



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LIANA BRANDÃO DE OLIVA

O DIREITO E A MORAL COM ENFOQUE NAS PERSPECTIVAS DE
HANS KELSEN E RONALD DWORKIN

Salvador
2011

LIANA BRANDÃO DE OLIVA

O DIREITO E A MORAL COM ENFOQUE NAS PERSPECTIVAS DE
HANS KELSEN E RONALD DWORKIN

Artigo de Conclusão da Matéria *Teoria Geral do Direito*, ministrada pela Professora Doutora Marília Muricy, como requisito obrigatório para o Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, Mestrado em Direito, Área de Concentração *Aspectos Jurídicos da Bioética*.

Salvador
2011

O DIREITO E A MORAL COM ENFOQUE NAS PERSPECTIVAS DE HANS KELSEN E RONALD DWORKIN

Liana Brandão de Oliva*

Resumo: A discussão acerca da relação entre Direito e Moral, ainda hoje, apresenta-se como uma das mais controvertidas questões no âmbito da Ciência do Direito, dada a sua relevância, uma vez que as teorias formuladas em seu entorno delimitam verdadeiros pressupostos para a definição do objeto do estudo desta ciência. O trabalho seguinte objetiva apresentar proposições teóricas quanto à conexão entre estes institutos, enfatizando suas semelhanças e diferenças. Para tanto, elegemos como base o estudo das formulações apresentadas por *Hans Kelsen* e *Ronald Dworkin*. Esta escolha fundamenta-se no entendimento de que as construções teóricas de tais autores – o Normativismo e o Pós-positivismo –, são de grande contribuição à síntese das relações firmadas entre estas duas espécies de regras sociais de comportamento.

Palavras-chave: Direito e Moral. Normativismo de Hans Kelsen. Pós-positivismo de Ronald Dworkin.

Abstract: The debate concerning the relation between Law and Moral still, today, presented as one of the most controverted questions in the scope of the Law Science, given its relevance, a time that the theories formulated is essential for the definition of the study's object of this science. The objective of the following work is to present theoretical proposals about the connection between these institutes, emphasizing its similarities and differences. For in such a way, the base chosen for this study is formulated in lessons of Hans Kelsen, Ronald Dworkin. This choice is based on the agreement that the constructions theoretical of such authors - the Normativism and the Post-positivist -, are the ones that better systemize the close relations between these two species of social rules of behavior.

Key-words: Law and Morality. Normativism of Hans Kelsen. Post-positivist of Ronald Dworkin.

Sumário: 1. Introdução; 2. Distintas visões sobre a relação entre o Direito e a Moral; 2.1 Normativismo de Hans Kelsen; 2.1.1 Da concepção de norma e de valor; 2.1.2 Da acepção da Ética e da Moral. Das normas morais sociais; 2.1.3 Dos critérios de distinção entre Direito e Moral; 2.2. Pós-positivismo de Ronald Dworkin; 3. Diferenças e similaridades verificadas entre as visões; 4. Conclusões. Referências.

* Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Pós-graduanda em Direito Público Municipal pela FUNDACEM/UNIBAHIA. Advogada. Assessora Jurídica da Função Cidade Mãe. Professora da Faculdade Apoio/Unifass.

1. INTRODUÇÃO

Dentre todos os temas debatidos no âmbito da Teoria do Direito, a discussão acerca da separação entre Direito e Moral é, sem dúvidas, um dos mais controvertidos. Isto porque, apesar dos esforços argumentativos formulados por valiosos mestres da teoria jurídica, ainda não foi alcançada, de fato, a estabilidade almejada a assunto de tamanha relevância para estrutura de pressuposto lógico à própria aceção do Direito.

O presente Artigo não intenta esgotar a matéria, nem tão pouco apreciar todos os debates que a circundam. Apenas, objetiva-se firmar relevantes considerações, no âmbito jurídico e filosófico, acerca das questões que permeiam a relação entre Direito e Moral e apresentar algumas as distinções e semelhanças formuladas sobre o assunto. Para tanto, fez-se indispensável delimitar o objeto a ser estudado, assim como a sua associação a demais institutos e conceitos, tais como a Ética e a Justiça.

