é também empírica e se sustenta em razões morais e políticas. Ao final, apresentamos três alternativas teóricas mais abrangentes que fornecem outros conceitos para o fenômeno jurídico e que admitem ou ao menos abrem a possibilidade de um reconhecimento conceitual da tese da conexão necessária.

Diante do quanto analisado argumentamos que:

- 1) a tese da separação necessária enquanto uma exigência de um modelo conceitual que abstrai a dimensão justificativa/normativa do fenômeno jurídico, em virtude da sua limitação epistêmica, não se sustenta enquanto uma descrição empírica, sendo, portanto, indiferente a qualquer relação entre Direito e Moralidade enquanto razões de primeira ordem;
- 2) o projeto analítico de Hart apresenta algumas incongruências, pois mesmo defendendo uma tese da separação conceitual o jurista em alguns momentos admite conexões necessárias entre Direito e Moralidade, sobretudo, em sua abordagem a respeito do que denominou de conteúdo mínimo de direito natural;
- 3) a base empírica da tese da separação necessária, a pressuposição de que haveria apenas relações contingentes entre Direito e Moral, - o que segue na mesma linha de Bentham e Austin, é limitada à Moralidade Positiva, por isso insuficiente para representar o fenômeno moral como um todo. Ademais, é uma descrição seletiva, pois nega a tendência que se observa nos ordenamentos jurídicos de refletir ideais morais que constituem o imaginário moral de uma comunidade, ou seja, a pretensão de justiça/moralidade que constitui o fenômeno jurídico;
- 4) tendo em vista a perspectiva liberal de Hart e por defender que o Direito precisa estar à disposição do escrutínio moral da sociedade – o que para ele seria muito difícil de acontecer se houvesse uma conexão necessária com a Moralidade

(Positiva) - a tese da separação se constitui também numa defesa moral e política, não meramente numa decorrência analítica. Observada por este ângulo ela se torna o oposto do que se deduz, pois se a separação é defendida como uma exigência moral/política – o que consideramos razoável – ela somente se sustenta a partir de uma conexão necessária, havendo desacordo no que tange ao fundamento moral do Direito;

5) as dificuldades encontradas na tese da separação de Hart estão significativamente relacionadas às inadequações do seu modelo conceitual às especificidades do fenômeno jurídico, sobretudo, a sua dimensão avaliativa/normatividade; assim sendo, faz-se necessário outros modos de conceituação, que, por consequência, abrem a possibilidade de um reconhecimento conceitual da relação entre Direito e Moralidade.

Diante do exposto, como conclusão do argumento, reafirmamos nossa defesa de uma conexão necessária e que essa proposição se fundamenta em argumentos de natureza diversa, como se observa ao longo dessa tese. Aqui se buscou sustentar a sua plausibilidade num nível conceitual, bem como expor as dificuldades teóricas da tese da separação necessária, ainda que (supostamente) apenas enquanto uma demanda analítica.

5. Argumento do Lugar (e do Modo) de observação

Esse argumento versa sobre a objeção à tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade partindo do ponto de vista em que o fenômeno jurídico é observado. Acrescentamos a essa abordagem o modo como a observação é feita, uma vez que, mesmo sendo relevante, muitas vezes tem passado ao largo dessa discussão. Entendemos que não é suficiente definir o ponto de vista, é preciso também explicitar o “como” se dá esse olhar (teórico). Pois, ainda que estajamos no lugar adequado, podemos não conseguir enxergar o que está diante dos nossos olhos pelas limitações do modo como observamos a realidade.

Como no argumento do modelo conceitual, nosso intento não se restringe a uma refutação. Partindo de uma perspectiva hermenêutica e fenomenológica, buscamos também demonstrar que do lugar e do modo de observação mais adequados para a compreensão do fenômeno jurídico, o que vemos é a existência de uma conexão necessária e não o oposto.

Essa observação é hermenêutica, pois pretende situar-se no horizonte da facticidade²⁰⁰, ambiência sobre a qual existimos e o Direito se manifesta. Ou seja, não é um ponto de vista a partir de lugar nenhum (*nowhere*), desterritorializado. É também fenomenológica²⁰¹, pois parte da premissa que o Direito não é nem um ideal, tampouco um fato bruto, mas um fenômeno que tem se desvelado ao longo da história dentro de um acontecer hermenêutico em que transcendência e factualidade se entrelaçam.

Por razões similares ao argumento passado, nossa discussão terá como foco principal, ainda que não exclusivo, a proposta teórica de H.L.A Hart, especificamente, sua distinção entre os pontos de vista interno e externo. Mas antes, de forma breve, nos parece relevante tecer alguns apontamentos sobre Hans Kelsen a fim de pontuar algumas diferenças com a proposta hartiana no que tange ao tópico em questão.

²⁰⁰ Em termos gerais, a facticidade é uma categoria antropológico-existencial que designa o modo de ser peculiar do *Dasein*. Quando afirmamos que esse é o nosso horizonte de observação, estamos buscando inserir nossa reflexão na situação hermenêutica da nossa existencialidade. Segundo Stein, Heidegger em seu projeto ontológico de uma hermenêutica da facticidade, foi além dos níveis já trazidos por Aristóteles do ente como ente, ou do ser do ente, introduzindo o nível em que nós somos (*Dasein*). Cf. STEIN, Ernildo. **Nas proximidades da Antropologia**: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Editora Unijuí, 2003, p. 55.

²⁰¹ Ver argumento fenomenológico.

Hans Kelsen desenvolveu uma teoria pura do Direito. A busca dessa pureza foi sustentada filosoficamente, em especial, pelo Neokantismo²⁰². O jurista almejava construir uma ciência do Direito que fosse autônoma e objetiva. Para tanto, seu lugar de observação era o do cientista e não o de um participante, logo, olhava o fenômeno jurídico como se fora dele estivesse, numa clara distinção entre sujeito e objeto.

O modo de observação era fisicalista²⁰³ em sentido amplo, semelhante à forma que um físico investiga a natureza. Apesar do olhar ser análogo, o objeto observado não. Para Kelsen, o Direito operava numa lógica distinta, ele era imputacional (*dever-ser*). As normas jurídicas são atos de vontade (positivados) direcionados à conduta de outrem, sendo que apenas o seu conteúdo objetivo/formal poderia ser cientificamente descrito.

Com isso, nos parece que Kelsen recai no seguinte paradoxo: o ordenamento jurídico situa-se na dimensão do *dever-ser*, mas a tarefa do teórico é descrevê-lo apenas em seus aspectos lógico-formais, o que o torna semelhante, após a sua positivação, a um fato bruto. Por exemplo, quando um legislador cria uma lei, ele estabelece uma realidade que deve-ser aplicada diante da verificação de suas condições fáticas. Essa norma é traduzida objetivamente numa proposição jurídica, que, nesses termos, pode ser verdadeira ou falsa. Isto é, o conteúdo objetivo é uma descrição do “é” daquilo que “deve-ser”. Porém, quando o juiz deve aplicar a referida lei, ele não faz um ato de conhecimento (cientista), ao contrário, faz um ato de vontade, ele se relaciona subjetivamente com o fenômeno jurídico. Nessa situação, o que caberia ao teórico? No máximo expor as possibilidades interpretativas existentes dentro do que denominava de “moldura da norma”, produzir inferências

²⁰² Além da influência do Neokantismo, Pierluigi Chiassoni também aponta as influências do empirismo, tanto das ciências naturais (Ernst Mach) como das ciências humanas (Max Weber), e do positivismo lógico para a construção do projeto kelseneano. Cf. CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do Direito**: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Editora Contra a corrente, 2017, p. 420.

²⁰³ Por fisicalismo entendemos a concepção proveniente da Física enquanto uma ciência que pretende descrever o mundo independente de nossa experiência. Discorrendo sobre a influência desta concepção no direito, Michelon Jr. declara: ‘De um lado, tanto realistas quanto Kelsen ligam a objetividade (o que pode ser descrito) a um “mundo físico”, a um “mundo do tempo e do espaço” etc. e, dessa forma, pretendem privilegiar a ciência que se tornou o padrão para o conhecimento “absoluto” (independentemente de nossa perspectiva): a física’. In: MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004, p. 116-117.

lógicas. Porém, jamais dizer qual seria a interpretação mais correta ou adequada, pois isso implicaria tomar um ponto de vista não objetivo.

Como os juízes não ocupam esse lugar, para Kelsen, eles poderiam escolher qualquer das interpretações possíveis e até mesmo alguma outra que estivesse fora da moldura normativa. Contudo, ao decidir, o ato de vontade torna-se uma norma que deve-ser aplicada a casos semelhantes e por sua vez será objetivamente descrita pelo cientista do Direito. Quando um ato de vontade autorizado, seja do legislador ou do juiz, é externalizado, positiva-se, torna-se um dado, um dever-ser que será descrito logicamente em seu conteúdo objetivo, isto é, abstraindo a sua dimensão (inter)subjetiva/valorativa, o que o torna analiticamente similar a um fato bruto. Dentro desse cenário, o fenômeno jurídico, que é experienciado intersubjetivamente, está inexoravelmente conectado com a Moralidade, mas o Direito enquanto abstração científica está separado, uma vez que decorre de um ato (puro) de conhecimento limitado aos aspectos objetivos/formais de suas normas.

H.L.A Hart em seu *Conceito de Direito* modifica substancialmente o lugar e o modo de observação do teórico. Enquanto Kelsen buscava uma linguagem segura, objetiva para a ciência – o que o fez afastar-se da dimensão ordinária – Hart, sem prescindir da objetividade, fez um caminho oposto. O jurista britânico procurou desenvolver uma teoria analítica do Direito feita a partir da linguagem comum, das experiências sociopráticas que reconhecemos tratarem-se do fenômeno jurídico.

A fim de que essa observação fosse possível, ou melhor, conseguisse alcançar a estrutura semântica da prática, o teórico deveria assumir um ponto de vista interno, ou seja, de um participante²⁰⁴. O ponto de vista externo seria muito limitado, pois não conseguiria identificar as regras estruturais, aquelas que são condição de possibilidade para a prática, mas apenas as regras mais superficiais. Dito de outro modo, um observador que olha de fora, consegue perceber, por intermédio das ações habituais, que as pessoas agem de determinada maneira diante de certas condições, mas não o porquê.

²⁰⁴ Hart considerava esta distinção entre os pontos de vista interno e externo um dos aspectos fundamentais de sua abordagem: “na verdade, um dos temas centrais do livro é o de que nem o direito, nem qualquer outra forma de estrutura social podem ser compreendidos, sem uma certa apreciação de certas distinções cruciais entre duas espécies diferentes de afirmação a que eu chamei de “interna” e “externa” e que podem ambas ser feitas, sempre que são observadas regras sociais. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 1.

Hart almejava descobrir isso, mas apenas num sentido analítico/descritivo. Ou seja, a identificação das regras sociais (*tese das fontes*) que constituem o Direito e, com isso, possibilitam as pessoas seguirem as regras jurídicas de obrigação, isto é, as regras primárias.

Como dissemos, temos em Hart não apenas um outro lugar, mas também um outro modo de observação. Enquanto Kelsen partia de uma objetividade fiscalista, ou seja, de um conhecimento a partir do ponto de vista de lugar nenhum, Hart já está trabalhando com uma objetividade mais “contextual”, mas ainda com pretensões universais; ou seja, o que se pode descrever objetivamente de uma prática social linguisticamente constituída.

Desse modo, apesar de assumir o ponto de vista do participante e com isso pressupor uma objetividade mais hermenêutica²⁰⁵, dentro do paradigma filosófico que Hart está inserido isso somente seria possível negando ou abstraindo a dimensão avaliativa, a justificação da própria prática.

Hardy-Vallé, ao explicar sobre o que é compreender um conceito dentro dos aportes da Filosofia da Linguagem Ordinária, background filosófico sobre o qual Hart desenvolveu seu pensamento, afirma que:

Compreender o que é vermelho ou, ainda, possuir o conceito de VERMELHO é compreender e produzir frases nas quais a palavra “vermelho” aparece. Se uma pessoa pede à outra que vá buscar uma lâmpada *vermelha*, a compreensão da segunda pessoa se manifesta pelo fato de trazer uma lâmpada vermelha e não outra coisa. Que eu tenha ou não uma imagem mental de vermelho não modifica minha compreensão²⁰⁶.

Parafraseando, diríamos que para Hart possuir um conceito de Direito é compreender e produzir frases nas quais a palavra “Direito” aparece. Se uma pessoa pede à outra que busque ou mostre uma regra de “Direito”, a compreensão da pessoa se manifesta pelo fato de trazer/mostrar uma regra de “Direito” e não outra coisa, como uma regra moral, por exemplo. Que tenhamos ou não uma imagem mental do que é uma regra de “Direito” não modifica a compreensão, ou seja, é apenas uma abordagem gramatical.

Como discutimos no argumento do modelo conceitual, para desenvolver um conceito de Direito desse tipo, Hart estabeleceu as regras (primárias e secundárias)

²⁰⁵ Por isso se fala da virada hermenêutica de Hart, como falamos no argumento do modelo conceitual.

²⁰⁶ HARDY-VALLÉ, Benoit. **O que é um conceito?** Trad. Marcos Bagno. São Paulo: Parábola, 2013, p. 56.

como o invariante, sobretudo, as secundárias. O ponto é: como observar essas regras? Essa resposta está relacionada com outra pergunta ainda mais fundamental: o que é seguir regras?

Hart, mesmo estando no ponto de vista interno, provavelmente responderia, em termos wittgensteinianos, à primeira indagação afirmando que essas regras seriam observadas como critérios que se relacionam a questões gramaticais/conceituais, e não como sintomas que se referem a questões de fato/empíricas. Hans-Johann Glock, a respeito dessa distinção, pontua que:

No livro azul, Wittgenstein apresenta uma explicação explícita que reverte sua terminologia inicial (BB 24-5). "Sintomas" passam a ser definidos como evidências empíricas; sustentam uma conclusão por meio de teoria e indução. Um "critério" q para uma afirmação p constitui, em contrapartida, um fundamento ou razão para a verdade de p, não como uma evidência empírica, mas sim por conta de regras gramaticais. Faz parte do sentido de p e de q que a ocorrência de q - a satisfação do critério - constitua um fundamento ou razão para a verdade de p. Uma garganta inflamada é um sintoma de angina; a presença de um determinado bacilo é um "critério definidor"²⁰⁷.

Nos parece que o jurista britânico estava em busca desse critério²⁰⁸, que não era uma evidência empírica, mas sim uma exigência gramatical para a definição do Direito, não no sentido de sua natureza, mas sim enquanto uma prática linguisticamente estruturada²⁰⁹.

Para observar e identificar esse critério, a resposta sobre o que é "seguir regras" deveria limitar-se apenas aos comportamentos dos participantes que denotam a sua aceitabilidade, sem, todavia, adentrar nos aspectos subjetivos das razões pelas quais assim agem. Como decorrência, haveria uma separação conceitual necessária entre Direito e Moralidade, na medida em que o critério identificaria o fenômeno jurídico em sua singularidade, prescindindo de qualquer apreciação avaliativa.

²⁰⁷ GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 117.

²⁰⁸ Nesse aspecto é importante lembrar que uma das críticas de Dworkin à Hart dizia respeito ao modelo conceitual adequado ao fenômeno jurídico. Para o jurista norte-americano, o Direito seria um conceito interpretativo e não um conceito baseado em critérios.

²⁰⁹ "Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os **critérios** últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os **critérios** de validade jurídica e as suas regras de alteração e julgamento devem ser efetivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários". HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 128. *Grifo nosso*.

A própria perspectiva de Hart sobre (seguir) regras é muito similar à abordagem de Wittgenstein, um intermezzo entre formalismo e ceticismo. Para o jurista, o formalismo ou conceitualismo era um vício da teoria do Direito em disfarçar a necessidade de escolhas nas situações em que a regra geral apresentasse dificuldades para a determinação de seu conteúdo.

De um lado, acreditar-se-ia que a regra seria estipulada de uma tal maneira que ensejasse um cumprimento “mecânico”. Esse seria, em suas palavras, o “paraíso dos conceitos”. Diferentemente, Hart afirmava a existência de uma “textura aberta” do Direito, de forma que por vezes seria necessário um juízo discricional por parte do julgador para a definição da abrangência de certas regras jurídicas²¹⁰.

Noutro lado, o ceticismo estaria sustentando que a análise das regras esconde a verdade de que o Direito consiste em decisões judiciais e na capacidade de predizê-las. Para o jurista, os cétricos se baseiam num falso dilema sintetizado na seguinte afirmação de Karl Llewellyn, um dos ícones do realismo jurídico²¹¹: “ou as regras são o que seriam no paraíso de um formalista e então vinculam tanto como grilhões; ou não há regras. Mas só decisões ou padrões de comportamento susceptíveis de predição²¹²”.

Hart expõe o problema desse raciocínio com o exemplo de uma promessa não cumprida em virtude de uma situação excepcional imprevista. Do fato da promessa não conter todas as possibilidades de inadimplemento não a torna inexistente. O próprio reconhecimento de uma “textura aberta”, ou de uma “zona de penumbra”, aponta para uma parte do Direito e de suas regras que apresentam uma maior estabilidade e uniformidade interpretativas. Assim, Hart também rejeita um ceticismo de regras.

Em Wittgenstein, o formalismo seria representado pelo “platonismo de regras” ou “platonismo semântico” que pensa as regras como trilhos, autossubsistentes e autossuficientes, sobre os quais os agentes são arrastados. O filósofo criticava esse

²¹⁰ Cf. HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 142-148.

²¹¹ O realismo jurídico norte americano foi uma importante corrente do pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Partindo de uma forte crítica ao formalismo, os realistas enfatizavam que o Direito era aquilo que os tribunais diziam que é. Dessa forma, ao invés de conceitos abstratos, a teoria deveria voltar-se para as decisões judiciais na prática e, neste cenário, buscar algum conhecimento preditivo. Entre seus principais representantes estão Karl N. Llewellyn, Jerome Frank e Oliver Wendell Holmes.

²¹² HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 152.

determinismo, o que fica evidenciado no §198 das Investigações em que ele pergunta: “Mas como uma regra me mostra o que eu tenho que fazer nesse ponto²¹³?” As regras semânticas que estruturam nossos jogos de linguagem, estabeleceriam as possibilidades corretas de uso, mas, não definiriam antecipadamente e de modo definitivo como as palavras serão usadas.

No mesmo parágrafo, o filósofo apresenta a refutação cética ao platonismo de regras: “O que quer que faço sempre está, em alguma interpretação, de acordo com a regra²¹⁴”. Ou seja, se a regra não determina, então qualquer ação seria justificável por ela. Porém, discordando, Wittgenstein adverte que: “– Isso não é o que nós devemos dizer, mas ao invés: qualquer interpretação ainda se pendura no ar juntamente com o que se interpreta, e não lhe pode dar qualquer suporte. **Interpretações por si próprias não determinam o significado**”²¹⁵.

Darlei Dall’Agnol sugere que Wittgenstein talvez esteja afirmando que em determinados contextos haveria a necessidade de um outro critério para a determinação da regra que está sendo seguida²¹⁶. Acredito que isso possa ser explicado a partir das regras do xadrez, que definem como o jogo deve ser jogado, mas não qual movimento específico devemos fazer a cada momento. Isso não significa que qualquer ação seria válida, mas, dentro das ações possíveis, uma análise a respeito da jogada certa dependeria da estratégia que está sendo colocada em prática.

As regras existem e, por intermédio delas, podemos identificar o xadrez e saber quais movimentos podemos fazer, todavia, não determinam de modo exaustivo as ações dos jogadores. Eis aqui o que entendemos ser um limite no modo de observação de Wittgenstein e, conseqüentemente, de Hart: a negação da experiência subjetiva do que venha a ser seguir regras, uma espécie de não-cognitivismo epistêmico dessa dimensão avaliativa/justificativa que é parte constitutiva desse processo.

²¹³ Tradução livre: “But how can a rule shew me what I have to do at this point? WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. — 3rd ed. Oxford: Basil Blackwell, 1986, p. 80.

²¹⁴ Tradução livre: “Whatever I do is, on some interpretation, in accord with the rule”. Idem.

²¹⁵ Tradução livre: That is not what we ought to say, but rather: any interpretation still hangs in the air along with what it interprets, and cannot give it any support. Interpretations by themselves do not determine meaning. Idem. *Grifo nosso*.

²¹⁶ Cf. DALL’AGNOL, Darlei. **Seguir regras**: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein. Pelotas: UFPel, 2011, p. 88-90.

Enquanto as regras da gramática se inserem necessariamente numa linguagem pública, as ações inseridas nesse contexto parecem demandar uma “linguagem privada”, um critério que está além de uma objetividade analítica, ainda que inserida no mundo ordinário. Desse modo, o caminho é colocar-se no ponto de vista do participante (interno) apenas para observar a gramática que constitui uma prática específica, uma vez que para isso, presumidamente, seria prescindível a dimensão avaliativa/justificativa.

Nesse sentido, posicionando-se no espectro jurídico entre formalistas e céticos a respeito das regras, Hart faz um importante reconhecimento acerca de como a sua análise pressupõe o que venha a ser seguir regras:

O mais importante destes factores, que mostram que, ao agirmos aplicámos uma regra, consiste em que, se o nosso comportamento for posto em causa, estamos dispostos a justificá-lo por referência à regra: e a genuinidade da nossa aceitação da regra pode ser manifestada não só nos nossos reconhecimentos gerais dela, passados e futuros, e na conformidade com a mesma, como também na nossa crítica ao nosso próprio desvio ou ao dos outros relativamente a ela. Perante tal prova ou outra semelhante, podemos concluir na verdade que, se, antes do nosso cumprimento “**impensado**” da regra, nos tivessem pedido para dizer qual era a coisa certa a fazer e porquê, teríamos dado como resposta, se fôssemos honestos, que era regra. É esta inserção do nosso comportamento entre tais circunstâncias, **e não o seu acompanhamento por um pensamento explícito de regra**, que é necessário fazer para distinguir uma acção que é genuinamente a observância de uma regra, de uma outra que só por acaso com ela coincide. É assim que distinguiríamos, enquanto o cumprimento de uma regra aceite, o movimento do jogador de xadrez adulto da acção de um bebé que se limitasse a empurrar a peça para o lugar certo²¹⁷.

A aceitabilidade, não seria, portanto, observada teoricamente pela relação subjetiva dos participantes com as regras, por suas razões para segui-la. Diferentemente, isso seria visto apenas na conformidade entre a ação e a regra que, antes ou depois do seu cumprimento, pudesse servir-lhe como justificativa, ou na capacidade crítica de julgar a si e os outros tendo-a como parâmetro. Se alguém perguntasse: por que você agiu assim?

Para Hart, no que tange à sua abordagem, a resposta suficiente seria: “em virtude da regra X”. Todavia, poderíamos ir um pouco mais além e indagarmos: porque você obedeceu a regra X, ao invés da regra Y? Ou ainda mais fundo: porque você obedece a regras? Percebam que essas indagações, apesar de inseridas no

²¹⁷ HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p.153-154.

horizonte do participante (ponto de vista interno) estão fora do espectro de visão da observação hartiana. Mas, por quê?

A hipótese que temos defendido é que para responder a essas perguntas se faz necessária a dimensão avaliativa que estaria além dos limites daquilo que, para o jurista, poderia ser objetivamente conhecido. Seria o espaço da “linguagem privada” e diante dela, que (supostamente) não existe, deve-se calar. Nessa direção, Wittgenstein explica que:

217. “Como eu sou capaz de obedecer a uma regra? - se isso não é uma pergunta sobre as causas, assim é a respeito da minha justificação para seguir a regra da maneira que eu faço. Se eu tenho esgotado as justificações eu tenho alcançado a base rochosa (*bedrock*), e minha pá entortou. Assim eu estou inclinado a dizer: “Isso é simplesmente o que eu faço”.

(Lembre que nós às vezes demandamos definições para o bem não dos seus conteúdos, mas de suas formas. Nosso requerimento é arquitetural; a definição é um tipo de lida ornamental que (não) suporta nada²¹⁸).

Nesse cenário, um conhecimento possível é aquele que se volta a essas regras estruturantes da linguagem (ordinária), a sua gramática. Nesse sentido, destacamos os seguintes apontamentos de Wittgenstein em suas *Observações Filosóficas (Philosophical Remarks)*:

Eu não posso chamar uma regra de representação uma convenção se ela pode ser justificada em proposições: proposições descrevem o que é representado e mostram que a representação é adequada. Convenções gramaticais não podem ser justificadas descrevendo o que é representado. **Qualquer dessas representações já pressupõe as regras gramaticais.** O que significa dizer que, se algo é considerado como sem sentido na gramática a qual é para ser justificada, assim isso não pode ao mesmo tempo passar a fazer sentido na gramática das proposições que lhe justificam (etc.)

Você não pode usar a linguagem para ir além das possibilidades da evidência²¹⁹.

²¹⁸ Tradução livre: 217. "How am I able to obey a rule?"—if this is not a question about causes, then it is about the justification for my following the rule in the way I do. If I have exhausted the justifications I have reached bedrock, and my spade is turned. Then I am inclined to say: "This is simply what I do." (Remember that we sometimes demand definitions for the sake not of their content, but of their form. Our requirement is an architectural one; the definition a kind of ornamental coping that supports nothing.) WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Investigations**. — 3rd ed. Oxford: Basil Blackwell, 1986, p. 85.

²¹⁹ Tradução livre: I do not call a rule of representation a convention if it can be justified in prepositions describing what is represented and showing that the representation is adequate. Grammatical conventions cannot be justified by describing what is represented. Any such description already presupposes the grammatical rules. That is to say, if anything is to count as nonsense in the grammar which is to be justified, then it cannot at the same time pass for sense in the grammar of the prepositions that justify it (etc.).

Eu não posso usar a linguagem para ir para fora da linguagem²²⁰.

A Gramática é uma 'teoria dos tipos lógicos'²²¹.

As proposições de nossa gramática são sempre do mesmo tipo das proposições da física e não do mesmo tipo como as proposições "primárias" que tratamos do que é imediato²²².

Ou seja, como apresentamos, seu modo de observação alcança a gramática que estrutura os jogos de linguagem, mas não a sua justificação que opera noutra nível, apesar de sempre a pressupor. Ademais, essa dimensão gramatical propicia um ambiente objetivamente possível para o conhecimento e ir além disso seria cair no paradoxo de buscar, por intermédio da linguagem, transcendê-la. Isso seria uma impossibilidade (lógica) e também não teria valor epistêmico, uma vez que os limites da linguagem são também os limites que confinam o mundo²²³.

A partir desse standard de racionalidade – a Filosofia da Linguagem Ordinária – Hart assume o ponto de vista interno apenas para observar a gramática do Direito, o que está além disso encontra-se fora do seu campo de visão, do seu mundo jurídico. É o espaço do conhecimento não-objetivo, sujeito às contingências e à aplicação de critérios controversos, pois exigem uma dimensão avaliativa. Notem que uma das principais críticas que o jurista faz à tese da resposta correta de Dworkin é que esta exigiria uma objetividade moral²²⁴, o que aparentemente não compartilhava.

Por isso, diante da "textura aberta" e da "zona de penumbra" – que somente são identificadas por existir uma gramática jurídica – há a necessidade da discricionariedade judicial, pois, para ele, inexistiria uma regra/critério que pudesse determinar de forma objetiva qual seria a interpretação correta a ser seguida.

You cannot use language to go beyond the possibility of evidence. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Remarks**. Chicago: The University of Chicago Press, 1975, p. 55.

²²⁰ Tradução livre: "(...) I cannot use language to get outside language". Ibidem, p. 54.

²²¹ Tradução livre: "Grammar is a 'theory of logical types'". Ibidem, p. 54.

²²² Tradução livre: "The propositions of our grammar are always of the same sort as propositions of physics and not of the same sort as the 'primary' propositions which treat of what is immediate". Ibidem, p. 58.

²²³ Apesar de estarmos fazendo menção a uma frase presente no *Tractatus*, obra escrita sobre outros pressupostos filosóficos, entendemos que, em sentido lato, também se aplica ao Wittgenstein das *Investigações*, obviamente, interpretada a partir da reorientação de seu pensamento. Parece-nos que os limites do seu mundo foram ampliados e aprofundados com a sua nova maneira de compreender a linguagem.

²²⁴ A questão da relação entre Direito e Moralidade e o problema da objetividade Moral é tratado no argumento Metáético.

Hart (re)posicionou a teoria para o lugar onde o fenômeno acontece, o horizonte dos participantes, mas o modo de observá-lo negou instâncias que lhe são constitutivas, sua dimensão avaliativa/normativa e a sua relação (necessária) com a Moralidade. O próprio jurista foi criticado quanto à essa limitação do seu ponto de vista interno. Em contraposição, ele afirmou que:

Mesmo que (como Neil MacCormick e muitos outros críticos sustentaram) a perspectiva interna do participante, manifestada na aceitação do direito, enquanto esse fornece orientações para a conduta e padrões de crítica, **incluísse necessariamente uma crença de que há razões *morais* para uma pessoa se conformar com as exigências do direito e justificação moral para o uso da coerção por ele**, isto seria também algo que uma teoria Geral do Direito moralmente neutra registraria, mas não sustentaria ou partilharia²²⁵.

Ou seja, o jurista reconhece a possibilidade da existência de uma dimensão avaliativa/normativa (do ponto de vista) dos participantes frente ao Direito e que uma Teoria Geral do Direito poderia descrevê-la de forma desengajada. Não obstante, entendemos que isso demandaria um outro modo de observação, o que lhe traria algumas dificuldades epistêmicas aos pressupostos analíticos sobre os quais se embasava. MacCormick entendia que Hart havia ignorado aspectos significativos do ponto de vista interno, necessários para conhecer e entender regras de conduta, dentre eles a volição²²⁶. O jurista entendia que:

Há uma distinção genuína como delineada por Hart entre os pontos de vista “externo” e interno em relação à atividade humana. Mas o ponto de vista ‘interno’ como caracterizado por Hart contém essencialmente componentes distinguíveis, os quais devem ser distinguidos. Há o ponto de vista “cognitivamente interno”, a partir do qual a conduta é apreciada e entendida em termos de padrões que são usados pelo agente como padrões guia: o que é suficiente para um entendimento das normas e da normatividade. **Mas é parasita – porque pressupõe – um ponto de vista “volitivamente interno”: o ponto de vista de um agente, quem em algum grau e por razões que parecem boas para ele tem um compromisso volitivo de observar um padrão de conduta dado como um padrão para si, para**

²²⁵ HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2° ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 304. *Grifo nosso*.

²²⁶ Nesse sentido, MacCormick afirma “que parece acima de qualquer dúvida é que o elemento volitivo do ‘ponto de vista interno’ deve ser reconhecido como central para isso. É o fato da vontade das pessoas (em) conformidade a um padrão de ação conhecido, de suas preferências para alguns ao invés de outras configurações possíveis para tal ação em determinadas circunstâncias, que é para eles o primeiro fundamento da crítica e da avaliação ponderada da atual conduta na sociedade”. Tradução livre: What seems beyond doubt is that the volitional element of the ‘internal point of view’ must be recognized as central thereto. It is the fact of people’s will for conformity to a conceived pattern of action of their preference for some rather than other possible configurations of such action in given circumstances, that is for them the primary ground of criticism and reflective appraisal of actual conduct in society. MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. 1. ed. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 289.

outras pessoas ou para ambos: sua atitude inclui, mas não é incluída pela atitude “cognitivamente interna”²²⁷.

Nesse ponto percebemos o que já havíamos afirmado no argumento antropológico. Todo projeto teórico “esconde” uma ideia de ser humano que fundamenta, ainda que de modo velado, pressuposições determinantes para o modo como se observa a realidade. Parece-nos que MacCormick está levantando, apropriadamente, esta questão.

O que representa o ponto de vista interno para Hart? Uma experiência humana apenas cognitiva, apartada de uma dimensão volitiva, que por sua vez, está diretamente relacionada à maneira como enxergamos valorativamente o mundo, horizonte em que a tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade é vista com maior evidência.

Novamente, nos perguntamos: por que Hart assim presumiu se ele sabia que essa era uma descrição artificial da experiência humana? Provavelmente, porque entendia ser uma condição necessária para alcançar um conhecimento objetivo da realidade (jurídica). Essa artificialização do real não é algo incomum na história das ideias. Entifica-se a realidade buscando uma pretensa segurança epistêmica (objetividade), mas que pode não ser verdadeira.

Essa artificialização foi observada, por exemplo, na leitura que Bernard Williams²²⁸ faz da de Wittgenstein. Para ele, há um idealismo que perpassa toda a filosofia wittgensteiniana, tanto no *Tractatus* como nas *Investigações*. Williams, porém, precisamente, aponta que no primeiro teríamos um idealismo do sujeito solipsista e no segundo um idealismo transcendental do “nós”. Nesse sentido, um paralelo bastante fértil pode ser feito com os lugares e modos de observação

²²⁷ Tradução livre: There is a genuine distinction as drawn by Hart between ‘external’ and ‘internal’ points of view with reference to human activity. But the ‘internal’ point of view as characterized by Hart contains essentially distinguishable components, which ought to be distinguished. There is ‘cognitively internal’ point of view, from which conduct is appreciated and understood in terms of the standards which are being used by the agent as guiding standards: that is sufficient for an understanding of norms and normative. But it is parasitic on – because it presupposes – the ‘volitionally internal’ point of view: the point of view of an agent, who in some degree and for reasons which seem good to him has volitional commitment to observance of a given pattern of conduct as a standard for himself or for other people or for both: his attitude includes, but is not included by, the ‘cognitively internal’ attitude. *Ibidem*, p. 292.

²²⁸ Cf. WILLIAMS, Bernard. **Moral Luck**: philosophical papers 1973-1980. New York: Cambridge University Press, 1981, p. 144-163. Especificamente, o capítulo 12 intitulado “Wittgenstein and idealism”.

sustentados por Kelsen e Hart e no impacto desses para as teses de separação que defendem.

Em Kelsen, na esteira do Wittgenstein I, o lugar é o do cientista e sua observação descreve o que é objetivo na realidade observada. Essas descrições apresentadas em forma de proposições são figurações do real e sua verificabilidade depende de uma correspondência com os estados de coisas descritos. O mundo (jurídico) é uma externalidade objetual que pode ser apreendido em suas relações (lógicas).

Dessa forma, o Direito tem que ser uma sinonímia de Direito Positivo, algo que de fato existe externamente, e a observação deveria limitar-se aos seus aspectos objetivos/formais. Por isso, o jurista afirma que não há mal em si, mas apenas o mal proibido²²⁹, aquilo que está legalmente proibido é algo que existe e pode ser observado, o mal em si não, pois inexisteria referência empírica suficiente para tanto.

Ademais, mesmo o “mal proibido”, para o cientista, não seria nem bom nem mal, pois essa análise demandaria uma apreciação não objetiva. Kelsen compartilhava de um relativismo moral e o relacionava diretamente ao seu projeto científico. Assim, Direito e Moralidade poderiam ter relações necessárias e/ou contingentes, mas isso seria irrelevante para o lugar e modo de um cientista observar o fenômeno jurídico. Todavia, no âmbito da ciência (do Direito) haveria uma separação necessária, uma vez que essa seria a única maneira de se fazer uma teoria pura.

Em Hart, já sobre os aportes do Wittgenstein II, a linguagem deixa de ser uma figuração da realidade e torna-se uma prática social estruturada por regras. Conseqüentemente, para compreendê-la, o lugar de observação não pode ser mais o ponto de vista de lugar de nenhum, mas sim o ponto de vista interno dos participantes. Esse aspecto interno seria um dos pontos mais significativos de sua teoria analítica, que também por isso poderia ser entendida como uma sociologia descritiva.

²²⁹ Nesse sentido, Kelsen afirma que: “Do ponto de vista de uma teoria do Direito positivo não há qualquer fato que, em si e por si, isto é, sem ter consideração a respectiva consequência estatuída pela ordem jurídica seja um ilícito ou delito. Não há *mala in se*, mas apenas *mala prohibita*”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6° ed. Martins Fontes: São Paulo, 1998, p. 79.

Diferentemente das leis naturais cujas ocorrências independeriam do horizonte humano, as regras sociais, como as jurídicas, existiriam, seriam identificadas e seguidas, necessariamente, num ambiente social. Por essa razão, o teórico do Direito deveria compartilhar dessa dimensão interna. Todavia, seu projeto teórico é descritivo e gramatical, por isso, esse ponto de vista interno não pode espelhar a visão de participantes de “carne e osso” que se relacionam de modo integral com o fenômeno jurídico. Isso lhe traria diversas dificuldades epistêmicas, tais como enfrentar realidades consideradas não-objetivas, como a Moralidade; e a indissociabilidade entre fatos e valores.

O ponto de vista interno é um participante com uma cognição contextualmente situada, mas abstraído de sua volição (MacCormick). Como diria Williams, é uma idealização transcendental do “nós”. Seria a forma necessária e suficiente para descrever a gramática (profunda) do Direito que o estrutura enquanto uma prática social. Nesse lugar e com esse modo de observação haveria uma separação conceitual necessária entre Direito e Moralidade, ainda que se possa reconhecer – o que entendemos que o próprio Hart fez – a existência de relações necessárias e contingentes entre ambos.

Estamos tentando demonstrar como a tese positivista da separação conceitual entre Direito e Moralidade se fundamenta numa epistemologia com fortes traços idealistas, seja num ponto de vista externo (Kelsen), ou num ponto de vista interno (Hart). Essa artificialização é a sua condição de possibilidade. Antes de expor nossa crítica e nossa defesa de que, partindo de uma perspectiva hermenêutica do lugar e modo de observação, o fenômeno jurídico se desvela em seus vínculos com a Moralidade, entendemos ser importante tecer ainda algumas considerações.

Ao criticarmos essa tendência de artificialização da realidade, sobretudo, quando essa se traduz numa entificação que esconde o “ser”, a “existencialidade”, não estamos presumindo uma epistemologia hermenêutica que nos possibilite algum acesso direto ao real, a essência (*ousia*) das coisas. Em sentido muito diverso, parte-se de um reconhecimento da nossa finitude, do nosso modo de ser-no-mundo, por isso a necessidade de uma adequação epistêmica à nossa condição existencial.

Nesse sentido, a teoria deve possuir uma transparência tal que nos permita ver os fenômenos assim como se desvelam a nós. Esse é um horizonte de sentido a ser (re)construído, não de forma absolutizada, mas em constante abertura, uma vez

que os fenômenos não se mostram em sua totalidade – há sempre algo que se esconde naquilo que se mostra – e devido à nossa própria contingência histórica.

Haverá alguma artificialização nesse processo? A resposta é: sim, em alguma medida. Seja pela tentação epistêmica de um porto seguro que uma objetividade a-histórica nos concede, ou mesmo porque lidamos com dimensões da realidade não redutíveis ou de difícil redutibilidade em termos proposicionais.

Você então nos indagaria: Se a resposta é sim, qual é o problema então da artificialização? O problema se põe quando uma teoria ao invés de mostrar o fenômeno, seu modo-de-ser originário, o esconde, o apresenta como algo muito diferente do que o “é”.

Com isso, nós vamos num processo de naturalização epistêmica, perdendo a noção de sua realidade, sua existência, seus sentidos originários. O que entendemos acontecer nas propostas juspositivistas de Kelsen e Hart e em suas afirmações a respeito da tese da separação²³⁰. Após esses apontamentos, passemos a uma análise crítica da tese positivista da separação (conceitual) necessária entre Direito e Moralidade, a partir do lugar e do modo de observação.

Como expomos, para Kelsen, o ponto de vista é externo, é a posição do cientista, e, por isso, seu modo de observação estaria limitado aos contornos objetivos do fenômeno jurídico. Nesse âmbito, temos uma tese da separação de matiz formalista. A Ciência do Direito estaria necessariamente separada da Moralidade, mas isso não implica ao Direito enquanto fenômeno normativo.

O primeiro problema dessa teoria é essa significativa redução da realidade (jurídica). O Direito é um fenômeno que transcende a sua positividade e mesmo esta não se resume aos seus aspectos formais. Esse lugar de observação esconde um fenômeno que se dá ancorado numa relação existencial com seus participantes. E esse modo de observação esconde a sua dimensão valorativa – que também é hermenêutica - que o constitui.

O que ele apresenta, então? A teoria, ao purificar o Direito, o coloca num ambiente abstrato, produz uma imagem de sua estrutura lógico-formal. Diríamos até que Kelsen foi mais radical do que normalmente supomos. O jurista não apenas

²³⁰ Importante novamente frisar que não estamos a defender a perspectiva hermenêutica como a única possível para teoria do Direito. Conforme apontamos no argumento do modelo conceitual, existem propostas analíticas que reconhecem a dimensão avaliativa/normativa do Direito e sua relação com a moralidade, também, no nível conceitual. Ou seja, mesmo posturas analíticas podem permitir uma observação autêntica do fenômeno jurídico, isto é, não escondem sua existencialidade.

separou a Ciência do Direito do fenômeno “Direito”, o jurista separou o próprio fenômeno de si mesmo.

Assim, o mais adequado não seria dizer que ele fez apenas Ciência do Direito, mas sim que construiu algo que poderíamos denominar de “Direito da Ciência”. Noutras palavras, talvez o mais adequado seria dizer que a teoria pura é a Ciência do “Direito da Ciência” e não do fenômeno jurídico. Portanto, o que teríamos aqui seria uma tese da separação conceitual entre o “Direito da Ciência” e a Moralidade. Nesse sentido, parece-nos razoável certa indiferença quanto à existência de vínculos necessários e contingentes entre Direito e Moralidade.

O segundo problema, que também está relacionado com o anterior, seria a respeito da tese da separação necessária operar como uma exigência epistêmica de não engajamento (moral) do teórico, por isso a observação tem que ser externa e os aspectos “subjetivos” das normas jurídicas prescindidos. Dizer que a Ciência do Direito e, por consequência, suas proposições, são moralmente ou valorativamente desengajadas em absoluto nos parece inadequado, uma vez que a própria atividade científica está profundamente enraizada em valores morais e crenças que partilhamos²³¹.

Há uma moralidade interna da Ciência. Quando, por exemplo, um cientista faz uma descoberta importante, não se espera que ele a oculte da comunidade científica, nem da sociedade como um todo. Independentemente de suas razões pessoais, que podem até ser moralmente questionáveis, o que ele *deve* fazer é compartilhá-la. É um dever moral atinente à esfera da Ciência. Noutro passo, ela pressupõe valores epistêmicos substantivos relacionados ao standard de racionalidade – neokantismo – sobre o qual desenvolveu sua teoria²³². A ênfase numa abordagem formalista da ciência é valorativamente instituída.

²³¹ Nesse sentido, Michael Polany argumenta que: “A liberdade pública pode ser totalmente apoiada com um objetivo em si mesma, na medida em que é método para a gerência social de propósitos que são objetivos por si sós. A liberdade da ciência, a liberdade de credo, a liberdade de pensamento em geral, são instituições públicas pelas quais a sociedade abre para os seus membros a oportunidade de servirem a propósitos que são objetivos em si mesmos. Pelo estabelecimento dessas liberdades, a sociedade se constitui como uma comunidade de pessoas que acredita na validade e no poder das coisas da mente essas obrigações para com essas coisas. Logicamente, a aceitação dessas crenças é anterior à liberdade”. POLANY, Michael. **A lógica Liberdade**: reflexões e réplicas. Rio de Janeiro, Topbooks, 2003, p. 296.

²³² Nesse sentido Hans Welzel a respeito da abordagem kelseneana assevera que: “Precisamente en el Derecho y en la doctrina jurídica se pone de manifiesto que la “abstinencia de los valores” propia de los neokantianos, “el *pathos* de la ausencia de *pathos*” proclamado por Rickert, que exige el hombre teórico la renuncia a todo juicio de valor, expone a la sociedad y al Estado al hecho bruto

Assim, a tese da separação em Kelsen devido ao lugar e ao modo em que ele observa o fenômeno jurídico tem um escopo bastante restrito e abstrato, podendo conciliar uma tese empírica da conexão necessária, por exemplo. Além disso, paradoxalmente, é uma tese sustentada em valores epistêmicos e morais.

Há, no entanto, uma abordagem a respeito da tese da separação, que também está em Hart, que podemos concordar, refere-se a uma postura não-engajada por parte do teórico. Ou seja, a função precípua da teoria é descrever, analisar e explicar uma determinada realidade de modo rigoroso, demonstrável, ao invés de instrumentalizá-la a partir de certos ideais. Isto é, o teórico em sua função não deveria ser um militante, pois isso tende a desvirtuar a sua tarefa analítica.

Nesse sentido, compartilhamos um certo desengajamento e entendemos que isso reflete um valor moral relacionado à própria esfera da Ciência. Todavia, nos parece inadequado o uso da tese da separação nessa acepção, pois ela não se refere diretamente ao Direito, ou à Moralidade, mas à postura do teórico.

Com relação ao lugar de observação, temos um avanço significativo na proposta de Hart. Para o jurista britânico, o único lugar possível para uma observação efetiva das relações sociais seria aquele que assumisse o ponto de vista interno dos participantes. Sendo as regras jurídicas tipos de regras sociais para uma compreensão da gramática do Direito, o teórico deveria sair do seu “laboratório”, onde as variáveis lógicas estão devidamente controladas e inserir-se no ambiente ordinário, *locus* em que o fenômeno jurídico é experienciado.

