

Lição 3

DIREITO E MORAL

SUMÁRIO: 1. Características da moral. 2. Diferenças entre direito e moral nas sociedades modernas. 2.1. Finalidade. 2.2. Fonte e critério de reconhecimento. 2.3. Tipos de sanções. 2.4. Conteúdo. 2.5. Conhecimento por parte dos destinatários. 3. A influência da moral no direito. 4. A influência do direito na moral. 5. Possíveis relações entre direito e moral. Para aprofundar o conhecimento.

1. Características da moral

Qual a relação entre direito e moral? A resposta depende da nossa visão sobre a definição e a função do direito, não existindo uma única solução certa. Para formar e fundamentar essa opinião, é imprescindível conhecer o que é a moral, para em seguida analisar suas relações com o direito.

A moral (do latim *mores* = modos de comportamento, costumes) define-se como o conjunto de convicções de uma pessoa, de um grupo ou da sociedade inteira sobre o bem e o mal.¹ Sobre a origem das convicções morais há várias opiniões. Dependendo da visão de cada autor, a moral decorre da vontade de Deus, da necessidade do convívio social, da reflexão humana sobre o justo ou mesmo da propaganda dos poderosos.

Todos concordam que a moral é composta por regras de conduta que cumprem duas funções. Em primeiro lugar, orientam o comportamento dos indivíduos na vida cotidiana: todos devem fazer o bem e evitar a prática do mal. Em segundo lugar, servem como critério de avaliação da conduta humana. A sociedade as utiliza para julgar a conduta dos indivíduos, que é aprovada ou reprovada segundo sua correspondência com os imperativos morais.

Exemplo: existindo na sociedade a convicção moral de que os filhos adultos devem sustentar os pais incapazes de trabalhar, essa convicção constitui uma

1. No vocabulário comum, a “moral” é sinônimo da “ética”. O segundo termo provém do grego antigo *ethos* e significa modo de comportamento, costume. Alguns autores diferenciam a ética, que indica o dever de obediência a normas socialmente impostas (ética social, ética profissional), da moral, como dever de obediência a mandamentos que decorrem da consciência de cada indivíduo. Outros autores consideram a ética como disciplina que estuda a moral em sua relação com outros sistemas normativos.

regra de comportamento: “Quem for adulto e filho de pais incapazes de trabalhar, deve sustentá-los”. Dita regra deve ser respeitada por todas as pessoas que se encontram nessa situação; a sociedade avaliará o comportamento de cada um de forma positiva ou negativa dependendo do cumprimento dessa regra social.

Isso indica que a moral funciona como um *dever ser* em relação à atuação das pessoas. Fazer o *mal* viola a ordem e acarreta sanções de variadas formas (penitência para os cristãos; remorsos de consciência; desprezo; ruptura de relações sociais; exclusão do grupo etc.).

Comparando a definição da moral com a definição do direito constatamos importantes semelhanças. Em ambos os casos, estamos em presença de regras de conduta, que exprimem um dever ser e, em caso de descumprimento, levam à imposição de sanções.

Muitos doutrinadores consideram que há uma forte relação entre o conteúdo do direito e os imperativos morais. Para analisar a questão devemos, tal como fizemos estudando a definição do direito, adotar uma postura neutra. Não interessa saber se o direito deve ou não deve contrariar a moral. Interessa analisar o que realmente acontece nas sociedades modernas.

Hoje coexistem muitos sistemas de regras morais. Esta pluralidade deve-se ao fato de serem as sociedades modernas *individualistas*. O importante é a liberdade do indivíduo, que possui um amplo espaço para desenvolver seu projeto de vida. A pessoa pode, por exemplo, dedicar-se a estudos de física nuclear e exercícios físicos ou passar seus dias assistindo televisão e tomando cerveja; pode ser religioso ou ateu; ter posições políticas progressistas ou conservadoras; ajudar os socialmente fracos ou ser arrogante e explorador. Os vínculos entre os membros das sociedades modernas baseiam-se na combinação de interesses e visões diferentes, no respeito e na tolerância recíproca.