Parte significativa deste processo pode ser observada através da comparação das teorias ora eleitas como objeto de estudo: a doutrina positivista de Hans Kelsen, sua busca pela autonomia e prevalência do Direito sobre a Moral e da justificação do Direito e da Justiça através da existência de uma Moral relativa, características comuns ao Normativismo jurídico por ele adotado, e o enfrentamento Pós-positivista de Ronald Dworkin, o qual defende a idéia de uma fusão entre Direito e Moral, afirmando que as regras morais e as regras jurídicas pertencem a um mesmo ordenamento.

Ainda, vale dizer que apesar de seu caráter notadamente dogmático, o debate que contorna a Moral e o Direito tem sólida repercussão prática, pois norteia os critérios a serem adotados na resolução de questões concretas e define base e teses argumentativas que poderão ser admitidas como razões de decidir.

2. DISTINTAS VISÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL

2.1 Normativismo de Hans Kelsen

O jurista austríaco Hans Kelsen propôs uma “teoria pura do direito”, segundo a qual, a norma constituiria o objeto epistemológico da ciência do direito. Kelsen efetuou tanto um estudo da norma jurídica quanto de seu ordenamento, categorias teóricas que compunham o objeto de investigação perpetrado pelo positivismo jurídico. Analisando o pensamento kelseniano, Carlos

Cossio entendia que Kelsen, ao focar em tais estudos de natureza estrutural, produzia, na realidade, uma lógica jurídica formal¹.

Por representar a produção científica mais bem elaborada do positivismo jurídico, o normativismo jurídico de Hans Kelsen é uma das correntes mais interessantes para a compreensão das distinções entre direito e moral. Assim, passar-se-á a concepção de norma e de valor, para então se adentrar nas acepções de ética e moral até se estudar os critérios de distinção entre direito e moral para Kelsen.

2.1.1 Da concepção de norma e de valor

Para compreender a estrutura lógica do pensamento de Hans Kelsen, importante elaborar alguns apontamentos prévios à distinção objeto deste estudo, entre o Direito e a Moral.

Um destes pertinentes apontamentos refere-se à diferenciação que o autor promove acerca da concepção de valor e de norma, pois em confronto ao estabelecido pela teoria Tridimensional do Direito², segundo a qual a norma deve também pautar-se em um aspecto axiológico, Kelsen afirma que o valor decorre da norma e que ele não provoca qualquer relação entre realidade e norma (ser e dever-ser), como se poderia inferir. O valor seria apenas a relação de igualdade entre o substrato modalmente indiferente do ser e o substrato modalmente indiferente do dever-ser, isto é, uma relação de conteúdos.

Destarte, a norma jurídica atua como um juízo de valor e determinada conduta, prescrita pela norma, pode corresponder a ela ou ser contrária a ela. Caso a conduta corresponda à prescrição normativa válida, esta será justa e *valiosa*. Por outro lado, se determinada conduta não corresponde com o dever-ser, prescrito pela norma, esta será injusta, *desvaliosa*.

Quanto ao senso de valores sociais, é válido também atentar-se para ensinamentos de Hebert Schneider, dada sua contribuição relevante à matéria ao diferenciar consciência, inata a todos os

¹ COSSIO, Carlos. La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 108.

² Esta é a teoria defendida por Miguel Reale, segundo a qual o Direito compõe-se de “três aspectos básicos, discerníveis em todo e qualquer momento da vida jurídica: um aspecto *normativo* (o Direito como *ordenamento* e sua respectiva ciência); um aspecto *fático* (o Direito como *fato*, ou em sua efetividade social e histórica) e um aspecto *axiológico* (o Direito como *valor* de Justiça).” REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 27ª ed., 8ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 64/65.

homens e modelada no curso da experiência moral, de *princípios* da consciência, os quais não nos são dados prontos e precisam ser aprendidos com esforço, aprendidos com inteligência social, não com a língua³.

Para Schneider, a experimentação, ou o ato de *provar*, é a forma inicial de aprendizado do homem. A exposição aos atos de provar ocasionam julgamentos críticos, os quais aparecem primeiro na moral, e não nas regras imperativas. Ao resultado geral deste aprendizado preliminar, Schneider denomina *bom gosto*.