Porém, como falamos no início do argumento, estar no lugar certo não significa, necessariamente, a disposição adequada para observar a realidade (jurídica). É condição necessária, mas não suficiente. O ponto de vista interno é uma representação de participantes que cognitivamente se relacionam com as regras, agem em conformidade com elas e as usam como padrão para julgar a si e aos demais. Contudo, de forma não valorativa. Parecem seres amorais que,

del poder: “Si nadie es capaz de fijar lo que es *justo*, alguien tiene que establecer o que debe ser Derecho”. Max Weber, en su artículo sobre “La objetividad del conocimiento de las ciencias sociales y políticas (1904), de importancia decisiva para la teoría jurídica relativista, había expuesto, después de un detenido examen, que los juicios de valor escapan de toda a discusión científica (...)” RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, p. 102.

estranhamente, julgam a si próprios e seus pares tendo as regras como referência de conduta.

Em Hart, o problema maior é o modo de observação que representa seres irreais (artificiais), e assim alcança critérios “objetivos” para a identificação do Direito. Mas, para isso, abstraiu a relação hermenêutica que os participantes possuem com o fenômeno jurídico e a sua dimensão avaliativa/normativa. Assim, também opera uma redução drástica da realidade (jurídica).

Nesses termos se sustenta a tese da separação conceitual hartiana que decorre do seu modo de observação. Ela é falha porque, analiticamente, ao fugir do ponto de vista de lugar nenhum, busca uma objetividade num ponto de vista de pessoas artificiais, novamente, numa transcendentalização do “nós”. A tese se fundamenta numa descrição limitada, ou mesmo equivocada, de como nós somos e de como seguimos regras (jurídicas).

Joseph Raz, também inserido na tradição analítica, parece ir um pouco mais além buscando compreender a normatividade do Direito, ou seja, não apenas a gramática que nos permitiria a identificação do fenômeno jurídico, mas responder a seguinte indagação: qual diferença faz ao nosso raciocínio prático o fato de sabermos que uma determinada regra pertence ao Direito²³³? *Prima facie*, ao direcionar a observação teórica ao nível da razão prática, poderíamos esperar um ponto de vista (interno) um pouco menos idealizado.

Todavia, para Raz, o ponto de vista interno a ser descrito não é o dos participantes, mas o ponto de vista do sistema jurídico, assumido pelas instituições jurídicas, juízes e tribunais²³⁴. Nesse sentido, o jurista pontua que:

O ponto de vista jurídico (do sistema S) consta das normas de S e quaisquer outras razões sobre cuja base lhes é exigida atuar aos sujeitos normativos de S por parte das normas de S. O modelo ideal de cidadão que observa o Direito é o homem que atua desde o ponto de vista jurídico. Não se limita a atuar em correspondência com o Direito. Segue as normas

²³³ Nesta direção, Raz explica que: “Pues el principal propósito del resto de este capítulo es explicar qué se quiere decir precisamente cuando se dice que las reglas jurídicas son normas (esto es, razones para la acción), y qué es lo que justifica el uso de términos normativos para explicar el Derecho. (...) Deseamos saber qué diferencia aporta a nuestro razonamiento práctico el hecho de que una norma pertenezca a un sistema jurídico en vigor de un determinado país. No estamos satisfechos con una respuesta que muestre que los Derechos coinciden con sistemas de normas válidas”. RAZ, Joseph. **Razon practica y norma**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 180.

²³⁴ Para Raz, é uma condição necessária para que um sistema jurídico esteja em vigor a existência de uma crença compartilhada que as disposições jurídicas são razões válidas. Contudo, não seria necessário que toda a população assim cresse e obedecesse ao Direito, ao menos, os Tribunais e os juízes devem crer e atuar conforme essa crença, isto é, assumir o ponto de vista jurídico. Cf. *Ibidem*, p. 199.

jurídicas e as normas juridicamente reconhecidas como normas e as aceita também como razões excludentes para não tomar em consideração as razões em conflito que àquelas excluem²³⁵.

Raz entende que para um sistema jurídico estar em vigor não é necessário que os seus sujeitos normativos como um todo sejam, de fato, ou devam ser conforme esse modelo ideal de cidadão. Porém, é imprescindível que os juízes assim atuem, considerando e julgando os cidadãos também dessa forma, ou seja, presumindo que eles são esse tipo ideal²³⁶.

Portanto, o ponto de vista interno é simbolizado por um cidadão ideal que segue e aceita as disposições jurídicas como razões excludentes para a ação, e o que o teórico descreve não é o modo como essa “pessoa” desenvolve seu raciocínio prático, mas como este idealmente funciona a partir do ponto de vista do Direito. Esse ponto de vista explicaria a normatividade do Direito a partir de sua singularidade, e, por isso, poderia ser descrito sem depender de aspectos valorativos. Noutras palavras, alcança-se a pretensão analítica de uma objetividade que opera fora da contingência do mundo vivido.

O jurista israelense apresenta um exemplo ilustrativo de como o uso de uma linguagem normativa não implicaria um endosso, uma dimensão avaliativa. Neste, dois amigos vão jantar, sendo apenas um deles vegetariano. Aquele que não é, e que acredita não haver nenhuma razão para ser, diz: “não debes comer esse prato, tem carne”. Para Raz, ele usa um enunciado normativo a partir do ponto de vista do amigo vegetariano, sendo indiferente às razões que teve para assim agir.

Poderíamos objetar dizendo que essa fala depende de alguns aspectos valorativos, tais como: 1) a crença de que para o seu amigo vegetariano comer carne significa um erro moral, algo de significativo valor. Dessa forma, ele deveria avisá-lo, a fim de evitar um sofrimento desnecessário; ou 2) a crença que a amizade exige atitudes altruístas, um preocupar-se com o bem-estar do outro. Ainda assim, Raz refutaria dizendo:

²³⁵ Tradução livre: El punto de vista jurídico (del sistema S) consta de las normas de S y de cualesquiera otras razones sobre cuya base se les exige actuar a los sujetos normativos de S por parte de las normas de S. El modelo ideal de ciudadano que se atiende al Derecho es el hombre que actúa desde el punto de vista jurídico. No se limita a actuar en correspondencia con el Derecho. Sigue las normas jurídicas y las normas jurídicamente reconocidas como normas y las acepta también como razones excluyentes para no tomar en consideración las razones en conflicto que aquéllas excluyen. Ibidem, p. 199.

²³⁶ Cf. Ibidem, p. 200.

Mas essas são *minhas* razões para lhe dizer algo que eu sei que ele considerará como uma razão válida. Eu não creio que *ele* tenha uma razão nem afirmo que a tenha. Eu enuncio que razões há desde um determinado ponto de vista por que sei esse é o seu ponto de vista²³⁷.

Raz está ciente que a nossa razão prática é atravessada por razões diversas para ação, incluindo morais, porém, o que busca alcançar não é a razão, no sentido de justificativa para ação – empreitada analiticamente a ser evitada, diante da incomensurabilidade dessa experiência – mas o que significa usar uma razão específica em nosso discurso normativo e isso por intermédio do ponto de vista da prática que a singulariza.

A partir desse lugar e desse modo de observação, não faz sentido conceitual a relação necessária entre Direito e Moralidade, pois isso estaria além do ponto de vista interno do sistema jurídico, que tem pretensão de autoridade e se caracteriza por ser formado por razões excludentes. Do ponto de vista do Direito, sua normatividade tem preempção em relação a qualquer outra norma social de modo que a sua validade não poderia depender de nada além de si próprio.

A proposta teórica de Raz e a tese da separação conceitual funcionam, como em Kelsen e Hart, dentro de um ambiente artificial que suprime de forma significativa instâncias da realidade (jurídica). Tomemos por base o exemplo do jantar. Há o reconhecimento de que existem razões que justificam o enunciado normativo, porém, a observação teórica não as enxerga, elas ficam encobertas na identificação do que significa analiticamente para o raciocínio prático usar uma determinada razão específica.

Entendemos que isso está muito distante do modo como emitimos nossos juízos normativos. Quando dizemos: “fulano deve pagar o imposto X”, não estamos de modo analítico espelhando o ponto de vista idealizado de um sistema jurídico, mas há uma dimensão avaliativa subjacente que lhe é condição de possibilidade. Há uma relação (hermenêutica) interna e externa que parecem não existir.

Voltemos ao jantar. O amigo não vegetariano ao falar, (in)conscientemente revelou que para ele, ou seja, no âmbito subjetivo, aquela era a ação certa a se

²³⁷ Tradução livre: Pero estas son mis razones para decirle algo que yo sé que él considerará como una razón válida. Yo no creo que él tenga una razón ni afirmo que la tenga. Yo enuncio qué razones hay desde un determinado punto de vista porque sé que ése es su punto de vista. *Ibidem*, p. 205.

fazer. Como acentua Iris Murdoch²³⁸, o problema dessa realidade interna é que ela é essencialmente moral. Por isso, entendemos que propostas analíticas procuram negá-la, uma vez que nesse ambiente a segurança epistêmica (parece) estar “comprometida”. Há ainda uma relação que denominarei de externa, que se estabelece para que ele pudesse conhecer o ponto de vista de seu amigo vegetariano.

A pergunta a ser respondida é: como ele descobriu esse ponto de vista? Parece haver aqui uma presunção analítica, semelhante à do ponto de vista interno de Hart, de que esse conhecimento seria decorrente de uma cognição não-avaliativa, isto é, mesmo sabendo que isso não se dá dessa maneira, se idealiza por fins epistêmicos.

Diríamos que aquela pessoa tomou conhecimento do ponto de vista de seu amigo dentro de uma relação de amizade, há uma dialogicidade existencial implicada nesse processo. O amigo percebe o ponto de vista do outro a partir de uma fusão de horizontes que pressupõe uma dimensão valorativa de e entre ambos.

²³⁸ Iris Murdoch em *Soberania do Bem* expõe com clareza o caminho trilhado pela filosofia moral de sua época, tendo como interlocutor Sir Stuart Newton Hampshire, que, aliás, era academicamente próximo de H.L.A. Hart. A filósofa apresenta o exemplo de uma mãe (M) que inicialmente não teve uma boa impressão da nora, mas que não deixou isso transparecer, tratando-a sempre de forma cortês. Depois de algum tempo, estando já a nora ausente, a mãe começa a questionar-se internamente se aquela visão estava correta, se estava sendo justa, pois ela poderia estar pensando daquela forma por ciúmes, por exemplo. Ao enfrentar essa “batalha” interna ela acaba mudando a sua perspectiva em relação à nora, passando a vê-la com bons olhos. Diante desse caso Murdoch analisa que (...) “nos sentimos impelidos a dizer algo como: a atividade de M é peculiarmente *dela própria*. Seus detalhes são detalhes *dessa* personalidade; e em parte por essa razão talvez seja uma atividade que só pode ser realizada em privado. M não poderia fazer isso em uma conversa contra outra pessoa. Hampshire diz que “tudo que conta como uma realidade definida tem que estar aberto a vários observadores”. Mas essa noção pseudocientífica de individuação através de observadores inespecíficos pode realmente ser aplicada a um caso como esse? Aqui existe uma atividade, mas não observadores; se fôssemos introduzir a ideia de observadores potenciais, a questão da *competência* deles também surgiria. A atividade de M é difícil de caracterizar não porque seja nebulosa, mas *precisamente porque é moral*. (p. 37) A filósofa ainda apresenta vários *insights* críticos muito significativos para a compreensão da filosofia da linguagem ordinária e, por consequência, para a teoria jurídica dela decorrente. Para o ponto que estamos tratando destacamos os seguintes excertos que demonstram como o âmbito interno/subjetivo dos agentes havia sido abstraído da observação filosófica: “pode-se argumentar que eu faço uma promessa ao proferir a palavra “prometo”: uma elocução performativa. Mas, em um contexto religioso, eu me arrependo ao proferir com sinceridade as palavras “estou arrependido””? (p. 29); “há dois sentidos em “saber o que uma palavra significa”, um ligado a linguagem comum e outro que pouco tem a ver com isso. O conhecimento de um conceito de valor é algo a ser entendido em profundidade e não apenas situando em alguma rede impessoal (p. 44)”. MURDOCH, Iris. **A soberania do bem**. São Paulo: Unesp, 2013. Como temos discutido um dos maiores problemas de se pensar o Direito em termos analíticos, como H.L.A Hart e Joseph Raz propõem, é essa artificialização da existencialidade humana. Com esse procedimento, uma tese da separação (conceitual) é adequada, mas já está muito distante do nosso modo de ser e do modo como o fenômeno jurídico se desvela a nós. Agradeço ao colega e amigo Gilberto Morbach pelo diálogo a respeito desse ponto específico e por apresentar-me a obra de Murdoch.

Quando ele diz ao seu amigo que ele não deve comer aquele prato, ele pressupõe que isso seja algo importante/necessário a ser dito a partir do valor moral que percebe dentro daquele ponto de vista, mesmo que não seja o seu. A percepção desse valor não se resume apenas a uma identificação e adequação informacional.

Pensemos naquele enunciado “Fulano deve pagar o imposto X” e façamos a mesma pergunta: como descobrimos o ponto de vista do Direito? Raz pressupõe que isso possa acontecer a partir de um enfoque que identifique o Direito a partir de seus aspectos não-valorativos²³⁹, ou ao menos abstraindo teoricamente sua dimensão avaliativa.

Todavia, também se nega a relação interna e externa que temos com o fenômeno jurídico. Internamente, quando proferimos aquele enunciado, pressupomos que dentro daquele ordenamento jurídico é essa a ação exigida, há um caráter de justificação moral e não apenas epistêmico. Se, por exemplo, não há nenhum imposto a ser pago, mas digo que há, algum transtorno eu estaria provocando na vida de fulano. Há uma implicação moral. Externamente, para conhecer o ponto de vista jurídico, devemos participar dele, aceitá-lo mesmo que não endossemos moralmente todas as suas disposições, pois isso envolve uma experiência moral.

Ao dizermos que “fulano deve pagar o imposto X, porque essa é a exigência da regra Y” (ponto de vista jurídico) há um não-dito, mas que é fundamental. O não-dito é que regra Y é Direito porque decorrente de uma fonte socialmente autorizada. O não-dito é que essa fonte socialmente autorizada foi constituída a partir de uma apreciação moral de como as leis deveriam ser feitas. O não-dito é que esses valores morais continuam sustentando essa realidade institucional. O não-dito é, como no caso do jantar, parte da pressuposição de que esse dever seja algo importante/necessário a ser dito a partir do valor (moral) que possui dentro do ponto de vista do Direito, mesmo que esse não seja o seu.

Noutras palavras, descobrir o ponto de vista jurídico demanda uma relação em que essa realidade é apreendida numa imbricação dos seus aspectos avaliativos e não-avaliativos. Ou seja, mesmo quando um teórico diz que “as pessoas da comunidade Q devem pagar o imposto X”, há (implicitamente) toda a dimensão

²³⁹ O argumento de Joseph Raz a esse respeito e nossas objeções estão no argumento da incindibilidade dos fatos e valores.

avaliativa que sustenta o fenômeno jurídico sobre o qual se diz, ainda que isso seja considerado irrelevante para a teoria.

Alguém ainda poderia dizer que muitas pessoas vivem de forma inautêntica, uma existência impessoal (*das Man*), sem dar-se conta da dimensão avaliativa do Direito. Para elas o dever jurídico é uma simples e exclusiva decorrência da lei posta. Isso não implica na inexistência dessa dimensão ou que a descrição da normatividade jurídica deveria prescindir-la.

Essas pressuposições extrapolam o que se pode depreender do fato da limitação epistêmica/moral dessas pessoas. Seria algo semelhante com a experiência de alguns motoristas há décadas quando carros usados mais populares com cinco marchas começaram a ser vendidos. Alguns motoristas começaram a comprar veículos que tinham até a quinta marcha, mas pelo costume operavam só até a quarta, ou mesmo nem se davam conta de que aquele carro já tinha uma marcha a mais.

Se, nessa época, indagássemos para algum deles, a respeito do número de marchas de seu carro, provavelmente alguns diriam quatro. Se partir daí enquanto um especialista em carros disséssemos que esse veículo não possui a quinta marcha, ou que a descrição mais adequada dele é aquela que não precise da quinta marcha, estaríamos equivocados em ambas as análises. Na primeira porque o fato de o motorista ainda não ter se dado conta da (nova) realidade não é suficiente para dizer que ela não existe. Na segunda, porque a descrição mais adequada deveria reconhecer as características fundamentais do veículo, o que deveria incluir o número correto de marchas, o que não aconteceu.

Ademais, quando essa pessoa diz que o dever jurídico é uma simples e exclusiva decorrência da lei posta, por isso a exigência do seu cumprimento, ela não apenas identificou uma fonte social do Direito, mas, ao mesmo tempo, assumiu que é essa que justifica a sua ação; e também a coerção legal, mesmo que discorde. Isso pressupõe um valor moral do fenômeno jurídico, como já destacamos no argumento fenomenológico. O Direito é um modo específico de dar sentido moral às nossas ações, e esse caráter justificatório é, por consequência, eminentemente moral.

Ou seja, há uma dimensão moral inescapável quando usamos a linguagem normativa do Direito, seja para justificar ou criticar as nossas ações e/ou as de outras pessoas; seja como participante (sujeito normativo) na identificação do

ordenamento jurídico e de suas disposições; ou mesmo como teórico que observa a partir do ponto de vista jurídico, uma vez que essa também é constituída de aspectos avaliativos (morais) que lhes são indissociáveis.

Ainda assim alguém poderia objetar que aquele modelo ideal de cidadão apresentado por Raz é apenas um tipo ideal para representar o ponto de vista jurídico que o teórico procura descrever. Mas o que é esse ponto de vista, senão uma idealização ainda mais abstrata?

Como já nos posicionamos antes, reconhecemos o valor de abordagens teóricas analíticas ao Direito, dentro dos estritos limites epistêmicos sobre os quais desenvolvem suas investigações. Entretanto, é possível perceber que muitas das teses nelas sustentadas fazem sentido numa realidade artificial, por isso, aparentemente verdadeiras²⁴⁰. Dentre elas estão a tese da separação (conceitual) entre Direito e Moralidade.

Em Raz, essa tese é lastreada num ponto de vista do sistema jurídico, que é observado a partir de um tipo humano idealizado. Faz sentido, é coerente e bastante sofisticada, mas está muito distante do lugar e do modo como (hermeneuticamente) experienciamos o fenômeno jurídico, sobretudo, a sua normatividade.

Em síntese, a tese da separação (conceitual), analiticamente defendida a partir desses três lugares e modos distintos de observação, nos parece demasiadamente artificial. Em Kelsen, o lugar é o do cientista que observa o que é objetivo da realidade jurídica, sua estrutura lógico-abstrata. Em Hart, o lugar é o ponto de vista interno dos participantes, porém apenas como se esses tivessem uma cognição abstrata, que os permite identificar e seguir regras (jurídicas) sem qualquer experiência valorativa. Em Raz, o lugar também é interno, mas representa o olhar do sistema jurídico; é uma observação idealizada que alcança as disposições jurídicas como razões excludentes e essas no seu aspecto formal de operação no raciocínio prático.

Nesses termos se percebe que a tese da separação (conceitual) entre Direito e Moralidade depende de lugares e modos de observação que reduzem sobremaneira a realidade (jurídica) ou a artificializam. Desse modo não se sustenta

²⁴⁰ Quanto mais artificial é a reconstrução da realidade, mais restritas são suas teses, isto é, menos servem para afirmar algo sobre o fenômeno em sua totalidade ou em dimensões que foram abstraídas nesse processo. Um deslocamento absoluto da realidade tornaria uma teoria inverossímil, assim, o que sem tem é uma artificialização a partir de fragmentos da realidade.

enquanto uma descrição do fenômeno jurídico como um todo e está circunscrita ao espectro conceitual de cada proposta teórica.

Partindo de uma perspectiva hermenêutica – nosso lugar e modo de observação – entendemos que a tese da conexão necessária é a mais adequada em relação ao desvelar do fenômeno jurídico à experiência humana na temporalidade. Essa defesa parte da tentativa, *prima facie*, de não reduzir a realidade (jurídica) e nem abstrai-la da facticidade a partir de pressupostos analíticos. Isto é, decorre de um “ponto de vista” que represente o mais próximo possível o nosso modo de ser no mundo, de forma que a partir desse horizonte o fenômeno jurídico seja observado assim como ele se mostra.²⁴¹

Somos seres ontologicamente hermenêuticos. Nossa existencialidade se dá em movimentos circulares em que compreendemos a nós mesmos na medida em que compreendemos os outros e vice-versa. Nossa existencialidade se dá no mundo, enquanto uma ambiência de sentido, de modo que tudo o que conhecemos, inclusive o que chamamos de “fatos brutos”, acontece no interior das relações existenciais que estabelecemos. Há uma inescapável situação histórica, e uma inexorável marca humana sobre o que se conhece. Nossa existencialidade se dá na linguagem, que é condição de acesso ao mundo, é uma experiência integral²⁴², não fragmentada.

Assim, diríamos que o lugar e o modo com que observamos o fenômeno jurídico pressupõe: a) sempre uma relação “eu-nós”, uma intersubjetividade; b) que a relação que estabelecemos com o jurídico acontece na facticidade; c) que a linguagem sobre o Direito e a linguagem do Direito são condições de possibilidade para apreender a realidade existencial do Direito, seu modo de ser.

Noutro passo, buscando maior profundidade, entendemos que um ponto de vista hermenêutico revela o *es-panto*, a tonalidade afetiva que nos compele à necessidade do pensar inicial (Heidegger). Nessa observação: 1) mesmo o mais habitual, torna-se inabitual; 2) mesmo o mais habitual de tudo e em tudo, em

²⁴¹ Ver argumento fenomenológico.

²⁴² Merold Westphal acentua que em Heidegger há um “movimento de todas as posturas teóricas (científica, teológica, filosófica etc.), compreendidas agora como abstrações da experiência humana e primordial, de volta a plenitude do ponto de vista natural, ou para ser mais preciso, à compreensão reflexiva do ponto de vista natural no todo de sua concretude afetiva e prática”. WESTPHAL, Merold. A Hermenêutica enquanto epistemologia. in: **Compêndio de Epistemologia**. GRECO, J. & SOSA, E. (Orgs.). São Paulo: Ed. Loyola, 2008, p. 653.

qualquer de seus modos de expressão, torna-se inabitual; 3) a saída do que há de mais inabitual no maximamente habitual é desconhecida; 4) não há caminhos prévios de entrada à inabitualidade do habitual; 5) temos um caminho que se dá no intermezzo, entre o habitual (ente) e inabitual (ser), é uma abertura que se dá nem fora e nem dentro; 6) se desvela o ente como ente no jogo do seu ser; 7) há uma constante abertura para apreensão do ente como ente, para o seu desvelamento; 8) o humano é transposto para o interior e para diante do ente enquanto tal; 9) há uma sustentação e uma tolerância ao inexplicável, na busca de apreender aquilo que se mostra no desvelamento; 10) há um sofrimento enquanto suportaçãõ criativa do incondicionado²⁴³.

Assim, teríamos: 1) uma disposição para observar o fenômeno jurídico em todas as suas dimensões e possibilidades enquanto algo inabitual, mesmo em aspectos já naturalizados ou habituais; 2) uma disposição que reconhece sua finitude epistêmica, a insuficiência de suas pretensões metodológicas prévias de acesso à realidade (jurídica); 3) uma disposição que se situa no entre, que possibilita a apreensão dos sentidos do fenômeno jurídico enquanto tal; 4) uma disposição em tolerar o “inexplicável”, do “incerto”, ao invés de reduzir o fenômeno jurídico ao habitual; 5) disposição ao “sofrimento” diante da ausência de um *standpoint* seguro e de uma objetividade impessoal.

Diante dessa situação hermenêutica, está o nosso ponto de vista do fenômeno jurídico. A partir dele, percebemos a redução e a artificialização da realidade (jurídica) que foram feitas, e como elas, pretensamente, sustentam a tese da separação (conceitual) entre Direito e Moralidade.

Contudo, não vimos apenas as fragilidades dessas estruturas epistêmicas, mas também que essa tese não é aquela que se observa no modo de ser próprio do Direito. Ao contrário, a tese mais adequada seria aquela que reconhece a conexão necessária entre Direito e Moralidade.

Conforme expomos no argumento fenomenológico, o Direito se constitui moralmente, seja por ordenar a vida social a partir da imaginação moral

²⁴³ Esses pontos representam uma síntese daqueles que foram apresentados por Heidegger no § 38 da sua obra *As Questões Fundamentais da Filosofia*. Entendemos que, mesmo resumidos, representam o desafio hermenêutico para uma observação teórica que não se limite ao habitual, ou a habitualidade dos fenômenos, nem mesmos aos modos prévios e seguros de acesso à realidade. Cf. HEIDEGGER, Martin. **As questões fundamentais da filosofia**: (“problemas” seletos da “lógica”). Trad. Marco Antonio casa Nova. São Paulo: Martins fontes, 2017, p. 211-230.

compartilhada, seja por ser ele próprio uma resposta moral à realidade. A instituição do Direito enquanto um modo específico de regulação do comportamento humano em sociedade e para a resolução dos conflitos que lhe são inerentes, ao invés do caos ou mesmo de outras formas de ordenação, é em si moral. Nesse sentido é que afirmamos que o Direito institui uma realidade moral diferenciada. A Moralidade diferencia o Direito, mas não o separa de si.

Por isso, tanto na forma ou no conteúdo o fenômeno jurídico se constitui em direção à Justiça, com uma inerente e indissociável pretensão de moralidade. Mesmo expressando-se de forma finita e imperfeita – o que expressa seus traços humanos – o Direito mantém-se nesse movimento. Ou seja, ele entrelaça *ser* e *dever-ser*, fato e valor, ontologia e teleologia. Assim como aqueles que vivenciaram a gênese do Direito Ocidental o viam e o percebiam.

Essa observação, que se pretende não-reducionista e não-artificial, é capaz de apreender, ainda que não consiga explicar (exaustivamente) que: 1) há uma conexão necessária que atinge as formas do Direito como um todo, desde as disposições consideradas mais fundamentais até as mais contingentes; desde os processos e procedimentos mais simples aos mais complexos; 2) há uma conexão necessária que atinge o conteúdo do Direito. Ou seja, os sistemas jurídicos sempre contêm ou expressam valores morais de elevada estima para a sua comunidade; 3) há uma conexão necessária que atinge a aplicação do Direito, por instituir uma realidade moral diferenciada, o raciocínio prático dela decorrente é moral, ainda que em sentido estrito; 4) há uma conexão necessária nas fontes sociais do Direito; enquanto um fato institucional o fenômeno jurídico se manifesta a partir de fontes (moralmente) autorizadas; 5) há uma conexão necessária na co-implicação existente entre ambos, mudanças jurídicas modificam de algum modo a imaginação moral, e alterações do imaginário moral possibilitam modificações jurídicas; 6) há uma conexão necessária que emree da relação hermenêutica que estabelecemos com o Direito, nosso reconhecimento, nossa (des)obediência, nosso juízo acerca das nossas ações e das outras pessoas, se dá numa dimensão moral, justificativa. É uma forma moral de responder a pergunta: O que devo fazer?

Se é observável a existência de uma conexão necessária nas mais diversas dimensões jurídicas, essa tese, fenomenológica, deve ser reconhecida e explicitada em nossos “conceitos” de Direito, ou seja, a partir dessa realidade precisamos adequar nossos lugares e modos de observação. Se o nosso labor conceitual,

teórico-analítico, nega instâncias constitutivas do fenômeno (jurídico) enquanto tal no afã de alcançar uma objetividade não-humana, uma segurança epistêmica, o que temos são teorias analiticamente estruturadas, mas deveras artificiais, tão distantes da realidade que ao invés de mostrar o fenômeno, o escondem.

Para Kelsen, exemplo de uma modalidade de ponto vista externo, podemos dizer que a pureza da observação do cientista, como imaginava, é inalcançável. Porém, isso não significa transformar a Ciência do Direito num reino de subjetividades. O cientista/teórico tem um compromisso moral de descrever os fenômenos como se apresentam, suas descrições não devem ser arbitrarias. Um jurista kelseneano pode e deve observar a estrutura lógico-formal do Direito Positivo, todavia, para isso não é necessário dizer nem que o Direito – o que, neste caso, aparentemente Kelsen não faz – nem que a Ciência do Direito estão absolutamente separados da Moralidade.

Para Hart, exemplo de ponto de vista interno, podemos afirmar que um conceito gramatical de Direito tem o seu valor epistêmico. Entretanto, para isso, não seria necessária uma separação (conceitual) *lato sensu*. Separar conceitualmente Moral Positiva e Direito faz sentido, uma vez que é a partir da própria experiência moral que se diferencia o fenômeno jurídico. Todavia, há uma moralidade constitutiva do Direito, que o jurista em certo sentido parece admitir, e uma dimensão moral do que venha ser seguir regras (jurídicas), o que considera plausível. Tais constatações apontam para uma tese conceitual da conexão necessária, mas que não receberam o seu devido acolhimento teórico.

Para Raz, exemplo de ponto de vista do sistema jurídico, argumentaríamos que pensar as regras jurídicas como razões excludentes é um modo muito representativo de se perceber o elevado valor moral do Direito no raciocínio prático. Ademais, que o uso da linguagem normativa do Direito opera numa dimensão avaliativa, sendo, portanto, muito limitado um enfoque que identifique o Direito a partir dos aspectos jurídicos que acredita serem não-valorativos.

Novamente, o que estamos tentando enfatizar é que as posturas analíticas que sustentam uma separação (conceitual) entre Direito e Moralidade a partir de lugares e modos específicos de observação – mesmo tendo a tese uma abrangência limitada e prescindir de uma significativa redução ou artificialização da realidade (jurídica) – ainda pressupõem conexões (conceituais) necessárias que precisam vir à luz. O que talvez signifique alguma reorientação epistêmica.

O modo como propomos isso é a partir de um lugar e modo hermenêutico de observar. No clássico conto de Hans Christian Andersen “A roupa nova do rei”, nem o Rei, tampouco a multidão (o impessoal) – ambos expõem experiências inautênticas frente ao real – queriam reconhecer-se como “tolos” diante do tecido invisível que só os “esclarecidos” conseguiam ver. Até que uma criança olha com espanto, tem um estranhamento, e diz: “o rei está nu!” e todos foram confrontados com a realidade.

O mesmo pode acontecer em nossas observações teóricas, com medo de não sermos tão “inteligentes”, de lidar com a insegurança epistêmica diante daquilo que consideramos como inexplicável ou de difícil explicação, ou mesmo de construir teorias que representem a finitude de nossas pretensões explicativas, podemos não ver o que deveríamos ver, ao passo que, podemos ver e defender o que já é invisível por ser (muito) artificial.

Por isso a teoria e filosofia no Direito devem manter essa abertura para uma observação que permita o es-panto, que seja como a criança do conto. Desse modo e lugar, poderemos observar o desvelamento do fenômeno jurídico e assim reconhecer as relações necessárias (e contingentes) que possuí com a Moralidade.

6. Argumento da Incindibilidade entre fatos e valores

O argumento da incindibilidade entre fatos e valores enfrenta as seguintes objeções, baseadas no dualismo entre *ser* e *dever-ser* (*is/ought to*), a tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade²⁴⁴: 1) o Direito que “é” independe daquilo que ele “deve-ser”; 2) o Direito pode ser identificado a partir dos seus aspectos não-valorativos. Como nos demais argumentos, nossa exposição, ao final, defenderá a tese da conexão necessária a partir de uma compreensão integrativa entre fato e valor, ser e dever-ser, ontologia e teleologia.

Começemos por apresentar, ainda que de modo bastante sucinto, alguns dos pressupostos epistemológicos do filósofo David Hume²⁴⁵, que estão na base da tese da separação (conceitual) e das objeções a serem enfrentadas. Hume era um empirista, para ele, o “conhecimento” que não decorresse da experiência seria um sofisma, uma ilusão.

Rompendo com as tradições escolástica e racionalista, o filósofo propunha uma dependência radical entre o conhecimento e a realidade empírica, aquela que está à disposição da percepção (sensorial). Todavia, a existência de uma “conjunção constante” entre fenômenos não seria uma causalidade (necessária), por isso, mesmo dela não se poderia extrair verdades factuais. As conexões causais que elaboramos seriam apenas projeções mentais em direção ao mundo. Isto é, não haveria nenhuma ordem cosmológica ou racional predeterminada que servisse de referência que pudesse garantir objetividade.

Como é possível observar, Hume era também um cético. Não obstante, o filósofo percebia a existência de um hábito próprio do ser humano de sintetizar as regularidades experienciadas em universalizações. Dessa forma, seria necessário

²⁴⁴ Além dessas duas há uma outra que afirma que diante da não objetividade de proposições morais ou valorativas estaria a existência do Direito separada da Moralidade, uma vez que não faria sentido algo que existe prescindir de algo que inexiste objetivamente. Ou, que diante da ausência de objetividade naqueles domínios, a descrição do Direito deveria limitar-se aos seus contornos factuais, a fim de desenvolver uma descrição epistemologicamente segura, verdadeiramente científica (Kelsen). Apesar de também relacionada como a distinção entre ser e dever-ser, entendemos ser mais adequado tratar essa objeção separadamente, o que é feito no argumento metaético.

²⁴⁵ Para uma análise aprofundada da influência de David Hume para o desenvolvimento de uma teoria jurídica anglo-saxã analítica recomendamos a leitura da dissertação de William Galle Dietrich intitulada *Positivismo Jurídico: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais*. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/7459>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

entender como essas inferências indutivas poderiam ser consideradas, em alguma medida, verdadeiras ou falsas.

Diante disso, na tentativa de explicar como um conhecimento “seguro” seria possível, Hume apresenta a sua distinção entre as relações de ideias (*relations of ideas*) e as questões de fato (*matters of fact*). As relações de ideias tratariam daquilo que é possível acessar apenas pelo pensamento, de forma abstrata. Diferentemente, as questões de fato não dependeriam somente do pensamento e abriam a possibilidade para a contradição.

Enquanto nas relações de ideias o triângulo é sempre um triângulo, pois, não pode ser e não-ser ao mesmo tempo ou na mesma relação, nas questões de fato não haveria essa exatidão, dado que não são realidades lógicas ou conceituais. Assim, por exemplo, podem ser enunciados prognósticos absolutamente divergentes sobre o que acontecerá amanhã e ambos serem factíveis.

A preocupação de Hume, enquanto empirista, se volta às questões de fato, aquelas que são acessadas pela experiência. O ponto era saber como fundamentar nossas asserções sobre elas. Nesse sentido, o conhecimento possível deveria limitar-se aos fenômenos mensuráveis a partir da percepção humana, ou somete aos seus aspectos quantificáveis. Consequentemente, essa realidade poderia ser apenas descrita, uma vez que prescrições estariam muito além da fronteira do que se pode conhecer. Seriam derivações logicamente impróprias, pois decorrentes de questões de fato, daquilo que “é”.

Essa abordagem que tradicionalmente caracteriza(va) as ciências naturais, para o filósofo também deveria orientar nossa observação a respeito do comportamento humano²⁴⁶. Diante desse contexto, está a sua clássica advertência, que ficou conhecida como a guilhotina/navalha ou lei de Hume:

²⁴⁶ Nesse sentido, Hume afirma que: “Existe um curso geral da natureza nas ações humanas, assim como nas operações do Sol e do clima. Existem também caracteres peculiares a diferentes nações e a diferentes pessoas, e outros que são comuns a toda a humanidade. O conhecimento desses caracteres funda-se na observação da uniformidade das ações deles decorrentes; essa uniformidade constitui a própria essência da necessidade.

Só posso imaginar um modo de eludir esse argumento: negar aquilo que o fundamenta, ou seja, a uniformidade das ações humanas. Enquanto as ações tiverem uma união e conexão constante com a situação e o temperamento dos agentes, nós de fato admitiremos a existência de uma necessidade, por mais que em palavras nos recusemos a reconhecê-la. Mas talvez alguém encontre um pretexto para negar essa união e conexão regular. Pois o que é mais caprichoso que as ações humanas? O que é mais inconstante que os desejos do homem? E que criatura se afasta mais, não somente da boa razão, mas de seu próprio caráter e disposição? Uma hora, um instante é suficiente para fazê-lo passar de um extremo ao outro, e destruir aquilo que custou tanto esforço e trabalho para construir. A

Não posso deixar de acrescentar a esses raciocínios uma observação que talvez se mostre de alguma importância. Em todo sistema de moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópulas proposicionais usuais, como “é” e “não é”, não encontro uma só proposição que não esteja conectada à outra por um “deve” ou “não deve”. Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse “deve” ou “não deve” expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser deduzida de outras inteiramente diferentes. Mas já que os autores não costumam usar essa precaução, tomarei a liberdade de recomendá-la aos leitores; estou persuadido de que essa pequena atenção seria suficiente para subverter todos os sistemas correntes de moralidade, e nos faria ver que a distinção entre vício e virtude não está fundada meramente nas relações dos objetos, nem é percebida pela razão²⁴⁷.

Temos, portanto, em Hume, uma distinção evidente entre o que se pode conhecer, com alguma segurança, que é tudo aquilo que se insere na dimensão do *ser*, na esfera factual; e aquilo que não se pode conhecer por estar além da nossa experiência, da nossa percepção sensorial, o que está na dimensão do *dever-ser*. Essa distinção cética influenciou significativamente a teoria jurídica analítica anglo-saxã, como se pode observar nas propostas de Jeremy Bentham, John Austin²⁴⁸ e

necessidade é regular e certa. A conduta humana é irregular e incerta. Esta, portanto, não procede daquela.

A isso respondo que, ao julgar as ações humanas, devemos proceder com base nas mesmas máximas que quando raciocinamos acerca dos objetos externos”. HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: UNESP, 2009, p. 439.

²⁴⁷ Ibidem, p. 509. Importante destacar como Hart tentou fundamentar o conteúdo mínimo de Direito Natural em necessidades que entendia inerentes ao ser humano. Essa abordagem revela o seu cuidado em recair na navalha de Hume, na medida em que se baseia em truísmos acerca da natureza humana, ou seja, realidades observáveis e não num ideal de como as coisas deveriam ser.

²⁴⁸ Bentham propôs um novo mapa do saber do jurídico em sua *introdução aos princípios da moralidade e da legislação* (*An introduction to the principles of Morals and Legislation*), espelhando as posições do Expositor e do Censor. Para ele haveria uma distinção elementar entre a “jurisprudência expositiva” (*Expository Jurisprudence*) e a jurisprudência crítica/censória (*Censorial Jurisprudence*). A primeira seria responsável por expor o Direito que é, e a segunda o direito que deve(ria)-ser. A jurisprudência expositiva seria dividida em dois âmbitos; o autoritativo (“*authoritative*”), representado pelos códigos e demais documentos legislativos, e o não autoritativo (“*unauthoritative*”), que designaria as obras e estudos sobre o direito. Em seu intento de desmistificar o Direito, juntamente com este pressuposto ontológico, havia ainda a tese da conexão contingente entre Direito e Moralidade e a tese da separação (conceitual). A tese da conexão, tida como consenso, partia da evidência empírica que o Direito existente nem sempre corresponde com o que deveria ser. Isto é, nem sempre coincidia com padrões ou juízos provenientes da moral positiva. Disto decorreria que, não havendo uma correspondência necessária entre ambos, a relação seria apenas contingencial. Já a outra tese, de natureza epistemológica, estabelecia a não-valorização moral dos conceitos jurídicos, sendo este o ideal de neutralidade buscado. Diante destes pressupostos ao Expositor caberia analisar o discurso jurídico a partir de instrumentos formais e elaborar um aparato conceitual claro, com conceitos jurídicos (quase) universais e que fossem moralmente neutros, isto é, que não representassem uma apreciação moral da prática. Na mesma linha de raciocínio, John Austin na obra

H.L.A Hart. Nesse sentido, a frase de Austin é simbólica: “a existência do direito é uma coisa, seu mérito ou demérito outra²⁴⁹”. Premissa sobre a qual Hart erigiu seu conceito de Direito. O *dever-ser* do fenômeno jurídico para eles seria a sua dimensão avaliativa e estaria cindido analiticamente de sua existência.

Sob esse prisma, podemos verificar que a tese da separação (conceitual) se ancora numa epistemologia empirista e cética que procura descrever o Direito que “é” como se independente fosse de seus aspectos valorativos. Isto é, separando fato e valor.

Diante desse cenário, a primeira pergunta que devemos fazer é: o que caracteriza a dimensão do “ser” do fenômeno jurídico? Provavelmente, a resposta passaria pelo que se convencionou chamar de tese das fontes sociais (*social thesis*), que, em síntese, significa que a existência e o conteúdo do Direito dependem exclusivamente de fatos sociais. Com isso haveria uma blindagem às pretensões jusnaturalistas e seus argumentos metafísicos sobre o Direito (justo). Ademais, os fatos sociais por serem realidades externas, podem ser percebidos e apreendidos empiricamente. Isso pode ser observado, por exemplo, em Austin nos comandos do soberano e em Hart por intermédio da regra de reconhecimento aceita pelos oficiais (*officials*). O “é” do Direito é aquilo que decorre das fontes socialmente autorizadas.

A segunda pergunta é: que tipo de fatos são esses? Parece-nos que partindo de uma perspectiva humeana e da unidade do método científico, essa indagação não faria muito sentido. O Direito seria semelhante ao fato bruto das ciências naturais. Apesar de depender de fontes sociais, a partir do momento em que o fenômeno jurídico se manifesta ele, ao menos presumidamente, alcançaria uma

The Province of Jurisprudence Determined partia da distinção entre a descrição do Direito que é e a descrição do Direito como deveria ser. Esta cisão tinha como objetivo alcançar maior clareza, sendo papel da ciência do direito, particular ou geral, (*Particular/General Jurisprudence*) expor e explicar somente aquilo “é”, e a ciência da legislação (*Science of legislation*) se ocuparia do direito que deve(ria)-ser, buscando assim aprimorá-lo. Essas subdivisões da ciência do direito, mesmo sendo desenvolvida na esteira do pensamento de Bentham, apresentava algumas peculiaridades, sobretudo, no recorte epistêmico. Seu predecessor aceitava o uso do termo *Jurisprudence* para designar o discurso do Direito e, por isso, o espaço para uma jurisprudência autoritativa. Diferentemente, sob a alcunha de *Jurisprudence* Austin reconhecia apenas os discursos a respeito do Direito positivo, em outras palavras, apenas aqueles que fossem descritivos, *lato sensu*. Ou seja, ele apresentava uma proposta mais analiticamente delimitada, o que se pode depreender do título da sua obra supracitada. Assim, diante deste recorte e do ideal descritivista pressuposto, o caráter crítico/avaliativo ainda presente na *Censorial Jurisprudence* de Bentham é retirado do escopo da teoria do Direito.

²⁴⁹ Tradução livre: The existence of law is one thing; its merit or demerit another. John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (ed. H. L. A. Hart, London, 1954), p. 184-185.

independência ontológica, o que permitiria um conhecimento objetivo ao seu respeito. Mas, é o Direito similar a um dado da natureza?

Como temos apontado, as teorias analíticas têm a tendência de artificializar ou reduzir a realidade (jurídica) a fim de alcançar um conhecimento seguro, uma análise que se insira numa racionalidade matematizante. Por isso, essa equiparação. Nossa resposta é: não. A existencialidade do fenômeno jurídico não é semelhante a um fato bruto.

Argumentando em diálogo com a tradição analítica temos a distinção de John Searle na obra *Construction of Social Reality* (1995), entre os fatos brutos e os fatos institucionais. Para o filósofo os fatos brutos têm uma existência independente do horizonte humano. Quando dizemos que há neve nas cordilheiras dos Andes, estamos descrevendo realidades que não dependem da convenção humana para existir. Diferentemente, os fatos institucionais não têm existência própria enquanto tal, eles demandam um acordo semântico, uma intencionalidade coletiva, um imaginário simbólico, para sua origem e continuidade.

Searle pontua que nos fatos institucionais existem “regras de constituição”, que assumem a seguinte forma geral: “X conta como Y” ou “X conta como Y no contexto C²⁵⁰”. Para o filósofo esse “conta como” revela um status funcional (*status function*) que depende da intencionalidade coletiva²⁵¹ e que torna o fato institucional irreduzível aos seus aspectos físicos. Essa regra constitutiva não seria um rótulo, algo que se adiciona a uma realidade já existente. Também não seria a expressão de uma objetividade que independe do acordo humano, como se ao definir que “X conta como Y” isso pudesse ser feito apenas a partir de aspectos formais/físicos. Diferentemente, Searle afirma que:

Quando dizemos que tais e tais troços de papel contam como dinheiro, estamos na presença de uma regra constitutiva genuína, por que satisfazer o termo X, “tais e tais troços de papel”, não é por si mesmo suficiente para ser dinheiro, nem determina o termo X características causais que tiveram que resultar suficientes para permitir que o material em questão funcionasse como dinheiro sem acordo humano²⁵².

²⁵⁰ SEARLE, John R. **La construcción de la realidad social**. Barcelona: Paidós, 1997, p. 46.

²⁵¹ “Por lo demás, la locución «cuenta como» nombra un rasgo de la imposición de un status al que se vincula una función por medio de la intencionalidad colectiva, yendo el status y la función a él vinculada más allá de las funciones brutas, puramente físicas, que pueden asignarse a objetos físicos”. Ibidem, p. 61.

²⁵² “Más cuando decimos que tales y tales trozos de papel cuentan como dinero, estamos en presencia de una regla constitutiva genuina, porque satisfacer el término X, «tales y tales trozos de papel», no es por sí mismo suficiente para ser dinero, ni determina el término X rasgos causales que

Essa regra constitutiva não funciona apenas para o estabelecimento de um fato institucional, após, continua sendo necessário um reconhecimento coletivo acerca da validade de sua função. Há uma relação intencional que se mantém e é imprescindível para que X continue a ser percebido como Y. O filósofo pontua que: “não basta, por exemplo, com que estejamos de acordo com a atribuição originária, segundo a qual “este material é dinheiro”; temos que seguir aceitando-o como dinheiro, ou perderá seu valor²⁵³”.