Se as regras de comportamento moral dependem da consciência de cada um, havendo uma pluralidade de sistemas morais é impossível que o direito esteja em conformidade com todos. Por essa razão, o direito moderno limita-se a regulamentar o convívio social, possibilitando a coexistência de pessoas com mentalidades, valores e projetos de vida diferentes.²

2. A identidade entre a moral e o direito caracteriza as sociedades *holísticas*, em que todos os aspectos da vida são regulamentados pelo poder político, restringida ao máximo a liberdade do indivíduo. Todos devem adotar os mesmos padrões de comportamento e a vontade do grupo prevalece sobre aquela do indivíduo. Em tais sociedades temos uma “solidariedade mecânica”, como dizia o sociólogo francês Émile Durkheim. No presente, encontramos resquícios de sociedades holísticas. A Constituição do Egito de 2014 atribui ao Estado o dever de preservar a família, a religião, a moralidade e os valores patrióticos (art. 10 – constituteproject.org/constitution/Egypt_2014.pdf). Mas na maioria dos países, o indivíduo é considerado livre, podendo seguir suas convicções

2. Diferenças entre direito e moral nas sociedades modernas

Partindo da premissa da *irredutível pluralidade dos sistemas morais*, podemos elaborar uma tipologia das principais diferenças entre as regras jurídicas e as regras morais nas sociedades modernas, indicando cinco elementos de diferença.

2.1. Finalidade

As regras morais objetivam o aperfeiçoamento do indivíduo; as regras jurídicas apenas facilitam o convívio social, procurando prevenir e solucionar conflitos. Por tal razão, as normas morais regulam principalmente a conduta *interna* da pessoa, e o direito interessa-se pelo comportamento *externo* e não pelos motivos da ação humana ou pelo pensamento.

O direito não proíbe pensamentos “imorais” nem se interessa por que o indivíduo decide respeitar a regra jurídica. Quem não mata por amor ao próximo respeita a legalidade exatamente como aquele que se abstém do homicídio por medo da pena. O direito quer proteger os membros da sociedade e não deseja moralizar o comportamento humano. Sem a exteriorização de uma conduta, mesmo a pior das intenções permanece irrelevante (SOUSA, 2012, p. 75-76).

Além disso, o direito desinteressa-se pelos atos do indivíduo que não criam problemas aos demais ou à ordem pública. Essa limitação se expressa no art. 19 da Constituição da Argentina, de 1994: “As ações privadas das pessoas que não ofendem de maneira alguma a ordem ou a moral pública nem prejudicam os demais são reservadas a Deus e isentas da autoridade dos magistrados”.³

O direito reprova e sanciona comportamentos que causam problemas sociais, porque contrariam as regras da convivência (a “moral pública”) ou afetam diretamente os direitos dos demais e os interesses da coletividade. Exemplo: a pornografia é considerada por muitos moralmente reprovável. Mas o direito só proíbe e pune a pornografia quando considera que sua prática causa problemas ao convívio social, por exemplo, porque humilha as mulheres ou pode ser prejudicial aos adolescentes.

Uma problemática semelhante refere-se à legislação sobre drogas ilícitas. O direito moderno não proíbe certas drogas porque quer preservar a saúde, a moral

sobre a moralidade. Esse tipo de organização *individualista* é chamado “solidariedade orgânica” por Durkheim (SABADELL, 2010, p. 46-50). Para uma comparação entre as sociedades holísticas e individualistas cf. DUMONT, 1991.

3. “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados.”

e a lucidez do indivíduo que as consome. O legislador não se interessa (nem deveria se interessar) pela “moralização” do indivíduo que consome drogas; deve cuidar tão somente dos bens coletivos, nesse caso, da saúde pública. Diante dessa situação, muitos criticam a penalização do porte de drogas que não geraria perigo para nenhum bem coletivo.⁴

2.2. Fonte e critério de reconhecimento

Fonte da moral são as convicções dos membros da sociedade ou os mandamentos de uma autoridade (religião, razão). Critério de reconhecimento de um mandamento como moralmente imposto é a sua aceitação por um grupo de pessoas.

A moral pode ser autônoma ou heterônoma.⁵ É autônoma nos casos em que o indivíduo obedece a mandamentos decorrentes da própria consciência. Temos, ao contrário, uma moral heterônoma, quando o indivíduo considera como moralmente vinculantes as regras estabelecidas por uma autoridade. Nos dois casos, porém, a moral só possui validade se o indivíduo reconhecê-la como vinculante.