A capacidade de avaliar e priorizar atos e fatos da vida, portanto, não é oriunda de um senso de valores inato, mas provém de um *gosto educado*. Assim, complementa o referido autor:

O senso de valores absolutamente não é um senso; valores não são sentidos. Muitos que deviam conhecer melhor as coisas acreditam que valores são imediatamente percebidos, provados e apreciados. (...) Assim sendo, é de supor-se que um homem tenha conhecimento de valores quando sabe do que gosta e do que não gosta; ele é um provador experimentado. Essas teorias ignoram a diferença entre gosto habitual e bom gosto. (...) Valores precisam ser descobertos experimentalmente, pois bom gosto é discriminatório e implica em que haja ato de experimentar juntamente com ato de provar.⁴

Neste sentido, Schneider acrescenta que a consciência vai além do senso de valores, pois envolve experiências adquiridas em relações inter-pessoais, reações às relações que são impostas, à pressão dos laços sociais e as conseqüências das condutas praticadas em sociedade. Assim, “o senso de valores morais é uma experimentada e hábil sensibilidade e receptividade em relação às expectativas e obrigações sociais”⁵.

2.1.2 Da acepção da Ética e da Moral. Das normas morais sociais.

Outro relevante apontamento a ser demonstrado refere-se à diferenciação entre Ética e Moral, as quais, segundo Kelsen, são equivocadamente e com freqüência confundidas. Entretanto, enquanto é a Moral que regula a conduta humana, estatuidando direitos e deveres e estabelecendo autoritariamente as normas, à Ética cabe tão somente “descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida”⁶.

³ SCHNEIDER, Herbert Wallace. Moral para a humanidade. São Paulo, SP: IBRASA, 1964. p. 16 e 17.

⁴ SCHNEIDER, Op. cit. p. 18.

⁵ SCHNEIDER, Op. cit. p. 22.

⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 67.

Para esclarecer este entendimento, o autor descreve que além das normas jurídicas, integrantes do mundo do Direito, há também normas sociais, as quais regulam a conduta dos homens entre si e são abrangidas pela designação de Moral, restando à Ética ser a ciência que disciplina tais normas. Destarte, normas morais podem ser classificadas como normas sociais, apesar desta característica ser, por vezes, questionada, já que a Moral não regula apenas a conduta humana na sociedade, mas também a conduta adotada pelo homem para si mesmo.

Contudo, de acordo com Kelsen, é imprescindível a convivência social para que se constituam as normas morais, pois, apesar da conduta prescrita referir-se *imediatamente* ao indivíduo, *mediatamente* ela se refere aos demais membros da sociedade. A transformação de determinada conduta em uma norma moral depende, exatamente, dos efeitos que aquela conduta pode causar na sociedade e, para um indivíduo que vivesse isolado, não teriam qualquer sentido⁷.

2.1.3 Dos critérios de distinção entre Direito e Moral.

Segundo Kelsen, não é possível distinguir Direito e Moral através do critério que define a interioridade (Moral) e exterioridade (Direito) da conduta humana, porquanto tanto o Direito é percebido em condutas internas, quanto à Moral é relevante a conduta exterior⁸ – a única forma de a Moral referir-se apenas às condutas internas, e o Direito às condutas externas, seria considerar que a Moral constitui-se tão somente de condutas que reprimem as inclinações ou interesses egoísticos dos homens.

Este conceito, porém, é questionável. Ao adotar-se a concepção de que, para ser moral, uma conduta deve ser realizada contra as inclinações ou interesse egoístico de seu autor, subsiste, essencialmente, a obrigação de realizar-se um dever imposto, ao tempo que este mesmo dever poderia ser simplesmente estatuído por uma norma jurídica.

⁷ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 67.

⁸ Neste sentido, Kelsen afirma que “a concepção, freqüentemente seguida, de que o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada. As normas das duas ordens determinam ambas as espécies de conduta. A virtude moral da coragem não consiste apenas do estado da alma da ausência de medo, mas também numa conduta exterior relacionada aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de um homem através da conduta exterior de um outro homem, mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado” (Op. cit. p. 70)

Isto, sem contar que “prescrever apenas uma conduta que corresponda a todas as inclinações ou interesses egoísticos dos destinatários das normas seria supérfluo, pois que os homens seguem suas inclinações ou procuram realizar os seus interesses egoísticos mesmo sem a tal serem obrigados⁹”.