Perder seu valor significa perder o status que lhe permite ser entendido enquanto tal, para além de sua fisicalidade. É deixar de ser dinheiro e voltar a ser apenas um papel. Noutras palavras, é perder a sua existência (institucional). Nos fatos institucionais o “é” está imbricado com o “deve-ser”, não numa relação metafísica ou transcendental, mas a partir da funcionalidade que historicamente lhes são atribuídas.

Para Searle, esse status funcional assume também um status normativo quando se converte em assunto de política geral. Essa conversão é que faz a fórmula geral “X conta como Y no contexto C” ser uma regra constitutiva, de forma que sua observância se torna socialmente exigível. Por isso, a emissão de moeda falsa é um crime, pois representa um modo abusivo de uso de um fato institucional. Há um desvirtuamento de sua função originária.

Seguindo o raciocínio de Searle, sendo o Direito um fato institucional, temos que: (1) ele não é ontologicamente independente; (2) depende da convenção humana, que por sua vez revela uma intencionalidade coletiva em sua origem e continuidade; (3) o “é” do Direito se dá numa conjunção com o seu propósito, valor, ou seja, com aquilo que “deve-ser” a partir do seu status funcional; e, (4) que esse status funcional é também normativo²⁵⁴.

hubieran de resultar suficientes para permitir que el material en cuestión funcionara como dinero sin acuerdo humano”. Idem.

²⁵³ “No basta, por ejemplo, con que estemos de acuerdo con la asignación originaria, según la cual «Este material es dinero»; tenemos que seguir aceptándolo como dinero, o perderá su valor”. Ibidem, p. 62.

²⁵⁴ Todas essas características podem ser vistas em sua abordagem a respeito dos Direitos Humanos. Divergindo de uma perspectiva tradicional em que são vistos como inerentes à natureza humana ou como direitos atemporais, o filósofo afirma que em seu status funcional são “poderes deonticos derivados de um status designado” Dessa forma, sua existência é dependente da intencionalidade (*intentionality-relative*) humana. Tradução livre: (...) are deontic powers deriving from an assigned status. SEARLE, John R. **Making the social word: the structure of human civilization**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 176.

Diante dessa ontologia social, que nos parece mais adequada à realidade do fenômeno jurídico, voltemo-nos à afirmação de John Austin – que está na base da tese da separação (conceitual) entre Direito e Moralidade –: “a existência do Direito é uma coisa, seus méritos ou deméritos outra”. Ou seja, o “é” está cindido do “dever-ser”, o fato do valor. Nos parece que essa asserção, baseada na observação empírica da existência de disposições jurídicas iníquas, ou da irrelevância da apreciação valorativa individual frente às disposições jurídicas, é equivocada, como também a tese da separação dela decorrente.

Essa afirmação faria sentido se: (1) o Direito fosse um fato bruto; (2) O Direito fosse apenas presumidamente um fato bruto por fins epistêmicos; ou (3) mesmo sendo o Direito um fato institucional, pudesse ser identificado apenas por seus aspectos não-valorativos.

Com relação à hipótese (1) nossa objeção é que o fenômeno jurídico se desvela como uma realidade ontologicamente dependente da intencionalidade humana, ou seja, não é um fato bruto. Em (2) temos provavelmente algo mais próximo daquilo que Austin e Hart pressupunham. Partindo dos aportes de Hume, ambos observavam o comportamento humano de um modo similar às ciências naturais. Notem que isso é apenas uma pressuposição prática. Ou seja, Hart, por exemplo, estava ciente de que o Direito não era um dado da natureza, o que explica a sua ênfase no ponto de vista interno. Porém, ao desenvolver uma teoria que preservasse a advertência de Austin, funcionalmente, o Direito descrito seria semelhante a um fato bruto. O problema em (2) é a significativa redução da realidade (jurídica) e/ou sua intensa artificialização. Ao tentar descrever o fenômeno jurídico nesses moldes, o Direito torna-se um fragmento do que “é”, e mesmo esse excerto é artificial, pois, para tanto, é necessário ficcionar a realidade que o constitui; isto é, a relação intencional e moral dos seus participantes, e a (sua) própria moralidade que caracteriza a sua função e existência. Proporcionalmente, essas mesmas críticas se aplicam à assertiva (3). Porém, por ser uma formulação mais sofisticada, a discutiremos mais detalhadamente a partir das elaborações de Joseph Raz.

Para Raz, o Direito é um sistema normativo institucionalizado, ou seja, claramente assume que não é um fato bruto. Tratando da tese da conexão

necessária, o jurista admite que dentro de um enfoque que chama de derivado²⁵⁵, ela poderia até ter alguma plausibilidade. Ele assim afirma:

Uma vez que o Direito tem sido identificado corretamente como uma instituição social, afirma o partidário do enfoque derivado, pode argumentar-se com êxito que um sistema normativo desse tipo, se está em vigor em uma sociedade humana tem, necessariamente, valor moral. Em outras palavras, as propriedades morais que todos os sistemas jurídicos possuem dependem de suas propriedades não morais²⁵⁶.

Não obstante, Raz indaga se as características identificadoras do Direito ou se suas condições necessárias para que esteja em vigor implicam que este sempre tenha algum valor moral²⁵⁷. Assim, ele apresenta dois argumentos para depois objetá-los, o argumento da mera existência e o argumento do conteúdo.

O argumento da mera existência sustenta que, como o Direito contribui para a manutenção da vida social, necessariamente, pressupõe um mérito moral. Ou seja, sempre haveria uma razão *prima facie* para obedecê-lo. No mesmo sentido estaria a afirmação de que o Direito, independentemente do seu conteúdo, por sujeitar a conduta humana às suas regras, que também servem como base para resolução de conflitos, tem por si mesmo um valor moral ou assegura certos valores morais.

Para Raz, esses argumentos, ainda que plausíveis, não resolvem a questão da normatividade do Direito. Pois, demonstrar o mérito moral das disposições jurídicas não as tornaria moralmente válidas. E, apesar de demonstrar a existência de um valor moral onipresente, não explicaria as implicações disso para a validade de regras jurídicas particulares.

O jurista ainda pontua que esse argumento fundamenta-se na conservação do tecido social, porém, teria dificuldades de explicar normas jurídicas que parecem não ter relações diretas com esse propósito. Da mesma forma, a ideia de uma incorporação de valores de justiça que estariam relacionados diretamente apenas com algumas disposições jurídicas.

²⁵⁵ Para Raz, o enfoque derivado seria uma alternativa plausível ao argumento definicional, que sustenta uma relação necessária na própria definição do Direito.

²⁵⁶ Tradução livre: “Una vez que el Derecho ha sido identificado correctamente como una institución social, afirma el partidario del enfoque derivado, puede argumentarse con éxito que un sistema normativo de este tipo, si está en vigor en una sociedad humana tiene, necesariamente, valor moral. En otras palabras, las propiedades morales que todos los sistemas jurídicos poseen dependen de sus propiedades no Morales”. RAZ, Joseph. **Razon practica y norma**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 193-194.

²⁵⁷ Cf. *Ibidem*, 194.

Noutro lado, estariam os argumentos que partem do conteúdo. Esses reconhecem que o Direito é identificado institucionalmente e que suas disposições poderiam ter qualquer conteúdo. Contudo, se um sistema jurídico se mantém em vigor por um determinado período de tempo, suas disposições devem possuir um certo conteúdo que reflete valores morais. Como, por exemplo, normas que regulam a propriedade e obrigações voluntárias. Partem de uma necessidade fática, e não lógica.

Para Raz, o problema seria que, não bastaria esse reconhecimento, seria necessário demonstrar qual conteúdo deveria estar presente de modo a ser considerado moralmente bom. Ademais, também não explicaria a normatividade do Direito como um todo. O que dizer das disposições jurídicas que não apresentam esse caráter de fundamentalidade? Ou, sobre as normas que mesmo descumpridas não colocam em risco a existência ou a manutenção do sistema? Por que ainda seriam consideradas normas jurídicas?

Diante dessa alegada dificuldade epistêmica para explicar a normatividade do Direito, Raz propõe uma abordagem que identifique o Direito a partir de suas características não-valorativas²⁵⁸, ou seja, o “é” (*is*) sem o “dever-ser” (*ought-to*). Assim, o jurista acentua que

Não se trata de que devemos esquecer dos valores morais, mas que devemos reconhecer que pode ser o caso, e que na verdade o é, que mesma instituição social pode ser usada algumas vezes para fins corretos e outras vezes para fins incorretos. O fato de que a instituição social seja às vezes boa e às vezes má não tem por que depender do seu caráter de instituição social²⁵⁹.

O que Raz parece subscrever é que o Direito é um fato institucional – e por isso também constituído de uma dimensão avaliativa – mas que seria possível identificá-lo e descrevê-lo apenas em seus aspectos que não-valorativos, ou não valorando seus aspectos institucionais. Tentando seguir a linha de raciocínio da ontologia social de John Searle, diríamos que o jurista israelense propõe um

²⁵⁸ Sobre essas características não valorativas, Raz explica que “deben especificar aquellos fenómenos que forman una clase especial de institución social, una institucional que resulta ser uncomponente importante de muchos sistemas sociales y que difiere significativamente de otras instituciones sociales”. Ibidem, p. 192.

²⁵⁹ Tradução livre: “No se trata de que debemos olvidarnos de los valores morales, sino de que debemos reconocer que puede ser el caso, y que en efecto lo es, que la misma institución social puede usarse algunas veces para fines correctos y otras veces para fines incorrectos. El hecho de que la institución sea a veces buena y a veces mala no tiene por qué depender de su carácter de su institución social”. Ibidem, p. 192.

paradoxo: descrever um fato institucional abstraindo dele aquilo que o faz ser um fato institucional.

Dessa forma, o que supostamente encontramos? O Direito como um “fato bruto” ontologicamente independente, o que possibilitaria uma teoria objetiva da realidade (jurídica). Porém, a descrição do fenômeno jurídico abstraindo a sua dimensão valorativa não corresponde a sua existência enquanto um fato institucional. Se Direito é um fato institucional a teoria jurídica deve assumir todas as implicações disso.

Ademais, nos parece em certo sentido um argumento bastante simples que se uma instituição pode ser usada para fins moralmente (in)corretos, logo, sua existência não dependeria de uma dimensão valorativa. Novamente, essa abordagem trata o fato institucional de um modo muito semelhante a um fato bruto. Faz sentido dizer que uma árvore é o que é ainda que seja usada para fins diversos uma vez que é ontologicamente independente. No entanto, um fato institucional possui um *status function* que o caracteriza, o que pressupõe um valor, que para nós no caso do Direito é também moral. E por essa razão é que podemos julgá-lo enquanto tal e também em relação aos fins que persegue²⁶⁰.

Após apresentar suas objeções aos argumentos da mera existência e do conteúdo, Raz, ainda afirma que como muitas pessoas e teóricos, que usam a linguagem normativa para descrever o Direito, rechaçam a tese da conexão e muitas questões controversas a respeito de Moralidade. E, que isso deveria significar que a normatividade jurídica não depende de pressupostos morais. Nessa linha, o jurista assevera que:

Meu argumento é que se as teorias jusnaturalistas têm que explicar o uso da linguagem normativa em tais contextos devem mostrar, **não só que todo o Direito é moralmente válido, mas também que isso é geralmente conhecido e desse modo razão da aplicação de valor normativo ao Direito. Dado que essa pressuposição é falsa**, o jusnaturalismo não pode explicar a normatividade do Direito²⁶¹.

²⁶⁰ Essa discussão é desenvolvida mais cuidadosamente no argumento do Direito (i)moral. Em síntese, ali defendemos a ideia de que o Direito só pode ser imoral se for ontologicamente moral.

²⁶¹ Tradução livre: “Mi argumento es que si las teorías iusnaturalistas han de explicar el uso del lenguaje normativo en tales contextos deben mostrar, no sólo que todo Derecho es moralmente válido, sino también que esto es generalmente conocido y de este modo da razón de la aplicación de valor normativo al Derecho. Dado que esa presunción es falsa, el iusnaturalismo no puede explicar la normatividad del Derecho”. RAZ, Joseph. **Razon practica y norma**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 198.

Antes de refutarmos a alegação a respeito do uso da linguagem normativa do Direito sem pressupor uma conexão necessária, ou mesmo negando a existência de qualquer objetividade moral, vamos analisar o trecho em epígrafe com relação ao modo de ser de um fato institucional.

Parece-nos que, para o jurista, quem afirma que há uma vinculação entre Direito e Moralidade – tese aqui defendida – deveria demonstrar que isso é algo conhecido pelos participantes e por isso seria uma razão, necessária, ainda que não suficiente, para o reconhecimento do valor normativo do Direito. Mas ele descarta essa possibilidade, afirmando que essa pressuposição é falsa. Será?

Como vimos, em Searle os fatos institucionais dependem de uma intencionalidade coletiva para sua origem e continuidade. Essa intencionalidade se revela no status funcional (*status function*) que eles possuem, o que nos permite vê-los e operá-los de uma forma institucional (“X conta como Y no contexto C”). Diante disso dois aspectos precisam ser analisados a fim de avaliarmos a afirmação de Raz. O primeiro é: a intencionalidade coletiva exige um conhecimento ou uma plena consciência por parte dos participantes da comunidade em que o fato institucional está inserido? E, o segundo é: qual o status funcional do Direito?

Inicialmente, acerca do primeiro aspecto, pontuamos que a mera existência do Direito enquanto fato institucional implica que os participantes, ainda que não em sua totalidade, continuem reconhecendo e aceitando o seu status funcional. Searle explica que:

O segredo para compreender a existência continuada, a persistência, dos fatos institucionais é, simplesmente, que os indivíduos diretamente implicados e um número suficiente de membros da comunidade relevante devem seguir reconhecendo e aceitando a existência desses fatos. Posto que o status está constituído pela via de sua aceitação coletiva, e posto que a função, para ser cumprida, requer o status, para que tudo funcione resulta essencial que haja uma aceitação continuada do status. No momento em que, digamos assim, todos ou quase todos os membros de uma sociedade rechaçam o reconhecimento dos direitos de propriedade, como em uma revolução ou outro tipo de revolta, os direitos de propriedade deixam de existir nessa sociedade²⁶².

²⁶² Tradução livre: “El secreto para comprender la existencia continuada, la persistencia, de los hechos institucionales es, sencillamente, que los individuos directamente implicados y un número suficiente de miembros de la comunidad relevante deben seguir reconociendo y aceptando la existencia de esos hechos. Puesto que el status queda constituído por la vía de la aceptación colectiva del mismo, y puesto que la función, para ser cumplida, requiere el status, para que todo funcione resulta esencial que haya una aceptación continuada del status. En el momento en que, pongamos por caso, todos o casi todos los miembros de una sociedad rechazan el reconocimiento de los derechos de propiedad, como en una revolución u otro tipo de revuelta, los derechos de propiedad

Esse reconhecimento e aceitação não precisam ser vivenciados pelos participantes a partir de um conhecimento ou uma consciência plena da imposição intencional de origem. Searle exemplifica isso com a criação de ferramentas, como o martelo. As gerações subsequentes crescem numa cultura em que o martelo já é percebido como uma ferramenta útil, sem precisar dar se conta de uma intencionalidade coletiva que fez com que aquele artefato se tornasse institucionalmente o que ele “é”²⁶³.

Todavia, a intencionalidade que lhe conferiu um status funcional continua sendo necessária para que um objeto X conte como martelo²⁶⁴ na circunstância C. O que antes foi uma imposição intencional explícita como o tempo constitui-se num pano de fundo²⁶⁵ indispensável para a sua existência enquanto um fato institucional.

Sobre o primeiro aspecto a resposta é: não. A intencionalidade coletiva, que atribui o status funcional do Direito, para ser provada não demanda que todos os participantes atuais conheçam ou tenham plena consciência dessa realidade. Ao reconhecerem e aceitarem o Direito, de modo implícito e em muitos casos inconsciente, conectam-se com essa intencionalidade original. Importante destacar que isso não é (apenas) uma exigência lógica, pois o fato institucional pode deixar de existir.

Há um pano de fundo que é condição de possibilidade para que o Direito seja reconhecido e aceito enquanto tal, se na prática ele se manifesta em desconformidade com o seu status funcional, isso nos impõe um comprometimento mais explícito com a intencionalidade coletiva que designou a sua razão de ser. O que significa que mudanças e ajustes podem ocorrer. Searle ilustra isso com o direito de propriedade, que poderia não mais existir após uma revolução ou revolta²⁶⁶.

dejan de existir en esa sociedad”. SEARLE, John R. **La construcción de la realidad social**. Barcelona: Paidós, 1997, p. 128.

²⁶³ Cf. Ibidem, p. 136-137.

²⁶⁴ Há aqui uma possível aproximação com a diferença que Heidegger apresenta entre algo que é objetivamente presente, simplesmente dado (*vorhandenheit*) e aquilo que existe já imerso numa relação com o *Da-sein*, que lhe atribui uma utilidade, (*zuhandenheit*). Inclusive o filósofo usa o martelo como exemplo.

²⁶⁵ “Así, he definido el concepto de «trasfondo» como el conjunto de capacidades no intencionales e preintencionales que hacen posibles los estados intencionales de función”. Ibidem, p. 141.

²⁶⁶ Profundas revoluções sociais tendem a buscar uma refundação da imaginação moral, o que implica mudanças sensíveis no Direito, como o que aconteceu na revolução francesa, por exemplo.

Quanto ao status funcional do Direito, defendemos que esse é moral. Searle aponta que o status funcional confere um poder ao fato institucional, que pode ser simbólico, deôntico e honorífico. O poder simbólico está relacionado com a capacidade de representação da “realidade de um ou mais modos ilocucionários possíveis²⁶⁷”. Transformamos sons em fonemas, fonemas em palavras e assim sucessivamente. O poder deôntico possibilita a regulação das relações interpessoais, como o Direito. E o poder de (des)honra proporciona um status valorativo em si mesmo²⁶⁸, o que acontece com os vencedores de uma competição.

O Direito é um fato institucional linguístico e possui um status funcional deôntico²⁶⁹. Ao regular o comportamento humano, o fenômeno jurídico se insere, necessariamente, num horizonte moral, pois: 1) a moralidade também alcança a externalidade da ação humana, nesse sentido teríamos uma sobreposição dos domínios; 2) a experiência moral nos é anterior ao surgimento do Direito, de modo que lhe é condição de possibilidade; 3) o âmbito da justificação das ações é moral, sobretudo, a respeito do que se deve fazer em relação ao outro, assim seria o Direito uma espécie de moralidade institucional(izada).

Por isso, apesar de sempre imperfeito e incompleto – o que reflete seu traço humano – o Direito se manifesta em direção à justiça, com uma pretensão de moralidade. Seu status funcional lhe confere um poder moral para ordenar e regular a vida social como também para resolver os conflitos dela e nela inerentes. Temos afirmado que Direito institui uma realidade moral diferenciada.

Assim, se um sistema legal se mostra injusto ou imoral em sua totalidade, seus participantes tendem a não o reconhecer e a justificadamente desobedecê-lo, pois isso seria uma subversão do seu status funcional e da intencionalidade coletiva que o originou e o mantém. De modo que aquele ordenamento perde(rá) a sua existência enquanto fato institucional que denominamos de Direito e se reduz a um ordenamento tirânico baseado na força. O ponto é que a perda desse status não

²⁶⁷ “Tener poderes simbólicos nos capacita para representar la realidad en uno o más modos ilocucionarios posibles”. SEARLE, John R. **La construcción de la realidad social**. Barcelona: Paidós, 1997. Ibidem, p. 111.

²⁶⁸ Cf. Ibidem, p. 111-114.

²⁶⁹ “I hope it is obvious that in general, rights, such as property rights and marital rights, are status functions; that is, they are deontic powers deriving from collective recognized statuses”. (...) “Because rights are status function, it follows immediately that they are intentionality-reality. They are always created and imposed by collective intentionality”. SEARLE, John. **Making the social word: the structure of human civilization**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 176.

decorre de uma desconformidade moral como se o “é” estivesse cindido do “dever-ser”, mas, porque o “é” se constitui em seu “dever-ser” que lhe foi atribuído.

Diante disso, partindo da ontologia social de Searle, entendemos que aquela afirmação de Raz nos parece equivocada, uma vez que o Direito é um fato institucional que foi originado e se mantém devido a uma intencionalidade coletiva que lhe confere um status funcional deôntico, que entendemos ser de natureza moral.

Desse modo, a tese de conexão necessária entre Direito e Moralidade se sustenta sem a necessidade de uma comprovação de que os todos aqueles que estão sujeitos a um ordenamento jurídico estão plenamente conscientes do valor moral da normatividade jurídica. Pois, de outra forma eles nem reconheceriam ou aceitariam aquele sistema normativo enquanto Direito.

Voltemos agora ao argumento de Raz de que se muitas pessoas, sejam leigos ou juristas, usam a linguagem normativa para descrever o Direito sem pressupor uma conexão necessária ou rejeitando questões controversas de moralidade, disso se concluiria que a normatividade do Direito não depende de seu valor moral. Inicialmente, nos parece que não há sustentação suficiente para essa conclusão²⁷⁰. Partindo dessa descrição factual seria mais adequado inferir que a normatividade do fenômeno jurídico poderia, ainda que parcialmente, ser explicada a partir de aspectos não-valorativos. Ou seja, pressupondo que o “é”, o “fato”, estão separados do “dever-ser”, do “valor”.

Entretanto, surgiriam dificuldades a respeito do que venham a ser esses aspectos não-valorativos, que para os juspositivistas estariam circunscritos na sua tese das fontes sociais. Digamos que alguém afirme que o Direito é apenas o que consta nas leis emanadas pelo parlamento do seu país. A partir dessa identificação essa pessoa diga: “devo pagar o imposto X”. Nesse caso, o uso normativo da linguagem jurídica parece ser dependente apenas de uma questão de fato: a adequação do seu dever de pagar o imposto X às disposições jurídico-tributárias emanadas pelo poder legislativo de seu país.

Essa descrição faz sentido, mas apenas em um mundo artificial. Poderíamos perguntá-lo: por que em seu país é considerado Direito aquilo que é emanado pelo

²⁷⁰ Sobre a questão da objetividade moral e o uso da linguagem normativa do Direito, ver argumento metaético.

parlamento, e não, por exemplo, as regras tributárias criadas por um juiz apenas para ele? Ou, por que eles não aplicam as regras tributárias do país vizinho, que parecem mais justas, ou melhor, mais racionais?

Se essa pessoa que “justifica” seu dever de pagar o imposto apenas por critérios factuais fosse instado a responder a essas indagações ele, provavelmente diria que: 1) não seria certo/justo que um juiz criasse um imposto só para ele, pois a tributação deve atingir a todos os cidadãos igualmente e, por isso um juiz não pode criar um tributo apenas para uma pessoa, de forma arbitrária. Ademais, o juiz nem seria competente para tal função. Essa possível “regra” não seria, portanto, considerada jurídica; 2) devido à autodeterminação dos povos, cada nação deve regular juridicamente sua vida social a partir do seu Direito e não aplicando regras jurídicas estrangeiras. Além disso, elas não teriam validade em seu país.

Ou seja, ele justificaria o “fato” que torna válida a regra tributária emanada pelo Legislativo de seu país demonstrando valores morais subjacentes ao modo em que ela institucionalmente foi criada. Ainda que ele antes disso nunca houvesse se dado conta, ou mesmo que fosse um cético moral, ao usar a linguagem normativa do Direito, implicitamente, arrastou consigo aspectos morais que fazem aquela norma “ser” jurídica em seu país.

Todavia, alguém ainda poderia arguir que ele não precisou desenvolver explicitamente esses juízos de valor, simplesmente identificou a regra jurídica válida e o seu dever dela decorrente. Poderíamos então questioná-lo de forma mais direta: Por que as regras emanadas pelo seu parlamento são consideradas Direito?

Suponhamos que buscando não se comprometer com nenhuma dimensão valorativa ele diga: por que sim, essa é a nossa forma institucional de criar o Direito. Ocorre que ao responder dessa maneira ele não se colocou numa posição de neutralidade, ao invés disso ele transformou o que antes era supostamente apenas um critério factual, numa justificativa (moral). Para ele o dever de pagar o imposto X é uma exigência decorrente da regra jurídica emanada pelo parlamento, é o que justifica a sua ação. É o modo de responder à pergunta: O que devo fazer (em relação aos impostos)?

Como se pode observar, a identificação do Direito representa também uma tomada de posição moral, ainda que inconsciente, quanto ao critério avaliativo/moral que torna algo jurídico e, por consequência, justificadamente exigível. O modo como

se apreende e usa a linguagem normativa do Direito não existe independentemente de seus pressupostos morais.

Essa realidade não está flutuando num espaço vazio, ao contrário, faz sentido dentro de um discurso mais espesso, mais profundo. Há uma intencionalidade coletiva, um pano de fundo (Searle). A normatividade jurídica não se sustenta nem se explica apenas na identificação dos seus aspectos supostamente não-valorativos.

Partindo de uma compreensão do fenômeno jurídico como um fato institucional (Searle), entendemos que as duas objeções epistêmicas à tese da conexão necessária baseadas na cisão entre “fato” e “valor” são refutáveis. A primeira afirmava que o Direito que “é” independe daquilo que “deve-ser”. E, a segunda, que o Direito poderia ser identificado a partir dos seus aspectos não-valorativos.

Ambas, tem uma raiz na epistemologia humeana que tratava as questões referentes ao comportamento humano de modo semelhante as ciências naturais. Por isso, como tentamos demonstrar, há uma busca constante em identificar o Direito como se fosse um “fato bruto”, ou uma parcela do fenômeno jurídico que pudesse ser acessada como se fosse um “fato bruto”.

Como um fato institucional a distinção ser/dever-ser, fato/valor, é fragilizada. O Direito somente existe enquanto Direito pela intencionalidade coletiva que lhe confere um status funcional deôntico (moral)²⁷¹. Assim, seja no todo, ou em suas partes, os aspectos factuais do fenômeno jurídicos já estão constituídos de valor, sem essa dimensão, ele perde sua existência (institucional). Ou seja, o Direito que “é”, depende do Direito que “deve-ser”, e por isso sua identificação e explicação apenas em seus aspectos pretensamente não valorativos é falha. Noutro passo, a conexão entre Direito e Moralidade torna-se também uma tese conceitualmente necessária.

7. Argumento Metaético

²⁷¹ Essa identificação do Direito a partir do seu status funcional, que entendemos ser moral, dialoga com a proposta de Lon Fuller em sua obra *the Morality of Law*. o jurista americano argumenta que o Direito tem uma moralidade interna que é inerente ao seu propósito regulativo. Ou seja, se o Direito existe para algum fim, ainda que se observe essa finalidade numa perspectiva apenas funcional, seu modo de ser se constitui num dever-ser em direção ao seu *telos*. Cf. FULLER, Lon. **The Morality of Law**. Yale University Press, 1964.

Com o argumento metaético²⁷² iremos confrontar as principais objeções à tese da conexão necessária relacionadas ao não-cognitivismo moral²⁷³. Nesse sentido, enfrentaremos as seguintes afirmações: 1) a existência do Direito não poderia depender de pressupostos morais, uma vez que sua objetividade é controversa; 2) o uso da linguagem normativa do Direito por pessoas que rejeitam a tese da conexão e/ou a objetividade moral demonstra que a normatividade jurídica não depende de aspectos valorativos/morais; 3) a tese da conexão necessária pressupõe uma objetividade moral, num sentido forte; 4) o Direito está no domínio do *dever-ser*, mas como os valores (morais) que o sustentam e também estão presentes em suas normas não são substantivamente objetivos, no âmbito da ciência jurídica faz-se necessário separar essa dimensão.

Após a análise dessas quatro perspectivas e partindo de suas refutações defenderemos a plausibilidade da tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade mesmo diante da controvérsia metaética a respeito do status epistêmico dos juízos morais.

Philip Soper discutindo acerca das razões para se considerar ou não ordens puramente coercitivas como sistemas jurídicos, sintetiza o que encontramos na objeção (1). O jurista pontua que:

É um fator que conecta esta eleição definicional com a discussão precedente do problema do niilismo. Os positivistas modernos se desviam de seu propósito a fim de negar qualquer conexão entre o positivismo jurídico e o positivismo lógico. Isto é, afirmam que o fato de assumir a concepção da separação entre o direito e a moral, não implica nenhuma particular tomada de posição acerca de se as pretensões morais podem ser verdadeiras ou falsas. Adverte-se que a conversa não é verdadeira: **nossas concepções acerca do status dos juízos morais pode implicar, ou ser uma boa razão para, uma concepção a respeito da relação entre o direito e a moral.** Assim, se todos estivéssemos convencidos que as pretensões morais não são significativas, isso poderia ser uma boa razão para resolver a presente questão em favor do positivista clássico, porque não haveria nenhum interesse moral significativo que justifique eliminar os sistemas coercitivos do conceito de Direito. Alguns positivistas, como temos visto, parecem confiar precisamente nesta concepção metaética acerca do

²⁷² Nesse argumento enfrentamos diretamente aquelas que consideramos serem as principais objeções metaéticas à tese da conexão necessária. Para aprofundamentos propedêuticos acerca do tema e sua aplicação ao fenômeno jurídico recomendamos a obra *Metaética e a fundamentação ética do Direito* de Arthur Ferreira Neto.

²⁷³ Discorrendo a respeito, Arthur Ferreira Neto sintetiza que: "(...) para o não cognitivista, não há qualquer sentido em se falar em fatos morais ou verdades relevantes ao campo da ação humana. Isso porque, para ele, juízos morais são, falsos ou apenas expressões de sentimentos ou atitudes emocionais que representam a motivação que uma pessoa adota para agir de determinado modo, inexistindo qualquer critério objetivo prévio que possa ser invocado para mensurar o conteúdo dessa ação". FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação ética do Direito**. Porto Alegre: Elegancia, Juris, 2015, p.141.

status dos juízos morais, quando sustém que os *padrões* morais são demasiadamente incertos como para constituir fontes de Direito. Todavia, o positivista que se cuida em manter sua teoria não contaminada, tanto de questões de metaética como de ética substantiva, deixará aberta a questão do status dos juízos morais²⁷⁴.

Soper adverte que a posição metaética pode implicar, ou, ao menos, ser uma boa razão para o modo como compreendemos a relação entre Direito e Moralidade. Kelsen, por exemplo, admite que o positivismo jurídico parte do relativismo moral. Todavia, essa implicação nem sempre é direta. Jeremy Bentham e John Austin estariam mais próximos de um cognitivismo moral, mas rejeitavam a conexão necessária²⁷⁵. Já Hart representaria aquela tentativa de desenvolver uma teoria jurídica que fosse indiferente quanto à objetividade moral.

A diferença crucial entre Kelsen e os demais é que para ele o Direito está na esfera do “*dever-ser*”, e a ciência do Direito afasta os valores (morais) do fenômeno porque eles não são objetivos. Trataremos disso quando analisarmos a objeção (3). Já para Bentham, Austin e Hart, o Direito está inserido no mundo do “*ser*”, de modo similar a um fato bruto, ainda que isso seja apenas uma presunção teórica.

Bentham e Austin estavam preocupados em definir o que é o Direito. Ambos eram empiristas e utilitaristas e defendiam reformas sociais e jurídicas, como a

²⁷⁴ Tradução livre: “Es un factor que conecta esta elección definicional con la discusión precedente del problema del nihilismo. Los positivistas modernos se desvían de su cometido a fin de negar cualquier conexión entre el positivismo jurídico y el positivismo lógico. Es decir, afirman que el hecho de asumir la concepción de la separación del derecho y la moral, no implica ninguna particular toma de posición acerca de si las pretensiones morales pueden ser verdaderas o falsas. Ya he advertido que la conversa no es verdadera: nuestras concepciones acerca de estatus de los juicios morales pueden implicar, o ser una buena razón para, una concepción acerca de la relación entre el derecho y la moral. Así, si todos estuviéramos convencidos que las pretensiones morales no son significativas, ello podría ser una buena razón para dirimir la presente cuestión en favor del positivista clásico, porque no habría ningún interés moral significativo que justifique eliminar a los sistemas coercitivos del concepto de derecho. Algunos positivistas, como hemos visto, parecen confiar precisamente en esta concepción metaética acerca de estatus de los juicios morales, cuando sostienen que los *estándares* morales son demasiado inciertos como para constituir fuentes de derecho. Pero el positivista que se cuida de mantener su teoría incontaminada, tanto de cuestiones de metaética como de ética sustantiva, dejará abierta la cuestión del status de los juicios morales”. SOPER, Philip. **Una teoría del derecho**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 234-235.

²⁷⁵ É importante observar que Bentham e Austin sustentavam a tese da separação por razões empíricas e epistêmicas e não em virtude de um não cognitivismo moral. Ambos eram cognitivistas, acreditavam na objetividade dos juízos morais de acordo com o utilitarismo que adotavam. Bentham até colocava o princípio da utilidade como uma possível fonte do Direito. Já Austin operava com um utilitarismo de matiz teológico. O fundamento era a benevolência divina, que lida pelas lentes utilitarista, era interpretada como a vontade de Deus que as criaturas sensíveis fossem felizes. Sob esta premissa o direito divino, revelado (destinado aos crentes e pronunciado por Deus ou por pessoas escolhidas por Ele para tal propósito) ou não revelado (destinado a todos os seres humanos e apreensível pela razão), deveria servir de referência para as leis humanas. Todavia, importante observar, que estas análises estariam a cargo da Ciência da Legislação e não da Teoria do Direito (*Jurisprudence*), que seria um empreendimento tão-somente analítico.

codificação, por exemplo. Para ambos seria imprescindível que as regras jurídicas fossem claramente identificadas²⁷⁶. Ademais, como eles observavam que nem sempre o Direito estava em conformidade com a moralidade positiva, acreditavam que o ordenamento jurídico seria autônomo.

Assim, se as regras jurídicas existem independente de uma aprovação moral e são reconhecidas como Direito, logo, esse pressuposto valorativo não seria necessário. Ainda que defendessem alguma objetividade moral, essa seria irrelevante para os seus propósitos de demonstrar a existência real do Direito.

Noutro passo, não podemos olvidar que ambos pensavam a partir de uma cisão radical entre os domínios do “*ser*” e do “*dever-ser*”. Se a busca era respeito do Direito que “*é*”, ainda que objetivamente pudessem dizer como ele “*deve(ria)-ser*”, estas afirmações não tangenciariam a existência do fenômeno jurídico. Ou seja, o cognitivismo moral atua apenas na esfera do *dever-ser*, no domínio do *ser* a objetividade e a cognição se daria de outro modo. O “*é*” do Direito está separado da Moralidade, não porque esta não seja objetiva, mas por ser ontologicamente independente. Nesse caso, a tese da separação seria mais uma implicação epistêmica e política do que propriamente uma questão metaética.

Apesar de H.L.A. Hart manter esse dualismo, nos parece que a sua tese da separação conceitual está, em alguma medida, também relacionada com um não-cognitivismo moral. O jurista estava inserido num contexto intelectual em que as discussões metaéticas haviam assumido uma notória proeminência. Nesse sentido, é simbólica a clássica conferência sobre Ética de Wittgenstein de 1929, em que afirma não haver conhecimento nesse domínio, por isso não ser uma ciência. Seria apenas uma tentativa desesperançosa de correr para além dos limites da linguagem, “*jaula*” em que estamos aprisionados. Dentro desse ambiente, Hart de alguma forma teve que tomar uma posição.

Assim, o jurista não adotou uma perspectiva realista, tradicionalmente ligada ao Direito Natural, mas também não assumiu ou defendeu abertamente, como Kelsen, um relativismo moral. Essa postura intermediária aponta para uma intenção

²⁷⁶ Philippe Chanial acentua que essa ênfase utilitarista representava em si um valor, que entendemos ser moral, a respeito da positividade do Direito. Ele explica que: “(...) sem um quadro jurídico estável, coerente, cientificamente rigoroso, previsível, os cálculos da utilidade não poderiam se desenvolver. As propriedades formais do direito são a condição da maximização dos interesses individuais”. **HISTÓRIA argumentada da filosofia moral e política**: a felicidade e o útil. Ailan Caillé, Christian Lazzari, Michael Senellart (orgs.) São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 646.

de manter certo distanciamento das questões metaéticas, uma indiferença. Porém, nos parece que Hart estava mais alinhado com um não-cognitivismo ético e que isso também influenciou sua abordagem teórica. Esse alinhamento é perceptível na crítica que o jurista faz à Dworkin, enfatizando o problema do objetivismo moral na teoria do jurista norte-americano. Hart acentua que:

É importante neste ponto apreciar que papel tão especial joga uma teoria objetivista da moralidade na teoria jurídica de Ronald Dworkin, e distingui-la das **teorias convencionalistas ou relativistas da moralidade social**. A questão de qual conjunto de princípios provê a melhor justificação moral, e por tanto, constitui a mais consistente teoria do direito explícito, é para ele uma questão acerca de uma matéria objetiva. Ainda um juiz, como qualquer outro homem, pode manter somente o que ele crê ser moralmente bom, o melhor, o correto, nada é moralmente bom ou correto meramente porque ele o creia ou por algum consenso dos que estão de acordo com as suas crenças.

A este respeito, os juízos morais são para Dworkin juízos de simples fato, e, por isso, insiste que há “fatos morais”, que juízos morais verdadeiros descrevem, ainda que não haja meios, nem sequer em princípio, de demonstrar sua verdade ou falsidade, são essencialmente controvertidos. Esta teoria moral objetivista é vital para o êxito do ataque de Dworkin a teoria da discricionariedade, **já que se não existem tais fatos morais objetivos, o máximo que pode fazer Hércules quando é chamado para determinar que teoria do direito é a mais sólida e oferece a melhor justificação moral do direito explícito, é expressar suas preferências** depois de uma consideração imparcial das consequências de qualquer outra decisão²⁷⁷.

Nesse sentido, nos parece adequada a pressuposição de Soper, a respeito do modo como a perspectiva metaética pode influenciar, mesmo que indiretamente, as posições teóricas acerca da relação entre Direito e Moralidade. A tese da separação conceitual em Hart não expressa somente o dualismo *ser/dever-ser*, revela também

²⁷⁷ Tradução livre: Es importante en este punto apreciar qué papel tan esencial juega una teoría objetivista de la moralidad en la teoría jurídica de Dworkin, y distinguirla de las teorías convencionalistas o relativistas de la moralidad social. La cuestión de cual conjunto de principios provee la mejor justificación moral, y por tanto, constituye la más consistente teoría del derecho explícito, es para él una cuestión acerca de una materia objetiva. Aunque un juez, como cualquier otro hombre, puede mantener solamente lo que él cree ser moralmente bueno, o mejor, o correcto, nada es moralmente bueno o correcto meramente porque él lo crea o por algún consenso de los que están de acuerdo con sus creencias.

A este respecto, los juicios morales son para Dworkin juicios de simple hecho, y, en efecto, insiste en que hay «hechos morales» que juicios morales verdaderos describen, aunque dado que no hay medios, ni siquiera en principio, de demostrar su verdad o falsedad, son esencialmente controvertidos. Esta teoría moral objetivista es vital para el éxito del ataque de Dworkin a la teoría de la discrecionalidad, ya que, si no existen tales hechos morales objetivos, lo más que puede hacer Hércules cuando es llamado a determinar qué teoría del derecho es la más sólida y ofrece la mejor justificación moral del derecho explícito, es expresar sus propias preferencias después de una consideración imparcial de las consecuencias de cualquier otra decisión. HART, H.L.A. El nuevo desafío al Positivismo Jurídico. In: **Sistema**, nº 36, Trad.L. Hierro, F.J. Laporta y J.R. de Páramo. 1980.

um modo de não se comprometer com uma discussão significativamente controversa e que poderia enfraquecer sobremaneira a sua proposta analítica.

Dito isso, podemos identificar Hart como um dos representantes da objeção (1). Ou seja, diante de um não cognitivismo ético, seu projeto teórico pressupõe a existência do Direito independente de aspectos morais. A tese da separação (conceitual) torna-se, assim, uma exigência epistêmica, também por causa do não-cognitivismo, diante dos limites do que é possível ser conhecido objetivamente.

Para nós o maior problema da primeira objeção – que também será visto na segunda – é uma certa confusão a respeito dos níveis do discurso normativo e das diferentes pretensões de objetividade que possuem. O fato de existir intensas e profundas divergências quanto à objetividade moral, não nos torna alheios à experiência moral, horizonte em que se insere a tese que defendemos.

Cotidianamente, tomamos decisões a partir de valores morais que, para uns expressam uma realidade preexistente, mas para outros denotam nossa subjetividade. Isto é, pessoas agem moralmente ainda que possam divergir acerca da objetividade de seus juízos morais. Entendemos que isso nos aponta para pretensões de objetividade distintas. Em um buscamos o que é certo para justificar nossas ações (primeira ordem), no outro as condições de verdade/possibilidade das proposições que enunciam aquilo que julgamos como o correto a ser feito (segunda ordem).

Dito isso, nos perguntamos aonde opera o fenômeno jurídico? Respondemos: no nível do discurso normativo de primeira ordem, em que justificamos nossas ações concretas, mesma dimensão que atua o fenômeno moral. A objetividade nessa esfera, por ser particular e contingente, é menos pretensiosa. Por exemplo, um pai pode julgar que no dia anterior sua ação em ajudar seu filho na lição de casa foi correta. Porém, no dia seguinte, ao perceber que o filho já estava querendo que ele fizesse tudo, o mesmo pai pode concluir que agora o correto seria deixá-lo fazer sozinho como parte importante do aprendizado. Já a pretensão de objetividade acerca das condições de verdade daquelas mesmas proposições morais é muito mais exigente, ambicionam o universal e o atemporal.

A nossa relação (hermenêutica) com os fenômenos jurídico e moral, que deveria ser espelhada num ponto de vista interno, se dá nesse nível discursivo de primeira ordem e com essa pretensão deflacionada de objetividade. O valor moral do Direito, sua dimensão avaliativa, não depende diretamente do segundo nível, o

metaético. Parece-nos que Hart por confundir esses níveis e suas distintas pretensões e por estar mais alinhado com um não-cognitivismo, acaba endossando a tese da separação conceitual entre Direito e Moralidade.

Consequentemente, como buscamos demonstrar no argumento do modelo conceitual, sua teoria não consegue explicar adequadamente os aspectos morais constitutivos do fenômeno jurídico que ele mesmo reconhece.

A tese da separação conceitual sustentada numa perspectiva moral não-cognitivista, recai nos mesmos problemas da artificialização e/ou redução da realidade (jurídica). Há uma dimensão avaliativa/moral no fenômeno jurídico que é abstraída por estar (supostamente) além das possibilidades de um conhecimento objetivo. Mas, ela continua operando, ainda que não explicada.

Dessa forma, nos parece que seria mais adequado se os teóricos analíticos se posicionem mais como agnósticos do que como ateus. Isto é, reconhecessem a tese da conexão (conceitual) necessária e afirmassem que a parte moral apesar de existente não poderia ser conhecida por uma limitação epistêmica, ao invés de negá-la.

Algo bastante similar ocorre com a objeção (2), a respeito do uso da linguagem normativa por pessoas que rejeitam a tese da conexão e outras questões controversas de Moralidade. Joseph Raz, a partir dessa descrição conclui que a normatividade jurídica independe de seus aspectos avaliativos. O jurista chega a dizer que aquelas pessoas “aplicam com gosto a linguagem normativa do Direito (p. 197)”. O que nos parece denotar uma experiência normativa autêntica. Temos aqui o mesmo problema dos níveis e das distintas pretensões de objetividade. Ora, por que céticos em relação à Moralidade ainda fazem juízos morais autênticos, ou seja, não sendo cínicos? É possível usar “com gosto” a linguagem normativa do Direito e da Moralidade sem nenhuma pretensão de objetividade, por mais singela que seja e/ou sem nenhum comprometimento avaliativo com o que se diz? Entendemos que não.

Nós estamos imersos num mundo de sentidos (morais), somos assim constituídos, de forma que asserções mais profundas sobre a “natureza” da realidade (moral), suas condições de verdade, etc. mesmo importantes, não incidem diretamente e de forma peremptória em nossos juízos morais de primeira ordem. Há certa independência entre esses níveis do discurso normativo, apesar de inter-relacionados. Assim, um cético moral pode afirmar “com gosto”, de forma autêntica,

ao ver um torturador que está afligindo um bebê que ele *deve* parar imediatamente com aquela ação.

Esse juízo moral tem uma pretensão de objetividade, é o certo a se fazer naquele momento, e expressa um comprometimento avaliativo, pois aquela conduta é considerada como incorreta. Peter Frederick Strawson, por exemplo, em *Liberdade e Ressentimento*²⁷⁸ expôs essa “independência” entre esses níveis discursivos. O filósofo demonstra que do fato de termos algumas divergências sobre a objetividade das proposições morais, em sentido lato não nos torna imunes à experiência moral.

Somos diariamente tomados de sentimentos morais que dão sentido aos nossos juízos a respeito do que (não) deve ser feito. Assim, temos ressentimentos, perdoamos e pedimos perdão, somos gratos e agradecemos. Experienciamos essa realidade de maneira autêntica, independentemente de sua fundamentação epistemológica ou metafísica.