Exemplo: muitas pessoas consideram o adultério como ato imoral; outros como direito do indivíduo. Essa disparidade repercute na caracterização moral do ato. Só pode qualificar a conduta do adúltero como imoral quem considera o adultério como moralmente reprovável. Isso significa que a avaliação moral é subjetiva. Dependendo de quem opina, a mesma conduta pode ser vista como moral ou imoral.

O contrário acontece no caso do direito. Sua única fonte é o Estado e por tal razão a avaliação de uma conduta como “legal” ou “ilegal” é objetiva. Em outras palavras, as normas jurídicas identificam-se por meio do critério de validade formal (criação em conformidade com as normas de competência normativa – Lição 6, 3.2.8). Assim, a avaliação do adultério como legalmente permitido ou proibido é objetiva, dependendo do direito em vigor e não da opinião de cada pessoa. Mesmo quem rejeita os regulamentos jurídicos com argumentos políticos ou morais reconhece objetivamente seu conteúdo.

4. GREIFF e GREIFF, 2000. Em 1986, a Suprema Corte da Argentina declarou inconstitucional a penalização do porte de drogas ilícitas em espaços privados para consumo pessoal, já que este fato não viola nem a ordem nem a moral pública. Considerou-se que a penalização contrariava o art. 19 da Constituição da Argentina (MALAMUD-GON, 2000, p. 244).

5. Ser autônomo significa estabelecer a própria lei, ser independente dos demais (o termo provém das palavras gregas *autos* = mesmo e *nomos* = lei); o contrário da autonomia é a heteronomia (*heteros* = outro).

2.3. Tipos de sanções

As sanções morais são difusas e informais. Não podem ser aplicadas mediante coerção. A moral pressupõe a vontade da pessoa de agir de determinado modo. Seria contrário à finalidade da moral constranger uma pessoa a respeitá-la.

As sanções jurídicas são, ao contrário, fixas, formais e, se for necessário, aplicam-se por meio de coação física. O Estado pode obrigar as pessoas a respeitar determinadas ordens e agir dentro de certos limites, independentemente de sua vontade ou opinião.

2.4. Conteúdo

As regras morais diferenciam-se das jurídicas. Há regras morais que não se encontram no direito e normas jurídicas sobre temas que são moralmente indiferentes. Além disso, não são raros os casos de contradição entre mandamentos morais e regras jurídicas. Essa disparidade de conteúdo decorre da diferença de finalidade entre ambos os sistemas.

O objetivo do direito é a preservação da ordem de convivência e da estrutura do poder. Nesse intuito organiza determinados procedimentos (prazos, repartição de competências, modo de escolha das autoridades, mecanismos de fiscalização etc.) e garante o respeito aos direitos e o cumprimento dos deveres de cada um por intermédio de sanções.

O objetivo da moral é indicar as condutas adequadas, sendo um sistema de alcance bem limitado, já que muitos tópicos de organização da vida social são moralmente irrelevantes. A moral só estabelece princípios gerais sobre temas importantes.

Exemplo: é moralmente necessário respeitar a integridade física dos demais; a moral não indica, porém, qual é a pena adequada em caso de lesão corporal, nem qual tribunal deve pronunciá-la, ou qual deva ser o procedimento para tanto. Temos aqui uma diferença na extensão dos regulamentos: a moral só fixa princípios; o direito insiste nos detalhes organizativos.

Por outro lado, a moral objetiva orientar a vida “interna” do indivíduo, sendo muito mais exigente do que o direito, que só fiscaliza o comportamento externo. Dessa forma, a moral apresenta um grau muito maior de intensidade, abrangendo todos os aspectos da conduta individual, inclusive os pensamentos e desejos. Isso é bem expresso por um brocardo do Digesto: “Nem tudo aquilo que é legalmente permitido satisfaz as exigências da integridade moral”.⁶

6. “Non omne quod licet honestum est”. Opinião do jurisconsulto Paulo. Digesto de Justiniano, 50.17.144, preâmbulo. Fonte: [<http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/d-50.htm>].