No que tange à distinção através forma de produção ou de aplicação das normas, *Kelsen* sustenta que, assim como o Direito, a Moral também pode ser produzida através de uma elaboração consciente¹⁰ ou dos costumes, o que significa que, com referência à produção, a Moral deve ser entendida como positiva (assim como o é o Direito), sendo a moral positiva a única pertinente à Ética científica.

É pacífico que o Direito e a Moral são parte de diferentes espécies de sistemas de normas. Todavia, a distinção entre Moral e Direito não habita naquilo que ambas proíbem ou estabelecem, senão em *como* elas prescrevem como deve ou não ser determinada conduta humana. De acordo com este critério distintivo tem-se o Direito como “uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado”, ou seja, valendo-se da força do Estado numa *ordem de coação*¹¹.

À Moral, por outro lado, não é conferido tal atributo, restando-lhe inconcebível a aplicação da coação como força física, apesar da clara existência de sanções morais, mas que consistem apenas na aprovação da conduta conforme as normas e na desaprovação da conduta contrária às normas.

Constatado que Direito e Moral são dois sistemas diversos de normas, *Kelsen* depara-se com as possíveis relações que se estabelecem entre tais sistemas. Verifica-se que a relação entre Direito e Moral pode ser analisada através de dois ângulos diversos: aquela que *deve ser* e aquela que *de fato é*.

De acordo com esta análise, o sentido de ordem social moral se confunde com o de ordem social *justa*. Se o sentido do Direito, no que tange ao seu conteúdo e a sua justificação coincide com o sentido da Justiça, então não *deve* haver Direito sem Moral, fato que delimita aquele como parte

⁹ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 69.

¹⁰ Hans Kelsen exemplifica esta criação consciente de normas morais como àquelas que são estabelecidas pelos profetas ou fundadores de religiões, *v. g.* Jesus. KELSEN, Hans. Op. cit. p. 71.

¹¹ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 67.

constitutiva desta: o Direito, para ser identificado com seu sentido maior, deve ser parte da Moral e, portanto, corresponder a Justiça.

Cláudia Althoff, de acordo com este posicionamento, expõe que: “a justiça é o fim do direito. Os valores morais se não contemplados pela ordem jurídica, são produtos de consideração particular, não influenciando, senão aquele que os formula¹²”. Contudo, extrapola a concepção de kelseniana, ao defender que:

Numa sociedade justa, tem-se justiça como equidade, não como doutrina. A justiça, os direitos e as liberdades de base garantem a todos as condições do desenvolvimento e do exercício de duas faculdades morais: o senso de justiça e a concepção do bem. Ora, não seriam estes os fundamentos do Estado Democrático?

Porém, ao observar a relação que, de fato, é formada entre o Direito e a Moral, tem-se que, apesar de o Direito ser essencialmente Moral, ou seja, que as condutas proibidas ou prescritas pelo Direito são também prescritas e proibidas pelas normas morais, *nem toda ordem social precisa ser moral para existir* – em outras palavras: o Direito, não precisa, necessariamente, ser Moral.

Para esclarecer este posicionamento, Kelsen diferencia valor moral absoluto de valor moral relativo, contrapondo-se a existência de uma única Moral válida, a Moral *por excelência*, pois impossível determinar um *elemento moral comum* a todos os sistemas sociais ou uma hierarquia entre valores morais diversos. Prossegue, argumentando:

E mesmo que se pudesse determinar um elemento comum a todos os sistemas morais até aqui vigentes, ainda assim não haveria razão suficiente para não considerar como “moral” ou “justa” e, portanto, para não considerar como Direito, uma ordem de coação que não contivesse aquele elemento e prescrevesse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade, como boa ou justa, ou proibisse uma conduta que ainda não tivesse sido considerada em qualquer comunidade como má ou injusta¹³.