Ainda que as pessoas descritas por Raz possam usar a linguagem normativa do Direito sem pressupor, ou até negando, uma objetividade da dimensão moral ou avaliativa, mesmo assim, há uma pretensão de objetividade, embora deflacionada, e um endosso avaliativo que se manifesta neste nível do discurso de primeira ordem. Se, para Raz, o Direito Natural não consegue explicar a normatividade do Direito por depender de uma objetividade mais profunda, diríamos que a proposta dele também não, por excluir a dimensão avaliativa/moral e também a pretensão de objetividade que opera no nível do discurso jurídico de primeira ordem.

²⁷⁸ Abordando o problema do determinismo, Strawson expõe essa distinção de nível que estamos tratando. O filósofo argumenta que: Poder-se-ia dizer que tudo isso deixa sem resposta a pergunta real e que não podemos esperar respondê-la sem saber exatamente qual é a tese do determinismo. Pois a pergunta real não é uma pergunta acerca do que efetivamente fazemos, ou do por que o fazemos. Nem sequer é uma pergunta acerca do que de fato faríamos se uma determinada convicção teórica obtivesse aceitação geral. É uma pergunta acerca do que seria racional fazer se o determinismo fosse verdadeiro, uma pergunta sobre a justificação racional das atitudes interpessoais ordinárias em geral. A isso responderei, em primeiro lugar, que tal pergunta poderia parecer real unicamente a quem tenha falhado completamente em compreender o significado da resposta precedente: o fato de nosso comprometimento humano natural com as atitudes interpessoais ordinárias. Esse comprometimento é parte do quadro geral da vida humana, não algo que se apresenta ocasionalmente para revisão, quando dentro deste quadro se apresentam para revisão casos particulares. E responderei, em segundo lugar, que se pudéssemos imaginar o que não está em nossas mãos fazer, ou seja, escolher a respeito desse assunto, então poderíamos escolher racionalmente apenas à luz de um cálculo dos ganhos e das perdas para a vida humana, de seu enriquecimento ou de seu empobrecimento; e a verdade ou falsidade de uma tese geral do determinismo não incidiria sobre a racionalidade dessa escolha. STRAWSON, Peter F. *Liberdade e Ressentimento* in: **Ensaio sobre a Filosofia de Strawson**. Trad. Jaimir Conte. Orgs. Jaimir Conte e Itamar Luís Gelain. Florianópolis, Ed. da UFSC, 2015, p. 257.

Nas objeções (1) e (2) à tese da conexão enfrentamos a questão do não-cognitivism na identificação do Direito e no uso de sua linguagem normativa. A objeção (3) diz respeito à necessidade de um comprometimento com uma objetividade moral em sentido forte. Logo de início é importante destacar que apesar de tradicionalmente o Direito Natural defender a tese da conexão e também um realismo moral, não há uma implicação necessária nesse sentido. Tanto é que cognitivistas como Bentham e Austin defendiam a tese da separação. No entanto, observamos que partindo de um cognitivism ético a vinculação entre Direito e Moralidade tende a ser mais comumente reconhecida. Se proposições morais são também consideradas objetivas, elas passam a assumir um valor diferenciado.

A diferença epistêmica dos níveis do discurso moral e das pretensões de objetividade também é importante para análise da objeção (3). O que temos argumentado é que a tese da conexão opera, fenomenologicamente, no discurso de primeira ordem e por isso tem uma pretensão de objetividade menos exigente.

Assim, para a sua sustentação não seria necessário um realismo moral, ou alguma outra perspectiva que sustente a objetividade moral num sentido forte. Diríamos até, o que inicialmente pode parecer um contrassenso, que é possível que alguém afirme uma conexão necessária mesmo sendo um emotivista²⁷⁹. Por exemplo, afirmando que os nossos juízos de certo e errado apenas expressam nossas emoções e que o Direito em certa medida os institucionaliza, quanto maior e mais intensa for a nossa desaprovação moral. Um argumento similar pode ser feito acerca da decisão judicial, defendendo, por exemplo, que, como o Direito é um fenômeno moral e a moralidade é sempre subjetiva, o juiz deve decidir a partir dos padrões de justiça mais conformes a sua consciência.

Argumentamos que a plausibilidade de uma conexão (conceitual) necessária entre Direito e Moralidade não exige, imprescindivelmente, um comprometimento com uma objetividade numa acepção forte, podendo até mesmo ser defendida a partir de um não cognitivism²⁸⁰. Apresentaremos, de modo sucinto, duas propostas

²⁷⁹ Simon Blackburn em seu dicionário de filosofia define o emotivismo como a “teoria segundo a qual as elocuições éticas servem para exprimir estados emocionais ou afetivos, e não para afirmar verdades ou falsidades.” BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997, p.114.

²⁸⁰ No entanto, importante esclarecer que a tese que defendemos se insere a partir de uma postura cognitivista em sentido lato, albergando diversas gradações filosóficas a respeito da objetividade moral. Estamos defendendo a conexão (conceitual) necessária em termos gerais e em contraposição

mais alinhadas com o cognitivismo, mas num sentido mais fraco, ou seja, que não exigem compromissos metafísicos mais controversos.

Philip Soper, que defende a tese da conexão (conceitual) necessária, entende que esta pode ser sustentada a partir da crença compartilhada dos participantes que há algum valor moral no Direito. Nessa aceção a objetividade é menos exigente, pois limita-se às nossas crenças, que podem, obviamente, até ser falsas. O jurista fundamenta essa perspectiva nas seguintes afirmações empíricas: “1) é importante para as pessoas crer na realidade dos juízos de valor; 2) uma forma de manter essa fé consiste em incorporar aos conceitos que se referem aos fenômenos sociais mais básicos significado moral²⁸¹”.

Diante do caráter omnipresente de certos fenômenos sociais, como o Direito, e da crença e ou da disposição em crer na realidade do valor moral; Soper infere que não seria surpreendente que a identificação desses fenômenos não requeira uma fé semelhante ao da realidade da justificação moral.

Assim, para o jurista, a definição do conceito de Direito que possibilite distingui-lo das ordens coercitivas apenas baseadas na força, exige, em alguma medida, uma postura cognitivista sustentada na crença dos participantes. Isso seria, por exemplo, semelhante a um conceito de religião que, tendo como critério a existência de uma crença em Deus, não abarcasse as filosofias humanitárias mesmo que possuam ideais e práticas morais idênticas a muitas religiões. O jurista argumenta que:

Se pode considerar de modo similar a decisão de conceber o direito somente como força ou como algo mais que a força, isto é, é possível tratá-la como uma decisão acerca de se o conceito que usamos para descrever uma certa realidade social, deveria também implicar um compromisso com algum tipo de realidade moral. A concepção que adverte uma diferença essencial entre o direito e a força implica sustentar que o argumento moral é racional, apesar da dificuldade que possa ser a comprovação dos juízos de valor. Uma concepção disposta a incluir o regime coercitivo no conceito de sistema jurídico, implica que não é importante refletir as ideias acerca da realidade moral em uma classificação da realidade social ou que ao menos não lhes diz respeito essa especial porção dessa realidade. Pode ser

à tese da separação (conceitual) e não uma tese específica a respeito do tema, que, ao nosso entender, exigiria um posicionamento mais preciso com alguma abordagem cognitivista stricto sensu.

²⁸¹ Tradução livre: “(1) Es importante para las personas creer en la realidad de los juicios de valor; (2) una forma de mantener esa fé consiste en incorporar a los conceptos que se refieren a los fenómenos sociales más básicos un significado moral”. SOPER, Philip. **Una teoría del derecho**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 235.

semelhante concepção não requeira o abandono na fé, mas reclama o abandono de uma particular forma de demonstrar e anunciar essa fé²⁸².

Assim, para Soper o problema do positivismo “não é que ele implique o niilismo, mas sim na reserva acerca de qualquer pronunciamento acerca do niilismo²⁸³”. Ou seja, ainda que não seja uma implicação necessária de um não-cognitivismo, por abster-se da discussão acerca da objetividade moral para a definição do Direito acaba desenvolvendo uma abordagem mais afinada com uma perspectiva não-cognitivista. Concordamos que, na prática, a indiferença epistêmica às questões metaéticas pode coincidir com uma postura nililista acerca da Moralidade, ou mesmo escondê-la.

O ponto relevante ao nosso argumento é a defesa de Soper de uma tese da conexão necessária que apesar de cognitivista não demanda um comprometimento com uma objetividade moral num sentido forte. Aliás, essa abordagem a partir das crenças também pode ser observada no coerentismo de John Rawls²⁸⁴. O filósofo é um exemplo bastante relevante da possibilidade de uma ética normativa que seja objetiva, mas que não recaia num realismo moral, por exemplo.

Entendemos que outra forma de pensar a tese da conexão com uma objetividade moral mais deflacionada pode ser feita sobre os aportes da ontologia social de John Searle. Dentro de sua perspectiva a Moralidade e o Direito possuiriam o mesmo status epistêmico, seriam fatos institucionais. Se o fenômeno

²⁸² Tradução livre: Se puede considerar en forma similar a la decisión de concebir al derecho solo como fuerza o como algo más que la fuerza, esto es, es posible tratarla como una decisión acerca de si el concepto que usamos para describir una cierta realidad social, debería también implicar un compromiso con algún tipo de realidad moral. La concepción que advierte una diferencia esencial entre el derecho y la fuerza implica sostener que el argumento moral es racional, a pesar de lo difícil que pueda ser la comprobación de los juicios de valor. Una concepción dispuesta a incluir al régimen coercitivo en el concepto del sistema jurídico, implica que no es importante reflejar las ideas acerca de la realidad moral en una clasificación de la realidad social o que al menos no lo es respecto a esta especial porción de esa realidad. Puede ser que semejante concepción no requiera el abandono de la fé, pero reclama el abandono de una particular forma de demostrar y anunciar esa fé. Ibidem, p. 235-236.

²⁸³ Tradução livre: (...) “no es que implique el nihilismo sino que implica la reserva de cualquier pronunciamento acerca de la cuestión del nihilismo”. Ibidem, p. 235.

²⁸⁴ Denis Cointinho, discorrendo sobre a abordagem rawlsiana, conclui que: “dado que justificação é uma reconciliação com base em razões, estabelece-se uma harmonização entre as crenças e os critérios morais que são acordados por sua função, encontrando a objetividade da norma a partir do mútuo reconhecimento, estabelecendo uma profunda interconexão entre os direitos e os deveres, bem como entre o justo e o bem, reconciliando de forma holística e pragmatista as normas com os fatos, uma vez que determinados fatos contam como razões dentro do procedimento”. COITINHO, Denis. Além da dicotomia fato/valor: justificação e legitimação. in: **Trans/Form/Ação** [online]. 2013, vol. 36, n. 1, p. 183. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/trans/v36n1/10.pdf>>. Acesso em 13 mar. 2019.

jurídico pode ser conhecido objetivamente, a moral também²⁸⁵. A realidade social que nos permite saber o que é um imposto e se devemos pagá-lo, nos possibilita saber o que é uma promessa e se devemos cumprí-la. Desse modo, se há uma conexão necessária entre Direito e Moralidade, o que nos parece coerente com a proposta de Searle, a objetividade da moral não seria um problema epistêmico.

Portanto, quanto à objeção (3) afirmamos que não é uma condição necessária à tese da conexão o endosso de uma perspectiva cognitivista que afirme a objetividade moral num sentido forte.

A quarta e última objeção está relacionada diretamente ao dualismo entre ser e dever-ser. Contudo, seu enfoque não é apenas sobre qual domínio pertence o Direito, mas, sobretudo, a respeito da impossibilidade epistêmica de se conhecer os valores que constituem o fenômeno jurídico. Isto é, se reconhece explicitamente que o Direito se dá na esfera do *dever-ser* e que sua normatividade pressupõe valores (morais), porém, como esses são subjetivos, a ciência deve limitar-se aos aspectos objetivos/formais da norma.

Por isso, a necessidade de uma separação, ou melhor, de uma depuração epistêmica da Moralidade que constitui o Direito. Temos aqui uma implicação direta de um não-cognitismo moral na tese da separação conceitual. Um dos representantes desta perspectiva é Hans Kelsen.

Em sua teoria pura do Direito, Kelsen expõe claramente que seu intento é a realização de uma Ciência do Direito. Para tanto, seria imprescindível abstrair do fenômeno jurídico todos os elementos não-redutíveis ao seu paradigma científico de base.

Assim, os valores (morais) que reconhece fazerem parte da normatividade jurídica, são cientificamente apartados dela, por não serem objetivos²⁸⁶. Notem, não

²⁸⁵ Nessa direção, Marcelo Araújo aponta que: Searle poderia ser visto como um positivista legal no que concerne à sua aceitação irrestrita da tese segundo a qual não existem leis e direitos naturais. Leis e direitos são sempre positivos, i.e., são criações humanas. Por outro lado, para Searle, a mesma teoria que explica a existência do direito positivo explica também a existência dos parâmetros morais por meio dos quais poderíamos avaliar o direito positivo. A moralidade, com efeito, é para Searle uma instituição social, da mesma forma que o direito é também uma instituição social. ARAÚJO, Marcelo. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. In: **Filosofia Unisinos**. 11(2):163-175, mai/ago 2010, p. 173. Disponível em: revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/4643/1866. Acesso em: 13 fev. 2018.

²⁸⁶ Nessa direção, Gabriel Dias explica que: “para Kelsen trata-se apenas de acentuar que os valores absolutos do ser humano não podem ser comunicados intersubjetivamente de uma maneira que pudesse satisfazer as exigências científicas da racionalidade”. DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo**

é que o Direito enquanto fenômeno subsista sem uma dimensão valorativa, é a Ciência do Direito, que precisa fazer essa depuração, do contrário perderia sua cientificidade.

Essa abordagem kelseneana²⁸⁷ reflete de modo bastante similar o “desencantamento” do Direito feito por Max Weber²⁸⁸. O sociólogo alemão argumentava que a Modernidade operou uma cisão irreconciliável entre uma racionalidade jurídica formal/procedimental/instrumental e uma racionalidade jurídica substantiva. Para ele, a positivação era um sinal da racionalização formal do Direito, que passou a ser fundamentado apenas na vontade humana.

Assim, o Direito (válido) seria fruto de uma razão meramente procedimental em detrimento a qualquer apelo a imperativos éticos. Por isso, as tentativas de uma reaproximação com a Ética seriam sempre insuficientes, pois a aporia do Direito moderno estava diretamente relacionada como uma cisão entre a racionalidade instrumental e a racionalidade a respeito de valores.

Nesse sentido, uma ciência social (do Direito) estaria circunscrita a descrever e explicar os fenômenos sociais em seu processo de racionalização formal. Ao abster-se de uma racionalidade substantiva, o cientista alcançaria um conhecimento objetivo. A esse respeito Leo Straus faz uma análise precisa ao dizer que:

A verdadeira razão pela qual Weber insistiu num caráter eticamente neutro da ciência social, bem como da filosofia social, não foi sua crença na oposição fundamental entre Ser e Dever-Ser, mas acreditar que não pode haver um conhecimento genuíno do Dever Ser. Ele negava ao homem qualquer ciência empírica ou racional, qualquer conhecimento científico ou filosófico, do sistema verdadeiro de valores: o sistema verdadeiro de valores não existe; a uma variedade de valores do mesmo nível, cujas pretensões estão em conflito umas com as outras e cujo conflito não pode ser solucionado pela razão humana. A ciência social ou a filosofia social não pode fazer mais do que elucidar esse conflito e todas as suas implicações; a solução tem de ser deixada a cargo da decisão livre, não racional, de cada indivíduo²⁸⁹.

jurídico e a teoria geral do Direito: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 146.

²⁸⁷ Gabriel Dias também identifica essa influência weberiana em Kelsen. Ele afirma que: “por outro lado – principalmente com relação à limitação do objetivo epistemológico – é Max Weber que visivelmente influenciou Kelsen de modo imediato com seu ensaio de 1904 sobre a “objetividade” do conhecimento sócio-científico e sócio-político”. DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito:** na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 155.

²⁸⁸ Cf. WEBER, Max. **Economia y sociedad:** Esbozo de sociología comprensiva. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996-1999, p. 498-660.

²⁸⁹ STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História.** São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 51.

Parece-nos que Hans Kelsen partilhava desse mesmo pressuposto²⁹⁰. Para o jurista, um dos principais problemas da tese da conexão (conceitual) necessária entre Direito e Moralidade era a (suposta) exigência de uma Moral absoluta, isto é, da objetividade dos valores morais, o que rejeitava de modo explícito. Isso pode ser observado no seguinte fragmento:

A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência, deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda a parte. De outro modo não poderia ela alcançar o seu fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme, independente de circunstâncias de tempo e de lugar, sobre o que é direito (justo) e o que é injusto²⁹¹.

Mesmo reconhecendo que o Direito, devido ao seu caráter normativo, constitua-se valorativamente, para Kelsen a ciência deve apenas descrevê-lo e explicá-lo em seus aspectos formais/objetivos. Pois, como inexiste uma objetividade no que tange a dimensão substantiva dos valores (morais), qualquer apreciação nesse sentido será sempre relativa, contingente, o que não se espera do labor científico²⁹².

Noutras palavras, seria, uma das expressões da tentativa de reconciliar a insuperável cisão entre a racionalidade instrumental e a racionalidade axiológica. Por isso, matar alguém não é nem algo bom, nem mau, é apenas uma conduta

²⁹⁰ Nessa linha, Kelsen defende que: La teoría pura del derecho ha sido la primera en descubrir el motivo eminentemente no científico que lleva a la jurisprudencia tradicional a oponerse tan desesperadamente a una distinción pura entre teoría del derecho y praxis jurídica, entre ciencia del derecho y política jurídica; esta falta de distinción es lo que posibilita precisamente aquella jurisprudencia de conceptos.

En esto reside esencialmente la pureza de la teoría pura del derecho: ella quiere ser solo ciencia y no política; y no puede ser política, es decir realización de los valores sociales que se encuentran bajo el nombre de justicia, porque opina que **la respuesta al problema de la justicia permanece inalcanzable para la ciencia racional**. KELSEN, Hans. **Ques es la teoria pura del derecho?** 5. ed. Mexico: Fontamara, 1997, p. 50. *Grifo nosso*.

²⁹¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6° ed. Martins Fontes: São Paulo, 1998, p. 49.

²⁹² A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista de um conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral distinta da ordem jurídica é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar o seu objeto, mas apenas tem de conhecê-lo e descrever. Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação do seu objeto, mas uma descrição deste alheia a valores (*wertfreie*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito. *Ibidem*, p. 48.

juridicamente proibida. Em Kelsen essa “irrelevância” da ética para a Ciência do Direito está diretamente relacionada com o relativismo moral que propugnava²⁹³.

Antes de confrontarmos a objeção (4), aqui representada por Hans Kelsen, julgamos relevante expor seus méritos e de como, em certo aspecto, ela não é conflitante com a tese da conexão necessária que estamos a defender. Logo de início destacamos o reconhecimento de que o Direito, enquanto um ordenamento prescritivo direcionado à conduta humana, constitui-se de modo valorativo. Essa descrição é mais condizente com o modo de ser do fenômeno jurídico, do que aquelas que o inserem na esfera do “ser”.

Outro ponto de convergência é uma imbricação formal, e entendemos também substancial, ainda que relativa em seu conteúdo, do Direito com a Moralidade. Nessa direção Kelsen argui que:

O valor moral relativo é constituído por uma norma social que estabelece um determinado comportamento humano como devido (devendo-ser). Norma e valor são conceitos correlativos.

Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como devendo-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma²⁹⁴.

Ou seja, o Direito por se expressar por intermédio de normas que impõe condutas que devem ser obedecidas, já possui um valor moral em sua forma. Todavia, o conteúdo também é moralmente constituído, porém como para o jurista esses valores (morais) são relativos, deve a ciência limitar-se aos aspectos formais/objetivos do valor da norma jurídica.

²⁹³ Kelsen assevera que: La justicia es esencialmente un *valor absoluto* y lo absoluto en general, especialmente los valores absolutos, están más allá de conocimiento científico racional. La teoría pura del derecho es positivismo jurídico, es simplemente la teoría del *positivismo jurídico*; y el positivismo jurídico está intimamente vinculado con el *relativismo*. KELSEN, Hans. **Ques es la teoría pura del derecho?** 5. ed. Mexico: Fontamara, 1997, p. 31. Ainda acerca do relativismo moral em Kelsen, o cientista político Philippe Chanial aponta uma consonância e uma dissonância com relação ao projeto de Max Weber. Chanial pontua que: (...) se a teoria do direito de Kelsen se inscreve plenamente no paradigma weberiano da racionalização formal, isso não significa que o positivismo kelseniano acabe numa celebração do Estado burocrático. Recusando ao mundo dos valores toda a racionalidade, toda a objetividade, ele os exclui certamente da ciência do direito, mas ao mesmo tempo ele constitui a democracia parlamentar como o único regime no qual a relatividades dos valores é reconhecida. **HISTÓRIA argumentada da filosofia moral e política**: a felicidade e o útil. Ailan Caillé, Christian Lazzari, Michael Senellart (orgs.) São Leopoldo: UNISINOS, 2004, p. 643.

²⁹⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6° ed. Martins Fontes: São Paulo, 1998, p. 46

Compartilhamos que o fenômeno jurídico é moralmente constituído em sua totalidade. Entretanto, defendemos que a dimensão avaliativa/moral pode e deve-ser teoricamente (re)conhecida e analisada seja nas formas como no conteúdo do Direito, ainda que não de maneira absoluta.

Um dos problemas da objeção (4) é seu limitado paradigma de científico de base que, por sua vez, produz uma artificialização e uma significativa redução da realidade (jurídica)²⁹⁵. Sabemos que isso não é um problema para Kelsen, ao contrário, esse formalismo para ele era a própria condição de possibilidade para a ciência (do Direito). Contudo, diante desse recorte epistêmico, a tese da separação conceitual passa operar num âmbito muito restrito. Entendemos que em Kelsen esse seria o da Ciência do “Direito da Ciência”, como já falamos no argumento do lugar e do modo de observação. A tese faz sentido, mas já está muito distante do fenômeno jurídico.

Noutro passo, essa objeção é deveras radical. Da defesa da inexistência de valores morais absolutos não decorre necessariamente que não haja qualquer critério racional, ou alguma objetividade possível, para uma abordagem científica da dimensão moral substantiva, como também para avaliar os nossos próprios juízos morais particulares²⁹⁶.

Há uma exigência de objetividade aos valores substantivos muito elevada. Ou eles são absolutos, ou deles não se pode depreender conhecimento algum. Como já falamos quando discutíamos a objeção (3), existem formas mais deflacionadas

²⁹⁵ Essa redução é identificada inclusive por teóricos próximos da tradição analítica em que Kelsen também se insere. Dentre eles destaca-se George Henrik von Wright, filósofo finlandês que sucedeu Wittgenstein em Cambridge, até hoje uma referência nos estudos de lógica (deôntica). Wright, em artigo sobre a distinção entre ser e dever, tendo como Kelsen comum dos seus principais interlocutores, afirma que: “el Positivismo jurídico tiene razón cuando sostiene que el derecho e la moral son cosas esencialmente distintas y combate las doctrinas del <<Derecho Natural>> que borran esta distinción. Pero el Positivismo jurídico se equivoca cuando, en nombre de la <<pureza>> del derecho, insiste en excluir consideraciones de naturaleza moral de la legislación, de la toma de decisiones jurídicas y de los aspectos hermenéuticos de la dogmática jurídica.” WRIGHT, George Henrik von. Ser y deber ser in: **La normatividad del derecho**. Aulius Arnio, Ernesto Garzón Valdés, Jyrki Uusitalo (orgs.). 1. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 108-109.

²⁹⁶ Leo Strauss, tratando da abordagem weberiana, escreve que: “a tese weberiana leva necessariamente ao niilismo ou à concepção de que toda a preferência, por mais malfazeja, vil ou insana que seja, deve ser julgada pelo tribunal da razão como tão legítima quanto qualquer outra preferência”. STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: Martins fontes, 2014, p. 51. Tendo em vista a influência epistemológica de Weber na teoria de Kelsen, é possível também nesse ponto traçarmos um paralelo. O jurista pouco desenvolveu a respeito da decisão judicial e, abertamente, reconheceu que um juiz não está limitado a um quadro normativo de interpretações possíveis da norma. Essa postura fez com que fosse comparado com os realistas norte-americanos (“o Direito é o que os tribunais dizem que é”). Na ausência de uma racionalidade substantiva, o resultado tanto em Weber como em Kelsen, é, na prática, um niilismo quanto a questões valorativas.

acerca da objetividade e que poderiam possibilitar uma análise científica. Aliás, uma tese da conexão (conceitual) necessária, que inclusive alcance o conteúdo do Direito, poderia até mesmo ser sustentada por uma perspectiva relativista. Isto é, se reconhece que o fenômeno jurídico está sempre vinculado com a Moralidade, mas que os valores morais substantivos que estarão presentes no Direito serão sempre relativos ao contexto moral de cada povo.

Ademais, a negação de qualquer objetividade a valores morais substantivos depende, em alguma medida, também de valores, sejam epistêmicos como também morais, o que enfraquece o argumento da pureza científica. É a partir de um standard de racionalidade (Stein) específico – no caso de Kelsen o neokantismo²⁹⁷, ainda que não somente – que certos valores epistêmicos se instituem. Essa valoração normalmente é pressuposta, não problematizada, o que lhe confere uma aparência de neutralidade inquestionável.

Na esfera moral, como já dissemos, partilhamos da concepção de Michael Polany que a prática científica está enraizada em valores morais e crenças que compartilhamos. Eis então um paradoxo, a negativa absoluta da objetividade de valores (morais) em sua dimensão substantiva, é valorativamente sustentada. Mas como, se os valores em sua dimensão substantiva não podem ser conhecidos objetivamente?

Diante disso, entendemos que a objeção (4) não é suficiente para afastar a possibilidade da tese da conexão (conceitual) necessária, pois: 1) tem um escopo de atuação abstrato e bastante restrito, que, por isso, não nega essa tese em outras dimensões de análise do fenômeno jurídico; 2) iguala, na prática, o relativismo moral com um ceticismo absoluto, o que nos parece um equívoco, uma tese da conexão não-contingente pode ser articulada por um relativismo contextualista, como

²⁹⁷ Essa pureza científica advinda de um formalismo em Kelsen se fundamenta numa perspectiva neokantista. Para o jurista: (...) es evidente que un sistema de conceptos, tal como el de la teoría pura del derecho, debe tener un carácter relativamente formal, pues de por sí los principios de la lógica y de la metodología no son muy diferentes entre sí. Mediante los conceptos de una teoría general del derecho debe ser dominado gnoseológicamente el inmenso material jurídico positivo. Como todo conocimiento, el conocimiento jurídico debe también formalizar su objeto. Y este formalismo no puede ser atacado por nadie. Pues precisamente en este formalismo reside lo que como virtud se opone al vicio del prohibido “formalismo”; en este formalismo reside su *objetividad*. En su “Lógica del conocimiento puro” dice el fundador de la escuela de Marburgo, el filósofo kantiano Hermann Cohen: “Solo lo formal es objetivo, y por lo tanto, cuanto más formal es un método, tanto más objetivo puede ser. Y cuanto más objetivamente, en toda la profundidad de la cosa, se formule un problema, tanto más formal deberá ser su fundamento”. KELSEN, Hans. **Ques es la teoría pura del derecho?** 5. ed. Mexico: Fontamara, 1997, p. 47-48.

mencionamos; 3) esse ceticismo moral absoluto é deveras radical, existem diversas abordagens cognitivistas que sustentam uma objetividade mais deflacionada dos valores morais; 4) a própria negação científica de qualquer possibilidade de conhecimento objetivo na dimensão moral substantiva exige valores epistêmicos e morais, que enfraquecem a ideia de neutralidade em que esse argumento se lastreia.

No argumento metaético buscamos demonstrar a fragilidade das objeções à tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade relacionadas à perspectiva ética não-cognitivista, em sentido lato, ou na irrelevância dessa discussão, uma vez que é considerada controversa. Mas não somente. Ao longo das refutações fomos expondo a plausibilidade dessa tese mesmo diante da complexidade do tema.

A tese que defendemos, inserida numa abordagem fenomenológica-hermenêutica, possui uma pretensão de objetividade menos exigente, no sentido epistemológico. Estando os fenômenos jurídico e moral imersos na facticidade, sua manifestação se dá no nível dos discursos de primeira ordem, que justificam de modo mais direito nossas ações e julgamentos morais. Assim, o reconhecimento de um vínculo necessário prescinde de uma objetividade de segundo nível, onde reside as maiores divergências.

A teoria deve admitir essa conexão, ainda que isso lhe traga evidentes dificuldades epistêmicas. Pois, partimos da premissa que a teoria deve apresentar o fenômeno (jurídico) assim como ele tem se desvelado a nós na temporalidade, e não o esconder (ainda que parcialmente) ou artificializá-lo, transformando numa pálida representação abstrata de sua existencialidade.

Por operar nesse nível discursivo a identificação do Direito e o uso de sua linguagem normativa, pressupõe uma dimensão valorativa (moral) que lhe é indissociável, pois a experiência moral nos é constitutiva, ainda que muitos de nós sejamos cétricos morais. Isso não nos impede de observar os valores morais das instituições sociais, como o Direito e a importância deles para que elas se sustentem.

Noutro passo, também não se faz necessário uma objetividade dos valores morais substantivos, numa acepção forte. Ainda que haja controvérsias epistêmicas ou até mesmo a afirmação da impossibilidade de um conhecimento objetivo nesse domínio, basta que os participantes se relacionem de modo valorativo com o Direito. Hipótese que consideramos mais adequada à nossa condição existencial. Por fim,

mesmo no nível do discurso de segunda ordem, a tese da conexão que defendemos não exige uma objetividade “absoluta”, podendo apoiar-se em posturas cognitivistas mais brandas e até mesmo em posições não-cognitivistas.

8. Argumento do Direito (i)moral

Nesse argumento tentaremos refutar uma das principais objeções factuais à tese da conexão necessária: a existência de ordenamentos e/ou disposições jurídicas injustas/imorais. Tentaremos demonstrar que essa objeção: 1) já pressupõe em si um vínculo necessário entre Direito e Moralidade; 2) manifesta uma diferenciação entre ambos, mas não uma separação. Juntamente, procuraremos demonstrar que essa diferença foi moralmente constituída, tendo em vista as especificidades da ordenação da vida social e da própria Moralidade.

Importante desde logo esclarecer que diante da observação hermenêutica que nos propomos a realizar, colocaremos a questão de uma outra maneira. Não (apenas) por fins de ordem metodológica, mas por que entendemos ser mais adequado ao nosso modo de ser (Da-sein) e ao fenômeno jurídico assim como tem se desvelado a nós na temporalidade.

Como é possível se depreender nos demais argumentos, a tese por nós defendida se insere num nível existencial mais profundo. Falamos de uma conexão que se dá no horizonte intersubjetivo da nossa experiência moral constitutiva. É a partir dela que o Direito se desvela como um fenômeno que institui uma realidade moral diferenciada que, por isso, pode assim ser julgado em seus méritos morais.

Faremos o caminho inverso de alguns teóricos analíticos. Partindo da verificação da existência de um Direito injusto/imoral, concluíram pela tese da separação. Isto é, se pode ser injusto/imoral, logo, seria o Direito independente/autônomo em relação à Moralidade. Ou ao menos, sua representação teórica (conceito), deveria pressupor essa independência/autonomia. Partindo da mesma constatação empírica, tentaremos entender por que o Direito por vezes é injusto e moral, e por que faz tanto sentido o avaliarmos dessa forma. Se pode ser injusto/imoral, logo, é o Direito um fenômeno moral em direção à justiça, concluiremos. Eis o paradoxo que hermeneuticamente estamos a sustentar.

Conforme já pontuamos anteriormente, a tradição jurídica analítica anglo-saxã (Bentham, Austin, Hart) baseia sua tese da separação (conceitual), ainda que parcialmente, no fato da existência de leis iníquas/imorais/injustas. Aliás, o próprio Hart argumentava haver certa superioridade teórica em seu conceito de Direito, pois conseguiria explicar/abarcas esse estado de coisas. Contemporaneamente, Joseph Raz é um dos teóricos que segue essa linha de argumentação.

Raz é contrário à ideia de que parte essencial do Direito se define fazendo referência explícita à Moralidade de forma a garantir seu valor moral, o que denomina de “método/argumento definicional”. Para o jurista, esse método apresenta algumas dificuldades, pois: (1) exclui casos óbvios de sistemas jurídicos e de disposições jurídicas imorais/injustas; (2) presume uma indissociabilidade dos aspectos valorativos e não-valorativos do fenômeno jurídico enquanto os teóricos juspositivistas e alguns jusnaturalistas identificam o Direito unicamente com base em suas características não valorativas²⁹⁸; 3) depende de algum comprometimento, ao menos, com um objetivismo moral qualificado²⁹⁹.

Em nossa discussão nos deteremos no ponto (1), pois os demais já foram abordados no argumento da incindibilidade de fatos e valores e no argumento metaético. O jurista entende que por existir o Direito injusto/imoral a abordagem que procura uma definição que dependa de um teste moral seria inadequada³⁰⁰. Nesse sentido, procura refutar as seguintes versões jusnaturalistas, que podemos identificar como versões da tese da conexão necessária:

(1) Todas e cada uma das disposições jurídicas são, adequadamente ponderadas, moralmente boas e por conseguinte moralmente válidas e devem, moralmente, ser seguidas.

(2) Uma disposição jurídica determinada, considerada sobre a base de seus méritos, pode ser moralmente neutra ou inclusive má e mesmo assim há, sempre e necessariamente, razões gerais para obedecer qualquer disposição jurídica que têm mais peso que, ou excluem a, todas as possíveis considerações sobre a incorreção de uma disposição jurídica particular ou sobre a incorreção de qualquer número de disposições jurídicas. Tais considerações (do gênero que violar uma disposição jurídica conduziria a decomposição da sociedade ou de que toda a disposição jurídica tem sido ditada por uma autoridade legítima) são suficientes para fundamentar que todas as disposições jurídicas são, com independência de seu conteúdo, moralmente válidas e devem, moralmente, ser seguidas.

²⁹⁸ Não obstante termos tratamos desse ponto no argumento da incindibilidade entre fatos e valores, é válido pontuar que a mesma crítica a respeito da “presunção” é também adequada à própria abordagem teórica de Raz. Diríamos, parafraseando-o, que é precisamente aqui onde a debilidade da teoria juspositivista e das demais posturas teóricas que pressupõe identificar o Direito a partir de critérios não valorativos se põem em manifesto. Esse enfoque implica na abstração da dimensão avaliativa que o constitui enquanto uma instituição social, de modo que, aparentemente, suas disposições estariam também imunes ao seu aspecto moral constitutivo.

²⁹⁹ Cf. RAZ, Joseph. **Razón práctica y normas**. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

³⁰⁰ Nesse sentido, Raz pontua que: “é precisamente aqui onde a debilidade do método definicional se põe em manifesto. Este enfoque implica que para ser uma disposição jurídica não basta que a norma pertença à instituição social, mas deve satisfazer algum teste moral”. RAZ, Joseph. **Razón práctica y normas**. 2. ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 192.

(3) Todo o sistema jurídico contém necessariamente ao menos algumas disposições jurídicas que são moralmente válidas e devem, moralmente, ser seguidas³⁰¹.

Em suma, para Raz, as três acepções seriam refutáveis pelas seguintes razões, respectivamente: 1) não condiz à realidade dos fatos, pois existem disposições jurídicas injustas³⁰²; 2) não seria suficiente para sustentar a existência de uma conexão necessária, mas apenas de razões *prima facie* para obedecer ao Direito³⁰³; 3) não explica a normatividade jurídica das disposições que estão fora do espectro daquelas consideradas como moralmente válidas³⁰⁴.

Portanto, para Raz, seriam equívocos teóricos: a afirmação que as disposições jurídicas são necessariamente razões morais, ou que estejam moralmente justificadas, ou que sempre haja razões morais para obedecer a cada uma delas; e/ou a crença de que o Direito somente existe se parte significativa da comunidade crê em sua validade moral. Assim, se há Direito injusto/moral, as propostas de definir o fenômeno jurídico a partir de uma conexão necessária seriam também equivocadas, uma vez que partiriam de premissas falsas.

Nesse contexto, não é incomum as críticas positivistas serem direcionadas ao Jusnaturalismo, pois, historicamente, tem defendido a tese da conexão necessária, ainda que em acepções diversas. Em especial, à afirmação de Agostinho “aquilo que não é justo não me parece ser uma lei³⁰⁵”, retomada por Tomás de Aquino. Assim, John Austin argumentava que:

Agora, dizer que leis humanas que conflitam com a lei Divina não são obrigatórias, isto é, não são leis, é falar tolices. As mais perniciosas leis, e, portanto, são as que mais são opostas à vontade de Deus, tem sido e são continuamente impostas como leis pelos tribunais. Suponha que um ato inócuo, ou positivamente benéfico, seja proibido pelo soberano sob pena de morte; se eu cometer esse ato, eu devo ser processado e condenado, e se eu refuto a sentença, que é contrária à lei de Deus, que ordenou que legisladores não devem proibir atos que não tenham consequências más, a

³⁰¹ RAZ, Joseph. **Razón práctica y normas**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 189-190.

³⁰² Cf. Ibidem, p. 191.

³⁰³ Cf. Ibidem, p. 94-195.

³⁰⁴ Cf. Ibidem, p. 196.

³⁰⁵ “Não serão então justas as leis que permitem a um viajante matar a seu assaltante, para que ele mesmo não seja morto? Ou ainda, o fato de ser permitido a um homem ou a uma mulher, cuja virtude querem violentar, de exterminarem o seu agressor, antes de serem estuprados? Ora, a própria lei ordena ao soldado de matar o inimigo. E no caso de ele se recusar a isso, teria punição por parte de seus chefes. Porventura, ousaríamos afirmar que tais leis são injustas e mesmo não serem leis? Porque a mim me parece que uma lei que não seja justa não é lei”. Santo Agostinho. **O livre-arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira; Rev. Honório Dalbosco. São Paulo : Paulus, 1995, p. 36.

Corte de Justiça demonstrará a incoerência do meu raciocínio enforcing me em cumprimento da lei que eu tinha impugnado a validade.³⁰⁶

Na mesma direção, Hart identificava que “a asserção de que “uma lei injusta não é lei” tem o mesmo timbre de exagero e paradoxo, senão de falsidade”, que as afirmações “as leis do parlamento não são leis” ou “o direito constitucional não é direito³⁰⁷”.

Inicialmente, destacamos que a afirmação de Agostinho se insere no nível das razões de primeira ordem, não é uma assertiva sobre o conceito de Lei. Mesmo Aquino, que apresenta critérios para a Lei Humana, não aparenta fazer isso primariamente ou exclusivamente com fins analíticos. Diferentemente, se percebe na construção de seus raciocínios que sua preocupação estava voltada à realidade prática da existência de leis injustas, saber como deveríamos agir diante delas. O que justificaria o seu (des)cumprimento. Essa observação é relevante, pois nesse horizonte a discussão está mais próxima da facticidade do que aquela já feita a partir de pressupostos analíticos e abstratos.

A respeito da expressão da “*lex iniusta non est lex*”, Norman Kretzmann³⁰⁸ afirma que sua origem é desconhecida, não sendo encontrada nesses termos nem em Agostinho ou Aquino³⁰⁹. Não obstante, ele se propõe a analisá-la tentando demonstrar como, a partir da elaboração do Aquinate, ela não seria nem um absurdo, tampouco sediciosa. Ao contrário, seria a manifestação de bom senso e se revelaria útil³¹⁰.

Kretzmann sugere da leitura do “Tratado da Lei”, em especial, das questões 90 e 91, a existência dos seguintes critérios de identificação das Leis Humanas em Aquino: (A) uma diretriz da razão; (B) com vistas ao bem comum; (C) promulgada

³⁰⁶ Tradução livre: “Now, to say that human laws which conflict with the Divine law are not binding, that is to say, are not laws, is to talk stark nonsense. The most pernicious laws, and therefore those which are most opposed to the will of God, have been and are continually enforced as laws by judicial tribunals. Suppose an act innocuous, or positively beneficial, be prohibited by the sovereign under the penalty of death; if I commit this act, I shall be tried and condemned, and if I object to the sentence, that it is contrary to the law of God, who has commanded that human lawgivers shall not prohibit acts which have no evil consequences, the Court of Justice will demonstrate the inconclusiveness of my reasoning by hanging me up, in pursuance of the law of which I have impugned the validity”. AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edit. William E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 158.

³⁰⁷ HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2º ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1994, p. 12.

³⁰⁸ Agradecemos ao caro professor Gérson Neves pela sugestão deste artigo bem como pela interlocução a respeito do tema.

³⁰⁹ Cf. KRETZMANN, Norman. *Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience* in: *The American Journal of Jurisprudence*. Volume 33, Issue 1, 1988, p. 101.

³¹⁰ *Ibidem*, p. 107.

pelo governante; (D) pertencendo a uma comunidade completa; (E) conduzindo as pessoas a ou as impedindo de realizar certas ações,³¹¹; (F) tendo poder de coerção³¹²; (G) designada para ser obedecida^{313,314}. Para ele, os dois primeiros seriam valorativos e os demais não-valorativos, formais. Deste modo, como veremos, mesmo uma lei injusta, que poderia ser de diferentes modos e graus, não perderia seu status de lei uma vez presentes em alguma medida os demais aspectos. Por isso, não seria um absurdo.

Noutro passo, acentua que para Aquino uma Lei pode ser injusta de duas formas distintas. A primeira se desdobra em três. A injustiça poderia ocorrer em virtude do fim proposto, da ilegitimidade da autoridade que a estabeleceu, ou de sua forma, que diz respeito à desproporcionalidade do compartilhamento dos fardos (sociais)³¹⁵. A segunda, em decorrência a uma afronta à um bem divino, isto é, a Lei Divina revelada nas Escrituras³¹⁶.

Kretzmann entende que somente nessa última acepção haveria um dever moral de não obediência, na outra apenas um direito moral de não obedecer àquela lei. Diante da significativa gradação dessa injustiça, não haveria uma justificação *prima facie* para a desobediência civil. Por isso, não seria um incentivo à insurreição, mas a uma obediência legal moralmente consciente.

Parece-nos que no primeiro caso para o Aquinate apenas quando a injustiça fosse extrema, o direito de não a obedecer deveria ser exercido. Senão, ainda que

³¹¹ ST I-II, Q. 90, A. 1.

³¹² ST I-II, Q. 90, A.3, ad. 2.

³¹³ ST I-II, Q. 91, A. 5; Q 92, A. 1c; ad. 4.

³¹⁴ Cf. KRETZMANN, Norman. *Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience* in: *The American Journal of Jurisprudence*. Volume 33, Issue 1, 1988, p. 111-112.

³¹⁵ “Por outro lado, leis são *injustas (iniustiae)* em dois modos. Pelo primeiro modo [I], sendo *contrárias ao bem humano* por opor-se às condições mencionadas acima. Ou bem [I.1] com referência ao *fim* – e.g., quando alguém em posição de autoridade impõe ao povo sujeito a sua autoridade leis opressivas que pertencem não ao bem comum, mas antes à sua própria ganância ou glorificação; ou bem [I.2] com referência à *fonte de autoridade* – e.g., quando alguém decreta leis que vão além do poder que lhe foi conferido; ou bem [I.3] com referência à *forma* – e.g., quando fardos são distribuídos de maneira desigual na comunidade, mesmo que sejam dirigidos para o bem comum. Ocorrências desse tipo são instâncias de violência, antes que leis; pois, como Agostinho afirma, “aquilo que não é justo não parece ser uma lei”. Portanto, *tais leis não compelem um indivíduo na corte da consciência, exceto, talvez, com vistas a evitar um escândalo ou a desordem, em nome do que um indivíduo deve mesmo abrir mão de seu direito* (de acordo com Matheus 4:40-41: “Se alguém vos compele a andar uma milha, andai com ele ainda duas milhas; e se alguém toma vosso casaco, dai-lhe sua camisa também”). ST I-II, Q. 96, A. 4.

³¹⁶ “Leis podem ser injustas em um segundo modo [II] sendo *contrárias ao bem divino* – e.g., leis de tiranos levando o povo à idolatria ou a qualquer coisa que seja contrária à lei divina. Tais leis não devem ser observadas de modo algum, porque, como é dito em Atos 5:29, “Devemos obedecer a Deus, antes que a homens”. ST I-II, Q. 96, A. 4.

injusta, por razões de ordem e/ou para evitar escândalos/perturbações, a lei deveria ser respeitada, ainda que inexistente uma obrigação no foro da consciência³¹⁷. Porém, em quaisquer casos elas continuam sendo leis, ainda que não de modo integral, isto é, em todos os seus aspectos. Por isso, uma lei injusta não pareceria uma lei. Tal interpretação se harmoniza com o seguinte excerto da Questão 93 em que Aquino, falando sobre a Lei Humana em relação à Lei Eterna, escreve que:

(...) a lei humana tem tanto razão de lei quanto é segundo a razão reta, e de acordo com isso é manifesto que deriva da lei eterna. Enquanto, pois, se afasta da razão eterna diz-se assim lei iníqua, e assim não tem razão de lei, e, sim, mais de certa violência. – Entretanto, na mesma lei iníqua, enquanto se conserva algo da semelhança da lei em razão da ordem do poder de quem legisla, também nesse sentido deriva da lei eterna: “todo poder”, com efeito, “vem do Senhor Deus”, como diz na Carta aos Romanos³¹⁸.