Exemplo: para uma pessoa religiosa o fato de desejar algo proibido é um pecado, porque indica uma postura imoral. No Sermão da Montanha, Jesus asseverou: “Ouvistes que foi dito: não adulterarás. Eu, porém, vos digo: qualquer que olhar para uma mulher com intenção impura no coração já adulterou com ela” (Mateus 5, 27-28). Em todo o Sermão da Montanha são ensinadas regras muito mais rígidas do que as que se encontram no direito em vigor daquela época e da nossa. Demonstra-se, assim, que a moral é muito mais intensa, tendendo a disciplinar os motivos de ação e os pensamentos das pessoas.

Podemos, finalmente, encontrar casos de contradição entre as normas jurídicas e morais. Exemplos: matar um sangrento ditador (tiranocídio!) pode ser um ato de elevação moral que muitos admiram; mas, ao mesmo tempo, pode ser um grave delito. Demitir por justa causa um funcionário que tem cinco filhos e mulher doente pode ser moralmente repreensível e, ao mesmo tempo, juridicamente permitido.

2.5. Conhecimento por parte dos destinatários

A moral é simples. Todos conhecem exatamente os mandamentos morais, que são poucos, claros e só oferecem uma orientação geral aos indivíduos. O contrário acontece com o direito. Qual professor de direito pode afirmar que conhece todas as normas jurídicas em vigor? Como exigir, então, que a população tenha pleno conhecimento do direito? O direito é um sistema extenso e sofisticado que versa sobre os mais variados temas da vida social, estabelecendo complexas e detalhadas regras de organização e regulamentando o modo de aplicação das sanções.

Essa observação não indica somente uma clara diferença na relação do ordenamento moral e do ordenamento jurídico com seus destinatários. Indica também que seria errado conceber as relações entre direito e moral como relações entre duas esferas normativas que, apesar das diferenças, são semelhantes na estrutura. Comparar o direito com a moral não é uma operação semelhante ao exame das diferenças e semelhanças entre dois direitos nacionais, que possuem a mesma estrutura e regulamentam os mesmos assuntos. O direito é um sistema denso e concreto e a moral um sistema “rarefeito” e genérico.

Quadro sinótico 3
Diferenças entre direito e moral

	Moral	Direito
<i>Finalidade</i>	Aperfeiçoamento interno	Evitar conflitos sociais
<i>Fonte</i>	Autoridades morais; grupos sociais	Estado
<i>Critério de reconhecimento</i>	Aceitação pelos destinatários	Validade formal
<i>Sanções</i>	Informais; sem coerção física	Formais; coercitivas
<i>Conteúdo</i>	Restrito; rigoroso	Amplio; menos exigente
<i>Conhecimento</i>	Fácil acesso	Difícil acesso

3. A influência da moral no direito

Os legisladores e, sobretudo, os detentores do poder constituinte originário são formalmente livres para estabelecer as normas que considerarem adequadas para determinada sociedade. Entretanto, na prática, essa liberdade é muito limitada, constatando-se múltipla influência do direito pela moral (assim como pela política – Lição 4).

Em primeiro lugar, o legislador compartilha convicções, valores e ideais difundidos na sociedade e os exprime por meio de suas normas. Se a maioria dos membros da sociedade condenar, por exemplo, o aborto ou a agiotagem, o legislador dificilmente permitirá tais atividades. Em outras palavras, o mais provável é que o legislador adote e exprima os valores morais da sociedade ou que, pelo menos, tente satisfazer as expectativas da maioria da população, particularmente nos regimes da democracia representativa, em que a eleição dos políticos depende da confiança popular.

Por isso é equivocado afirmar, como muitos fazem, que durante o nacional-socialismo ou o regime racista do *apartheid* o direito se afastou da moral.⁷ O direito seguia exatamente aquilo que o grupo socialmente dominante considerava correto. Hoje podemos dizer que o racismo e a agressividade perante povos e grupos minoritários é moralmente execrável. Mas a nossa crença não muda nada no fato que, no passado, tais opiniões predominavam e que ainda hoje há pessoas e partidos que as seguem.

Em segundo lugar, o legislador estabelece normas para que estas sejam cumpridas. Uma norma jurídica que contraria fortemente a moral social tem poucas chances de ser aplicada, não podendo legitimar-se. Por tal razão, os legisladores evitam elaborar normas que contrariam a moral, pois sabem que isso criará sérios conflitos, diminuindo a eficácia e a legitimidade do direito.