Kelsen, entretanto, não nega que os valores absolutos em geral, em uma perspectiva científica, são rejeitados. Ao se considerar a existência de um valor moral absoluto, naturalmente afirma-se que há uma moral superior as demais, excluindo a possível validade de outras, e adotando o que é *bom e justo* ou o que é *mau e injusto* do mesmo modo para todas as épocas e povos, nas suas diferentes classes e categorias e em todas as circunstâncias – o que não implica, exatamente, uma idéia de verdade.

¹² ALTHOFF, Cláudia Regina. Direito e moral uma breve reflexão. Revista Jurídica, Blumenau, v.1, n.1/2, p.155-169, jan./dez. 1997. p. 168.

¹³ ALTHOFF, Op. Cit. P. 168.

Ocorre que, se as normas sociais devem dispor de um conteúdo moral para que possam ser consideradas Direito, legitimando-o no sentido deste ser *justo*, isto significa que deve haver um *ponto comum* em todas as normas de um sistema Moral, enquanto sistema de Justiça.

O que é comum a todos os sistemas morais é a sua forma, o dever-ser, o caráter de norma. É moralmente bom o que corresponde a uma norma social que estatui determinada conduta humana; é moralmente mau o que contraria tal norma. 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.¹⁴

Ainda, Kelsen discorda da teoria que prevê que o Direito representa um mínimo moral, ou seja, de que uma ordem coercitiva tenha que satisfazer uma exigência moral mínima para que seja considerada Direito. Argumenta, pois, que tal exigência corrobora a existência de uma Moral absoluta, disposta de acordo com seu conteúdo, comum a todos os sistemas de Moral positiva. Não há, desta maneira, um determinado elemento que possa ser entendido como essencial ao conceito de Direito.

Por estas razões, Kelsen defende a separação entre Direito e Moral, apesar de o Direito positivo equivaler a um dos sistemas de Moral dentre os vários possíveis.

Ao considerar a existência de valores morais relativos, distingui-se também o Direito e a Justiça, o que não significa, de forma alguma, que o Direito nada tenha a ver com esta e com a Moral. Significa, sim, que apesar de haver valores morais e haver Justiça no ordenamento positivo, a validade de uma determinada ordem jurídica independe de sua concordância com um sistema Moral eleito, absoluto.

Uma Moral simplesmente relativa não é capaz de fornecer uma medida ou padrão absoluto para a valoração de uma ordem positiva. “isto não significa, porém, que não haja qualquer medida. Todo e qualquer sistema moral pode servir de medida ou critério para tal efeito”¹⁵.

Ao apreciar-se moralmente uma ordem jurídica, porém, deve-se considerar que o critério adotado é sempre relativo e assim ao mesmo que uma ordem jurídica pode ser considerada injusta ante um

¹⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 74.

¹⁵ KELSEN, Hans. Op. cit. p. 76.

sistema moral, ela pode ser entendida justa se analisada por critérios ou medidas fornecidas por um sistema moral diverso.

Com efeito, somente será possível uma justificação o Direito pela Moral se a contraposição entre normas jurídicas moralmente boas (justas) e moralmente más (injustas) existir. Não se pode atribuir valor moral e legitimar o Direito positivo quando a ordem moral e a ordem jurídica coincidem e não podem entrar em contradição, pois caso Direito e Justiça detenham exatamente o mesmo significado, e o *ser* identifique-se com o *dever-ser*, isto é o mesmo que afirmar que nada existe de mau (injusto) e o bom (justo) perderá sentido.

2.2 Pós-Positivismo de Ronald Dworkin

Convencionou-se chamar de pós-positivismo jurídico, todas as correntes do pensamento jurídico que combatem na contemporaneidade os alicerces sobre os quais foram estabelecidos o pensamento jurídico tradicional positivista, sem recorrer ao também tradicional jusnaturalismo, propondo outras possibilidades para a Teoria do Direito. Um dos principais pensadores desta corrente é o jusfilósofo norteamericano Ronald Dworkin.

Dworkin defende a fusão entre Direito e Moral, dizendo que as regras morais e as regras jurídicas pertencem a um mesmo ordenamento jurídico¹⁶. De acordo com o citado autor, essa concepção deveria ser aplicada, inclusive, no âmbito dos tribunais. Afirma Dworkin que o magistrado, ao analisar um caso, sempre desenvolve um processo de interpretação da lei e de subsunção do caso concreto a ela.