A partir desses breves apontamentos procuramos demonstrar a incorreção do argumento juspositivista de que para o Direito Natural uma lei injusta, não seria lei nenhuma, no sentido ontológico-existencial. O que o Jusnaturalismo tem feito, e esse é dos seus méritos históricos, é acentuar que o Direito e suas disposições estão necessariamente conectados com a moralidade e a justiça. Essa conexão é um predicado constitutivo do fenômeno jurídico, não acidental. Em concordância, destacamos que abstração dessa dimensão valorativa/moral, pelas mais variadas razões apresentadas nessa tese, nega ou esconde o modo de ser próprio do Direito.

Como procuramos demonstrar no argumento fenomenológico, o fenômeno jurídico se constituiu em direção à justiça, enquanto parte da nossa (pre)ocupação moral. Isso explica, por exemplo, porque ser tão “natural” a apreciação moral de suas disposições. Faz parte do seu *status function* (Searle).

Assim, chegamos ao paradoxo que falamos antes. Há conexão necessária no nível ontológico que se manifesta como uma disposição/abertura moral, que será interpretativamente constituída na temporalidade. Por isso, o Direito jamais será neutro como se fosse um fato bruto. Será sempre justo ou injusto, moral ou imoral. Todavia, não nessa lógica binária, mas em matizes diversos que compõe esses pólos antagônicos. Diante disso, podemos dizer: o Direito imoral só o é por ser moral, de modo análogo ao ser humano que age imoralmente. Apreciamos sua conduta dessa maneira porque (antes) já o reconhecemos como ser moral.

³¹⁷ ST I-II, Q. 96, A. 4.

³¹⁸ ST I-II, Q. 93, A. 3, ad 2.

Nós não costumamos emitir juízos morais a fatos brutos, somente lhes atribuímos alguma qualidade moral quando metaforicamente simbolizam algo nesse âmbito. Porém, essa já é a realidade de um fato institucional (Searle). Pensemos numa parede³¹⁹. *Prima facie*, não a vemos como algo de natureza moral. Se num diálogo o engenheiro lhe pergunta: “qual altura você deseja que a parede da sala tenha?” Você provavelmente pensará em aspectos estéticos, em segurança ou na influência do tamanho para a temperatura ou luminosidade, dentre outros. Seria, no mínimo, estranho uma resposta simples do tipo: “acho que uma parede de 2,5 metros é a medida moralmente correta”. A estranheza é que a “parede” nesse contexto não desvela sentidos morais.

Todavia, se uma família após um sério conflito resolvesse erguer uma parede no meio da propriedade a fim de que houvesse um rompimento da convivência, aquela parede não seria apenas uma “parede” como no exemplo anterior, seria um símbolo de uma quebra de laços afetivos. Nessa situação, o juízo “que parede imoral” faria sentido pois ela já é uma metáfora do comportamento que gerou a segregação familiar. Para os envolvidos, derrubá-la teria um valor moral que inexistia nas diferentes medidas em que a parede da sala que está sendo construída poderia ter.

O fenômeno jurídico, assim como tem se mostrado, revela uma constante pretensão moral, ainda que sempre incompleta em sua realização. Essa inclinação que lhe é constitutiva é condição de possibilidade para os nossos juízos morais em relação ao Direito. Quando os fazemos, não temos a estranheza como se falássemos da “parede” no primeiro exemplo, ao contrário, é muito mais próximo do segundo, em que “parede” é um fato institucional. Contudo, diferente³²⁰.

Desde suas primeiras manifestações, o Direito já se constitui num entrelaçamento com a justiça/moralidade. Já uma parede pode tornar-se um fato

³¹⁹ Esse exemplo é uma variação que elaboramos a partir do seguinte exemplo de John Searle: “Pero si suponemos que los miembros de la tribu reconocen que la línea de piedras crea derechos y obligaciones, que les está prohibido cruzar la línea, que se supone que no la cruzarán, entonces tenemos simbolización. Las piedras simbolizan ahora algo que va más allá de ellas mismas; ahora funcionan como palabras. No creo que haya una línea divisoria tajante entre lo institucional y lo no institucional, entre lo lingüístico y lo prelingüístico, pero en la medida en que pensemos que los fenómenos son hechos genuinamente institucionales, y no meras formas condicionadas de conducta habituada, en esa medida estaremos obligados a pensar en el lenguaje como constitutivo de los fenómenos, porque el paso consistente en imponer la función Y al objeto X es un paso simbolizador”. SEARLE, John R. **La construcción de la realidad social**. Barcelona: Paidós, 1997, p. 86.

³²⁰ O Direito é um fato institucional linguístico. A parede, nesse caso, como o dinheiro, são fatos institucionais não linguísticos.

institucional com sentidos morais, mas não necessariamente. Ademais, por instituir uma realidade moral normativa diferenciada, a relação hermenêutica – pano de fundo (Searle) – que estabelecemos com o fenômeno jurídico já é desde sempre moral. Apesar da parede também instituir certos direitos e obrigações – como o direito de cada parte da família viver em seu lado sem ser importunada pela outra parte e a obrigação recíproca de respeitar essa demarcação – a regulação jurídica é muito mais abrangente e complexa. Isto é, a conexão necessária entre Direito e Moralidade nos parece ainda mais evidente.

Nesses termos, a tese da conexão necessária que alcança também a própria definição do Direito não exclui sistemas jurídicos injustos e/ou disposições jurídicas imorais, como Joseph Raz argumenta. Diferentemente, é a partir dela que podemos compreender com maior profundidade a realidade do Direito injusto/imoral. Passemos agora à análise das versões da tese da conexão que o jurista apresenta.

A primeira relaciona o dever moral de obedecer ao Direito ao fato de que as disposições jurídicas, no todo e/ou em separado, são adequadamente ponderadas como moralmente boas. Como já falamos³²¹, a intencionalidade coletiva que sustenta o fenômeno jurídico enquanto fato institucional constitui um pano de fundo em que estamos lançados. O dever moral de obediência às disposições jurídicas é primordialmente ancorado nesse contexto.

Dessa forma, há uma aceitação *prima facie*, por vezes inconsciente, do Direito no todo e/ou em suas disposições singulares. Isso significa que esse “dever” já não depende a todo tempo de uma ponderação explícita de seus méritos morais, como tiveram aqueles que vivenciaram a formação do Direito. Todavia, mesmo havendo uma apreciação nesse sentido, disso não deriva a necessidade de que no todo ou em suas partes o Direito tenha que ser avaliado como moralmente bom. Poderá ser considerado justo ou injusto, moral ou imoral, e em diversas gradações. A conexão que defendemos é a que possibilita esse julgamento. Se o Direito for extremamente injusto ou imoral, ele provavelmente será desobedecido de forma justificada, não porque deixou de ser Direito em sua totalidade, mas porque o é numa forma defeituosa. E isso não é uma idealização moralista, é consequência do modo de ser próprio do fenômeno jurídico.

³²¹ Ver argumento da incindibilidade entre fatos e valores.

Em alusão à metáfora do ramo de Ronald Dworkin³²², diríamos que essa situação é semelhante a um ramo que esteja com algum vício. Não o olhamos e dizemos que ele não existe ou que não faz mais parte da árvore. Diferentemente, reconhecemos que continua sendo um ramo, mas que é defeituoso. Não é o que deveria-ser a partir do seu próprio ser, pois há uma imbricação dessas dimensões.

A segunda versão diz respeito à razão moral *prima facie* de obedecer ao Direito, independentemente de seu conteúdo. Para Raz isso pode até ser verdadeiro, mas é insuficiente para demonstrar a existência de uma conexão necessária, que, aparentemente, para o jurista teria que subscrever a máxima “*lex iniusta non est lex*”. Isso se depreende ao longo de sua argumentação que caminha no sentido da necessidade de haver uma espécie de teste para a validação moral do Direito. Isto é, se a lei injusta não é lei, quais seriam os critérios de justiça para o Direito existir?

Podemos até concordar com Raz que a existência desse dever moral *prima facie*, per si, não implica na tese da conexão necessária, porém, reconhecemos que desvela algo significativo. Por que compartilhamos esse dever? Nossa hipótese é que o fenômeno jurídico se constitui moralmente como um modo diferenciado de ordenar a vida social, de possibilitar a coexistência. Assim, há no modo de ser do Direito uma dimensão valorativa/moral inescapável, e isso já faz parte da nossa pré-compreensão.

Esse dever moral *prima facie* é um dos indícios da conexão ontológica entre Direito e Moralidade. O problema é a limitação da tese que Raz parece pressupor em suas críticas. É uma tese analítica que procura conformar o fenômeno. Enquanto a que propomos é uma reconstrução fenomenológica que procura espelhá-lo a partir de seu próprio desvelamento.

Falamos noutro argumento que uma das dificuldades das teorias analíticas ao Direito é a significativa redução ou artificialização da realidade (jurídica) que estabelecem. Diferente de Agostinho ou Aquino, que pensavam na lei injusta como um dilema real que nos afeta enquanto seres humanos sujeitos ao império da lei;

³²² Ronald Dworkin em sua obra *Justiça para Ouriços* assume que inicialmente pensava seu interpretativismo a partir do quadro ortodoxo em que Direito e Moral são vistos como dois sistemas distintos, e apresenta sua perspectiva integrada em que o Direito é um ramo (*branch*) da moralidade política. Cf. DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

para Raz, e o mesmo para Hart, essa questão, no âmbito da teoria jurídica, tornou-se apenas epistêmica, conceitual.

Se é possível definir o (conceito de) Direito apenas a partir de critérios não valorativos, a conexão necessária estaria assim afastada. Todavia, como também apontamos outrora, é muito difícil permanecer nesses estritos limites epistêmicos. Assim, por vezes, essas fronteiras são transpostas e se não nos dermos conta parece que as pressuposições que explicavam fragmentos do fenômeno podem, inadvertidamente, assumir uma pretensão de totalidade. Isso é perceptível nessa crítica de Raz. O dever *prima facie* aponta para uma conexão necessária que está muito além da área representacional que ele denomina de Direito. E, nessa dimensão, sua tese conceitual não tem lastro epistêmico suficiente nem para afirmar, nem para negar, o que ela pressupõe.

A terceira versão que o jurista traz é bastante similar à ideia de um mínimo ético do Direito. Para essa perspectiva haveria no Direito algumas disposições fundamentais que são consideradas moralmente válidas e, por isso, devem ser seguidas.

Raz novamente parece não objetar o argumento em seu cerne, mas acentua sua equivocidade diante do fato de que esse não explicaria a normatividade jurídica das demais disposições. Em seu raciocínio, se essas também são jurídicas, isso significaria que o Direito independe de sua validade moral, mesmo que certas regras sejam consideradas como imperativos morais.

Concordarmos com o que essa versão enuncia – que todo o ordenamento jurídico possui algumas normas consideradas moralmente fundamentais – mas a tese que defendemos não se circunscreve apenas a essa dimensão da realidade jurídica. Por ser o Direito um fenômeno que se constitui numa conexão necessária com a Moralidade num nível mais profundo, toda e qualquer norma jurídica carrega essa abertura/disposição. Por isso, ela pode ser considerada moral ou imoral, justa ou injusta, e em escalas muito distintas.

Mesmo uma norma que consideramos ter um conteúdo irrelevante do ponto vista moral não perde essa inclinação moral. Isso porque, por pertencer ao Direito, compartilha sua moralidade constitutiva que está relacionada ao seu *status function*. Ademais, a irrelevância moral não significa a existência dessa dimensão. Ao contrário, apenas que em relação a certas normas consideradas como basilares, elas possuem um valor moral que consideramos menor.

Jean-Maurie Aubert, comentando acerca da derivação da Lei Humana da Lei Natural em Aquino, nos apresenta um aspecto que nos parece bastante adequado para pensar essa diferença do valor moral das disposições jurídicas, tomadas a partir de seus conteúdos. Para ele:

Pode existir um vínculo mais ou menos estreito entre a lei natural e a lei positiva que a explicita. Esse vínculo se dá em função da maior ou menor proximidade entre ambas em questão da evidência racional. Em um primeiro caso, a lei humana deriva da lei natural como uma conclusão deriva das premissas de um argumento simples; a evidência dos princípios da lei natural (premissas) acarreta os da lei humana que dela decorre, em uma espécie de transferência de racionalidade. Desse modo, uma tal lei positiva goza da mesma **autoridade e força moral** que a lei natural, da qual ela prolonga a eficácia mediante a evidência racional que ela manifesta. Em contrapartida, a lei humana é levada a funcionar em domínios bastante contingentes, o dos meios a utilizar para realizar seu objetivo pedagógico. A escolha do meio dependerá muitas vezes do contexto social, de uma apreciação ponderada do legislador; carecendo da evidência da lei natural, ela só pode derivar diretamente dela como uma de suas conclusões. É apenas uma aplicação contingente, cuja eficácia e força se enraízam na autoridade do legislador e na necessidade pedagógica que funda a lei humana. Nesse domínio derivado, a escolha dos meios é ditada pela prudência, por apreciações indemonstráveis de peritos, pela opinião de homens experientes. Nessa instância, **a luz reguladora da lei natural só chega por refração** e recebida indiretamente pela mediação da experiência do legislador humano³²³.

Como o Direito institui uma realidade moral diferenciada e o faz de forma onnipresente regula tanto aquilo que consideramos ter uma importância moral ímpar como também realidades que não possuem esse caráter fundamental. O valor moral que se mostra claramente nas primeiras, parece rarefeito nas segundas. Isso porque em uma a luz da moral incide de modo direto e noutra apenas por refração.

Até esse momento entendemos que já demonstramos que a existência de ordenamentos e/ou disposições jurídicas injustas/imorais já pressupõe uma conexão necessária entre Direito e Moralidade. Vamos agora para a segunda pressuposição, a de que isso manifesta uma diferença entre ambos, mas não uma separação³²⁴.

Por que um Direito imoral, lato sensu, ainda é Direito? Nossa resposta é: porque, mesmo havendo uma conexão necessária, o Direito possui uma autonomia relativa. Com isso se estabelece uma diferença que é moralmente fundada.

³²³ TOMAS de Aquino, Santo. **Suma teológica**: os hábitos e as virtudes, os dons do Espírito Santo, os vícios e os pecados, a lei antiga e a lei nova, a graça. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2015, p. 577. **Em nota de roda-pé B. (grifo nosso)**

³²⁴ Importante esclarecer que o foco dessa tese é a relação entre Direito e Moral, especificamente, a conexão necessária em suas diversas manifestações. Assim, a abordagem da diferença se insere nessa discussão. Por isso, não trataremos das diferenças e semelhanças específicas de cada um deles.

Ademais, é a própria condição de possibilidade do fenômeno jurídico enquanto tal. Explicamos o queremos dizer com isso.

No argumento fenomenológico, acentuamos como o Direito emerge a partir da nossa experiência moral em busca da justiça, da retidão. Porém, com o passar do tempo os contornos jurídicos foram paulatinamente se instituindo a ponto de assumir um modo de ser singular. Da justiça natural para a justiça convencional; da lei natural para a lei humana/positiva. Esse processo de institucionalização não foi aleatório, mas fundado em razões morais.

O Direito constitui-se como o modo moral de ordenar e regular a coexistência e dirimir seus conflitos, mas, para isso, assumiu uma autonomia, ainda que relativa. Um modo próprio de ser – juízes e tribunais, legisladores, advogados, leis escritas, processos, procedimentos, recursos, e etc. – e de exigir obediência, a coerção legal.

Assim, o Direito estabeleceu-se de uma forma que a Moral, por si só, jamais seria capaz. Como falamos, essa diferença não se deu à revelia da Moralidade, mas por causa dela. Todavia, isso tem um preço. Enquanto na experiência moral há uma abertura maior para a ponderação de juízos particulares adequados às contingências, o Direito para regular a convivência social antecipa-se à facticidade de modo mais determinado e o faz por meio de padrões gerais. Isso traz maior certeza e previsibilidade em sua identificação e aplicação, como também estabiliza as expectativas sociais de uma forma comum.

Conseqüentemente, ao ordenar os sentidos morais por intermédio de suas normas, torna a coexistência duradoura algo ainda mais possível. Todavia, essas diferenças, que são moralmente constituídas e que se estabelecem conformando a autonomia relativa do Direito, podem, o que sói acontece, também trazer algumas dificuldades, dentre elas a existência de um Direito injusto/imoral.

A tese da conexão que temos sustentado afirma que o Direito, no todo e/ou em suas normas singulares, se dá necessariamente com uma abertura/inclinação moral. Dessa forma, pode ser justo ou injusto, moral ou imoral, em níveis e formas muito distintas. Ainda que esteja em direção à justiça/moralidade, enquanto um empreendimento humano, o fenômeno tende a espelhar nossa finitude como também nossos vícios.

Por exemplo, antecipamos a realidade em normas como se fôssemos omniscientes, mas não somos. Assim, não são poucos os casos em que certas

especificidades se apresentam juridicamente disformes e a aplicação do Direito que temos nos parece inadequada ou mesmo injusta, como em *Riggs x Palmer*³²⁵, notabilizado por Ronald Dworkin. Somos finitos, e nosso Direito também o é. Desse modo, por vezes enfrentaremos dilemas semelhantes. Porém, entendemos que a saída de Dworkin por intermédio dos princípios jurídicos é adequada e está em consonância com a tese que defendemos.

Diante desse cenário, não há que se sair do Direito e decidir com a abertura que temos para solucionar um dilema moral. Quando isso acontece estamos fazendo um não-Direito, pois a diferença moral que é a sua própria condição de possibilidade foi esquecida. Por possuir uma autonomia relativa e por ser uma prática interpretativa, a decisão judicial deve apoiar-se na própria realidade jurídica, o que pode exigir uma fundamentação mais profunda, assentada em seus princípios instituidores³²⁶.

³²⁵ *Riggs v. Palmer* foi julgado no Tribunal de Nova Iorque em 1889. No caso, um jovem chamado Elmer assassinou seu avô por envenenamento, temendo que este modificasse o testamento, em que era o maior beneficiário, em virtude de recente casamento. As filhas do falecido eram *residuary legates*, assim, caso Elmer não pudesse herdar, elas teriam direito à herança. Deste modo, ingressaram com uma ação alegando que o jovem perdera seu direito em virtude do crime que cometeu. Houve divergência, o juiz Gray defendia uma interpretação literal, logo, inexistia esta exceção ao assassino, Elmer deveria receber a herança. Ademais, arguia que não poderia haver punição não previamente estabelecida, e o jovem já havia sido penalizado pelo crime cometido. Em caminho oposto, e representando a maioria dos juizes, o juiz Earl defendia que a intenção dos legisladores deveria ser levada em consideração. Deste modo, seria um absurdo pensar que os legisladores de Nova Iorque, a quem competia a Lei dos testamentos, tivessem almejado que homicidas pudessem herdar em razão do próprio crime. Juntamente com esta argumentação, trouxe à baila a necessidade de serem também considerados princípios de justiça, entendendo a lei como parte deste sistema, sendo necessário, portanto, haver uma coerência. Nessa linha, manifestou o reconhecimento jurídico do princípio que vedava alguém tirar proveito da própria fraude, e este deveria ter usado na interpretação da legislação testamentária. Desta forma, a decisão deferiu o pedido das herdeiras impedindo Elmer de receber a herança, mesmo não havendo óbice legal (expresso) para tanto. Cf. CHUEIRI, Vera Karam De. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. 1. ed. Curitiba: JM, 1995, p.167-169.

³²⁶ Como mencionamos, o caso *Riggs versus Palmer* é ilustrativo. Em situações semelhantes a essa, nos damos conta de que o Direito é mais do que a aparência do edifício de regras e precisamos revisitar seus fundamentos. E quando lá chegamos, percebemos o alicerce moral que lhe dá sentido, que lhe é condição de possibilidade, o que Dworkin denominou de princípios (jurídicos). A partir dessa realidade (re)interpretamos a nossa história institucional em consonância com suas razões próprias morais fundamentais. Isso não se dá diretamente, ou ao menos não deveria, por uma argumentação “puramente” moral – isto é externa ao Direito – mas por intermédio de argumentos que evidenciem os fragmentos dessa moralidade constitutiva do fenômeno jurídico em sua institucionalidade. Nesse caso, a decisão pautou-se no princípio de que ninguém deveria beneficiar-se da própria torpeza já reconhecido em outras decisões e implícito em várias regras, mas que ainda estava imperceptível naquelas atinentes à herança. Frederick Schauer, um teórico juspositivista, reconhece algo similar em seu positivismo presuntivo. Para ele, as regras funcionam como trincheiras que impedem que o raciocínio judicial precise a todo tempo alcançar os fundamentos do Direito. Contudo, nos *hard cases* essa presunção é afastada e a decisão demanda uma elaboração a partir das justificativas (jurídico-morais) que sustentam as regras jurídicas. Cf. SCHAUER, Frederick.

Somos seres conscientes de nossa condição, não somos nem anjos nem demônios, temos inclinações ao sublime, mas capacidades para banalizar o mal. Assim, por vezes, o Direito é injusto ou imoral, como um reflexo da nossa própria injustiça e imoralidade, como as leis de segregação racial, por exemplo. Diante de leis assim, temos aquela impressão agostiniana que de tão injusta não parece ser uma lei. Contudo, são. Porém, esse estranhamento não se resume a uma idealização moralista, mas revela uma percepção profunda de que ela é, mas não como deveria ser a partir do seu ser.

Isso poderia ser explicado por Searle, na ideia de uma não conformidade com o *status function* do Direito. Não nos damos conta da intencionalidade coletiva que o mantém quando ele se mostra inadequado ao fim que se propõe³²⁷, que ao nosso entender, é uma ordenação moral, ainda que com especificidades próprias.

Outra forma de entender esse estranhamento perante um Direito injusto/imoral pode ser feita pela experiência de ruptura que temos quando um ser-para, perde sua manualidade (*zuhandenheit*). Para Heidegger, nossa relação primordial com o mundo é uma lida, uma ocupação (*Besorgen*), os contornos teóricos dessa compreensão são consequências dessa realidade existencial. Nessa ocupação o ser dos entes se desvela, é na mão do carpinteiro que o “ser martelo” se manifesta e é a partir da sua necessidade de martelar.

Assim temos uma circunvisão do mundo, uma percepção da totalidade instrumental que é pré-reflexiva. Porém, tanto a ocupação quanto a circunvisão se modificam quanto o ser-para não serve mais ao fim que lhe era proposto, quando o martelo se quebra e não podemos mais martelar com ele. Nesse momento se revelam as remissões constitutivas que estavam implícitas no uso que fazíamos do martelo, a diferença ontológica entre ser e ente. O que temos agora é um ente que

Playing by the Rules: a Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and in Life. Oxford: Oxford University Press, 1991.

³²⁷ O Direito é por nós experienciado enquanto um fenômeno social que institui uma realidade moral diferenciada. O seu próprio conteúdo descritivo, por exemplo, as instituições de criação e aplicação, existem enquanto fatos institucionais e não como fatos brutos. Assim, são constituídos simbolicamente a partir do nosso imaginário moral e começam a ruir quando esse fundamento começa a ser questionado. É análogo ao alicerce de um edifício. Moralmente estabelecemos a fundação, o que demandou uma significativa conjunção de esforços sociais, o que significou em muitos casos, sangue, suor e lágrimas. Mesmo “escondido” aos participantes da constituição da prática/instituição o fundamento ainda é aparente, porém, com o passar do tempo, com a naturalização do nosso olhar, temos a tendência de torná-lo (ainda mais) invisível. Esse encobrimento se manterá até enquanto o edifício, a instituição, cumprir adequadamente seus fins, ou quando seus propósitos se tornarem anacrônicos. Diante disso, as razões (morais) do seu estabelecimento se manifestam e exigem novamente dos participantes um reposicionamento a respeito.

em virtude da quebra perdeu sua existencialidade enquanto ser-para. O ponto importante para nossa discussão é que isso somente se mostra a nós diante dessa ruptura.

Nossa hipótese é que isso nos acontece diante de leis injustas/imorais, quanto maior for o grau da injustiça/imoralidade nelas percebido. O Direito como um “instrumento” para a ordenação e regulação da vida social é percebido como um ser-para. Deste modo, dele nos ocupamos também de forma pré-reflexiva. Porém, como é uma ordem moral diferenciada, quando suas normas se mostram flagrantemente injustas ou imorais, temos uma percepção de algum modo semelhante à quebra do martelo.

Parece que essas normas perderam algo significativo de seu modo de ser-para. Assim, nos damos conta da diferença ontológica e da própria conexão necessária com a Moralidade. O Direito, no todo e/ou em suas partes, é uma realidade ôntica e ontológica. Por ser um fenômeno moral, o seu ser-para não é apenas funcional, ele aspira o justo, esse é um dos seus sentidos ontológicos originários. Por isso uma lei injusta/imoral não parece uma lei, porque, apesar de conservar seu aspecto ôntico, é ontologicamente atravessada por sentidos que julgamos contrários àqueles que constituem o seu ser-para.

A conexão necessária se revela com maior clareza porque ao rompermos com a ocupação e circunvisão que se configuram em nossa habitualidade, somos transportados a uma reflexão profunda acerca dos sentidos do ser do Direito. E, assim, percebemos suas conexões necessárias e contingentes com a Moralidade.

Desse modo, a existência de um Direito imoral/injusto, no todo e em partes, manifesta uma diferença e não uma separação entre o jurídico e o moral, o que se configura numa autonomia relativa. O Direito constitui-se enquanto uma realidade moral diferenciada e, por isso, trará em si uma disposição/abertura em direção à Justiça/Moralidade, mas que pode ser preenchida de forma injusta ou imoral. E isso deveria causar-nos estranhamento.

Antes de concluirmos esse argumento, entendemos que ainda devemos tecer algumas observações quanto ao tema do Direito injusto ou imoral. A primeira delas se refere a uma certa generalização que ao simplificar a discussão pode esconder aspectos significativos da realidade. Como, por exemplo, a consideração de ordenamentos jurídicos como absolutamente injustos ou imorais, por algum critério

específico. E, a partir disso, a sustentação de que como existem esses ordenamentos, logo o Direito e Moralidade estariam necessariamente separados.

Tomemos o caso da Alemanha Nazista que costumeiramente exemplifica esse estado de coisas. Sabemos e repudiamos a violação explícita e institucionalizada dos direitos humanos que ali foi perpetrada. Porém, isso é suficiente para dizer que todo o ordenamento jurídico alemão da época era absolutamente injusto ou imoral? Será que todas as relações jurídicas ali estabelecidas ou todas as leis ali criadas eram, de fato, injustas e imorais em sua totalidade?

Nossa resposta é: não. E diríamos mais, por mais digno de censura moral que seja qualquer um dos ordenamentos jurídicos já existentes, nos parece que eles ainda conservavam algum senso de justiça e moralidade, mesmo que parcial. O que estamos a sugerir – e essa é apenas uma hipótese – é que a existência de ordenamentos jurídicos absolutamente injustos e imorais *in totum*, nos parece falaciosa.

Para existirem e se manterem algum senso de Justiça e Moralidade lhe confere sustentação, a coerção não é suficiente para tanto. Do contrário, iríamos preferir o estado de natureza, mesmo o descrito por Thomas Hobbes. Notem que estamos tentando demonstrar o contrassenso da ideia de uma ordem jurídica que seja em sua totalidade injusta ou imoral.

Noutro passo, o mesmo pode ser dito de regimes ditatoriais. Será que em virtude de sua ilegitimidade política podemos afirmar que o seu Direito é absolutamente imoral ou injusto? Será que todas as leis e todas as decisões judiciais são completamente injustas e imorais? Parece-nos que essa presunção é inadequada. Como o Direito foi se constituindo em direção à justiça, conectado com a moralidade, algo sempre é conservado.

Ademais, entendemos que algo singular aconteceu no Nazismo, como em outros regimes totalitários, sobre o qual deveríamos analisar com mais cautela³²⁸. A barbárie institucionalizada que eles nos mostram não comprovam uma separação

³²⁸ Essa afirmação se refere à necessidade de uma profunda reflexão acadêmica e na esfera pública a respeito dessa questão. Se o Direito está intrinsecamente vinculado a nossa experiência moral, tese que defendemos, precisamos estar, de algum modo, conscientes da imaginação moral que cultivamos e os caminhos que ela projeta para o nosso futuro. Por limitações diversas não aprofundaremos essa discussão. Porém, reconhecemos que a tese da conexão necessária nos impõe um pensar sobre a necessária conexão para a nossa coexistência.

absoluta entre Direito e Moralidade. Ao contrário, denotam a conexão umbilical entre o ordenamento jurídico e a sua imaginação moral de base. O que deveria nos fazer pensar não apenas na conexão necessária, que constitui o modo ser do Direito, mas também acerca da necessária conexão.

Michael Polanyi desenvolveu uma explicação que entendemos bastante adequada para a compreensão desses fenômenos sociais, o que denominou de inversão moral³²⁹. Para o pensador, quando há uma fusão entre um ceticismo radical, uma negação absoluta da realidade presente e uma utopia perfeccionista, uma visão ilusória sobre quem deveríamos ser e onde poderíamos chegar, a Moralidade é invertida. Nesse contexto, nossas paixões morais, ao invés de sublimadas, não são mais canalizadas para a conservação do que existe, mas para a violência e a destruição³³⁰, que passam dentro dessa inversão a serem moralmente justificadas.

Para Polanyi, o Nazismo³³¹ ilustra essa inversão moral. Nesse sentido ele analisa que:

A imanência das grandes paixões morais no programa de Hitler explica o forte apelo moral que foi com tamanha inescrupulosidade - por exemplo para muitos membros do Movimento Alemão Jovem. Sempre que o fanatismo combina com cinismo nós devemos suspeitar um acoplamento dínamo-objetivo, e esta presença é confirmada se nós descobrirmos que o cinismo está fazendo um apelo moral. O frenesi de Hitler era primariamente

³²⁹ "Polanyi's counterintuitive thesis with respect to the rise and dominion of totalitarian régimes (on the right and the left) is that the driving power behind these dehumanizing and violently oppressive governments has been essentially and fanatically moral". YEAGER, D. M. *Confronting the Minotaur: Moral Inversion and Polanyi's Moral Philosophy*. Tradition and Discovery: The Polanyi Society Periodical. 29. (2002). Disponível em: <<http://www.polanyisociety.org/TAD%20WEB%20ARCHIVE/TAD29-1/TAD29-1-pg22-48-pdf.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019, p. 25.

³³⁰ "A great upsurge of moral demands on social life, such as arose at the end of the eighteenth century and has since flooded the whole world, must seek a more forcible expression. When injected into a utilitarian framework it transmutes both itself and this framework. It turns into the fanatical force of a machinery of violence. This is how moral inversion is completed: man masked as a beast turns into a Minotaur". POLANYI, Michael. **Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy**. London: Routledge, 2005, p. 249.

³³¹ "The moral appeal of immorality has been effective also in other mass movements of our time. Meinecke had detected an early form of it in Pan Germanism, and Hitler's rise has confirmed that diagnosis in a diabolically complete way. Hitler greatly profited from the Bolshevik example, but his movement was rooted primarily in German Romantic nihilism. This doctrine taught that an outstanding individual is a law unto himself and may, as a statesman, unscrupulously impose his will on the rest of the world, and that a nation has likewise the right and the duty to fulfil its 'historic destiny' irrespective of moral obligations. Such teachings contradict the universal claim of morality, just as the Marxist mechanistic image of man does. They identify morality with the self-fulfilment of the individual or the nation, and this emotionally charged utilitarianism can unite with a fierce patriotism all the inordinate social hopes of our age. It was able eventually, therefore, to embody both in the aim of a German world government under Hitler". Ibidem, p. 246.

mal, mas o apelo para a juventude alemã era moral: eles aceitavam ações más com um dever moral. Suas respostas estavam determinadas pelas mesmas convicções que Marx havia defendido a respeito da natureza dos motivos morais na vida pública. Eles acreditavam que tais motivos eram meras racionalizações do poder, e que poder sozinho não era real. Por isso, seu desgosto da moralização, e sua a paixão moral para a violência inescrupulosa³³².

Diante dessa hipótese explicativa, torna-se compreensível do ponto de vista epistêmico, porque ordenamentos jurídicos com leis moralmente abjetas se mantiveram com algum nível de aceitação popular e dos próprios agentes do Direito³³³. Com a inversão, a imoralidade tornou-se dentro daquele contexto, algo moralmente defensável ou justificável.

Nossa tese é que o fenômeno jurídico se constitui em direção à justiça/moral, com uma abertura, por isso jamais será neutro. Por isso, até mesmo o mal, a barbárie, para ser juridicamente estabelecida requer um véu que o apresenta como algo que se mantém na direção correta, ainda que isso seja absolutamente falso.

Assim, pensamos que essas generalizações – ex. ordenamentos completamente injustos/imorais – são inadequadas e não servem para sustentar a tese da separação (conceitual) necessária entre Direito e Moralidade, pois esses

³³² Tradução livre: The immanence of great moral passions in Hitler's programme explains the strong moral appeal which it made by its very unscrupulousness—for example to many members of the German Youth Movement. Whenever fanaticism combines with cynicism we must suspect a dynamo-objective coupling, and its presence is confirmed if we find that cynicism is making a moral appeal. Hitler's frenzy was primarily evil, but its appeal to the German youth was moral: they accepted evil actions as a moral duty. Their response was determined by the same convictions which Marx had held about the nature of moral motives in public life. They believed that such motives were mere rationalizations of power, and that power alone was real. Hence their disgust of moralizing, and their moral passion for unscrupulous violence". Ibidem, p. 247.

³³³ Ingo Müller descreve de modo bastante detalhado como os juristas e agentes do Direito contribuíram para a "legitimação" jurídica do Nazismo, o que denota a inversão moral que falamos. Nesse sentido, destacamos os seguintes trechos de sua obra *Los juristas del Horror*: "Los profesores de derecho desempeñaron un papel importante en el declive del derecho durante el tercer Reich. Brindaron un ropaje filosófico a los actos arbitrarios y los crímenes de los nazis, que sin ese disfraz se habrían reconocido claramente como actuaciones ilegítimas. Prácticamente no hubo desafuero alguno perpetrado por los nazis que no hubiese sido reconocido durante el régimen como "supremamente justo" y que no hubiese sido defendido después de la guerra por los mismos académicos, valiéndose de los mismos dudosos argumentos en cuanto a su "justificación" o incluso su "conveniencia" desde un punto de vista jurídico". MÜLLER, Ingo. **Los juristas del Horror**. La justicia de Hitler: el pasado que Alemania no pudo dejar atrás. Caracas: Editorial ACTUM, 2007, p. 89. "La doctrina jurídica en Alemania estaba bastante unida en cuanto a su rechazo del estado de derecho de la "era del sistema." Para esos juristas ese estado de derecho era la cobertura de una "degeneración del estado de derecho burgués," y sus basamentos la democracia, el liberalismo, la igualdad ante la ley, y pluralismo en las concepciones del mundo se "oponían a nuestra visión alemana del mundo, que las repelia". Ibidem, p. 94.

sistemas apresentam normas e tutelam relações que poderíamos considerar justas. Ademais, a própria imoralidade como vimos pode ser “moralmente” sustentada.

Parece-nos mais adequado identificá-los como injustos ou imorais nos limites dos critérios que estabelecemos e não em sua totalidade, como também demonstrar a iniquidade de suas leis ou julgados de forma mais específica e a partir do *framework* moral; e não como se houvesse um descolamento artificial do Direito em relação à experiência moral subjacente.

Outro ponto, esse um pouco mais complexo, é que mesmo leis ou decisões judiciais injustas imorais se dão dentro de um cenário de moralidade, isto é, conformaram-se com a imaginação moral de sua época. Lembremos, somos seres historicamente situados e isso é ao mesmo tempo a condição de possibilidade para a nossa compreensão como também um limite. Com isso, estamos tentando dizer que várias leis antigas que hoje consideramos como injustas e imorais, não eram assim percebidas por aqueles que a fizeram, e, possivelmente, em alguns casos até aqueles que para nós estavam sendo injustiçados não se viam dessa forma.

Há sempre uma imaginação moral que conforma nossa percepção e sensibilidade moral. Nesse sentido, podemos citar a escravidão, presente de forma “naturalizada” na milenar História Humana, como algo moralmente aceitável e juridicamente defensável. Mesmo havendo registros muito antigos de críticas pontuais a essa prática, a nossa imaginação moral começou a mudar radicalmente há poucos séculos atrás, provavelmente, do séc. XVIII em diante. Porém, esse processo foi lento e gradual. Nosso argumento é que mesmo leis que consideramos injustas e imorais não são fruto de uma vontade arbitrária a-histórica. Ao contrário, revelam algum enraizamento moral de origem.

Deste modo, uma lei considerada justa/moral em seu nascedouro pode, com o passar do tempo, tornar-se injusta/imoral e isso quanto mais acelerada for a mudança da imaginação moral que lhe sustentava. Sem esse alicerce a lei começa a ser questionada, ensejando alterações legislativas ou mesmo a perda de sua eficácia. Isto é, ainda que continue formalmente no ordenamento, os juízes e demais cidadãos, do dever moral de obediência, passam a admitir um direito moral ao seu não cumprimento. E isso quanto maior e mais flagrante for a injustiça e imoralidade intersubjetivamente reconhecidas.

Importante destacar que isso se dá na esfera pública, a partir de uma percepção compartilhada que intersecciona perspectivas morais diversas dentro de

um contexto plural. Ou seja, não seria suficiente uma apreciação individual, ou mesmo um julgamento moral que faça sentido apenas para um grupo social mais restrito.

Ainda que a injustiça/imoralidade de uma lei seja vocalizada por indivíduos isolados ou por minorias, ela tende a ser acolhida quando encontra um apoio social mais amplo. Pois, com o processo de secularização a autonomia relativa do Direito se estabeleceu de tal modo a lhe possibilitar um certo grau de independência em relação a moralidade positiva. Por estar fundamentada na experiência moral, o fenômeno jurídico foi se constituindo a partir dos valores morais compartilhados em comunidades que co-existiam num universo de maior coesão moral.

Assim, os ditames morais foram convertendo-se em exigências jurídicas. Porém, com o aumento da complexidade da vida social e, sobretudo, com a fragmentação desse consenso moral, para continuar assegurando a co-existência, o Direito foi assumindo um status ainda mais elevado, sendo o modo moral de ordenar, regular e resolver os conflitos de uma sociedade cada vez mais fragmentada.

A secularização não separou o Direito da Moralidade, ao contrário, revela significativa importância moral do jurídico em sociedades plurais. Entendemos que isso precisa ser adequadamente compreendido, sobretudo, em contextos de ativismo judicial como o vivido no Brasil nas últimas décadas. Por estar acima de todos os códigos morais gozando de uma autonomia relativa, as decisões judiciais de casos controversos deveriam revelar uma prudência, e não o ímpeto de tornar o Direito o motor da história.

Não são poucas as vezes que a ideia de um Direito secularizado é usada como álibi retórico para sustentar posições jurídico-morais bastante controversas. E, por vezes, o que é ainda mais questionável, é quando o argumento da secularização esconde uma agenda moral específica. Nesse sentido, a secularização, não separa Direito e Moral, ao contrário, os conecta de uma forma que consideramos inautêntica e ilegítima. Quando isso acontece, paradoxalmente, o Direito se desseculariza.

Feitos esses apontamentos, concluímos o argumento afirmando que a objeção à tese da conexão devido à existência do Direito injusto/imoral, além de não conseguir sustentar sua pretensão, é em si mesma uma prova daquilo que supostamente estaria a refutar.

O Direito é um fenômeno moral em direção à justiça. Devido a essa abertura constitutiva, essa pré-disposição, é que ele pode, ocasionalmente e parcialmente, ser injusto/imoral. Porém, quando essa injustiça/imoralidade é extrema a ponto de não serem socialmente suportáveis, nossa percepção é que estamos diante de algo que não parece Direito, mesmo sabendo que o é³³⁴. Esse juízo decorre da própria relação hermenêutica que estabelecemos com o fenômeno jurídico a partir do seu modo de ser próprio.

Essa possibilidade – de um Direito injusto/imoral – se dá pela própria diferença moralmente constituída em relação à Moralidade. O Direito alcança uma autonomia relativa para que possa realizar seu fim de ordenar e regular a coexistência e os conflitos dela inerentes. Tanto esse telos como o seu modo de realização são morais, por isso nosso estranhamento quando o fenômeno jurídico se mostra imoral ou injusto, seja em seus meios como nos fins que persegue.

³³⁴ Nesse ponto específico, nossa tese da conexão se diferencia da fórmula de Gustav Radbruch em que uma lei extremamente injusta não é mais considerada como Direito. O jurista alemão afirmava que: “Podría resolverse el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica, atribuyendo la preferencia al Derecho positivo, que tiene la firmeza que le confieren su promulgación y la fuerza coactiva, y esto aun en el caso de que fuera injusto o prejudicial, o bien, em el caso de que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance un grado insoportable, cediendo la ley, em cuanto “Derecho defectuoso, ante la justicia”. Es imposible establecer una línea más precisa de separación entro los casos en que estamos ante leyes que no son Derecho y los otros en que, a pesar de su contenido injusto, las leyes continúan conservando su validez. Pero se puede establecer con toda a precisión otra línea divisoria: cuando ni siquiera se aspira a realizar la justicia, cuando en la formulación el Derecho positivo se deja a un lado conscientemente la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, entonces no estamos solo ante una ley que establece un “Derecho defectuoso”, sino que más bien lo que ocurre es que estamos ante un caso de ausencia de Derecho”. RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, p.13-14. Não obstante, concordamos com Radbruch nos seguintes aspectos: 1) as leis são valorativamente constituídas, tanto pela segurança jurídica como também pela justiça; 2) leis podem ser injustas/imorais; 3) a definição do Direito, incluindo sua positividade, se estabelece no sentido de servir a justiça. Cf. Ibidem.

9. Argumento da Punição Legal

O direito penal é a última *ratio*. Diz a Constituição: "são vedadas penas cruéis". As penas definidas em lei são, em tese, proporcionais ao delito. Na mesma medida, espera-se que, diante das singularidades do caso, a dosimetria da pena feita pelo juízo criminal também seja proporcional.

A punição deve retribuir, ressocializar ou simplesmente garantir o bem-estar social? Ou não possuiria todas estas funções? Afinal, por que punimos? E por qual razão punimos determinadas condutas e não outras? E por qual motivo punimos certas condutas com maior severidade do que as demais? Além disso, o estabelecimento de um tipo penal (crime ou contravenção) é razão suficiente, embora necessária, para que o poder de punir do Estado se manifeste? Por que, juridicamente, consideramos que a não liberdade do agente pode excluir a sua culpabilidade? Por que temos ritos específicos a depender do tipo de crime em questão?

Temos uma série de afirmações e questionamentos que orbitam o direito penal, sobretudo o tema da punição e que impõe dificuldades à tese da separação (conceitual) entre direito e moralidade.

A tese por nós defendida é de que há uma conexão necessária entre esses dois domínios normativos. Entendemos também que isso pode ser demonstrado na totalidade da experiência jurídica ou em recortes dessa realidade, como no direito penal, mais especificamente, no que tange à punição³³⁵.

O argumento é: a punição legal e, por consequência, o direito penal, revelam de modo privilegiado a conexão necessária entre Direito e Moralidade. Isso será demonstrado na forma como a doutrina jurídica, a legislação e a jurisprudência enfrentam as afirmações e questionamentos outrora apresentados. Antes, todavia, iniciamos respondendo o porquê dessa hipótese.

Não há dúvidas de que tanto a punição quanto o estabelecimento de padrões de comportamento considerados certos ou errados são anteriores à formação do Direito Ocidental enquanto uma instituição "autônoma", como também subsistem

³³⁵ É importante observar que a estratégia de analisar "separadamente" um fragmento do real não se limita a uma abordagem analítica. Diferentemente, o reconhecimento hermenêutico de nossa finitude epistêmica nos impõe a necessidade desta incursão, sem, todavia, absolutizá-la. Ou seja, a compreensão dessa parte ocorre de modo circular a partir da compreensão do todo. Da punição legal ao Direito penal e desse ao Sistema Jurídico e, assim, subsequentemente numa espiral.

paralelamente até os dias atuais. Quando o Direito começou a institucionalizar condutas denominando-as de crime, não o fez criando uma realidade totalmente nova, diferentemente, instituiu com contornos específicos a experiência moral que já era socialmente compartilhada.

Eric Weil pontua que “nenhum assassinato primitivo explica a moral: sem moral não haveria diferença entre a morte do pai assassinado por seus filhos e a morte do pai esfaqueado por um urso: simplesmente não haveria assassinato”³³⁶. Seguindo o raciocínio, diríamos que não haveria o crime de homicídio se antes já não houvesse a reprovação moral ao assassinato.

Essa relação também pode ser observada nos debates do século XX³³⁷ a respeito daquilo que poderia ser considerado crime, especificamente, se a

³³⁶ WEIL, Eric. **Filosofia Moral**. trad. Marcelo Perini. São Paulo: É Realizações, 2011, p. 22.