Exemplo: um legislador muito rígido, que considera imoral tomar bebida alcoólica ou assistir à televisão, dificilmente criará leis nesse sentido, sabendo que haverá fortes reações e as leis não serão cumpridas por se chocarem com a opinião da grande maioria da população.

Nesse sentido, podemos dizer que existe um *núcleo comum* de regras morais e jurídicas. Aquilo que corresponde à moral será muito provavelmente positivado como direito.

A constatação dessa influência não invalida o fato de existirem, na mesma sociedade, muitos sistemas morais, específicos de determinados grupos. Basta pensar nas grandes diferenças de mentalidade e de comportamento entre os

7. Por exemplo, SOUSA, 2012, p. 78.

moradores das grandes cidades e do interior, ou, então, nas diferenças entre religiosos e ateus, ou entre pessoas de opiniões políticas diferentes.

Com efeito, a sociologia analisa as diferenças entre os sistemas morais procurando distinguir, no âmbito da mesma sociedade, as diferentes *subculturas*, próprias dos grupos sociais, que fundamentam diferentes visões sobre o moralmente correto (SABADELL, 2010, p. 182-184).

Para entender a relatividade da moral podemos pensar no homicídio. Perguntando se existem valores morais absolutos a maioria responderá espontaneamente que há pelo menos um valor universal: o respeito à vida humana. Certamente ninguém quer que um ser humano morra, ainda mais de forma violenta. Assim, por exemplo, um representante atual do direito natural (Lição 5, 3) considera como “regra moral absoluta (...) a proibição do homicídio doloso”.⁸

A maioria das pessoas aceita que alguém possa ser morto por certos motivos. Muitos estão a favor da pena de morte, sendo esta praticada e considerada constitucional em vários países, entre outros nos EUA e na China. Mesmo no Brasil, a pena de morte é constitucionalmente admitida em caso de guerra declarada (art. 5.º, XLVII, *a*, da Constituição Federal). Por outro lado, dezenas de Estados proíbem a pena de morte como cruel e desumana. Organizações como a *Amnesty International* realizam incansáveis campanhas para a sua completa abolição.⁹

Podemos encontrar outras situações nas quais o fato de “matar alguém” intencionalmente é considerado aceitável pela maioria da população. Em caso de guerra, a preservação da integridade territorial e do interesse nacional é considerada mais valiosa que a vida humana. Essa justificativa é, por sua vez, vigorosamente combatida pelos grupos pacifistas que condenam moralmente qualquer luta armada. Percebemos, assim, que não existem regras morais absolutas, do tipo “matar alguém é proibido”. Sempre são feitas distinções, dependendo dos motivos do homicídio. Certamente, todos reprovam o homicídio não justificado. Mas há fortes divergências sobre os motivos que podem justificar homicídios (POSNER, 2002, p. 6). O mesmo vale para o aborto e a eutanásia, havendo controvérsias morais sobre a possibilidade de pôr fim a uma gravidez ou livrar do sofrimento um doente terminal. Essas questões são amplamente discutidas nas aulas de direito penal, de ética e de filosofia do direito. Aqui é suficiente constatar a *relatividade* da moral, cujas regras não possuem universalidade (VELLEMAN, 2013).

8. FINNIS, 1996, p. 148; cf. GEWIRTH, 1984, p. 108-109.

9. Cf. o material informativo em: amnesty.org/en/what-we-do/death-penalty. Em Portugal, o art. 24 da Constituição prevê: “1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte”.

Se a moral não é única, revela-se impossível estabelecer suas relações com o direito sem analisar as relações que mantém o direito positivo com cada um dos vários, e contraditórios entre si, sistemas morais vigentes. Tais sistemas não são, porém, equivalentes. Em cada sociedade prevalece determinado sistema de regras morais que é aceito pela maioria da população e, geralmente, corresponde aos interesses dos grupos dominantes. Essa é a *moral (socialmente) dominante*. Na realidade, o direito não é influenciado pela moral em geral, como dizem muitos autores. Aquilo que se constata é a influência da moral dominante sobre o direito.

Assim sendo, quando o direito faz expressa referência à moral, por exemplo, no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que submete a administração pública ao princípio da moralidade, o intérprete deve estabelecer critérios para distinguir entre condutas morais e imorais, sendo crucial, para tanto, a opinião que predomina socialmente sobre a moralidade.