Logo, a tomada de decisão pelo magistrado ocorre de acordo com o prescrito pela lei; portanto, em não havendo norma alguma que possa estabelecer uma resposta ao caso, o aplicador não teria, segundo Dworkin, uma discricionariedade para criar uma regra no momento da análise da lide. Não haveria esse poder discricionário, pois o juiz nunca precisaria ultrapassar o Direito para proferir suas sentenças. Afinal, se não encontrasse a solução nas normas jurídicas, obtê-las-á na Moral, sendo imprescindível o conceito da construção do “juiz ideal” denominado por Dworkin de “juiz Hércules”¹⁷.

Ronald Dworkin defende que as argumentações jurídicas adequadas se fundam na melhor interpretação moral possível das práticas vigentes em certa sociedade. A teoria da justiça tem

¹⁶ DWORKIN, Ronald. O império do direito. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 120-121.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 203.

importante papel nessa teoria da argumentação¹⁸, afinal as políticas públicas e os direitos devem estar amparados na opinião de que todos os membros de uma sociedade são iguais na condição de seres humanos, independentemente das suas condições sócio-econômicas e culturais, devendo ser tratados com igual consideração e respeito, em todos os aspectos relevantes para seu desenvolvimento humano.

Para Ronald Dworkin, a decisão de uma lide para a qual não existam regras ou precedentes judiciais é única e correta: o magistrado, nessas situações, tem o dever de achar a solução correta dentro do melhor senso moral das práticas jurídicas, motivo pelo qual não se pode deixar à sua discricionariedade tais decisões.

Ademais, Dworkin defende ainda a distinção da moralidade social em moralidade convencional e moralidade concorrente. A primeira refere-se a quando a sociedade (ou comunidade) “leva em conta o fato do acordo”, enquanto que a segunda forma de moralidade ocorre quando os membros de certa comunidade estão de acordo quanto a afirmar a mesma regra normativa, mas não consideram esse acordo o fundamento da existência dessa regra¹⁹.

Em sua obra “*Justice in Robes*” (Justiça de toga²⁰), Ronald Dworkin discutindo a conexão entre direito e moral, evidencia sua posição contrária as concepções tradicionais do positivismo e reafirma a idéia de fusão entre direito e moral:

Até o momento, minha argumentação não contestou a idéia tradicional de que ‘moral’ e ‘direito’ designam domínios de pensamento em princípio diferenciados, mesmo que talvez sejam interdependentes em diferentes sentidos. Afirmando agora que essa idéia tradicional, que nos estimula a estabelecer relações entre dois domínios intelectuais diferentes, é insatisfatória. Seria melhor atuar com uma topografia intelectual distinta: poderíamos tratar o direito como um segmento da moral, não como algo separado dela. Compreendemos a teoria política dessa maneira: como parte da moral compreendida em termos mais gerais, porém diferenciadas, com sua substância específica, uma vez que aplicável a estruturas institucionais diferenciadas. Poderíamos tratar a teoria jurídica como uma parte especial da moral política, caracterizada por um novo refinamento das estruturas institucionais²¹.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 259. Analisando a teoria da justiça de Rawls, Dworkin busca demonstrar os diversos “postulados morais” que se encontram escondidos detrás dessa teoria.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad.: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 85.

²⁰ O título do livro em inglês “*Justice in Robes*” possui duplo sentido, pois a palavra inglesa *justice* é usada tanto para se referir ao juiz de direito, quanto à justiça.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 34/35.

Outro aspecto do pensamento Dworkiniano é aquele quanto à moralidade relacionada às normas. Este, defendendo a fusão entre Moral e Direito, considera as normas injustas como inválidas, sendo que a moral condicionaria a validade das normas.

A teoria interpretativa Dworkiniana estabelece que a validade de uma proposição jurídica encontra-se em condição de dependência em relação aos princípios dos quais decorre, e que ainda devem concorrer para a aplicação da melhor justificação moral e prática institucional. Assim, toda norma jurídica dependeria de uma justificativa moral²².