³³⁷ Nesse sentido são representativos os debates de H.L.A Hart com Patrick Devlin e James Stephen. Devlin argumentava que o Direito poderia impor a observância de princípios morais socialmente aceitos, tendo em vista também a autopreservação social. Isso, por que para ele a moral compartilhada seria o cimento da sociedade. Deste modo, quando uma determinada sociedade se vale do direito para preservar seu código moral ela está preservando a si própria. Por isso, não necessariamente a conduta criminosa teria que causar dano a outrem diretamente. No mesmo espectro, porém numa defesa mais intensa, James Stephen sustentava que a lei criminal não apenas deveria ser, mas reconhecia que ela já vinha perseguindo formas mais graves de imoralidade, e que isto comprovaria a gradação moral da punibilidade. Ou seja, quanto maior o grau de reprovação moral de uma conduta criminosa maior e mais severa também a sua punição. Hart discordava de ambas as posições, pois num contexto democrático isso representaria um populismo moral, uma imposição moral de uma maioria e sobre uma minoria. O mesmo sob o âmbito individual, pois as pessoas teriam suas liberdades para fazerem suas escolhas e viverem suas vidas como bem entendessem demasiadamente restringidas. Ademais, o jurista entendia que tomar a moral positiva como fonte, per si, do jurídico, nos levaria a uma atitude dogmática e, portanto, não haveria mais a capacidade de criticar o direito. De modo mais específico, Hart refuta a posição de Devlin pois não haveria comprovação histórica no sentido de demonstrar que uma sociedade que não reforçasse juridicamente a moral positiva se desintegraria e por tratar a moralidade como se fosse um único e inconsútil tecido, sem às devidas e necessárias distinções entre as condutas tidas como imorais. Com relação ao argumento de Stephen, Hart afirma que ele confunde duas questões que são distintas e independentes. Uma coisa seria saber a espécie de condutas que podem ser justificadamente punidas, a outra é a distribuição das penas para delitos diferentes. Não decorre do fato de porquê crimes mais graves recebam maior punição e isto expressar uma valoração moral que a simples imoralidade de uma ação já a torne, por si, criminosa. Hart defende que o constrangimento da coerção legal, seja como ameaça ou na punição propriamente dita, apenas se justificaria por desencorajar determinadas condutas que reconhecidamente causam danos à terceiros ou, excepcionalmente, a si próprios. A isso ele denominava de paternalismo jurídico que seria a “proteção das pessoas contra elas mesmas³³⁷”. Diferentemente, condenava o uso da lei criminal como expressão da moral positiva, por si, o que chamava de o moralismo jurídico. Ao criticar o moralismo jurídico Hart não está afirmando que a punição legal não repousa sobre um fundamento moral. Ao contrário, ele demonstra os equívocos desta posição e defende outra justificação moral em seu lugar, uma perspectiva liberal e utilitarista acerca da moralidade, ainda que com algumas restrições. Ao fazer isso, ele reconhece, ainda que implicitamente, a inexorabilidade da dimensão moral do fenômeno jurídico visto a partir do problema da punição. Apesar de buscar desvincular o direito da “moral positiva”, Hart reconhece nela se insere valores universais que devem ser juridicamente preservados, o que no Conceito de Direito denominou de conteúdo mínimo de direito natural. Além disso, o jurista não nega que a distribuição da punição também requer uma conformação moral.

imoralidade em si justificaria a punição legal. Assim, dentro também de um processo de secularização, a abrangência do Direito Penal foi paulatinamente encontrando lindes mais definidas e justificáveis enquanto expressão do Poder Punitivo do Estado em ambientes democráticos, de pluralismo moral. Dessa forma, se historicamente o Direito Penal se constituiu a partir desse horizonte, investigá-lo prospectivamente há de revelar seu necessário enraizamento ético.

Tendo como eixo axial do argumento a punição legal, tomemos a seguinte definição feita por Denis Coitinho que a descreve “como um dano ou sofrimento intencional reprobatório retributivo infligido pelo Estado aos ofensores, tomados como responsáveis e que não possuem desculpas apropriadas³³⁸”. Coitinho ainda apresenta duas características essenciais da punição legal. A primeira refere-se à legitimidade da autoridade política, o Estado enquanto (única) instituição legítima para dizer o que é crime e estabelecer um sistema penal. E a segunda diz respeito à natureza pública do ato considerado como crime.

Sendo a punição legal em si um dano ou um sofrimento que o Estado impõe, a necessidade de justificação (moral) torna-se um imperativo. Cesare Beccaria, ainda no séc. XVIII, já havia identificado isso ao dizer que:

O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir. Todo exercício do poder que se afastar dessa base é abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; é uma usurpação e não mais um poder legítimo.

As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos³³⁹.

O próprio H.L.A Hart, um dos ícones da filosofia jurídica analítica, reconheceu que:

O uso da coerção legal, em qualquer sociedade, clama pela justificação como algo, *prima facie*, desagradável de tolerar apenas em razão da expectativa de alguma boa recompensa. Onde não existe, *prima facie*, objeção, transgressão ou maldade, os homens não pedem justificações,

Assim, pontua que: “outra razão é que princípios de justiça ou equidade (*principles of justice or fairness*), entre diferentes infratores, exigem que delitos moralmente distinguíveis sejam tratados diferentemente, e delitos moralmente similares sejam tratados do mesmo modo HART, H. L. A. Direito, liberdade, moralidade”. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 61.

³³⁸ COITINHO, Denis. Contrato, Virtudes e o Problema da Punição in: **Dissertatio**. n. 43, p. 12.

Disponível em: <<https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/viewFile/9723/6479>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

³³⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. (Biblioteca clássica Vol. 22). São Paulo: Atena, [194-]. p. 31.

nem as prestam, quanto às práticas sociais, embora possam pedir explicações, e dá-las, tentando demonstrar o valor³⁴⁰.

O problema da justificação da punição não é novo tampouco representa uma discussão teórica distante da cotidianidade das práticas jurídicas. Desde as tragédias gregas,³⁴¹ esse dilema (moral) se impõe e a tentativa de instituir uma punição legal justa foi, ao longo do tempo, conformando os sistemas penais.

Coitinho desdobra o problema da justificação em outros três, “o problema do por que devemos punir, a quem punir e o quanto punir”³⁴². Acrescentaríamos a esses, ainda, o que e como devemos punir. A fim de responder às questões enunciadas, duas propostas se tornaram clássicas, sendo, em alguma medida, as demais variações destas, falamos do Retributivismo e do Utilitarismo.

Em linhas gerais, o Retributivismo sustenta que aquele que comete um crime merece moralmente receber a punição apropriada. Olho por olho, dente por dente. Como a punição se justificaria por ser a devida retribuição, não poderia ser dada ao inocente e nem ser desproporcional.

Em sentido diverso, o Utilitarismo, defende que a punição se justifica pelo bem-estar social que proporciona, por ser o modo adequado de desencorajar o cometimento de crimes. Ambas as vertentes têm seus pontos fortes e fracos, respondem bem a algumas perguntas e outras nem tanto. Nosso intuito não é discutir os méritos de cada uma, tampouco expô-las detalhadamente, mas tão somente enfatizar que o fato delas existirem já aponta para a necessidade de justificação moral da punição legal e que suas elaborações, ainda que parcialmente, foram incorporadas ao direito penal.

³⁴⁰ HART, H. L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987, p. 47.

³⁴¹ Dentre as tragédias gregas destaca-se Orestéia, trilogia escrita por Ésquilo no séc. V a.C.. Nela narra-se a história de Orestes que faz justiça com as próprias mãos, matando Egisto e sua mãe Clitemnestra como vingança à morte de seu pai Agamenon. Após, Orestes passa a ser perseguido pelas Eríneas que, por causa dos “crimes” que ele cometeu, desejam sua morte: Um clássico exemplo de retributivismo. Diante dessa situação, Orestes apela aos deuses Apolo e Atenas que o atendem e estabelecem o Tribunal do Areópago a fim de obter um julgamento da questão. Ou seja, a imediata punição almejada pelas Eríneas passa agora a ser mediada por um processo, dentro de fórum criado para esse fim. Depois de expostos os argumentos de ambos os lados, a deliberação que foi feita mediante voto ficou empatada. Palas Atenas, detentora do voto de minerva, absolve Orestes diante da dúvida se sua ação foi proveniente de sua vontade própria ou, em alguma medida, influenciada pela maldição que havia sobre sua família. Essa é a mesma lógica até hoje existente no direito penal: *in dubio pro reo*. Assim, a ira retributivista das Eríneas foi aplacada por um julgamento imparcial, isto é, que estava acima do desejo de vingança que as movia.

³⁴² COITINHO, op. cit., p. 13.

O ponto é: punimos legalmente por que, ainda, entendemos que essa prática é moralmente defensável. Quando esse aspecto moral é ausente – seja por considerar a punição legal indevida, desnecessária ou por não mais promover o bem-estar social – ainda que um ilícito exista na ordem jurídica, a incidência de sua punição será cada vez menor, quando não inexistente.

Tomemos por base a Lei das Contravenções Penais o Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, ainda vigente em nosso ordenamento. Nela são definidas uma série de condutas típicas, as contravenções, com as suas respectivas penas, mas que na prática, em grande parte, não são mais punidas, como a “vadiagem”, por exemplo. Conforme dispõe o art. 59 da Lei de Contravenções Penais, *in verbis*:

Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Da leitura desse dispositivo é perceptível o seu elevado teor moral, que representava o imaginário de uma época. José Duarte, nos idos da década de 50, lecionava que:

A vadiagem, que corresponde à vagabondage dos franceses, é a vida errante, aventureira, ociosa, sem teto, sem recursos, sem trabalho, indiferente e conformada com a miséria. Constitui-se por isto mesmo um modo de vida ameaçador da ordem social; um estado de perigo, contrário aos bons costumes³⁴³.

A presença de ilícitos com esse caráter representa tanto o imaginário moral de um momento histórico como também a inexistência de uma clara diferenciação³⁴⁴ entre Direito e Moralidade na seara penal. Assim, o direito era usado como reforço da “moral positiva³⁴⁵” dominante. Porém, com a fragmentação desse imaginário – tendo em vista a paulatina consolidação do pluralismo moral – e, sobretudo, com estabelecimento de distinções mais bem definidas entre aquilo que é juridicamente

³⁴³ DUARTE, José. **Comentários à Lei de Contravenções Penais**. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2, p. 271.

³⁴⁴ Ver argumento da “autonomia relativa” entre direito e moralidade.

³⁴⁵ Por Moral Positiva entende-se um conjunto específico de preceitos morais compartilhados por um grupo social dentro de um contexto histórico determinado. Esclarece-se, portanto, que uso deste termo não está vinculado à ideia de moralidade decorrente do Positivismo de Auguste Comte, desenvolvida, em especial, por Pierre Laffitte.

ilícito daquilo que é somente um erro moral, a incidência de punição para crimes e contravenções dessa natureza foi diminuindo.

Noutro passo, mas por razões similares, muitos crimes foram revogados com o passar do tempo, como o adultério. O Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, trazia em sua redação original no art. 240 que: “Cometer adultério: Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses”.

Apenas em 2005 esse tipo penal foi revogado sob várias justificativas dentre as quais destacam-se³⁴⁶: 1) o reconhecimento da coercitividade e repressividade das normas penais que, por atingirem a liberdade das pessoas, deveriam ter uma abrangência limitada; 2) a inadaquação por penalizar o descumprimento de uma obrigação de natureza civil; 3) o princípio da subsidiariedade³⁴⁷ ou necessidade, que sustenta ser o direito penal a *última ratio*; 4) caráter discriminatório, pois na prática apenas serviria para punir as mulheres e também por não considerar o adultério de casais de orientação homoafetiva; 5) a parametricidade constitucional, pois devido à inviolabilidade do direito à liberdade e à dignidade humana, a prisão somente seria justificável para condutas que provocassem distúrbios sociais; 6) a não proporcionalidade da reação estatal ao bem violado; uma vez que pena cominada do adultério era privativa de liberdade; 7) a possibilidade de diminuição de crimes passionais, uma vez que fragilizaria tese da legítima defesa da honra.

A revogação do crime de adultério não significou a aceitação social do comportamento como moralmente correto, tampouco a sua não reprovabilidade jurídica, mas tão somente que isso não mais justificaria a sua punição legal em termos penais. Nesse sentido, é ilustrativo o seguinte julgado cível:

³⁴⁶ Os argumentos aqui sintetizados foram extraídos dos projetos de lei feitos pelos deputados Wílgberto Tartuce, Fernando Gabeira e Marta Suplicy, e Fernando Coruja. Disponíveis em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259319> e <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=8A8126BF5ADD18FCB3A2B2AE4A191FC7.proposicoesWeb1?codteor=1130448&filename=Dossie+-PL+2928/1997>. Acesso em: 18 jan. 2019.

³⁴⁷ Sobre esse aspecto, Claus Roxin acentua que: “Somente se podem punir as lesões de bens jurídicos e as contravenções contra fins de assistência social, se tal for indispensável para a vida em comum ordenada. Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se”. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986, p. 28. Importante destacar que esse tipo de reconhecimento doutrinário parte, ao menos, de duas premissas morais. Uma a respeito da gravidade que implica a punição legal, de modo que essa apenas se justificaria quando outras sanções jurídicas mais brandas forem insuficientes. E outra, acerca do que é moralmente defensável para justificar a punição legal, que ao seu entendimento, deve limitar-se ao que é indispensável para o que ele denomina vida em comum ordenada. Isso excluiria, por exemplo, vícios de natureza privada.

CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS EMERGENTES. VENDA DE AUTOMÓVEL ADQUIRIDO NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DA PRETENSÃO. DANO MORAL. ADULTÉRIO. AUSÊNCIA DE CUMPRIMENTO DOS DEVERES IMPOSTOS AOS CÔNJUGES. FATO COM REPERCUSSÃO IN RE IPSA. INDENIZAÇÃO DEVIDA.

1. É atribuição da parte demandante a prova do fato constitutivo da pretensão, sem a qual não pode haver o reconhecimento dos alegados danos emergentes.

2. O fato de ter sido o adultério descriminalizado não pode ser visto como óbice à compensação dos danos morais causados pelo cônjuge adúltero ao inocente, pois a fidelidade conjugal constitui dever legalmente atribuído ao par conjugal. Ademais, a transgressão a esse dever imposto aos cônjuges deve ser vista como ato ilícito relativo, pois afeta as partes predeterminadas em uma apontada relação jurídica substancial³⁴⁸.

3. Como se sabe, o casamento é evento que tem múltiplas eficácias e gera uma peculiar relação jurídica cujo objetivo é o estabelecimento da "comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges". Aliás, de acordo com a disposição expressa contida no art. 1566, inc. I, do Código Civil, a fidelidade é dever de ambos os cônjuges, regra que deve ser observada reciprocamente.

4. Logo, tendo havido a transgressão a esse comando normativo prescritivo e, diante da repercussão in re ipsa desse ilícito na esfera jurídica da parte, deve ser aplicada à hipótese a obrigação adveniente de ato ilícito indenizatório, nos termos do art. 186, em composição com o disposto no art. 927, caput, ambos do Código Civil.

5. Recurso da autora parcialmente provido para manter a condenação do demandado ao pagamento de indenização pelos danos morais gerados. Recurso do réu improvido.

(TJ-DF 20180910032479 DF 0013950-24.2016.8.07.0009, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 19/09/2018, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 16/10/2018. Pág.: 626/630)

A manutenção de um juízo moral contrário ao adultério presente na sociedade ainda sustenta, isto é, dá sentido à reprovabilidade jurídica desse ato na esfera cível. O mesmo não ocorre no âmbito penal, mas não porque o direito criminal estaria separado da moralidade. Ao contrário, o fato é que se estabeleceu um filtro/critério moral a fim de que seu alcance fosse limitado.

Com esses dois exemplos – a “vadiagem” e o “adultério” – tentou-se demonstrar que a resposta à indagação do porquê da punição legal não se reduz a uma abordagem formal restrita a uma validade do direito como se absolutamente autônomo fosse. Diferentemente, esse âmbito de validade está indissociavelmente imbricado com a justificação moral da prática.

³⁴⁸ *Grifo nosso.*

Uma tentativa bastante plausível de explicar essa realidade foi feita por Émile Durkheim em sua obra *Da divisão do trabalho social*. Nela, o sociólogo reconhece que a divisão do trabalho não é uma organização estratégica com o fito de aumentar a produção, ela é a própria condição de possibilidade da existência e manutenção da vida social.

Ao apresentar vários exemplos nesse sentido ele conclui: “Seu papel em todos estes casos não é simplesmente embelezar ou melhorar as sociedades existentes, mas tornar possíveis sociedades que, sem elas, não existiriam³⁴⁹”. Esse *modus vivendi* seria, senão a única, a principal fonte da solidariedade social. Assim sendo, o sociólogo presume que: “se tal é realmente a divisão do trabalho, ela deve ter um caráter moral, pois as necessidades de ordem, de harmonia, de solidariedade social geralmente passam por morais³⁵⁰”.

Diante desse cenário, por considerar a solidariedade social um fenômeno completamente moral, o que significa que sua observação será limitada uma vez que perpassa o espaço interno das consciências individuais, e, por isso, inacessível; o sociólogo propõe estudá-la por um fato externo que a simbolize e o faz por intermédio do Direito³⁵¹. Desse modo, por reproduzir as formas principais de solidariedade social, isso ficaria evidente nas diferentes espécies de Direito que lhes seriam correspondentes.

Durkheim entende que para fins de análise sociológica as classificações do Direito realizadas por juriconsultos tendem a ser imprecisas. Desse modo, propõe como sucedâneo da clássica distinção entre Direito Público e Privado, uma baseada na gravidade que os preceitos jurídicos ocupam na consciência pública, o que seria observado em suas sanções. Assim, de um lado haveria o direito repressivo, objeto do nosso argumento em questão, e o direito restitutivo.

O elo de solidariedade social ao qual corresponde o direito repressivo é aquele cuja ruptura constitui crime, chamamos por este nome todo ato que, em qualquer grau, determina contra o seu autor esta reação característica chamada pena. Buscar qual é este elo é, portanto, perguntar-se qual é a

³⁴⁹ DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 30.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 31.

³⁵¹ Alexandre Massella enfatiza que estudar o direito não é estudar apenas um domínio da vida social, mas uma parte essencial da dimensão normativa de qualquer sociedade, a parte, na visão de Durkheim, mais consolidada. MASSELLA, Alexandre Braga. A realidade social e moral do direito: uma perspectiva durkheimiana in: **Lua Nova**. São Paulo, 93: 2014, p. 269 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/10.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2019.

causa da pena, ou, mais claramente, em que consiste essencialmente o crime³⁵².

Nessa busca, Durkheim identifica que os crimes consistem em ofensas aos sentimentos³⁵³ de uma coletividade, emoções e tendências profundamente enraizadas em relação a ações específicas, determinadas³⁵⁴. O conjunto de crenças e sentimentos compartilhados pela média dos membros de uma certa sociedade constitui-se o que ele denomina de *consciência coletiva* ou *comum*. Logo, “um ato é criminoso quando ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva³⁵⁵”.

Voltando o olhar para as penas (para a punição), Durkheim acentua que essas possuem uma natureza de vingança, porém não mais privada. Uma vez que a ofensa atingiu a consciência comum, faz-se necessária uma resposta da coletividade³⁵⁶. Contudo, diferentemente de tempos antigos em que era aplicada sem critérios, como uma “ação cega da paixão”, ela tem sido limitada aos ofensores e sem violências absurdas e destruições infundadas. Daí ele conclui que a “pena consiste em uma reação passional, de intensidade gradual, que a sociedade exerce por intermédio de um corpo constituído sobre aqueles dos seus membros que tenham violado certas regras de conduta³⁵⁷”.

A respeito da controvérsia se a pena tem um caráter retributivo ou serve para o bem-estar social, Durkheim propõe uma perspectiva que integra ambos. Em suas palavras: “com efeito é certo que tem por função proteger a sociedade, mas o faz

³⁵² DURKHEIM, op. cit. p. 35.

³⁵³ Especificamente nesse aspecto, uma possível aproximação pode ser feita com a abordagem de Peter Frederick Strawson que relaciona a responsabilidade (moral) às atitudes e sentimentos reativos. Ao invés de aprofundar-se na aridez metafísica das discussões sobre as condições de possibilidade dos juízos morais, sobretudo, acerca do determinismo, Strawson parte de lugares-comuns para evidenciar um inevitável horizonte moral em que estamos imersos e que nos constitui enquanto humanos, independentemente de nossas elaborações intelectuais a respeito. O filósofo reconhece que o lugar comum central sobre o qual desejo insistir é a grande importância que atribuímos às atitudes e intenções que outros seres humanos adotam em relação a nós, e sobre o quanto nossos sentimentos e reações pessoais dependem de, ou envolvem, nossas crenças acerca dessas atitudes e intenções. STRAWSON, Peter F. Liberdade e Resentimento in: **Ensaio sobre a Filosofia de Strawson**. Trad. Jaimir Conte. Orgs. Jaimir Conte e Itamar Luís Gelain. Florianópolis, Ed. da UFSC, 2015, p. 248. Como se verá ao longo da exposição do argumento, a punição legal em alguma medida reflete essas atitudes e sentimentos reativos.

³⁵⁴ “Também as regras penais são notáveis por sua clareza e por sua precisão, enquanto que as regras puramente morais têm geralmente algo de flutuante”. DURKHEIM, op. cit. p. 40.

³⁵⁵ Ibidem, p. 41. Para Durkheim, essa mesma razão explicaria o fato do direito penal ser tão refratário a mudanças diante da estabilidade da consciência comum.

³⁵⁶ “Portanto, a pena permaneceu para nós o que era para nossos pais. Ela é ainda um ato de vingança porque é uma expiação. O que nós vingamos, o que o criminoso expia, é o ultraje feito à moral”. Ibidem, p. 45.

³⁵⁷ Ibidem, p. 46.

por ser expiatória; por outro lado, se deve ser expiatória, não é porque, em consequência de não sei que virtude mística, a dor resgata a falta, mas porque só pode produzir seu efeito socialmente útil sob esta condição³⁵⁸”.

Durkheim apresenta uma explicação plausível para essa dimensão moral presente no problema da punição, o que pode ser sintetizado em sua afirmação que “não é preciso dizer que um ato fere a consciência comum porque é criminoso, mas que é criminoso porque fere a consciência comum. Não o reprovamos porque é um crime, mas é um crime porque o reprovamos³⁵⁹.”

Assim, retomando a discussão anterior, podemos observar que mesmo existindo formalmente um crime ou contravenção, como no caso da “vadiagem”, a ausência dessa reprovabilidade moral ou a inexistência da justificação moral para a coerção jurídica, atenua, na prática, sobremaneira a sua punibilidade. Da mesma forma que possibilita a revogação de determinados crimes, como ocorreu com o adultério.

Diríamos também que essa sustentação moral atenua ou até mesmo exclui a punibilidade de crimes cuja existência não se discute. Indo ainda mais além, isso explicaria o fato de que em certas circunstâncias, muito excepcionais, o poder punitivo do Estado se manifesta por intermédio de uma interpretação ampliativa dos preceitos legais, o que se configuraria, *prima facie*, numa coerção legal exorbitante. Todavia, mesmo consolidado na seara penal o princípio da legalidade num sentido estrito – o que é uma garantia dos cidadãos – tal postura é em alguma medida aceita, ou não representa uma subversão da ordem jurídica, quando encontra uma justificação moral suficiente para tanto, não raro, as mesmas que sustentam o próprio direito (penal).

Acerca da não punibilidade de crimes, cuja existência legal não se questiona, devido a razões morais/jurídicas que não justificariam suas punições, podemos observar isso no furto e até mesmo no homicídio. No furto veremos isso por intermédio da análise do “furto famélico” e do “princípio da insignificância”; no homicídio, do perdão judicial.

O furto está tipificado no Código Penal brasileiro no art.155 que assim o define: Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um

³⁵⁸ Ibidem, p. 56.

³⁵⁹ Ibidem, p. 41.

a quatro anos, e multa. Em tese, havendo a ocorrência do fato típico e, dentro do devido processo legal, a comprovação da materialidade delitiva e da autoria deve-se ser aplicada uma pena dentro dos limites legalmente estabelecidos.

Contudo, eis que surge a seguinte situação: um indivíduo que, em condições de miséria e movido pela necessidade básica de alimentação, furta um alimento com o intuito de saciar a fome. O que fazer? Seria moralmente defensável a punição sem atentar-se para as singularidades do caso? Há tempos a doutrina e a jurisprudência tem se debruçado sobre esse caso, denominado de “furto famélico”, e a resposta que vem se consolidando no decurso do tempo é que diante dessas circunstâncias a punição não deve ser aplicada, uma vez que a sua antijuridicidade seria afastada. Isso em razão do estado de necessidade, o que justificaria sacrificar um bem jurídico de menor importância³⁶⁰. Várias decisões judiciais têm confirmado essa interpretação, como no julgado abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO - RECONHECIMENTO DO FURTO FAMÉLICO - POSSIBILIDADE - ESTADO DE NECESSIDADE COMPROVADO - ABSOLVIÇÃO. - Resta caracterizado o furto famélico quando o agente pratica o delito com intuito exclusivo de saciar a sua fome ou de terceiro, quando não possuía outros meios para fazê-lo, agindo em situação nítida emergência. - A situação de extrema penúria material do réu e de sua família à época do crime, com privação de elemento básico e essencial à sobrevivência, justifica, no presente caso, o reconhecimento da excludente de ilicitude do estado de necessidade.(TJ-MG - APR: 10694150043776001 MG, Relator: Catta Preta, Data de Julgamento: 31/08/2017, Câmaras Criminais / 2ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/09/2017)

Já o princípio da insignificância ou bagatela, aplicado ao crime de furto, mas não somente, afasta a tipicidade (material) da conduta que, formalmente, seria considerada como crime. Consequentemente, diante de sua incidência, não há punição legal. O ministro Celso de Melo no Habeas Corpus (HC) 84412, buscando harmonizar o referido princípio com outras diretrizes morais/jurídicas que norteiam o direito penal, estabeleceu os seguintes requisitos para a sua aplicação: “a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c)

³⁶⁰ Nesse sentido, Noronha leciona: “O 'estado de necessidade', tal como ocorre no 'furto famélico', exclui a antijuridicidade”. NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal** - Volume 2. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 221.

o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada³⁶¹”.

O caso em comento tratava-se do furto de uma fita de videogame avaliada em R\$ 25,00, tendo o autor recebido uma pena de oito meses de reclusão. Diante desse cenário, pergunta-se: Seria moralmente defensável, ainda que juridicamente possível, uma punição com esse grau de severidade pela lesão de um bem jurídico dessa importância? Ao final, a 2ª turma do Supremo Tribunal Federal, por votação unânime, e sob o fundamento do princípio da insignificância, entendeu que não. Assim, a condenação foi invalidada e, também, extinto o procedimento penal que havia contra o paciente.

Como dito anteriormente, o princípio da insignificância não se limita ao crime de furto, sua incidência também é admissível nos casos de lesão corporal leve, quando se identifica que a punição legal seria desproporcional diante da gravidade da lesão. Em sentido oposto, seria inaplicável em crimes em que houvesse violência ou grave ameaça, também não sendo admitido para os crimes de falsificação e tráfico de drogas. Ou seja, situações em que a sua aplicação não encontraria fundamentação moral/jurídica suficiente.

O exemplo do perdão judicial aplicável ao crime de homicídio culposo, ainda é mais ilustrativo. Seja pela presença da categoria “perdão³⁶²”, que possui profundas e inegáveis raízes morais e religiosas; por incidir diretamente na punibilidade e por ser homicídio considerado um dos crimes mais graves, tanto pela severidade da punição

³⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº84412. Relator: Celso de Mello. 2ª Turma. Brasília, DF, 19 out. 2004, p. 235, Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp/inteiro-teor-100483174?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

³⁶² Além do “perdão judicial”, o aspecto moral ora acentuado também pode ser observado na possibilidade de extinção de punibilidade por intermédio do perdão do ofendido, conforme os artigos 105, 106 e o inc. V do art. 107, todos do Código Penal. Para alguns crimes, os que se procedem mediante queixa, o perdão (moral) do ofendido, que pode ser apenas tácito, obsta o procedimento da ação. É relevante notar o respeito do legislador com a experiência moral que envolve o perdão. Isso se evidencia no fato de que se forem vários os ofendidos o perdão de um não é extensível automaticamente aos demais, ou seja, para ter efeito, todos devem perdoar e isso deve ser uma expressão individual. Além disso, não basta o(s) ofensor(es) perdoar é necessário que o ofensor aceite ser perdoado para que ação seja obstada. O direito exige a livre disposição de ambas as partes para dar e receber o perdão. Noutras palavras, o direito nessa situação parece institucionalizar um comportamento moral para a solução de determinados conflitos interpessoais. Sobre o perdão, Strawson explica que: “(...) ser perdoado é algo que às vezes pedimos, e perdoar é algo que às vezes fazemos. Pedir para ser perdoado é em parte reconhecer que a atitude revelada em nossas ações era tal que poderia propriamente produzir ressentimento e em parte é repudiar essa atitude para o futuro (ou pelo menos para o futuro imediato); e perdoar é aceitar o repúdio e renunciar ao ressentimento.” STRAWSON, op. cit., p. 250.

legal como pela vigorosa reprovação moral. Ainda que se possa objetar, que o afastamento excepcional da tipicidade no furto pelas razões morais e jurídicas elencadas apenas se daria por se tratar de um crime que goza de uma menor censura moral, isso certamente não se daria diante do homicídio.

O Código Penal em sua redação original de 1940 trazia as hipóteses de perdão judicial, sem assim nominá-lo, nos artigos 140, 176, 180, 240 e 249, referentes aos seguintes tipos penais: Injúria³⁶³, outras fraudes³⁶⁴, receptação³⁶⁵, adultério³⁶⁶ e subtração de incapazes³⁶⁷. Em todos esses crimes, mediante algumas circunstâncias, o juiz poderia deixar de aplicar a pena. Porém, foi apenas com a Lei n. 6.416 de 1977, que incluiu mais duas hipóteses de aplicação, a lesão corporal culposa, § 8º do art.129, e o homicídio culposos, § 5º do art.121, que o tema alcançou maior relevo.

Por fim, com a reforma do Código Penal ocorrida em 1984 (Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984) o instituto passou a ser legalmente nominado de “perdão judicial” e passou a integrar a parte geral do Código, no inc. IX do art.107 e no

³⁶³ Art. 140. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, de quinhentos mil réis a dois contos de réis.

§ 1º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

II - no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

³⁶⁴ Art. 176. Tomar refeição em restaurante, alugar-se em hotel ou utilizar-se de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento:

Pena - detenção de quinze dias a dois meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis.

Parágrafo único. Somente se procede mediante representação, e o juiz pode, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

³⁶⁵ Art. 180. Adquirir, receber ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro de boa fé a adquira, receba ou oculte:

Pena - reclusão, de dois a quatro anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis

(...)

§ 3º No caso do § 1º, se o criminoso é primário, o juiz pode, tendo em consideração as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.

³⁶⁶ Art. 240. Cometer adultério:

Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.

(...)

§ 4º O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil.

³⁶⁷ Art. 249. Subtrair menor de dezoito anos ou interdito ao poder de quem o tem sob sua guarda em virtude de lei ou de ordem judicial: Pena - detenção, de dois meses a dois anos, se o fato não constitui elemento de outro crime.

(...)

§ 2º No caso de restituição do menor ou do interdito, se este não sofreu maus-tratos ou privações, o juiz pode deixar de aplicar pena.

art.120. Esses dispositivos definem que o perdão judicial exclui a punibilidade e que a sentença que a concede não será contada para efeitos de reincidência.

A doutrina penal também acompanhou essas mudanças legislativas. José Frederico Marques, em 1954, definia o perdão judicial como “a providência de caráter jurisdicional com que o juiz deixa de aplicar ao autor de uma infração penal, nas hipóteses taxativamente previstas em lei, o preceito sancionador cabível³⁶⁸”. Em 1978, Romeiro acentuando o aspecto moral lecionava que:

Pode ser definido como o instituto jurídico pelo qual o juiz, reconhecendo a existência de todos os elementos para condenar o acusado, não o faz, declarando-o não passível de pena, atendendo a que, agindo por essa forma, evita um mal injusto, por desnecessário, e o acusado não tornará a delinquir³⁶⁹.

Em linha similar, Tourinho Filho, já após a reforma de penal de 84, acentuava que:

Creemos que o legislador, conferindo ao perdão judicial a natureza de causa extintiva de punibilidade, inspirou-se, inegavelmente, na melhor doutrina. Afinal de contas, se em determinadas hipóteses, como naquelas previstas nos arts. 121, § 5º., e 129, § 8º., do CP, o réu já foi punido, na própria carne, pela adversidade, não seria um extremado rigorismo puni-lo de novo?

Em outros casos, se não houve um dano significativo para a ordem jurídica, por que a punição? E se não vai haver punição em face mesmo da poquidão do dano, não seria rigorismo injustificado deixar de aplicar a pena, mas, ao mesmo tempo, macular a primariedade daquele que o próprio Magistrado reconheceu não poder punir³⁷⁰?

A respeito da extinção da punibilidade, do qual o perdão judicial é um dos modos, o jurista explicava que:

Extingue-se a punibilidade, em face de certas contingências ou motivos de conveniência ou oportunidade. Tais contingências ou motivos de conveniência ou oportunidade fazem desaparecer os próprios fundamentos da punibilidade, tornando, assim, impossível a concretização do jus puniendi. E quais esses fundamentos? A necessidade e a utilidade da punição. Não falou o legislador em extinção do crime ou da pena, mas em extinção da punibilidade, correspondendo à exata significação dos efeitos jurídicos dela resultantes³⁷¹.

É de se pontuar o realce na ausência dos fundamentos da punibilidade, necessidade e utilidade, como razões implícitas que o Código Penal reconheceu

³⁶⁸ MARQUES. José Frederico. **Curso de Direito Penal**, vol. III. São Paulo: Saraiva, p. 270.

³⁶⁹ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 153-154.

³⁷⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 8. ed. Vol.1. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 546.

³⁷¹ Ibidem, p. 474-475.

para afastar a punição legal. Isto é, o próprio legislador incorporou no direito alguns casos excepcionais em que não mais faria sentido (moral) o exercício do *jus puniendi*. Reforçando esse argumento, o § 5º do art.121, que especifica com destreza o raciocínio do perdão judicial, traz que: “Na hipótese de homicídio culposo, o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”.

Isso pode ser visualizado na seguinte situação, não tão incomum como possa parecer: Um pai ou uma mãe que ao tirar o carro da garagem atropela o filho pequeno que brincava atrás do veículo, vindo ele a falecer. Como inexistia dolo, o *animus necandi*, estaríamos diante de um homicídio culposo. Nesse cenário, pergunta-se: Seria correto que esse pai ou essa mãe que já foram punidos com a morte de sua criança – tragédia que os acompanhará pelo resto de suas vidas – ainda recebam a punição legal?

O que vemos aqui é que a exigência moral de punição é drasticamente abrandada pela consideração de que não há mais a necessidade da retribuição, pois essa já aconteceu, como também inexistiu utilidade, uma vez que a reprovação social deu lugar à compaixão. Nos termos de Durkheim, diríamos que a ofensa à consciência coletiva já foi expiada. Nesse caso, apesar de ser juridicamente possível, a punição legal torna-se moralmente injustificável. Ademais, diante de tamanho infortúnio, não se limita o direito a renunciar seu poder de punir, ele o faz concedendo o perdão (judicial)³⁷².

Com os exemplos do furto famélico, do princípio da insignificância e do perdão judicial aplicável ao homicídio culposo, buscamos demonstrar como o próprio direito reconhece, seja pela construção jurisprudencial ou na legislação, a importância da justificação moral para a punição. De forma que, até mesmo crimes cuja existência e punição não são controversos, podem, excepcionalmente, por perder esse sustentáculo moral, terem a sua ilicitude excluída, serem considerados materialmente atípicos ou terem a sua punibilidade afastada. Logo, não darão azo a punição legal.

³⁷² Parafrazeando Strawson que diz que “perdoar é aceitar o repúdio e renunciar ao ressentimento” poderíamos dizer que o perdão judicial aceita o repúdio social quanto a uma possível ocorrência futura e renuncia a punição legal, forma institucional de expressar o ressentimento. STRAWSON, op. cit., p. 250.

Aliás, entendemos também que a perda dessa sustentação moral é o que também justifica a inimputabilidade. Nesse sentido a responsabilidade penal é um espelho da responsabilidade moral, pois, moralmente, não consideramos culpado, ou atenuamos significativamente a culpa, de alguém que ao tempo da ação não tinha capacidade de discernir o que estava acontecendo ou de agir conforme a sua vontade³⁷³.

Para o Direito Penal um agente nessas condições não é livre, por isso, é considerado inimputável³⁷⁴ e sua culpabilidade excluída. Ou seja, ato por ele(a) realizado será um fato típico e antijurídico, mas não culpável. Cabe ressaltar que essa aproximação entre as responsabilidades penal e moral foi expressamente reconhecida na Exposição de Motivos do Código Penal que enunciava que:

A responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe o autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade, embora nem sempre a responsabilidade penal fique adstrita à condição de plenitude do estado de imputabilidade psíquica e até mesmo prescindida de sua coexistência com a ação ou omissão, desde que esta possa ser considerada libera in causa ou ad libertatem relata.

(...)

Sem o postulado da responsabilidade moral, o direito penal deixaria de ser uma disciplina de caráter ético para tornar-se mero instrumento de utilitarismo social ou de prepotência do Estado³⁷⁵.

Antes de prosseguirmos com a hipótese mais controversa, faz-se necessário pontuar que esse reconhecimento de uma indissociável dimensão moral não significa que o Direito e a Moralidade se transformaram num único ordenamento normativo, de modo que a moral pudesse operar diretamente no jurídico ou que uma exigência moral por si só já seria convertida numa reivindicação jurídica.

³⁷³ Strawson explica que “o agente era ele mesmo, mas é pervertido ou transtornado, neurótico ou simplesmente uma criança. Quando vemos alguém sob uma perspectiva como essa, todas as nossas atitudes reativas tendem a modificar-se profundamente”. STRAWSON, op. cit., p. 252. Entendemos que a inimputabilidade penal revela essas atitudes reativas diferenciadas que temos em virtude da (in)capacidade moral do agente.

³⁷⁴ Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. BRASIL. Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

³⁷⁵ Exposição de Motivos do Código Penal de 1940. (Ministro Francisco Campos). p. 121-122. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?...1>>. Acesso: 13 jan. 2019.

Como fica claro da leitura dos demais argumentos, apesar de conectados, existem significativas diferenças entre ambos que impedem essas conclusões. Os próprios exemplos apresentados evidenciam que o aspecto moral presente no problema da punição se manifesta na legislação, na jurisprudência e nas elaborações doutrinárias. Ou seja, é (e deve ser) traduzido para a esfera do Direito e isso a partir do modo de ser próprio do fenômeno jurídico.

A hipótese controversa trata-se da manifestação do *Jus Puniendi* por intermédio de uma interpretação ampliativa, sem, contudo, representar uma quebra da ordem da legal como se imperasse o arbítrio ao invés do direito. Lembremos que, diante do poder incontestável do Estado em relação aos indivíduos, seu poder de punir só pode ser exercido dentro dos rigorosos limites que a Lei estabelece. Ademais, isso ocorre por representar uma restrição à liberdade e por causar sofrimento (punição legal).

Deste modo exige-se uma justificação que somente poderia ser alcançada no amparo da lei, interpretada restritivamente. Por essas razões o Código Penal traz de forma lapidar em seu artigo 1º que: “não há crime sem lei anterior que o defina”. Não há pena sem prévia cominação legal. Garantia também presente na Constituição, inc. XXXIX do art. 5º. Qualquer ação além disso – o que inclui uma interpretação extensiva contra o réu – *prima facie*, se configura em abuso do poder, numa arbitrariedade. Dito isso, passemos então ao caso paradigmático: a prisão do ex-senador Delcídio do Amaral³⁷⁶.

Em 25/11/2015 foi decretada a prisão preventiva do então senador. A Constituição no § 2º do art. 53 assevera que: Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Contudo, como será demonstrado, para tanto o ministro Teori Zavascki teve de desenvolver uma interpretação jurídica ampliativa e bastante controversa, o que, em tese, não é admitido no âmbito penal, sendo esse o ponto da nossa discussão. Por que essa decisão, apesar de controvertida, foi aceita e mantida de forma unânime pela segunda turma do STF?

³⁷⁶ A escolha e análise desse caso se deu por ter sido a primeira prisão de um parlamentar em flagrante de crime inafiançável desde a redemocratização. Ademais, é também representativo do contexto da Lava-Jato, em que se criou um ambiente social de intensa reprovação moral ao comportamento dos políticos, o que em alguma medida explica, apesar de não justificar, a flexibilização de certas garantias penais, sem que essa postura representasse uma subversão do Direito; sendo esse o cerne da nossa discussão.

Delcídio do Amaral teve o pedido de prisão preventiva feito pela Procuradoria-Geral da República por, supostamente, integrar uma organização criminosa, art. 2º da Lei 12.850/13. O embasamento fático era uma conversa gravada, sem o consentimento dos presentes – o que o STF por vezes já considerou como prova ilícita – em que o ex-senador oferece uma quantia mensal ao filho de Nestor Cerveró a fim de que seu pai não firmasse um acordo de colaboração premiada. Também disse que faria uma intercessão política junto ao STF, citando nominalmente alguns ministros, no sentido de garantir sua liberdade. Necessário registrar que esse diálogo se tornou público, o que contribuiu significativamente para a formação de um sentimento social a favor da necessidade da prisão.

Como exposto, essa prisão somente poderia acontecer diante do flagrante de um crime inafiançável. Nesses termos, dois óbices se apresentavam. O primeiro é a flagrância, que o Código de Processo de Penal assim define:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência.

Como se pode observar o fato narrado não se enquadra em nenhuma das hipóteses do artigo 302 do CPP, restando somente a possibilidade disposta no art.303. Para isso deveria ser comprovada a prática de um crime permanente. Essa tentativa foi feita a partir aplicação do art.2ºda Lei 12.850/2013, *in verbis*:

Art. 2º. Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem impede ou, de qualquer forma, embaraça a investigação de infração penal que envolva organização criminosa.

Todavia, da leitura da liminar³⁷⁷ que decretou a prisão cautelar se verifica que a prática do crime descrito no caput é apenas suposta. Ora, como pode haver flagrância de um crime suposto? O flagrante é uma decorrência do crime e não o contrário. De todo o modo, ainda se poderia argumentar que mesmo não existindo provas de que ele pertencesse à organização criminosa, a flagrância se construiria pela aplicação do § 1º – aliás esse foi o fundamento para a preventiva³⁷⁸ – já que quanto a isso a prova seria suficiente, apesar de questionamentos sobre a licitude da prova. O problema é que com essa hipótese não estaríamos mais diante de um crime permanente. Isso se dá porque a gravação aponta para uma tentativa de impedimento da investigação criminal em curso, ou seja, a ação se esgotou na sua realização. Sendo assim o flagrante apenas poderia ter acontecido em algumas das quatro hipóteses do art.302 do CPP, citados anteriormente, o que não ocorreu.

Ainda que se entenda que de fato foi um flagrante de crime permanente, o segundo óbice a ser superado seria a inafiançabilidade e aqui está o ponto mais controverso da interpretação extensiva do ministro.

A respeito disso, duas perguntas essenciais deveriam ter sido enfrentadas: 1) O que é a inafiançabilidade constitucional? 2) Quais são os crimes constitucionalmente inafiançáveis? Responder a essas duas questões seria fundamental, visto que a imunidade parlamentar também é de natureza constitucional.

Partindo da premissa moral/jurídica de que no âmbito penal a interpretação deve ser restritiva, como garantia aos cidadãos; diríamos que a inafiançabilidade constitucional é uma categoria que abarca determinados crimes, assim instituídos em Lei ou pela própria Constituição, devido sua gravidade e que, por isso, não dispõe da possibilidade de liberdade provisória mediante pagamento de fiança. Atualmente, são eles: racismo, tortura, crimes hediondos, tráfico de drogas, terrorismo e ação de grupos armados – civis ou militares – contra a ordem

³⁷⁷ “13. Como exposto, há elementos que apontam, embora de modo ainda suposto, para a participação do Senador Delcídio do Amaral na prática, em tese, dos delitos apontados pelo Procurador Geral da República, entre eles o de organização criminosa (...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar (AC) 4039. Decisão liminar. Min. Teori Zavascki. 24 de nov.2015 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/acao_cautelar_4039.pdf Acesso em: 19 jan. 2018.

³⁷⁸ “10. Entretanto, o fundamento principal é, como não poderia deixar de ser, a garantia da instrução criminal, tendo em vista a apontada **tentativa de cooptação de réu colaborador**, a fim de evitar que fatos e pessoas fossem delatados mediante pagamento de vantagens. Visam os nominados, portanto, a impedir a jurisdição criminal”. Idem. *Grifo nosso*.

constitucional e o Estado Democrático³⁷⁹. Disso se depreende duas conclusões: 1) os tribunais não podem estabelecer a inafiançabilidade constitucional de crimes que não o são; e 2) o crime de organização criminosa não está no rol daqueles descritos anteriormente. Logo, a prisão do ex-senador não deveria ter sido decretada, em respeito à Constituição. Mas, não foi esse o entendimento adotado.

O ministro Teori Zavascki sustentou que essa inafiançabilidade decorreria da aplicação do inciso IV do art.324 do Código de Processo Penal, *in litteris*:

Art. 324. Não será, igualmente, concedida fiança:

I - aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 deste Código;

II - em caso de prisão civil ou militar;

III - (revogado);

IV - quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

O caminho argumentativo do ministro foi o de interpretar uma garantia insculpida na Constituição por intermédio da legislação infraconstitucional, ou seja, a partir de um texto legal hierarquicamente inferior. Ainda assim, o raciocínio é questionável, uma vez que a incidência do art. 324 do CPP apenas impede, excepcionalmente, a concessão da fiança mesmo sendo o crime afiançável. Isto é, o crime não se torna inafiançável “por natureza”, ele continua afiançável, porém, a fiança não poderá ser arbitrada.