4. A influência do direito na moral

A aplicação do direito influencia as pessoas que, muitas vezes, passam a considerar aquilo que é legalmente estabelecido como justo e correto. Em outras palavras, a aplicação cotidiana do direito efetua uma propaganda moral, induzindo seus destinatários a aceitar como moralmente correto aquilo que é legalmente estabelecido. Dessa maneira, o direito contribui na configuração da moral dominante por meio da formalização jurídica e da ameaça de sanções.

Um exemplo atual é oferecido pelos direitos humanos. Os direitos humanos foram colocados, após a Segunda Guerra Mundial, no centro de todos os ordenamentos jurídicos, tanto nacionais como internacionais. A plena consagração jurídica desses direitos levou a uma modificação das opiniões morais da maioria. A igualdade de todos os seres humanos, a liberdade individual e a dignidade humana, que constituem o núcleo dos direitos humanos, transformaram-se em crença geral e passaram a ser considerados como valores morais supremos. Desrespeitar os direitos humanos é visto, em nossos dias, não só como violação de regras jurídicas, mas também como ato de imoralidade.

Não é raro ver guerras se justificarem em nome do valor moral dos direitos humanos, principalmente quando países ricos invadem países pobres. Essa referência à moral constitui uma manipulação para apresentar as guerras imperialistas como “intervenções humanitárias” (BADIOU, 1995). Mas o argumento dos direitos humanos não deixa de ser um exemplo de influência das regras jurídicas na moral dominante.

5. Possíveis relações entre direito e moral

Há cinco teses sobre a relação entre direito e moral:

- os mandamentos jurídicos e morais coincidem (*tese da identidade*);
- as regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais (*o direito como mínimo ético*);
- as regras morais constituem o núcleo do direito que compreende muitas normas moralmente indiferentes (*a moral como mínimo jurídico*);
- as regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o direito sem levar em consideração a moral (*tese da conexão*);
- entre ambos os ordenamentos há plena e absoluta separação (*tese da separação*).

a) A tese da identidade não distingue o conceito da moral do conceito do direito. Sustenta-se que existe um único sistema de normas que regulamentam o comportamento social. Essa visão é peculiar de sociedades antigas, principalmente de sociedades pequenas e pouco diferenciadas.

b) A tese do direito como mínimo ético considera o direito como “peça central” (núcleo) das normas morais. Nessa ótica, a moral apresenta-se composta de grande número de normas de comportamento. Algumas entre elas são consideradas socialmente mais relevantes e adquirem o caráter de normas jurídicas. Assim, tudo aquilo que é juridicamente obrigatório é, também, moralmente imposto. Mas o contrário não é verdadeiro, podendo haver violação de regras morais mesmo quando o direito é respeitado. Essa tese foi sustentada por juristas e teólogos do direito medieval. Todas as normas de conduta correspondem a um mandamento divino, sendo a sua transgressão um pecado. Contudo, somente os pecados mais graves são considerados delitos, acarretando, além da sanção religiosa, certas sanções criminais.

c) A tese da moral como mínimo jurídico considera que os ordenamentos jurídicos regulamentam os mais variados aspectos das relações humanas, incluindo normas sobre assuntos que não interessam à moral ou regulamentam questões moralmente controvertidas. Mesmo assim, no centro de todos os sistemas de normas jurídicas encontram-se alguns princípios fundamentais que decorrem das convicções morais que são aceitas pela sociedade inteira e norteiam o direito (dignidade humana, respeito à vida, igualdade, cumprimento das promessas).

Essas três teses não encontram partidários entre os filósofos e teóricos do direito das últimas décadas. A controvérsia concentra-se, atualmente, entre os partidários da tese da conexão e os adeptos da tese da separação.¹⁰

10. Cf. a abordagem moralista em: DWORKIN, 1999 e 2002; ALEXY, 1994; DREIER, 1981, p. 180-216; MACEDO JR., 2013. Para uma defesa da visão positivista, cf. HART, 2001, p. 4987.

d) A tese da conexão é adotada pelos autores *moralistas*. Essa tese apresenta duas variantes. A primeira variante considera que não é possível distinguir claramente entre o direito e a moral. Quando o intérprete deseja entender e aplicar um texto legal deve sempre levar em consideração as crenças morais de sua sociedade (moralismo jurídico radical).