Conforme Dworkin, o Direito desvinculado da Moral só existiria na fase pré-interpretativa, quando o intérprete procura identificar os elementos da proposição jurídica. A norma injusta não resistiria à segunda fase, quando o intérprete busca a justificação da proposição e tampouco alcançaria a terceira, de adequação dos elementos à justificação da proposição. Portanto, essa teoria interpretativa refuta qualquer perspectiva de validade de uma norma injusta, a qual sucumbe logo na primeira etapa do processo interpretativo, jamais se afirmando como Direito²³.

3. DIFERENÇAS E SIMILARIDADES VERIFICADAS ENTRE AS VISÕES

Um ponto de divergência de Dworkin com relação a Kelsen refere-se à moralidade relacionada às normas. Enquanto que o pensamento de Kelsen permite afirmar que “normas injustas” seriam, mesmo assim, válidas, Dworkin, pensando consoante a sua tese de fusão entre Moral e Direito, acredita serem as normas injustas completamente inválidas.

Exemplo desta oposição é a seguinte opinião de Kelsen:

A tese de que o Direito é. Segundo a sua própria essência, moral, isto é, de que somente uma ordem social moral é Direito, é rejeitada pela Teoria Pura do Direito, não apenas porque prescreve uma Moral absoluta, mas ainda porque ela na sua efetiva aplicação pela jurisprudência dominante numa determinada comunidade jurídica, conduz a uma legítima crítica da ordem coercitiva estadual que constitui tal comunidade. Com efeito, pressupõe-se como evidente que a ordem coercitiva estadual própria é Direito²⁴.

²² DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 27.

²³ DWORKIN, Ronald. Op. cit. p. 6/7.

²⁴ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 78.

Kelsen chega afirmar que as normas religiosas se encontrariam mais próximas das normas jurídicas do que as normas morais, citando para tanto, o exemplo do assassinato²⁵.

É exatamente a ligação do Direito com a Moral o ponto que diferencia essencialmente a concepção de Direito em Kelsen para Dworkin. Conforme já foi citado, a teoria de Ronald Dworkin estabelece que a validade de uma proposição jurídica dependeria diretamente das premissas situadas nos princípios dos quais decorre, e que devem ainda concorrer para a observância da melhor prática institucional e melhor justificação moral. Enquanto isso, a validade de uma proposição jurídica residiria justamente no próprio ordenamento jurídico que teria como ápice a norma fundamental hipotética.

Assim, para Kelsen, seria irrelevante quaisquer tentativas de legitimação e justificação do direito em uma ordem moral:

do ponto de vista do 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 o conhecer e descrever. (...) o jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito²⁶.

São evidentes as diferenças entre as duas concepções de teoria da norma que são encabeçadas pelos dois juristas de modo que um vê como completamente distintos direito e moral (Kelsen), enquanto que o outro veria um dentro do outro (Dworkin).

Isto não significa que não possa haver um diálogo entre essas correntes e de fato existe uma semelhança, especialmente, quando se enfrenta a questão da discricionariedade judicial diante dos casos difíceis. Pois, a tomada de decisão pelo juiz se dá segundo o Direito; portanto, não havendo lei alguma que possa estabelecer uma solução ao caso, o aplicador não tem, segundo Dworkin, um poder discricionário para criar uma lei no momento da análise do caso.

A princípio, esta posição se contrapõe à de Kelsen, pois este admitia a existência da discricionariedade, afinal, no que se refere ao papel do juiz, Hans Kelsen confere a este uma ampla liberdade, sob o argumento de que tratar-se-ia de assunto de política jurídica que não interessaria a Teoria Pura do Direito. Todavia, isto que aparenta ser mais uma oposição entre

²⁵ KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 28/29.

²⁶ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 77.

Dworkin e Kelsen figura um dos poucos pontos de contato entre os dois autores.