Essa distinção pode ser vista com a diferenciação que os processualistas penais³⁸⁰ fazem entre a inafiançabilidade objetiva³⁸¹, que está relacionada com a

³⁷⁹ Cf. inc. XLIII do art. 5º da Constituição Federal: a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

³⁸⁰ Nessa linha Aury Lopes Jr. leciona que: “No art. 323, vislumbramos situações em que a inafiançabilidade é objetiva, ou seja, toma como critério definidor a natureza do delito, seguindo o mandamento constitucional do art.5º, incisos XLII, XLIII e XLIV da Constituição. Já o art. 324, I, é de natureza subjetiva (...)”. LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 12º ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.701. O processualista pontua que com o advento da Lei n.12.403, que operou uma reforma processual parcial, as situações de inafiançabilidade foram subdividas sem nenhum critério lógico. Como resultado a clara distinção antes existente entre a inafiançabilidade objetiva do art. 323 e subjetiva do art. 324 foi obscurecida.

³⁸¹ Art. 323. Não será concedida fiança:

natureza do delito, casos expressos na Constituição ou em Lei; da inafiançabilidade subjetiva, que se refere ao agente e não ao crime, situação do art.324. Qual dessas inafiançabilidades é a constitucional? Para nós a resposta constitucionalmente adequada seria: a inafiançabilidade objetiva.

Ao denominar crime inafiançável o constituinte delimitou uma categoria específica que pudesse ser identificada por si mesma, o que traria maior clareza à jurisdição e garantia aos cidadãos, no caso analisado, aos parlamentares. Ademais, tendo em vista a proteção do parlamentar – não podemos olvidar que a Constituição simboliza um processo de redemocratização – sua prisão apenas se justificaria devido ao flagrante de certos crimes considerados juridicamente como mais graves, por isso, objetivamente, inafiançáveis.

A inafiançabilidade constitucional atinge a própria natureza do delito, de modo que cabe ao juiz apenas reconhecê-la. Essa interpretação ainda se coaduna com o propósito do constituinte originário. Observa-se que durante as discussões a respeito do inciso supracitado várias foram as propostas para que outros crimes, também por sua gravidade, fossem considerados inafiançáveis, tais como: sequestro, atentado, estupro, latrocínio, aborto³⁸². Isto é, não era qualquer crime que poderia ser considerado inafiançável, nos termos da Constituição³⁸³.

I - nos crimes de racismo;

II - nos crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos;

III - nos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

³⁸² Cf. **A construção do artigo 5º da Constituição de 1998** [recurso eletrônico]. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. – (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9). pp. 521-522 e 1313. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176> Acesso: 11/10/2018

³⁸³ O STF na ADI 3.112-1 que questionava a constitucionalidade do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) enfrentou alguns aspectos que envolvem a questão da inafiançabilidade à luz da Constituição, visto que a referida lei instituiu em seus artigos 15 e 16 dois tipos penais inafiançáveis. Após intensos debates, os principais posicionamentos quanto ao tema podem ser assim resumidos: 1) A posição majoritária foi que a lei pode instituir crimes inafiançáveis, o que não significaria a impossibilidade de liberdade provisória; 2) Dentro dessa alguns ministros sustentaram que isso deveria ser feito de modo proporcional à gravidade dos crimes que a própria Constituição denomina como inafiançáveis; 3) A posição minoritária, representada pelo ministro Cesar Peluso, defendia uma interpretação mais restrita, sendo inafiançáveis apenas os crimes que a Constituição declara, restando à conformação da lei ordinária apenas os crimes hediondos. Em qualquer uma das posições se observa que a discussão era a respeito da inafiançabilidade em seu sentido objetivo, isto é, relacionada ao delito. Essa interpretação corrobora àquela que desenvolvemos no sentido de que os crimes inafiançáveis de que trata a imunidade parlamentar em análise seriam aqueles assim definidos expressamente pela Constituição ou em Lei de modo prévio. Ou seja, não poderia ser qualquer um que assumiria essa condição *ex post facto* devido a à decretação de prisão preventiva. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI 3.112-1/DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. 02 de maio de 2007. Disponível em:

Não obstante as dificuldades hermenêuticas apresentadas à interpretação mais ampliativa da inafiançabilidade constitucional, esse foi entendimento firmado pelo ministro Teori Zavascki e ratificado, por unanimidade, pelos demais membros da segunda turma do STF. Conseqüentemente, a partir dessa construção, qualquer crime pode tornar-se inafiançável, no sentido constitucional, desde que presentes os requisitos da prisão preventiva.

Logo, o caráter restritivo da imunidade parlamentar que apenas permitiria a prisão de parlamentares em flagrante de crime inafiançável foi alargado sobremaneira, podendo assim permitir, a prisão em flagrante pelo cometimento de qualquer crime, que se tornará *a posteriori* inafiançável por causa da decretação da preventiva. Não podemos olvidar que essa é uma garantia constitucional relacionada à esfera penal que foi significativamente fragilizada, quando se espera que dispositivos desse jaez sejam interpretados de forma restritiva.

Por que então essa decisão inovadora, fruto de uma interpretação ampliativa que flexibilizou uma garantia penal/constitucional, foi aceita e conseguiu manter-se? Ou, por que ela não foi amplamente considerada como arbitrária? A resposta para essas indagações seria o elevado grau de aprovação moral que lhe serviu de sustentáculo. Essa decisão surgiu no interior da Lava-Jato, cujo relator a época era o próprio ministro Teori Zavascki. É inegável o efeito de aversão à (velha) política e aos políticos que essa operação trouxe à sociedade, que passou a cobrar por punições (legais)³⁸⁴. Dentro desse contexto, a existência de uma gravação em que

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

³⁸⁴ Isso é também evidenciado nos votos dos demais ministros que compunham a 2ª Turma do STF, que vocalizaram essa insatisfação. A ministra Carmem Lúcia destacou que: “crime não vencerá a Justiça”. “Um aviso aos navegantes dessas águas turvas de corrupção e iniquidades: criminosos não passarão a navalha da desfaçatez e da confusão entre imunidade e impunidade e corrupção. Em nenhuma passagem, a Constituição Federal permite a impunidade de quem quer que seja”. Já o decano do Supremo, o ministro Celso de Melo, argumentou acerca da necessidade de uma resposta jurídica diante de “condutas acintosas de membros do Congresso Nacional, como o próprio líder do governo no Senado ou de quaisquer outras autoridades da República que hajam incidindo em censuráveis desvios éticos e reprováveis transgressões alegadamente criminosas, no desempenho de sua elevada função de representação política do povo brasileiro”. “Quem transgredir tais mandamentos, não importando sua posição estamental, se patricios ou plebeus, governantes ou governados, expõem-se à severidade das leis penais e por tais atos devem ser punidos exemplarmente na forma da lei. Imunidade parlamentar não constitui manto protetor de supostos comportamentos criminosos”.

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=304778>>. Acesso em: 19 jan. 2019. Obviamente que a imunidade parlamentar não foi instituída para que parlamentares pudessem cometer crimes e permanecer impunes. Contudo, afastá-la, mesmo diante de um comportamento moralmente e juridicamente repudiado, somente poderia ser feito nos estritos limites

um político é flagrado numa trama reprovável, fez com que a sua prisão se tornasse antes de tudo uma exigência moral. Por isso, a admissibilidade de uma postura ativista, que noutros tempos seria vista como arbitrária.

Ainda que se falasse a respeito da força institucional do Supremo e da existência de uma argumentação jurídica, mesmo que controversa, ambas também fazem sentido dentro dessa dimensão moral. O que reforça nosso argumento da indissociabilidade do aspecto moral na punição legal, e no direito como um todo, tese por nós defendida.

Novamente observamos que ao expor esse argumento não se está a defender um moralismo jurídico, a perspectiva de que o Direito serve para tutelar uma determinada Moral Positiva. Diferentemente, dar-se conta da inexorável dimensão moral que compõe a punição legal é condição de possibilidade para conter os influxos eventuais de uma forte pressão moral da sociedade.

Essa, aliás, é uma das razões morais básicas do direito existir e de se defender sua “autonomia relativa”. O direito institui uma realidade moral diferenciada³⁸⁵ sobre a qual operamos, com alguma expectativa de previsibilidade, e isso porque acreditamos ser o modo mais justo (*fairness*) e correto de organização da vida social e de resolver os conflitos dela inerentes. É uma proteção moral contra nós mesmos, que diante do mal provocado por outrem, buscaríamos a vingança, uma reação passional descontrolada além do necessário e despreocupada com a sua utilidade. Assim, por intermédio do direito penal, estabelecemos que certas condutas tipificadas como crimes justificariam a devida punição legal³⁸⁶.

que o próprio direito estabelece, sobretudo, porque estamos tratando da seara penal, o que não aconteceu. Diferente da experiência moral, o direito é menos flexível a mudanças repentinas. Aliás, paradoxalmente, essa estabilidade, que produz previsibilidade e um maior grau de certeza, é umas das razões morais básicas que sustentam o direito como um todo.

³⁸⁵ Essa realidade tem um modo próprio de existência com conteúdo, formas e limites mais bem definidos do que a moralidade, apesar de nela estar inserida. Por isso, a afirmação de uma realidade moral diferenciada. Na seara penal, essa diferença pode ser observada de várias formas, tais como: 1) a indiferença jurídica à dimensão interna do agente que decide cometer um crime, o que já é digno de uma censura moral; 2) o estabelecimento de tipos penais precisos e definidos, apesar de exceções, a definição da imoralidade de uma ação envolve múltiplas variáveis e que estão mais abertas à controvérsia; 3) a instituição de um tempo próprio, o que se percebe no processo, em seus prazos e, sobretudo, na prescrição do direito de punir. A experiência moral é mais fluída e se adapta à temporalidade das formas de vida sociais e individuais; não há prazos determinados para que os dilemas sejam dirimidos, nem mesmo a certeza de que haverá uma resolução.

³⁸⁶ Até mesmo numa das punições legais mais severas ainda existentes, como a pena de morte, é perceptível, da análise dos sistemas jurídicos que a possuem, os fundamentos morais que a sustentam. Loyd Steffen, a partir da experiência jurídica norte-americana, aborda a questão da eticidade da pena capital. Steffen analisa a justificação dessa punição legal a partir do modelo de

guerra justa. Em sua investigação filosófica da prática jurídica, tanto da legislação como da jurisprudência, a respeito do tema, Steffen desvela o que denomina de acordo ético comum (*common agreement ethic*) que a subjaz. A primeira presunção moral apresentada é aquela que condena *prima facie* a pena de morte. Sendo a vida um bem básico (*basic good*) ela não deve ser destruída, ao contrário, deve ser promovida e protegida. Steffen acentua que esta premissa é aceita no debate tanto pelos contrários a essa punição, quanto pelos apoiadores. Confirmando esta valoração moral, ele demonstra que mesmo ocorrendo milhares de homicídios no país, o número de sentenciados à pena capital é, proporcionalmente e em números absolutos, muito pequeno, o que considera moralmente relevante. Eis os dados: 37 execuções de 14,180 assassinatos nos Estados Unidos em 2008 (0.27%) e 46 de 14,748 em 2010 (0.3%). Mesmo os dados reforçando a presunção moral a favor da vida, ou seja, contrária à pena capital, muitos estados norte-americanos ainda a mantêm. Ao questionar-se sobre esta manutenção Steffen busca encontrar seus fundamentos morais e o faz lendo as práticas jurídicas a partir dos critérios de guerra justa. O primeiro critério é a respeito da legitimidade. Steffen aponta que no caso *Gregg v. Georgia*³⁸⁶ (1976) a Suprema Corte reafirmou a constitucionalidade da pena de morte. Contudo, estabeleceu que a execução tinha de estar prevista em lei e que contivesse restrições legais ao seu uso, padrões objetivos para a decisão do júri, os recursos cabíveis e a insistência de que o júri considerasse circunstâncias que mitigassem o acesso a essa punição. O segundo critério é a justa causa. Em *South Carolina v. Gathers* (490 U.S 805) a Suprema Corte definiu que a punição no direito penal seria baseada na avaliação dos danos causados como resultado do crime. Esse posicionamento não apenas esclareceu a necessidade de proporcionalidade, mas também reforçou a ideia de que as únicas condutas que poderiam ser punidas são aquelas definidas como crime. Dentre estas, destaca Steffen, em geral, o sistema criminal reconhece o homicídio qualificado, apesar de não somente, como passível de pena capital. Ou seja, como uma justa causa. O terceiro critério impõe que a motivação para a aplicação da pena capital seja a justiça e não a vingança. Em *Woodson v. North Carolina* (428 U.S 280 [1976]) foi estabelecido o que foi pela corte denominado de “padrões objetivos para guiar, regularizar e tornar racionalmente revisável o processo de imposição da pena de morte”. Com isso almejava-se que os jurados decidissem de modo racional, razoável, ou ao menos que não assumissem a posição de vingadores. O quarto critério versa sobre a equanimidade, a ideia de que a punição deve ser imposta a todos igualmente, sem nenhuma discriminação por características acidentais. Em *Furman v. George* (1972) a Suprema Corte entendeu que o modo como a pena de morte vinha sendo aplicada era arbitrário, tornando-se inconstitucional, por ferir a oitava e a décima quarta emenda. Nos anos seguintes diversos estados promulgaram novas leis com intuito de atender as exigências de constitucionalidade requeridas pela Suprema Corte em relação à arbitrariedade judicial. O quinto critério estabelece que a pena capital deve ser uma expressão de valores de elevada estima. Sobre este parâmetro, Steffen sintetiza que a “vida é tão altamente estimada que pessoas que injustamente tiram uma vida arriscam-se a perder a própria” (p. 152). O sexto critério assevera que as execuções não podem ser cruéis. Steffen aponta como, historicamente, os meios de aplicação da pena de morte foram se tornando cada vez menos cruéis, da guilhotina à injeção letal. O sétimo critério enfatiza que a pena capital dentre as punições possíveis deve ser a última alternativa, tendo em vista a justiça. Nos EUA, as jurisdições estaduais podem definir de modo independente se aplicarão ou não a pena capital, e se sim, para quais crimes. Isso provoca alguma dificuldade na definição desta *última ratio*, uma vez que o mesmo crime em estados diferentes pode ter penas distintas. Não obstante, este parâmetro moral é visto no sistema legal nas várias restrições à aplicação da pena de morte. Ademais, esse raciocínio também afetaria o raciocínio dos jurados. O oitavo critério impõe que a punição possa restaurar o equilíbrio distorcido e afrontado pela ação criminosa. Steffen pontua que os esforços da justiça restaurativa em caso de homicídio qualificado têm sido considerados inapropriados. Muitas legislações permitem que vítimas sobreviventes possam assistir à execução, o que demonstra uma tentativa de reequilibrar a situação a partir de uma perspectiva retributivista. O nono critério assevera que a pena capital tem que ser proporcional ao crime cometido. Steffen acentua que a Suprema Corte em diversas decisões tem sustentado a necessidade de proporcionalidade e também considerado inapropriada essa modalidade de pena para determinados crimes. Após expor os nove critérios, Steffen conclui que: “Em tudo isso – decisões da corte e estatutos aprovados pelas legislaturas – o sistema legal é apresentado esforçando-se para preservar a pena capital como uma ação legal consistente não apenas com princípios constitucionais, mas com ideais morais” (...) (p. 154). STEFFEN, LLOYD H. **Moral Experience**: moral theory from just war to abortion. Rowman & Littlefield Publishers: Plymouth-UK, 2012, p. 145-172.

Esse estabelecimento é feito no interior de um amplo horizonte de reprovabilidade moral, porém atingindo aquelas condutas que consideramos moralmente defensáveis para o recebimento da coerção jurídica. Até mesmo o grau dessa reprovabilidade também é espelhado no direito, seja na severidade das penas, ou quando consideramos crimes como inafiançáveis, por sua natureza, ou os denominamos de hediondos.

Como vimos essa conexão genética não se finda com a instituição do Direito. Ao contrário, o próprio legislador estabeleceu dispositivos a fim de que, no momento da decisão judicial, a punição somente seja dada quando excluídas as hipóteses que poderiam torná-la sem sentido (moral), apesar de ainda juridicamente possível. Similar reconhecimento é feito pela doutrina e pela jurisprudência: a doutrina, ao desvelar os critérios de justificação, os bens jurídicos tutelados, a natureza moral dos institutos e os limites da interpretação penal; e a jurisprudência que ao decidir busca os fundamentos jurídicos que melhor revelem o direito penal, tendo em vista os pressupostos morais que já compõe a realidade do Direito.

O inescapável horizonte moral em que a punição legal, e o próprio Direito Penal, nascem e se mantêm, também atinge as formas jurídicas³⁸⁷ e não apenas seu conteúdo. Por isso a importância do (devido) processo legal. O processo penal não é um acessório ao livre dispor do juiz, ao contrário, é uma das principais garantias do cidadão contra o arbítrio judicial. Os prazos, os meios de defesa, a licitude das provas, os ritos e procedimentos específicos, tudo isso no transcorrer do tempo, revelam o propósito de que a punição legal somente se manifeste quando juridicamente e moralmente justificada³⁸⁸.

³⁸⁷ A abordagem das formas jurídicas não parte de uma cisão forma/substância. Apesar de realidades diferentes, parte-se de uma relação hermenêutica circular entre ambas. As formas jurídicas se sustentam em proposições morais/jurídicas substantivas, por isso, consideramos um equívoco a afirmação de que certos aspectos do direito são apenas formais, como se insignificantes fossem. Quando isso acontece ou não se percebe essa dimensão substantiva das formas ou dela se discorda, mas não se quer assumir o ônus argumentativo de refutá-la.

³⁸⁸ O contrário disso é mostrado por Franz Kafka em sua obra "*O Processo*". A respeito do tempo no romance, Ost sintetiza que esse se apresenta simultaneamente "aleatório, infinitamente distendido e invertido". OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 452. Ressalta o jurista que essa experiência temporal é diversa daquela operada, ou ao menos buscada, pelo processo judicial, propriamente dito. O Direito operacionalizado em processos procura a pacificação social, com uma temporalidade distinta do tempo ordinário, sobretudo, na seara criminal. Ost denomina isso de tempo nequentrópico, uma tentativa de impor uma ordem negando o caos, a entropia. A "Justiça" que por intermédio de regras precisas e cogentes e prazos peremptórios processualiza a desordem social, elevando-a para um tempo próprio. Todavia, Kafka descreve um processo bem distinto. No processo kafkiano, no tempo instituído pela "Justiça", não há previsibilidade, ordem ou limitações prévias, tem-se, portanto, o caos, quase que apenas o devir.

O que falar então do caráter simbólico do tribunal do Júri³⁸⁹, responsável apenas por julgar crimes dolosos contra a vida. Nesse, um colegiado de populares, os jurados, que por sorteio compõe o conselho de sentença, declaram ao final se o crime aconteceu ou não e se o réu é inocente ou culpado. Após cabe ao juiz decidir conforme a vontade popular.

Por que será que para esses crimes, de notória gravidade, formamos um colegiado de populares para participar efetivamente da decisão judicial? Será que eles representariam melhor a consciência comum (Durkheim) do que o juiz em sua habitual decisão monocrática³⁹⁰? E por que será que Código de Processo Penal abre a possibilidade de desaforamento quando há dúvida a respeito da imparcialidade do Júri? Talvez, porque se assim não fosse, os jurados votariam tomados pela passionalidade desmedida que caracteriza a vingança privada, e não

Instaura-se um paradoxo: não ter um tempo certo para o processo faz com que todo o tempo de Josef K. seja consumido por ele. Ora, se K. poderia ser convocado a qualquer momento, pela inexistência de regras definidas para ordenar as fases e atos processuais, encontrava-se, portanto, a todo momento preso na ansiedade de estar sendo vigiado, observado, e estar enxergando a sua condenação cada vez mais próxima.

³⁸⁹ Para uma leitura mais aprofundada sobre o aspecto simbólico do tribunal do júri e do rito que o estrutura, sugere-se a leitura da obra STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri: símbolos & rituais**. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993. Concordamos com Streck na abordagem de analisar uma instituição social não a reduzindo em um símbolo, mas partindo da premissa que sua existência somente é possível dentro de um horizonte simbólico. Essa transcendência dos fenômenos e instituições sociais evidencia a limitação epistêmica das posturas teóricas descritivistas que as buscam compreender como se apenas estruturas mecânicas fossem.

³⁹⁰ Gilbert Keith Chesterton, notável pensador inglês, em seu conto *Doze Homens* traz uma possível e interessante resposta a esse questionamento, com a perspicácia e sensibilidade que lhe são peculiares, escreve que: Ora, é um negócio terrível marcar um homem para a vingança dos homens. Mas é algo com que é possível acostumar-se, como é possível com outras coisas terríveis; é possível acostumar-se até mesmo com o sol. E o que há de horrível com os oficiais da lei, mesmo os melhores, com todos os juizes, magistrados, advogados, detetives e policiais, não é que sejam maus (alguns deles são bons), nem que sejam estúpidos (vários são um bocado inteligentes), é simplesmente que se acostumaram.

Estritamente falando, eles não veem o prisioneiro no banco dos réus; tudo que veem é o homem usual no lugar usual. Não veem a terrível corte de justiça: veem apenas sua própria oficina. Dessa maneira, o instinto da civilização cristã muito sabiamente decretou que em seus julgamentos devem sempre ser infundidos sangue fresco e ideias frescas vindos das ruas. Deve haver homens que entrem e possam ver a corte e o público, as faces rudes dos policiais e dos criminosos profissionais, as faces gastas dos vagabundos, as faces irreais dos advogados gesticulantes, e ver tudo isso como alguém que assiste a um novo filme ou uma peça até então inédita.

Nossa civilização decidiu, e com muita justiça, que determinar a culpa e a inocência dos homens é algo importante demais para ser confiado a homens treinados. Ela deseja jogar luz sobre aquele terrível assunto, e assim pergunta a homens que não conhecem mais da lei do que eu, mas que podem sentir as coisas que senti no banco dos júris. Quando quer catalogar uma biblioteca, descobrir o sistema solar ou qualquer ninharia desse tipo, usa seus especialistas. Mas, quando deseja realizar qualquer coisa que seja realmente séria, recolhe doze dos homens ordinários que estão por aí. O mesmo foi feito, se me lembro corretamente, pelo Fundador do Cristianismo. CHESTERTON, Gilbert K. *Doze Homens* in: **Tremendas trivialidades**. Trad. Mateus Leme. Campinas: Ecclesiae, 2012, p. 78-79.

a instituição da punição legal. Por isso, a necessidade de um distanciamento temporal, que se realiza no processo, e, nesse caso, também geográfico, com o desaforamento.

Conforme buscamos demonstrar, tanto as formas quanto os conteúdos do Direito que compõe a punição legal demonstram a indissociável dimensão moral que constitui o fenômeno jurídico, desde sua gênese, em suas transformações e na sua conservação até os dias de hoje.

10. Argumento da Narratividade

Com esse argumento, pretendemos demonstrar a existência da conexão necessária a partir do caráter narrativo que constitui o modo de ser do Direito. Nesse sentido, o fenômeno jurídico acontece enquanto uma narrativa social omnicomprensiva que, ao ordenar a vida em comum, estabelece um modo de contar a história do nosso mundo, da nossa (co)existencialidade.

Como veremos, isto não é feito abstraindo dele o horizonte valorativo-moral. Ao contrário, essa dimensão é imprescindível para a sua narratividade, o que pode ser visto nas seguintes afirmações: 1) o Direito se estabelece na e a partir da nossa experiência moral, assim seu conteúdo e forma são moralmente constituídos; 2) o Direito institui uma realidade moral diferenciada, uma narrativa própria a respeito de como devemos agir; 3) como seres hermenêuticos e morais, nos encontramos dentro desse acontecer histórico-narrativo e que essa experiência é integral, ou seja, demanda, necessariamente, sentidos morais.

Começemos pensando o que significa para nós afirmar que o Direito se constitui numa narrativa. Robert M. Cover apresenta-nos vários aspectos a respeito dessa questão. Ele assevera que:

Nós vivemos em um *nomos* – um universo normativo. Nós criamos e mantemos constantemente um mundo de certo e errado, de legal e ilegal, de válido e inválido. O estudante de direito pode vir a identificar o mundo normativo com a parafernália profissional de controle social. As regras e os princípios de justiça, as instituições jurídicas oficiais e as convenções de uma ordem social são, de fato, importantes para esse mundo; **elas são, contudo, apenas uma pequena parte do universo normativo** que deve reivindicar nossa atenção. **Nenhum conjunto de instituições jurídicas ou normas existe em separado das narrações que o situam e lhe proporcionam significado.** Para cada constituição existe um épico, todo decálogo possui uma escritura. Uma vez compreendido no contexto das narrativas que fornecem significado, **o direito se torna não meramente um sistema de regras a serem observadas, mas o mundo no qual nós habitamos.** Nesse mundo narrativo, direito e narração estão inseparavelmente relacionados. **Cada prescrição normativa insiste em sua demanda de situar-se no discurso narrativo – para ser municiada com história e destino, começo e fim, explicação e propósito. E cada narrativa é insistente em sua demanda por seu ponto prescritivo, sua moral.** História e literatura não podem escapar do fato de que se situam em um universo normativo, **tampouco pode a norma, mesmo quando incorporada em um texto legal, escapar de sua origem e de sua finalidade na experiência, nas narrativas que são trajetórias tramadas sobre a realidade material, pelas nossas imaginações**³⁹¹.

³⁹¹ COVER, Robert M. *Nomos e narração* in: **ANAMORPHOSIS** – Revista Internacional de Direito e Literatura. Tradução Luís Rosenfield. v. 2, n. 2, julho-dezembro 2016, p. 187-188. Disponível em:

Diante disso, para nós, pensar o Direito enquanto uma narrativa significa: 1) identificá-lo numa unidade de sentido que perpassa toda a sua existencialidade; 2) reconhecer o mundo que ele institui, que para nós é uma realidade moral diferenciada; 3) perceber o seu movimento próprio em direção ao seu ponto prescritivo (moral); 4) a indissociabilidade de sua dimensão moral instituinte, que está relacionado com os aspectos simbólicos, imaginativos³⁹².

Entendemos que todas essas assertivas estão em consonância com o modo ser do fenômeno jurídico e, sobretudo, com o modo como nós somos e assim formamos o mundo. O Direito ao ordenar a coexistência o faz a partir de um impulso moral em direção à justiça. Esse é um dos seus sentidos básicos, senão o principal, que unifica narrativamente o seu acontecer. Por ser uma narrativa social omnicomprensiva – se impõe sobre os diversos aspectos da vida – estabelece um mundo, uma realidade moral diferenciada sobre o qual nos situamos, percebemos, e justificamos o nosso agir.

Esse caráter narrativo se dá numa pretensão de justiça e moralidade que lhe são próprios, pois apesar de enraizados em nossa experiência moral, por possuir uma autonomia relativa, ressignifica essas exigências diante de suas condições peculiares. E, por estar inserido num arco narrativo maior da nossa imaginação moral, tem seus sentidos moralmente constituídos, o que explica suas mudanças ao longo do tempo. Como já se pode perceber a narratividade do Direito se dá a partir de uma necessária dimensão moral. Porém, antes de seguirmos essas trilhas vamos ainda explorar um pouco mais a ideia do Direito enquanto uma narrativa.

François Ost apresenta algumas diferenças significativas entre o que ele denomina de “direito contado” e o “direito analisado”, o típico objeto das faculdades e da teoria jurídica analítica. O jurista aponta que o “direito analisado” parte da distinção radical e irreduzível entre ser e dever ser, o que se observa na cisão entre

<rdi.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/299>. Acesso em: 30 mar. 2019. *Grifo nosso*. Agradeço a sugestão desse artigo feita pelo Luís Rosenfield.

³⁹² François Ost, discorrendo sobre o seguinte excerto de Antígona: “as paixões que instituem as cidades, os homens as ensinou a si mesmo”, destaca que “essa forma reflexiva abre o direito para a realidade paradoxal da criação: com o homem e sua capacidade imaginativa surge algo que não se reduz nem ao dado natural nem às evidências analíticas. E o que Sófocles assinala é que esse imaginário é primeiro e acima de tudo político: ele forja as significações coletivas que vão assegurar o vínculo social³⁹²”. OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 27. Esse imaginário político é também moral, não sem razão Aristóteles percebe o justo legal inserido na justiça política.

fato e Direito. Diante dos fatos “empíricos” ele estuda, “essencialmente, normas de conduta que declinam as diversas modalidades da imperatividade: obrigação, permissão, proibição³⁹³”. Diferentemente, no “direito contado” esse dualismo é superado a partir de uma perspectiva linguística que acentua o aspecto constitutivo da linguagem (jurídica) nos fatos que lhes são atinentes³⁹⁴. Como as regras constitutivas do xadrez que criam a possibilidade de jogar, as regras jurídicas criariam a possibilidade da existência prática do Direito. Assim, Ost entende que:

O direito, poder-se-ia dizer, escreve roteiros que deixam aos atores uma grande parte de improvisação. É preciso, porém, que os atores concordem em “entrar no jogo”: é precisamente a questão da força performativa – mais do que imperativa – que se atribui às normas jurídicas³⁹⁵.

Desses modos distintos de compreender o fenômeno jurídico se resultam, conseqüentemente, em racionalidades jurídicas também distintas. No “direito analisado” o raciocínio jurídico é “formal e dedutivo, do qual a coerência lógica é o ideal, é o silogismo normativo, o modelo (“a lei aplica-se ao fato”)³⁹⁶”. Inversamente, o “direito contado”, o raciocínio jurídico é prático, preocupado primordialmente com a “coerência narrativa”. Por essa razão “evidencia a importância da interpretação dos textos e da natureza argumentativa das discussões jurídicas (...)”³⁹⁷.

Ost acentua que a teoria analítica também se caracteriza por uma racionalidade instrumental e utilitarista. Assim, os atores sociais são explicados pelos seus interesses idealizados. Como, por exemplo, o *homo economicus* e a sua busca constante por maximizar sua satisfação. Portanto, reduz e/ou artificializa sobremaneira a realidade (jurídica), como já demonstramos outrora. O “direito contado” parte da premissa que a história e os comportamentos cotidianos não são redutíveis a uma abordagem instrumental, sobretudo, pela inexorável dimensão simbólica da nossa existencialidade. Assim, Ost identifica que:

³⁹³ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 43.

³⁹⁴ Nesse ponto Ost faz menção específica a John Searle. Essa referência aproxima a ideia de “direito contado” com o direito enquanto um fato institucional, conforme defendemos no argumento da incidibilidade entre fatos e valores. Por sua vez, também com a ideia do argumento da narratividade aqui desenvolvido. Cf. OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 43.

³⁹⁵ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 44.

³⁹⁶ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 44.

³⁹⁷ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 44.

o jogo do direito é marcado pelo menos tanto por comportamentos simbólicos quanto por cálculos estratégicos: nos processos judiciais, os protagonistas buscam ao menos tanto “colocar-se em cena”, “dar-se em representação”, obter um reconhecimento simbólico, quanto auferir essa ou aquela vantagem pecuniária³⁹⁸.

Por fim, o jurista belga ainda apresenta outras duas importantes distinções para nossa discussão. Para ele o “direito analisado” está centrado nas estruturas, enquanto o “direito contado” na história. Assim, conseguiria explicar adequadamente as mudanças jurídicas no decorrer do tempo, uma vez que “ao integrar a dimensão diacrônica do direito, tem condições de restituir o roteiro da narrativa³⁹⁹”. Noutro passo, o “direito analisado” devido a sua abstração teria dificuldades de operar com os casos particulares e as pessoas individuais. Já o “direito contado” reconstrói o fenômeno jurídico a partir desses casos e das exigências históricas neles apresentadas.

A sugestão de François Ost de uma abordagem teórica do “direito contado” em contraposição a uma perspectiva jurídica analítica, lato sensu, se aproxima da ideia que estamos a defender⁴⁰⁰. Partindo dessa aproximação, observamos que o Direito é uma narrativa social, pois: a) pressupõe uma comunidade narrativa; b) institui uma realidade (moral) diferenciada; c) é apreendido, primordialmente, em seu modo de ser próprio a partir de uma lida, de uma racionalidade prática (*phronesis*); d) apresenta-se com aberturas à contingência, acontece num movimento constante de (re)interpretação que envolve uma dimensão simbólica; e) está inserido no tempo, assim se manifesta em sua historicidade.

A partir do assentamento dessas balizas, retomemos agora, respectivamente, as três afirmações expostas na abertura desse argumento no intuito de, por intermédio delas, demonstrar a (tese da) conexão necessária que estamos a defender. Afirmamos que o Direito surge na e a partir da experiência moral que estamos desde já sempre inseridos, por isso, assim seu conteúdo e forma são moralmente constituídos. Como falamos no argumento antropológico, o mundo em que isso se dá não é uma realidade objetiva, impessoal. Diferentemente, é o mundo

³⁹⁸ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 45.

³⁹⁹ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 46.

⁴⁰⁰ Como uma ressalva geral, nossa ideia aqui não é fazer uma discussão relacionada aos aspectos teóricos de uma abordagem narrativa do Direito. Nosso ponto é a afirmação fenomenológica do caráter narrativo do Direito e a relação desse com tese da conexão que defendemos.

que formamos. Mas, esse não é uma projeção solipsista. Estamos com Nortrop Frye quando nos diz que o ser humano não quer viver no mundo que ele vê, e sim naquele que constrói com aquilo que vê. Há uma construção simbólica que atravessa a onticidade da realidade existente. Nessa direção, François Ost afirma que:

Assim como o ouro não é naturalmente moeda (mesmo se algumas qualidades predispuham esse metal a exercer a função de equivalente universal), ou o indivíduo não é naturalmente ou logicamente cidadão, assim a cidade escapa a toda a determinidade desse gênero: é da imaginação instituinte que ela procede, das grandes narrativas que o homem conta-se a si mesmo⁴⁰¹.

A nossa experiência moral também acontece nessa dimensão imaginativa, isso está relacionado com o nosso modo de ser no mundo. Assim, nossa coexistência se dá enquanto uma comunidade narrativa. É a partir da e na experiência moral, que acontece dentro de uma imaginação moral, que o Direito se manifesta⁴⁰². Lembra-nos Ost que esse é o contexto em que os juristas estão inseridos. Consequentemente, acentua que:

as constituições que eles redigem são, desse ponto de vista, o relato da história da moralidade política dessa comunidade. “As Constituições, como exemplos de relatos que contam a história dos homens, dão sentido a sua vida individual e coletiva”, escreve D. Rousseau, que prossegue nestes termos: “As Constituições são as mitologias das sociedades modernas⁴⁰³”.

⁴⁰¹ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 27.

⁴⁰² Essa manifestação é valorativamente constituída. Como temos falado, isso faz parte do modo como somos, seres hermenêuticos, e de como formamos o mundo. Por isso o Direito como uma narrativa social é lido a partir dos sentidos morais prévios que o instituem. Em linha similar Charles Taylor acentua que: “nosso imaginário social, em qualquer momento determinado, é complexo. Ele incorpora uma noção de expectativas normais que temos uns dos outros, um tipo de conhecimento comum que nos capacita a conduzir as práticas coletivas que compõem nossa vida social. Isso incorpora uma noção de como nós todos nos unimos ao conduzir uma prática comum. Esse conhecimento ao mesmo tempo factual e “normativo”; isto é, temos uma noção de como as coisas geralmente funcionam, mas isto está interligado a uma ideia de como elas devem funcionar, de quais passos invalidaram a prática. Vejamos, por exemplo, nossa prática de escolher governos por meio de eleições gerais. Parte da compreensão de fundo que dá sentido para cada um de nós ao nosso ato de votar é a nossa percepção da ação toda, envolvendo todos os cidadãos, cada um escolhendo individualmente, mas entre as mesmas alternativas, e a composição dessas microescolhas numa decisão obrigatória e coletiva. Essencial ao nosso conhecimento do que está envolvido nesse tipo de macrodecisão é nossa capacidade de identificar o que constituiria uma fraude: determinados tipos de influência, compra de votos, ameaças e coisas parecidas. Esse tipo de macrodecisão deve, em outras palavras, satisfazer a certas normas, se deve ser o que está designada a ser. Se uma minoria pudesse forçar todos os demais a concordarem com as suas ordens, não seria uma decisão democrática, por exemplo”. TAYLOR, Charles. **Uma era secular**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010. p. 211.

⁴⁰³ OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 29.

Nesse sentido, o Direito é reconhecido e obedecido (ou não) por uma comunidade narrativa que se constitui na partilha de um imaginário social⁴⁰⁴, que é também moral. Logo, o jurídico, dentro dos seus limites, reflete essa realidade e é também por ela sustentado.

Portanto, há sempre uma dimensão transcendente, simbólica, que constitui o Direito como um todo, tanto em sua forma como em seu conteúdo, como demonstramos, por exemplo, no argumento da punição legal. Isso pode ser visto também no reconhecimento do Direito como um fato institucional (Searle). Nesse sentido, é uma realidade que existe, necessariamente, pela atribuição de status funcional por uma intencionalidade coletiva – o que se relaciona com uma comunidade narrativa. O jurídico não se circunscreve à sua dimensão ôntica, ao contrário, se desvela em sua diferença ontológica.

Como falamos, esse status funcional deontológico, para nós, é moral. Não é um modo de ordenação social feito de qualquer maneira e que poderia alcançar qualquer fim. Diferentemente, o Direito é um dos modos morais de ordenar a coexistência, o que conseqüentemente, a torna possível. Ademais, isso também pode ser observado na sugestão de uma abordagem teórica que o identifique como um conceito do tipo *thick* (Bernard Williams). Há nele uma parte descritiva, mas outra valorativa. Sua significação depende de uma imbricação de ambos. A comunidade narrativa reconhece e obedece ao Direito nesse entrelaçamento.

Na segunda afirmação dizemos que o Direito institui uma realidade moral diferenciada, uma narrativa própria a respeito de como devemos agir. Por constituir-se moralmente enquanto um modo de contar nossa existencialidade, o jurídico

⁴⁰⁴ Nossa ênfase desde o início da tese pelo uso da “categoria” imaginação moral está diretamente relacionada à nossa abordagem hermenêutica enquanto a representação do horizonte de sentido moral, por vezes inarticulado, em que estamos desde sempre lançados. Compartilhamos, também, da perspectiva do filósofo Charles Taylor que usa o termo “imaginário social” em referência às formas como as pessoas imaginam sua existência, “como elas combinam com os outros, como as coisas acontecem entre elas e seus pares, as expectativas que são geralmente satisfeitas e as noções e as imagens normativas mais profundas que subjazem a essas expectativas”. TAYLOR, Charles. **Uma era secular**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010, p. 221. O próprio filósofo canadense em alusão a Heidegger, John Searle e Michael Polany - que compõem nosso referencial teórico – também se utiliza do conceito de imaginário na acepção que destacamos acima. Nessa linha, ele afirma que: “Trata-se da própria natureza do que filósofos contemporâneos decreveram como *background*. É, na verdade, aquele conhecimento amplamente desestruturado e desarticulado da nossa situação toda, no interior da qual características particulares do nosso mundo se mostram para nós no sentido que têm. Ele jamais pode ser adequadamente expresso na forma de doutrinas explícitas, em virtude de sua natureza ilimitada e indefinida. Esta é outra razão para falar aqui de um “imaginário” e não de uma teoria.” Ibidem, p. 222.

assume contornos próprios, uma coerência interna. Entendemos que com isso o Direito alcança uma autonomia relativa, pois, ainda continua conectado à nossa experiência moral. Foi por essa razão que ao longo da história os conteúdos jurídicos e suas formas de tratamento foram se alterando num processo de atual(iz)ação. Nessa direção, James Boyd White acentua que:

o Direito desse modo é um processo cultural, continua a trabalhar com o material cru da vida – a injúria corporal ou psíquica, o negócio falido, o casamento quebrado, as palavras vulgares no fórum – para convertê-lo em algo mais, alguma coisa que lhe é própria: a oportunidade para a afirmação de um certo tipo de significado. Isso é um tipo de tradução⁴⁰⁵.

O estabelecimento de um universo narrativo próprio – realidade moral diferenciada – é percebido com maior nitidez quando analisamos o tempo do Direito. Para François Ost, há uma temporalidade social⁴⁰⁶ que não se resume ao tempo físico (ex. dia e noite) nem ao tempo psíquico (experiência íntima em que poucos minutos podem parecer horas ou de instantes que parecem eternos). O Direito ao contribuir para a instituição do social exprimindo sentido e valor⁴⁰⁷ por intermédio de sua existencialidade a temporaliza e assim se mantém no atravessamento do tempo “comum”.

Assim, a normatividade do Direito acontece num presente narrativo⁴⁰⁸ que possui passado e futuro. Do passado, Ost acentua os aspectos da memória, referência ao que se instituiu até ali, e do perdão, a possibilidade de novos caminhos jurídicos. Do futuro, a promessa, enquanto compromisso normativo, e o

⁴⁰⁵ Tradução livre: The law is in this way a cultural process, working on the raw material of life—the injury to the body or the psyche, the failed business, the broken marriage, the vulgar words in the courthouse—to convert it into something else, something of its own: the occasion for the assertion of a certain sort of meaning. It is a kind of translation. WHITE, James Boyd. Human Dignity and the Claim of Meaning: Athenian Tragic Drama and Supreme Court Opinions in: **Journal of Supreme Court History**. Volume 27, Issue1, March 2002, p. 53.

⁴⁰⁶ “Por aqui se vê que o tempo se constrói; literalmente, <<temporaliza-se>>. É por isso que, se podemos <<dar>> o tempo, modalidade que privilegiamos, também o podemos <<tomar>>, <<passar>>, <<perder>>, <<encontrar>>, <<matar>>, <<ganhar>>, <<recuperar>>... O conceito de temporalização servir-nos-á para pensar essa instituição social do tempo. Um tempo que já não continua a ser exterior às coisas, como um contendor formal e vazio, mas que participa da sua própria natureza”. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 13.

⁴⁰⁷ Esse valor e sentido, para nós são também morais. Como se pode observar nos seguintes exemplos que François Ost apresenta: “desde o princípio de não retroactividade das leis penais ao desejo de transmitir um património natural e cultural às gerações futuras, passando pelo princípio de <<confiança legítima>> que se opõe à mudança intempestiva das leis”. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 33. Ou seja, o modo específico em que o Direito temporaliza a realidade social expressa o caráter moral de sua ordenação.

⁴⁰⁸ “O famoso <<círculo hermenêutico>> encontra aqui a sua tradução temporal: a troca semântica entre o mundo do texto e o mundo do intérprete é, aliás, a reversibilidade histórica em acto, o diálogo entre pedaços de resposta formulados no passado e interrogações expressas no presente”. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 32.

requestionamento, a abertura para revisões no porvir. É evidente o aspecto moral que envolve essa temporalização.

A memória é um reconhecimento do valor dos vínculos normativos do passado. Da mesma forma o perdão, uma vez que as mudanças não são inovações abruptas como se nada antes houvera. A promessa é a renovação do compromisso deontológico, e o questionamento, o espaço para um repensar diante das contingências em que o raciocínio prático está sujeito. O tempo do Direito é moralmente constituído⁴⁰⁹.

Num olhar mais operacional, vemos o mesmo. O processo judicial, seus ritos, prazos, fases, como uma garantia temporal para que seja, de fato, o devido processo legal (*due process of law*). Temos, também, a prescrição e a decadência que estabelecem limites temporais para a exigibilidade e/ou exercício de determinados direitos.

O Direito em sua temporalização se mostra como uma realidade moral diferenciada. Sua comunidade narrativa deve sincronizar-se com esse tempo. Afinal, o Direito não socorre os que dormem (*Dormientibus Non Succurrit Ius*). É necessário estar acordado para essa realidade, o que se relaciona com a nossa terceira e última afirmação.

Declaramos que, como seres hermenêuticos e morais, nos encontramos dentro desse acontecer histórico-narrativo e que essa experiência é integral, ou seja, demanda, necessariamente, sentidos morais, ainda que incorporados e semanticamente limitados à realidade jurídica.

Estamos dentro dessa narrativa antes mesmo do nosso nascimento e continuamos após a nossa morte. Para o Direito o início e o fim não estão

⁴⁰⁹ François Ost também reconhece a relação entre Direito e justiça/moral em sua temporalização. O jurista belga afirma que: “No centro da construção jurídica do tempo percebe-se, pois, a pulsação de um ritmo que nos reconduz diretamente à figura da temperança. Com efeito, o que é essa temperança senão a sabedoria do tempo, o compasso justo do seu desenrolar, a mistura harmoniosa das suas componentes? E tal como a alternância das estações (as Horai) faz os climas temperados, a temperança na cidade – a justa dosagem da continuidade e da mudança – assegura o equilíbrio das relações sociais. A temperança é <<acordo e harmonia>>, assegura Platão: <<Difundida em todo o Estado, põe em uníssono os mais fracos, os mais fortes e os intermédios no que respeita a sabedoria, força, número, riquezas ou qualquer outra coisa semelhante.>>

Ligar e desligar o tempo: este livro deriva desse projecto; **a sua única ambição é reflectir o contributo do direito para esse compasso justo que torna os cidadãos livres e as cidades harmoniosas justo que torna os cidadãos livres e as cidades harmoniosas.** Essa partitura toca-se num compasso a quatro tempos. Do lado do passado: a memória e o perdão; do lado do futuro: a promessa e o questionamento. OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001, p. 17-18. *Grifo nosso*.

necessariamente determinados por aspectos biológicos, mas por uma valoração juridicamente constituída, e isso está sujeito à imaginação moral de sua época. Assim, ao desvelar-se como uma ordenação em direção à justiça, estabelece com a comunidade narrativa e seus indivíduos um vínculo moral-hermenêutico. Ou seja, seu (re)conhecimento se dá numa dimensão moral e interpretativa. Nesse sentido, não é incomum que pessoas ao buscar a pretensão jurisdicional afirmem: “quero que a justiça seja feita”.