A segunda variante considera que o direito permanece aberto diante da moral, cujos valores o influenciam (moralismo jurídico moderado). Essa abertura pode manifestar-se no aspecto da validade do direito. Uma norma jurídica é válida se respeitar os princípios básicos da moral (*moralismo da validade*). Pode manifestar-se, também, em relação à interpretação jurídica. Devemos interpretar o direito em conformidade com os preceitos morais (*moralismo da interpretação*).

Os autores moralistas concluem que o direito deve ser obedecido pela população, já que seu conteúdo corresponde aos imperativos da moral, sendo adequado e justo. Quando as normas escritas são pouco claras ou não satisfazem os imperativos básicos da moralidade, devem ser corrigidas pelo intérprete.¹¹ O operador do direito deve tentar conseguir a máxima coerência entre preceitos morais e normas jurídicas, já que o direito está vinculado a ideais superiores e a aplicação de normas inadequadas ou mesmo injustas é uma traição aos ideais da profissão jurídica e das expectativas da sociedade.

e) Essa conclusão é contestada pelas *abordagens positivistas* do direito que adotam a tese da separação. Os positivistas afirmam que o direito é um fenômeno normativo diferente da moral. Quando o operador do direito interpreta as normas jurídicas, deve ignorar completamente as convicções morais, tanto as dominantes como as suas próprias. Para os positivistas as crenças da sociedade e, em particular, dos legisladores sobre a moral influenciam a criação do direito (Lição 3, 3). Mas eles consideram que a concordância de uma norma jurídica com a moral da sociedade (ou do juiz que aplica a lei) *não deve* influenciar sua validade e interpretação. Assim sendo, apesar das semelhanças entre os dois sistemas normativos, o operador do direito deve interessar-se apenas pelas normas juridicamente válidas.

Essa posição fundamenta-se em dois argumentos. Primeiro, a pluralidade dos sistemas morais em uma sociedade impossibilita as tentativas de identificar

HOERSTER, 1992 e 2006; MAUS, 1989; VILLA, 2004; DIMOULIS, 2018; MARANHÃO, 2012; PINO et al., 2013, p. 32-83.

11. Os moralistas céticos consideram a moralidade como fundamento e verdadeiro “sentido” do direito, sem negar, porém, que normas contrárias aos mandamentos morais sejam válidas. Essa é a posição de FERRAZ JR.: “O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia” (2001, p. 354).

regras morais aceitas por todos, como foi indicado no exemplo do homicídio (Lição 3, 3). Segundo, o direito moderno é válido porque é posto em vigor pelas autoridades competentes e não porque respeita a moral. Em conclusão, a forte relação entre o direito e a moral não constitui motivo de validade nem motivo de interpretação das normas jurídicas.

Desse modo, a maioria dos positivistas rejeita o dever de obediência da população e critica o moralismo como ideologia que legitima o direito em vigor, porque impossibilita sua crítica. Na visão dos positivistas, o operador jurídico deve limitar-se à interpretação das normas válidas, deixando as pessoas livres para obedecer ou não às normas em vigor, segundo seus interesses e suas convicções políticas.

O debate é amplo, com argumentos de peso das duas partes. Tudo depende, como já indicamos, da posição pessoal em relação à definição do direito.

Para aprofundar o conhecimento

ALDAY, 2000; ALEXY, 1994; BADIOU, 1995; BARBERIS, 2014, p. 1-45; COSTA, 2001, p. 75-106; DIMOULIS, 2018; DREIER, 1981, p. 180-216; DWORKIN, 2011, 2002 e 1999; HART, 2001, p. 49-87; HOERSTER, 1992; KELSEN, 2000, p. 25-32, 67-78; KOLLER, 1997, p. 255-294; MACEDO JR., 2013; MARANHÃO, 2012; MAUS, 1989; NINO, 1983, p. 353-436; PAWLOWSKI, 1999, p. 367-388; POSNER, 2002, p. 8-38, 108-144; SINGER, 1998; VÁSQUEZ, 1998; VELLEMAN, 2013; VILAJOSANA, 2007: 61-88; 215-249; VILLA, 2004.