Nesse sentido, discorre Carlos Molinaro:

Afirmamos mais acima que Dworkin refutava a discricionariedade do juiz, agora é hora de precisar: o professor de Oxford a refuta, mas não a elimina, só a prorroga. Vale a pergunta que a maioria dos doutrinadores fazem: Que ocorreria se existissem dois ou mais juízes Hércules, convencidos de ter a única resposta correta? – Seria isto desejável? De outro modo, como se resolveria o déficit ético, caso o juiz de Dworkin se encontrasse frente a uma norma positiva que lhe convencesse injusta, estaria ele autorizado a mentir? Ou a dizer que não é válida? Ou que simplesmente não é direito? – Ante tais perguntas, preferimos como o faz Vera Chueiri, pensar que quando Dworkin apõe sua tese da *resposta correta*, esta significa apenas *a melhor resposta possível*. Não a única, a melhor! Em favor desta tese, radica o fato que Dworkin aceita como inevitável a melhor justificação que a teoria política confira ao direito, ou melhor ainda, a sua aceitação a tese da *melhor justificação* segundo os materiais jurídicos disponíveis: a *dimensão da adequação* e a *dimensão da moralidade política*. E aí, paradoxalmente, Dworkin e Kelsen coincidem, pois *no marco normativo aberto a todas as possibilidades* deste último, se encontra a *dimensão da adequação* e a *dimensão da moralidade política* do primeiro.²⁷

4. CONCLUSÕES

Dada a precisão lógica e a riqueza intelectual da teoria pura de Kelsen, ainda que este não se posicione na linha de frente nos tempos atuais na Filosofia do Direito, é inegável a sua importância para ela.

Constituindo sua noção de Ciência do Direito na estrutura escalonada de ordem jurídica, a expurgar elementos meta-jurídicos desse tipo de conhecimento, Hans Kelsen desafia os juristas a todo instante com a sua radicalidade, o que implica numa rígida separação entre Direito e Moral.

Por outro lado, Ronald Dworkin é também provocador, ao atacar o positivismo jurídico com a defesa de uma leitura moral de todo o ordenamento jurídico, buscando a fundamentação das regras jurídicas e decisões judiciais em argumentos e justificativas de base moral.

Assim, o confronto entre Kelsen e Dworkin mostra duas concepções antípodas em que e aparentemente inconciliáveis de modo que um vê como completamente distintos direito e moral (Kelsen), enquanto que o outro veria um dentro do outro (Dworkin).

Entretanto, tais pensamentos não são completamente inconciliáveis. Paradoxalmente, é dentro da

²⁷ MOLINARO, Carlos Alberto. “progressão dedutiva vs. única resposta correta” na interpretação jurídica. Disponível em: <http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-cpc/070305progressao.php>.

concepção antagônica acerca da discricionariedade judicial por parte de Kelsen e Dworkin que brota a similitude de tais pensamentos, visto que Kelsen, ao escrever que a idéia da norma jurídica como uma moldura cujo interior é aberto a todas as possibilidades de regulação da conduta, encontra-se com a concepção Dworkiana quanto à dimensão da adequação e à dimensão da moralidade política.

REFERÊNCIAS

ALTHOFF, Cláudia Regina. Direito e moral uma breve reflexão. Revista Jurídica, Blumenau, v.1, n.1/2, p.155-169, jan./dez. 1997.

COSSIO, Carlos. La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

DINIZ, Almachio. Moral e crítica: (estudos, escritos e polémicas). Porto (Portugal): Magalhães & Moniz, 1912. 402 p.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Trad. e notas Nelson Boeira. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O império do direito. Trad.: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Justice in Robes. Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2006.

ECO, Umberto. Como se faz uma tese. Trad. Gilson C. C. de Souza. 16ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GIL, Antonio Carlos. Métodos e Técnicas de Pesquisa Social. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 1989.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MACHADO NETO, Antônio Luiz. Compêndio de Introdução à Ciência do Direito. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MOLINARO, Carlos Alberto. "Progressão dedutiva vs. única resposta correta" na interpretação jurídica. Disponível em: <http://www.advogadobr.com/comentarios-ao-cpc/070305progressao.php>.

NOGUEIRA, Adalício. *Direito e moral*. Revista da Faculdade de Direito da UFBA, Salvador, v. 25, n.3, p.40-46, 1960.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, 27ª ed., 8ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

SCHNEIDER, Herbert Wallace. *Moral para a humanidade*. São Paulo, SP: IBRASA, 1964.