Há uma comunidade narrativa que se reconhece⁴¹⁰ no e a partir do jurídico, tanto no que já há de instituído como em sua capacidade instituinte⁴¹¹. Por exemplo, James Boyd White percebe que os posicionamentos/opiniões da Suprema Corte dos Estados Unidos, contribuem para a formação de significados públicos de forma similar aos teatros da Grécia antiga. Nessa aproximação, observa que:

como o drama, assim, a opinião não somente nos leva ao que é remoto no tempo e no espaço, mas ao fazer isso cria um mundo de imaginação, simultaneamente tirado do mundo que de outro modo conhecemos e uma alternativa para ele. A ideia em ambos os casos não é oferecer a audiência um escape à fantasia, mas criar uma realidade imaginada que pode correr contra o “mundo real”, para testá-lo e ser testado por ele. Em ambas as formas, particularidade é essencial para a arte, e em ambas as formas, a ordem criada é ao mesmo tempo final e provisória: final porque alcança uma conclusão, chega à um fim, provisória porque o resto da vida continua criando um contexto em constante mudança que desafiará ou confirmará a ordem imaginada de maneiras novas e diferentes⁴¹².

⁴¹⁰ Esse reconhecimento pressupõe uma identidade narrativa juridicamente instituída. Para maiores aprofundamentos nesse sentido, sugere-se a leitura da dissertação do Gilberto Guimarães intitulada *O caráter narrativo da constituição: identidade narrativa e constituição justa a partir de Paul Ricoeur*. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6209>>. Acesso em: 02 de abr. 2019.

⁴¹¹ Ost escreve que: “(...) os tribunais registram diariamente os choques das forças centrífugas que sacodem o direito ao sabor dos interesses particulares e dos dramas pessoais. Demolombe tinha muita razão de tratar a jurisprudência de “parte animada, quase dramática, da legislação”. Nas histórias contadas e pleiteadas no tribunal, tecem-se a cada dia novas intrigas que são como a mediação entre a ficção oficial do código e as ficções urdidas pelos personagens singulares da vida real. Não é raro, nessas condições, que um demandador obstinado ou um litigante imaginativo obtenha o benefício de uma interpretação inovadora ou mesmo de uma reorientação da jurisprudência, que anunciará talvez uma mudança da própria lei”. OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005, p. 19-20.

⁴¹² Livre tradução: Like the drama, then, the opinion not only brings before us what is remote in time and space but in doing so creates a world of imagination, simultaneously drawn from the world we otherwise know and an alternative to it. The idea in both cases is not to offer the audience an escape into fantasy, but to create an imagined reality that can run against the “real world,” both to test it and to be tested by it. In both forms, particularity is essential to the art; and in both forms, the created order is at once final and tentative: final because it reaches a conclusion, comes to an end; tentative because the rest of life continues, creating an ever-changing context that will challenge or confirm the imagined order in new and different ways. WHITE, James Boyd. Human Dignity and the Claim of Meaning: Athenian Tragic Drama and Supreme Court Opinions in: **Journal of Supreme Court History**. Volume 27, Issue1 March 2002, p. 51.

A existência desse caráter narrativo instituinte faz com que não raramente determinadas pautas sejam levadas diretamente ao judiciário. Quando este as decide de forma incoerente ao que já há de instituído estamos, provavelmente, diante do que se denomina de ativismo judicial.

A situação torna-se ainda mais problemática quando juízes ao invés de exercer a sua responsabilidade moral e política de reconstruir narrativamente o fenômeno jurídico, usam o Direito, de modo intencional, para vocalizar certas pretensões que orbitam na esfera política. Por vezes, isso acontece numa retórica similar aos grupos de pressão embora mescladas com defesas genéricas de direitos fundamentais que poderiam inclusive fundamentar posições contrárias. Tais manifestações, não raramente, acontecem até mesmo no bojo de casos que não guardam nenhuma relação com essas pretensões, o que consideramos inadequado.

É preciso ter clareza sobre o que estamos a defender nessa tese. Quando afirmamos que o Direito constitui uma narrativa em que estamos inseridos e isso envolve, necessariamente, uma dimensão moral, estamos fazendo uma afirmação a respeito do modo de ser do Direito e não uma bandeira ideológica, para quaisquer espectros políticos. Ao ordenar a vida comum, o jurídico o faz a partir e com a nossa imaginação moral, porém com uma narrativa que já lhe é própria. Isso não significa um fechamento, pois como vimos existem aberturas para alterações, atualizações. Esse é o modo de ser do Direito.

Se quiséssemos a todo tempo ordenar e decidir conflitos por um raciocínio prático sem qualquer limite prévio a fim de satisfazer todas as particularidades dos casos, nós não teríamos constituído o fenômeno jurídico como ele é. Se os desacordos morais ou políticos são resolvidos de forma moral ou política pelo Direito, sua juridicidade se enfraquece. Ao decidir juridicamente controvérsias desse jaez se decide a partir da realidade moral apropriada. Por isso o respeito à narrativa do Direito por parte dos juízes é um exercício de responsabilidade moral e política.

Podemos também perceber o aspecto moral-narrativo do Direito na instituição dos direitos à memória e ao esquecimento. O fenômeno jurídico acontece narrativamente em direção ao justo, isso significa que aquilo que precisa ser contado, lembrado, deve-ser narrado. Na mesma medida, certas ocorrências passadas devem ser esquecidas, evitando aos envolvidos uma vida inteira de tormentos por situações pretéritas.

Deste modo, ao observarmos o caráter narrativo do Direito percebemos que este se dá necessariamente conectado com a Moralidade, pois: 1) se origina e se mantém na experiência moral intersubjetiva; 2) estabelece uma realidade moral diferenciada, um tempo próprio, onde narramos parte significativa dos nossos deveres enquanto cidadãos; 3) a nossa relação hermenêutica com a narrativa jurídica é moralmente constituída.

11. CONCLUSÃO

O fenômeno jurídico “é” necessariamente conectado com a Moralidade. Por isso, defendemos a tese da conexão necessária. Não é uma idealização de como o Direito deveria ser, mas sim uma enunciação do seu modo ser próprio, sentido que apreendemos no interior da situação hermenêutica em que nos encontramos. Assim, nossa argumentação foi iniciada.

A pergunta sobre o que é o ser-humano, longe de ser uma especulação abstrata, é de importância singular para a teoria jurídica. Por vezes, a resposta a essa indagação permanece inarticulada nos discursos teóricos que se pretendem alheios às questões controversas dessa “natureza”. O problema é que, em muitos casos, quando buscamos compreender que ser-humano subjaz a esses empreendimentos, encontramos um ente muito distinto de quem somos.

Por exemplo, para H.L.A Hart, quem é aquele participante que representa o ponto de vista interno do Direito? Como demonstramos, é alguém que possui uma cognição meramente informacional, despida de volição, da dimensão valorativa. Ele consegue identificar o Direito por intermédio da regra de reconhecimento, numa operação algorítmica em que a moralidade está desde sempre excluída. Sabemos que a tese da separação conceitual de Hart se assenta noutras premissas, sobretudo, em razões epistêmicas. Contudo, esse é o ser-humano que o seu ponto de vista interno pressupõe. Essa imagem não é a nossa.

Respondemos então a esse questionamento a partir de uma antropologia filosófica. Encontramos o ser-humano como um ente privilegiado, que lançado à facticidade compreende a si e aos demais numa circularidade hermenêutica. Um ente consciente de sua condição finita, e que, por vezes, se perde na inautenticidade, no impessoal em que reifica os outros e a si próprio. Todavia, é também o ente capaz de uma existencialidade autêntica, que se dis-põe a formar e integrar-se num mundo pessoal. Um ente que pre-ocupa-se, que é cuidado (Sorge). É assim um ser-com, aquele que coexiste.

Noutro passo, é também um ser moral. Aquele que tem experiência do bem, da justiça, e que se engaja na tarefa existencial de uma vida moralmente significativa. Ele se indaga sobre como deve viver. Ele se indaga sobre como deve conviver.

Esse é o ser-humano que está na base da nossa tese. É um ser hermenêutico e moral. Ele forma o mundo com os outros. Assim, a ordenação dessa realidade compartilhada já é em si moral. O Direito é uma dessas ordens normativas. A moralidade está não apenas na sua origem como também no seu fim. Estabelecer a vida comum, a coexistência, é uma tarefa constante, um movimento. Início e fim que conformam o entre, o fenômeno em sua existencialidade.

Por isso, é perceptível como a regulação jurídica em seus mais diversos aspectos espelha uma valoração moral. Mas já estamos falando dos traços fenomenológicos, e esse foi o nosso segundo argumento.

Voltamos o nosso olhar aos sentidos originários do fenômeno jurídico e por isso nos transportamos para a Grécia Antiga. Lá pudemos ver como o Direito nasceu dentro da justiça. Vimos também a sua íntima relação com a Pólis, com a comunidade que partilha um ideal de vida boa, uma imaginação moral. O Direito se desvela como uma ordenação moral em direção à justiça. Da mesma forma os romanos o apreenderam, como também Tomás de Aquino no medievo.

Esse modo de ser próprio foi encoberto na Modernidade sob um impulso de uma racionalidade matematizante que buscava explicações da vida social e individual sem apelos transcendentais. Moral e Justiça assim, paulatinamente, vão sendo abstraídas do jurídico, como idealizações. Abismos epistemológicos são erigidos entre ser e dever ser, fatos e valores, entre uma racionalidade formal e uma racionalidade substancial.

A tese da separação (conceitual) necessária exsurge de desdobramentos desse contexto. Porém, como demonstramos, como o fenômeno jurídico possui esse aspecto transcendente – enquanto uma ordenação moral em direção à justiça – os modernos não conseguiram negar essa dimensão ao tentar acomodá-la as estruturas de plausibilidade da época.

Noutro passo, como pontuamos, as teses da separação que se lastreiam em exigências epistêmicas analíticas já se divorciaram de há muito do horizonte onde o fenômeno se desvela. De modo diverso, a tese da conexão necessária que defendemos propõe um descobrimento dos sentidos originários do modo de ser do Direito. Pois, entendemos que a apreensão teórica deve enunciar o fenômeno em sua existencialidade e não o limitar por razões conceituais. É a nossa capacidade conceitual que deve expandir-se para dar conta da realidade e não o oposto. Eis que chegamos no argumento do modelo conceitual.

Nosso principal interlocutor foi H.L.A Hart por ser um dos ícones da teoria analítica do Direito e por defender expressamente a tese da separação conceitual necessária. Dessa forma, fizemos um longo percurso investigativo para compreender o seu conceito de Direito. Percebemos que, sob os influxos da Filosofia da Linguagem Ordinária, o jurista pretendia desenvolver um conceito gramatical baseado em critérios, em exigências lógicas. Essa abordagem demanda a abstração da dimensão valorativa/moral que constitui a prática jurídica.

O que tentamos demonstrar é que a tese da separação nesse sentido não é um requerimento analítico *lato sensu*, mas sim a decorrência de um modelo conceitual específico. Assim, como defendemos que o fenômeno jurídico o “é” enquanto tal necessariamente conectado com a moralidade, o padrão conceitual que Hart fez uso mostra-se inadequado. E, por consequência, a tese da separação dele decorrente é fragilizada.

Como contraponto, apresentamos outros modelos conceituais, um mais próximo da hermenêutica e outros dois da tradição analítica, que reconhecem expressamente uma conexão necessária entre Direito e Moralidade, ou ao menos a tornam conceitualmente plausível. Nesse aspecto, a tese que defendemos apesar de inserida na tradição hermenêutica, não apresenta nenhum óbice à analítica. Ao contrário, procura manter um diálogo aberto, mesmo diante dos embates aqui estabelecidos como aquele a respeito do lugar e do modo de observação, nosso argumento subsequente.

Dizem: a conexão ou separação dependem do lugar de observação. Acrescentamos o modo. Vimos que em Hans Kelsen o lugar é o do cientista; em Hart o ponto de vista interno; e em Joseph Raz o ponto de vista do sistema jurídico. Em todos eles há uma pretensão de objetividade que os faz estabelecer lugares e modos que excluem a dimensão moral. Como resultado, artificializam e/ou reduzem sobremaneira a realidade (jurídica), por isso apresentamos nossas objeções.

Pensamos que a observação teórica deve acontecer no mesmo horizonte em que o fenômeno acontece e apreendê-lo do modo mais originário possível. Isto é, permitir que ele se mostre a si mesmo, ao invés de negar antecipadamente sua existencialidade a partir de pressupostos epistêmicos. Essa tarefa é desafiadora pois, na ausência de uma objetividade impessoal não lidamos mais com elaborações tão exatas e completas. Abrimo-nos a contingência, ao irreduzível, ao inabitual. Na tentativa de observar o Direito desse lugar e com esse modo notamos a sua

conexão necessária com a Moralidade. Ademais, identificamos que essa dimensão valorativa está imbricada com sua dimensão factual, descritiva. Assim, vamos ao quinto argumento.

Outra razão epistêmica que sustenta a tese da separação conceitual é o dualismo entre ser e dever, fato e valor. De um lado teríamos Kelsen colocando o Direito no mundo do dever-ser, mas apenas admitindo seus aspectos formais, uma vez que os valores não são cientificamente cognoscíveis. Do outro Hart e Raz, considerando o Direito como um fato que pode ser descrito apenas a partir de seus aspectos não valorativos, ainda que não necessariamente formais. Por isso, a importância da tese das fontes sociais. Discordamos das duas propostas que ainda operam na lógica dualística.

Buscamos um modo de demonstrar como o Direito a transcende e fizemos isso por intermédio da ontologia social de John Searle. Como um fato institucional o jurídico existe enquanto um status funcional deontológico e, para nós, moral, atribuído pela intencionalidade coletiva.

Assim, todas as suas dimensões e aspectos factuais são atravessados por esse status funcional. Ou seja, há uma imbricação entre ser e dever ser, fato e valor. Ao separá-los, os teóricos analíticos descrevem o Direito como se fosse um fato bruto, apesar de estarem cientes de que não o é. Da mesma forma que o dinheiro não se limita ao papel das cédulas ou aos metais das moedas, o Direito não se circunscreve à factualidade decorrente de suas fontes sociais. Há o ontológico que perpassa toda a onticidade do jurídico.

Como sustentamos esse status funcional é moral. Isto é, o Direito como um todo ou em suas regras singulares apresenta-se com uma abertura, uma disposição moral em direção à justiça. Porém, isso só é visto se observarmos o fenômeno jurídico em sua existencialidade, como um fato institucional, em que ser e dever ser, fato e valor, encontram-se entrelaçados. Ainda assim, alguns poderiam objetar que a tese da conexão demanda uma objetividade moral, o que a torna epistemicamente controvertida. Tratamos disso no argumento metaético.

Um dos principais pontos ali desenvolvidos é a diferença dos níveis do discurso prático e as distintas pretensões de objetividade que possuem. Tanto o Direito quanto a Moralidade operam no discurso de primeira ordem justificando de modo direto nossas ações ou nossos juízos. Nesse nível a objetividade é menos exigente e está relacionada com as nossas crenças. Entendemos que não se deve

confundir esse com um segundo nível do discurso que busca as condições de possibilidade ou veracidade das proposições morais. Assim, ressaltamos que a tese da conexão que defendemos se constitui no primeiro nível, sem, contudo, negar a importância das discussões metaéticas.

Dessa forma, tanto um realista moral numa acepção forte como um relativista contextualista poderiam concordar com a nossa tese. As discussões acerca do cognitivismo moral para o Direito são relevantes porque existe uma conexão necessária no primeiro nível e assim abrem a possibilidade de análise da necessária conexão.

Juntamente com esses argumentos epistêmicos, um argumento factual também é bastante utilizado para defender a tese da separação (conceitual). Parte da existência de ordenamentos jurídicos injustos/ímorais, em sua totalidade ou apenas parcialmente. A alegação é, se o Direito pode ser injusto/ímoral, logo ele está separado da Moralidade. Em sentido inverso, tentamos demonstrar que se o Direito pode ser injusto/ímoral, é porque ele está necessariamente conectado com a Moralidade. Apenas um ser moral ou um ente cuja existência simbólica constitui-se moralmente é que podem ser injustos ou ímorais. Não faria sentido atribuir essa designação a fatos brutos.

Tentamos, também, evidenciar a adequação da presunção jusnaturalista que uma lei de tão injusta não parece uma lei. Pois, como o Direito em seu modo de ser se desvela como uma abertura/disposição moral em direção à justiça, é percebida a partir dessa dimensão.

Assim, pode ser justo ou injusto, moral ou ímoral, em níveis e de formas muito distintas, ou com pouca relevância moral. Isso não é uma idealização de como ele deveria ser, é uma descrição feita a partir do seu modo de ser próprio. Quanto mais injusto e ímoral o Direito for menos percebido como Direito será. Do dever moral de obediência passa a surgir um direito moral que justificaria sua desobediência.

Ao final, ainda expomos alguns apontamentos acerca da plausibilidade de um ordenamento jurídico completamente injusto/ímoral, o que nos parece pouco factível. Apesar de termos registros históricos de ordenamentos jurídicos em regimes tirânicos/ditatoriais, é possível ainda identificar neles uma parte considerável de regras e relações jurídicas que não se tornam injustas e ímorais por causa da ilegitimidade do poder político.

Ademais, trouxemos o conceito de inversão moral (Polany) para mostrar que, paradoxalmente, até o mal e a injustiça podem mostrar-se moralmente defensáveis. Ou seja, mesmo uma disposição jurídica extremamente injusta/imoral pode ser reconhecida/aceita como moral por uma determinada comunidade.

Essa exigência de justificação moral inerente ao Direito pode ser observada em vários dos seus ramos ou áreas, mas destacamos uma que nos parece evidenciar isso de modo privilegiado, no Direito Penal, e ainda mais especificamente, no problema da punição legal. Esse foi o nosso oitavo argumento.

A punição legal por infligir algum sofrimento àquele que a recebe e diante do poder quase que incontestável do Estado em relação ao indivíduo, possui uma série de exigências a fim de que seja justificada ou, ao menos, justificável. É necessário que haja um fato legalmente tipificado – o que já revela um valor moral, como, por exemplo, a definição de quais condutas podem ser criminalizadas –, o agente tem que ser imputável, as penas não podem ser cruéis, há todo um sistema de garantias processuais (ampla defesa, contraditório, devido processo legal, etc.), e a *longa manus* do Estado não pode punir a qualquer tempo, pois existem prazos prescricionais.

Quando determinados crimes e ou contravenções não se mostram mais moralmente justificados, paulatinamente deixam de ser punidos, apesar de ainda presentes no ordenamento. Noutro passo, mesmo havendo um fato típico, o próprio sistema estabelece formas de afastar a punição, como o perdão judicial. Ou, por vezes, essa é afastada por elaborações jurisprudenciais, como o princípio da insignificância ou a consideração de furto famélico, que se aplicam às ocorrências em que a punição não mais parece moralmente justificada. O Direito Penal, portanto, evidencia tanto em sua forma como em seu conteúdo a existência de uma conexão com a Moralidade.

Em nosso último argumento, apresentamos o Direito como uma narrativa social que existe a partir da e na experiência moral em que estamos inseridos. É o modo moral como narramos normativamente nossa coexistência. Assim, seus conteúdos e suas formas são moralmente constituídos. Falamos também que o Direito institui uma realidade moral diferenciada, uma narrativa própria que possui coerência interna e um sentido (moral) que lhe confere unidade. Com François Ost, vimos que o jurídico temporaliza e essa ordenação temporal se dá em direção à justiça/moralidade. Observamos também que, enquanto uma comunidade narrativa,

nos encontramos no Direito e que esse reconhecimento é valorativo, é moral. Como também que o próprio fenômeno jurídico se identifica narrativamente ao tutelar, por exemplo, o direito à memória ou ao esquecimento. O Direito conta a nossa coexistência e o faz a partir de sentidos morais que incorpora e assume nos limites de suas condições de possibilidade.

Diante dos argumentos apresentados defendemos que há uma conexão necessária entre Direito e Moralidade nas seguintes dimensões:

Ontológica: O Direito em seu modo de ser próprio desvela-se como uma ordenação moral em direção à justiça. Possui uma abertura/disposição moral no todo e em cada uma de suas disposições.

Fenomenológica: O Direito é um fenômeno que acontece a partir da e na experiência moral inter-subjetiva. É em si mesmo uma ordenação moral da coexistência, mas com um modo ser que lhe é próprio, desvelado fenomenologicamente na temporalidade. Apresenta-se, por essas razões, uma autonomia relativa.

Antropológica/hermenêutica: O Direito existe num mundo humano, pessoal, e seu sentido moral é apreendido narrativamente no interior de uma relação hermenêutica em que estamos desde sempre lançados.

Conceitual: Como o Direito “é” e “está” necessariamente conectado com a Moralidade sua representação teórica deve enunciar essa realidade, havendo várias modalidades conceituais adequadas para esse fim.

Substancial: Os conteúdos do Direito são sustentados em nossa imaginação moral. Contém partes consideradas moralmente fundamentais, que não poderiam ser de outro modo, e partes com maior abertura à contingência, que poderiam ser de outros modos, e partes com pouca relevância moral direta, que poderiam ser de modos diversos.

Formal: As formas jurídicas também são moralmente sustentadas. Seu modo de ser atravessa toda a sua dimensão ôntica.

Por fim, propomos uma exposição estética/artística da tese da conexão necessária entre Direito e Moralidade que defendemos por intermédio dos nove argumentos desenvolvidos e demonstrada nas dimensões que acabamos de elencar. Essa proposta não é em si mesma original, uma vez que diante da complexidade da experiência humana, de sua não redutibilidade à racionalidade matematizante, muitos pensadores fizeram valer da arte como um modo privilegiado de dizer o que as proposições logicamente estruturadas por vezes encobrem. Ademais, muitos são aqueles que ao longo do tempo identificaram o Direito com a arte, sobretudo, no aspecto criativo que envolve sua interpretação. Dito isso, vamos as nossas palavras derradeiras.

Quadro 1 - Experiência moral

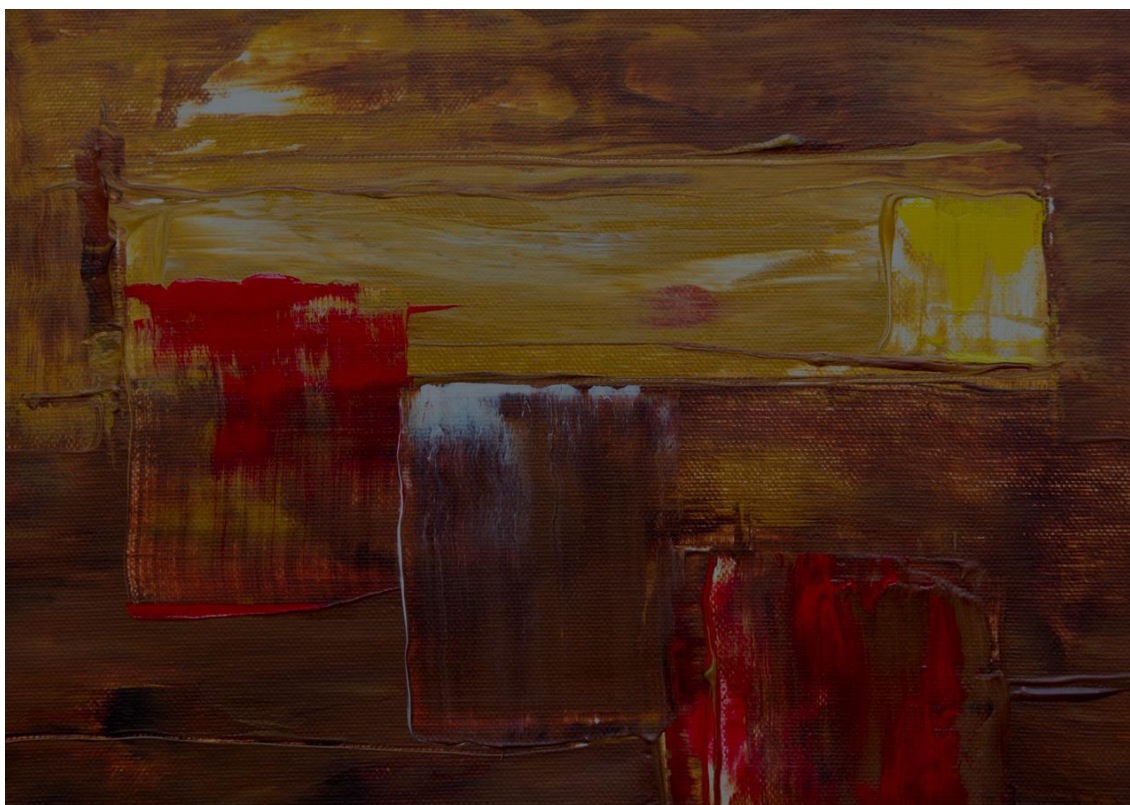


Imagem: Steve Johnson, N W Indiana (Pexels)⁴¹³

No princípio, havia algo. A existencialidade humana se dá no mundo, não naquele que vê, mas no que constrói com aquilo que vê. Lida que perfaz com os

⁴¹³ STEVE JOHNSON, Yellow, Red, and Brown Abstract Painting. In: **Pexels**. Disponível em: <<https://www.pexels.com/photo/yellow-red-and-brown-abstract-painting-1427684/>>. Acesso 18 mar. 2019.

outros. Por sermos seres morais, que temos uma consciência do bem, ordenamos a coexistência. A partir dos sentidos, das cores, que constituem a experiência moral em que estamos lançados, vamos instituindo novos quadros que continuam inseridos nessa moldura ainda que alcancem contornos próprios.

Quadro 2 - Moral e Direito



Imagem: Steve Johnson, N W Indiana (Pexels)
Composição: Quenani Leal e Daniel Ortiz Matos

Eis que assim conformamos à moral, um dos modos mais originários em que estabelecemos os sentidos sobre como devemos viver. Esta moralidade se impõe, positiva-se em regras de conduta compartilhadas. Conformamos também o Direito, que se sobrepõe, que alcança sua autonomia relativa, o que se evidencia na coloração verde que advém em partes do amarelo da moral positiva. A sobreposição dos quadros refere-se a conteúdos comuns que o Direito assimila, por serem considerados moralmente fundamentais. O Direito assim constitui-se com uma

realidade moral diferenciada, com uma cor própria dentro da moldura que é a nossa experiência moral.

Quadro 3 - O Direito



Imagem: Steve Johnson, N W Indiana (Pexels)
Composição: Quenani Leal e Daniel Ortiz Matos

Eis que assim o Direito se desvela, com uma abertura/disposição moral. É uma dimensão constitutiva de uma ordenação que acontece em direção à justiça/moralidade. Com isso, além dos aspectos morais que constituem e atravessam sua forma e conteúdo, com essa abertura sua transcendência se manifesta. Sendo, por isso, percebido como justo ou injusto, moral ou imoral, em níveis e de formas muito distintas, ou como, moralmente, pouco relevante em seu conteúdo – o que também é um sentido moral.

Quadro 4 - O Direito justo/moral



Imagem: Steve Johnson, N W Indiana (Pexels)
Composição: Quenani Leal e Daniel Ortiz Matos

Assim, temos o Direito justo/moral. Essa percepção o revela em conformidade com a nossa imaginação moral, nossa aspiração por justiça. Ao reconhecermos o Direito desse modo o apreendemos como algo que deve ser obedecido. Institui-se uma obrigação moral.

Quadro 5 - O Direito injusto/imoral



Imagem: Steve Johnson, N W Indiana (Pexels)
Composição: Quenani Leal e Daniel Ortiz Matos

Assim, temos o Direito injusto e imoral. A abertura moral apresenta-se como uma disposição, uma pretensão, que pode, por vezes, não estar em conformidade com a nossa imaginação moral ou nossa aspiração por justiça. Quando dessa forma ele é percebido, mas ainda em níveis que consideramos suportáveis, o reconhecemos e o obedecemos por um dever moral *prima facie* de obediência que se relaciona ao fenômeno como um todo. Ademais, em alguns casos, essa possibilidade é também assimilada como uma decorrência da nossa finitude, da nossa incapacidade de definirmos critérios que sejam igualmente justos/morais para todos, ainda que isso seja sempre buscado.

Quadro 6 - O Direito extremamente injusto/imoral

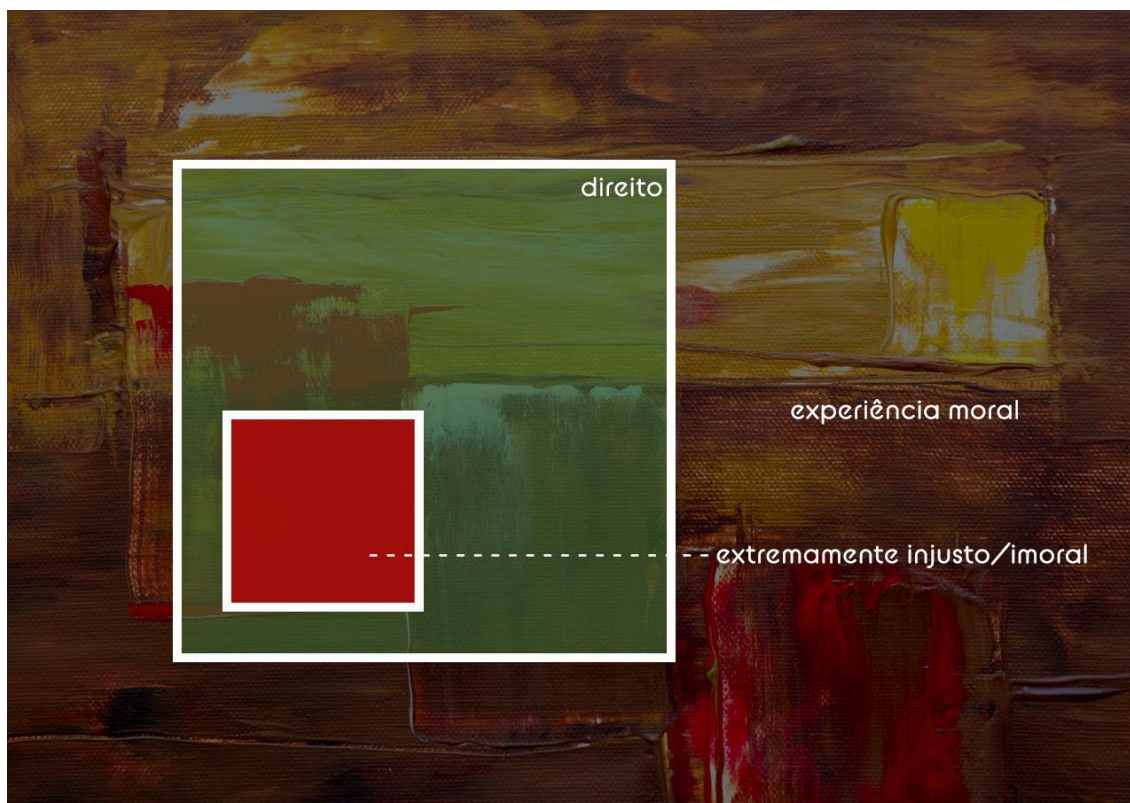


Imagem: Steve Johnson, N W Indiana (Pexels)
Composição: Quenani Leal e Daniel Ortiz Matos

Porém, por vezes temos o Direito extremamente injusto/imoral. Falamos de um nível em que intersubjetivamente o percebemos como algo insuportável. Esse é o caso em que consideramos a desobediência civil justificada. Aqui, o dever moral de obediência *prima facie* não parece mais suficiente, eis que surge um direito de moral que fundamenta uma resistência.

Quadro 7 - O Direito não-moralmente relevante



Imagem: Steve Johnson, N W Indiana (Pexels)
Composição: Quenani Leal e Daniel Ortiz Matos

Há também partes do Direito consideradas não moralmente relevantes em seu conteúdo. Seja porque regulam situações que consideramos não fundamentais sob o aspecto moral ou porque essa regulação poderia ter sido feita de maneiras muito diversas, ou seja, não havendo exigências morais específicas sobre como deveria ser. Ser não moralmente relevante é o sentido moral que preenche a abertura/disposição de moralidade em que o Direito se constitui.

Há uma conexão necessária entre Direito e Moralidade. Essa é a nossa tese.

REFERÊNCIAS

A construção do artigo 5º da Constituição de 1998 [recurso eletrônico]. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2013. – (Série obras comemorativas. Homenagem; n. 9). p. 521-522 e 1313. Disponível em: <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/15176>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

ARAÚJO, Marcelo. John Searle e a ontologia do mundo social: subsídios para uma teoria acerca do objeto do conhecimento jurídico. In: **Filosofia Unisinos**. 11(2):163-175, mai/ago 2010. Disponível em: revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/4643/1866. Acesso em: 13 fev. 2018.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013.

ARISTÓTELES. **Retórica**. trad. Edson Bini. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2013.

AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Edit. William E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

BARZOTTO, Luis Fernando. Razão de lei: contribuição a uma teoria do princípio da legalidade. **Revista Direito GV**. v. 3, n. 2, p. 219-260, jul-dez, 2007. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35189/33993>>. Acesso em 01 abr. 2019

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. (Biblioteca clássica Vol. 22). São Paulo: Atena, [194-].

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1997.

BOUZON, Emanuel. **O código de Hammurabi**. 4. ed., rev. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar (AC) 4039. Decisão liminar. Min. Teori Zavascki. 24 de nov. 2015 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/acao_cautelar_4039.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade - ADI 3.112-1/DF. Relator: Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. 02 de maio de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=491806>>. Acesso em 11 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus nº 84412. Relator: Celso de Mello. 2ª Turma. Brasília, DF, 19 out. 2004, p. 235 Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767015/habeas-corpus-hc-84412-sp/inteiro-teor-100483174?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 18 jan. 2019.

BRUSIIN, Otto. **O pensamento jurídico**. Campinas: Edicamp, 2001.

BUBER, Martin. **Eu e tu**. 10. ed. rev. São Paulo: Centauro, 2009.

CHESTERTON, Gilbert K. Doze Homens in: **Tremendas trivialidades**. Trad. Mateus Leme. Campinas: Ecclesiae, 2012.

CHIASSONI, Pierluigi. **O enfoque analítico na filosofia do Direito**: de Bentham a Kelsen. São Paulo: Editora Contra a corrente, 2017.

CHUEIRI, Vera Karam De. Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. 1. ed. Curitiba: JM, 1995.

COITINHO, Denis. Além da dicotomia fato/valor: justificação e legitimação. in: **Trans/Form/Ação** [online]. 2013, vol. 36, n.1, p. 183. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v36n1/10.pdf>. 13/03/2019.

COITINHO, Denis. Contrato, Virtudes e o Problema da Punição in: **Dissertatio**. n. 43. p. 11-40. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/dissertatio/article/viewFile/9723/64>

COVER, Robert M. Nomos e narração in: **ANAMORPHOSIS** – Revista Internacional de Direito e Literatura. Tradução Luís Rosenfield. v. 2, n. 2, julho-dezembro 2016, p. 187-268. Disponível em: rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/299 Acesso em: 30 mar. 2019.

DALL'AGNOL, Darlei. **Seguir regras**: uma introdução às investigações filosóficas de Wittgenstein. Pelotas: UFPel, 2011.

DIAS, Gabriel Nogueira. **Positivismo jurídico e a teoria geral do Direito**: na obra de Hans Kelsen. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DUARTE, José. **Comentários à Lei de Contravenções Penais**. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2002. p. 250.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

DWORKIN: olhares a partir da crítica hermenêutica do direito in: **Filosofia e Direito: um diálogo necessário para a justiça**. Vol.I. [recurso eletrônico] / Elton Somensi de Oliveira; Leandro Cordioli (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

ENOCH, David; TOH, Kevin. Legal as a Thich Concept. in: **Philosophical foundations of the nature of law**. Stefan Sciaraffa, Wil Waluchow. (editor). Oxford: Oxford University Press, 2013.

EXPOSIÇÃO de Motivos do Código Penal de 1940. (Ministro Francisco Campos). p. 121-122. Disponível em:
<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/224132/000341193.pdf?...1>
Acesso: 13 jan. 2019.

FERREIRA NETO, Arthur Maria. **Metaética e a fundamentação ética do Direito**. Porto Alegre: Elegancia, Juris, 2015.

FITZPATRICK, Peter. **A mitologia na lei moderna**. São Leopoldo: UNISINOS, 2007.

FRANKL, Viktor Emil. **Em busca de sentido: um psicólogo no campo de concentração**. Petrópolis: Vozes, 2006.

FRIEDRICH, Carl J. **The philosophy of law in historical perspective**. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 1963, p.13-14.

FRYE, Northrop. **A imaginação educada**. Campinas, SP: Vide Editorial, 2017.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. Yale University Press, 1964.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. 3°. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

GLOCK, Hans-Johann. **Dicionário Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HARDY-VALLÉ, Benoit. **O que é um conceito?** Trad. Marcos Bagno. São Paulo: Parábola, 2013.

HART, H. L. A. **Conceito de Direito**. 2° ed. Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa,

HART, H. L. A. **Direito, liberdade, moralidade**. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1987. p.47.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H.L.A. El nuevo desafío al Positivismo Jurídico. In: **Sistema**, nº 36, Trad.L. Hierro, F.J. Laporta y J.R. de Páramo, 1980.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HEIDEGGER, Martin. **As questões fundamentais da filosofia**: (“problemas” seletos da “lógica”). Trad. Marco Antonio casa Nova. São Paulo: Martins fontes, 2017.

HEIDEGGER, Martin. **Ontologia**: (Hermenêutica da faticidade). Petrópolis, RJ: Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Os conceitos fundamentais da metafísica**: mundo, finitude, solidão. Trad. Marco Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Campinas, SP: Editora na Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012. pp. 555-557.

HESÍODO. **Os trabalhos e os dias**. edição, tradução, introdução e notas: Alessandro Rolim de Moura. Curitiba: Segesta, 2012.

HISTÓRIA argumentada da filosofia moral e política: a felicidade e o útil. Ailan Caillé, Christian Lazzeri, Michael Senellart (orgs.) São Leopoldo: UNISINOS, 2004.

HOBBS, Thomas. **Compêndio Leviatã**. São Paulo: Hunter Books, 2014

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: UNESP, 2009.

KELSEN, Hans. **Ques es la teoria pura del derecho?** 5. ed. Mexico: Fontamara, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6° ed. Martins Fontes: São Paulo, 1998.

KRETZMANN, Norman. Lex Iniusta Non Est Lex: Laws on Trial in Aquinas' Court of Conscience in: **The American Journal of Jurisprudence**. Volume 33, Issue 1, 1988, p. 99–122.

LE BEL, Maurice. "Natural Law in the Greek Period". **University of Notre Dame Natural Law Institute Proceedings**. Vol II, Notre Dame, Indiana: College of Law, University of Notre, Dame, 1949.

LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal**. 12° ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACCORMICK, Neil. H. L. A. **Hart**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MACCORMICK, Neil. **Legal reasoning and legal theory**. 1. ed. Oxford: Clarendon Press, 1999.

MARQUES. José Frederico. **Curso de Direito Penal**. vol. III. São Paulo: Saraiva.

MASSELLA, Alexandre Braga. A realidade social e moral do direito: uma perspectiva durkheimiana in: **Lua Nova**. São Paulo, 93: p. 267-295, 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/10.pdf> >. Acesso em: 04 jan. 2019.

MICHELON JR, Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**: uma comparação entre as teses de Hart e do positivismo precedente sobre a linguagem e o conhecimento do direito. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004.

MILL, John Stuart. **On liberty**. [1859] Canada: batoche Books, 2001.

MONCADA, Luís Cabral de. **Filosofia do direito e do estado**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1955.

MÜLLER, Ingo. **Los juristas del Horror**. La justiça de Hitler: el passado que alemanía no pude dejar atrás. Caracas: Editorial ACTUM, 2007.

MURDOCH, Iris. **A soberania do bem**. São Paulo: Unesp, 2013.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal** - Volume 2. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

OLAFSON, Frederick. **Heidegger and the ground of ethics**: A study of "Mitsein". Cambridge: Cambrigde University Press, 1998.

OST, François. **Contar a lei**: as fontes do imaginário jurídico. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PLATÃO. **Protágoras**. Trad. Carlos Alberto Nunes. Belém: Editora da universidade Federal do Pará, 2002.

POLANY, Michael. **A lógica Liberdade**: reflexões e réplicas. Rio de Janeiro, Topbooks, 2003.

POLANYI, Michael. **Personal Knowledge**: towards a Post-Critical Philosophy. London: Routledge, 2005.

RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard; WELZEL, Hans. **Derecho injusto y derecho nulo**. Madrid: Aguilar, pp.13-14

RAZ, Joseph. **Razón práctica y normas**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19°. ed. - São Paulo: Saraiva, 1999.

RESWEBER, Jean-Paul. **O pensamento de Martin Heidegger**. Livraria Almedina: Coimbra, 1979.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Elementos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Lisboa: Vega, 1986.

SANTO AGOSTINHO. **O livre-arbítrio**. Trad. Nair de Assis Oliveira; Rev. Honório Dalbosco. São Paulo: Paulus, 1995.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules**: a Philosophical Examination of Rule-based Decision Making in Law and in Life. Oxford: Oxford University Press, 1991.

SEARLE, John R. **La construcción de la realidad social**. Barcelona: Paidós, 1997.

SEARLE, John R. **Making the social word**: the structure of human civilization. New York: Oxford University Press, 2010.

SOPER, Philip. **Una teoría del derecho**. 1. ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

SPAEMANN, Robert. **Pessoas**: ensaios sobre a diferença entre algo e alguém. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015.

STEFFEN, Lloyd H. **Moral Experience**: moral theory from just war to abortion. Rowman& Littlefield Publishers: Plymouth-UK, 2012, p. 145-172.

STEIN, Ernildo. **A caminho do paradigma hermenêutico**: ensaios e conferências. 2ªed. rev. ampl. Ijuí: Editora Unijuí, 2017.

STEIN, Ernildo. **Nas proximidades da Antropologia**: ensaios e conferências filosóficas. Ijuí: Editora Unijuí, 2003.

STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre “Ser e tempo”**. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

STEVE JOHNSON NW Indiana. Yellow, Red, and Brown Abstract Painting. In: **Pexels**. Disponível em: < <https://www.pexels.com/photo/yellow-red-and-brown-abstract-painting-1427684/>>. Acesso 18 mar. 2019.

STEVENSON, Charles L. **Ética y lenguaje**. Buenos Aires: Paidós, 1971-1984.

STRAUSS, Leo. **Direito Natural e História**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

STRAUSS, Leo. **Introdução à filosofia política**: dez ensaios. São Paulo: É realizações, 2016.

STRAWSON, Peter F. Liberdade e Resentimento in: **Ensaio sobre a Filosofia de Strawson**. Trad. Jaimir Conte. Orgs. Jaimir Conte e Itamar Luís Gelain. Florianópolis, Ed. da UFSC, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**: símbolos & rituais. 2.ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.

STRECK, Lenio Luiz; MATOS, Daniel Ortiz. Direito e moralidade em Ronald Dworkin: olhares a partir da crítica hermenêutica do direito in: **Filosofia e Direito**: um diálogo necessário para a justiça. Vol.I. [recurso eletrônico] / Elton Somensi de Oliveira; Leandro Cordioli (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

TAYLOR, Charles. **Uma era secular**. São Leopoldo: UNISINOS, 2010.

TUCÍDIDES. **El discurso fúnebre de Péricles**. Disponível em: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184915/rev11_tucidides.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**: esbozo de sociología comprensiva. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1996-1999.

WEIL, Eric. **Filosofia Moral**. Trad. Marcelo Perini. São Paulo: É Realizações, 2011.

WESTPHAL, Merold. A Hermenêutica enquanto epistemologia. in: **Compêndio de Epistemologia**. GRECO, J. & SOSA, E. (Orgs.). São Paulo: Ed. Loyola, 2008.

WHITE, James Boyd. Human Dignity and the Claim of Meaning: Athenian Tragic Drama and Supreme Court Opinions in: **Journal of Supreme Court History**. Volume 27, Issue1 March 2002, p. 45-64.

WILLIAMS, Bernard. **Moral Luck**: philosophical papers 1973-1980. New York: Cambridge University Press, 1981.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Aforismos**: Cultura y valor. Colección Austral Pensamientos Contemporáneos. Madrid: Editorial Esposa Culpe, 1995.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Culture and Value*, translated by Peter Winch. Basil Blackwell, Oxford, 1980.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Philosophical Remarks**. Chicago: The University of Chicago Press, 1975.

WRIGHT, George Henrik von. Ser y deber ser in: **La normatividad del derecho**. Aulus Arnio, Ernesto Garzón Valdés, JyrkiUusitalo (orgs.). 1. ed. Barcelona: Gedisa, 1997, p. 108-109.

XENOFONTE. **Memoráveis**. Tradução do grego, introdução e comentários: Ana Elias Pinheiro. Série Autores Gregos e Latinos. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2009.

YEAGER, D. M. Confronting the Minotaur: Moral Inversion and Polanyi's Moral Philosophy. **Tradition and Discovery**: The Polanyi Society Periodical. 29. (2002). Disponível em: <<http://www.polanyisociety.org/TAD%20WEB%20ARCHIVE/TAD29-1/TAD29-1-pg22-48-pdf.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2019.