



A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL NA PERSPECTIVA DE DIMITRI DIMOULIS: UMA QUESTÃO DE SEPARAÇÃO?

Cleidiane Sanmartim¹
Rodrigo Cristiano Diehl²

RESUMO: O objetivo com o presente estudo é demonstrar a relação existente entre direito e moral baseado na obra de Dimitri Dimoulis. Inicialmente são pontuados e discutidos os principais aspectos que circundam a (in)existência de separação entre direito e moral. Cotejados esses aspectos são trazidos argumentos favoráveis a separação do direito e da moral, estes sendo compreendidos como uma realidade e/ou utopia. Para essa empreitada é utilizado o método hipotético dedutivo, fundado na pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Dimitri Dimoulis; direito; moral; separação.

ABSTRACT: The aim of this study is to demonstrate the relationship between law and morality based on the work of Dimitri Dimoulis. Initially are scored and discussed the main aspects that surround the (in)existence of separation between law and morality. Collated these aspects are brought arguments for the separation of law and morality, these being understood as a reality and / or utopia. For this task we use the hypothetical deductive method, based on literature.

Keywords: Dimitri Dimoulis; law; moral; separation.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

¹ Mestranda em Direito com Bolsa Capes/Prosup de dedicação exclusiva, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito com Conceito 5 na Capes – Mestrado e Doutorado da UNISC. Bacharel em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do grupo de pesquisa: “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela professora Pós-Doutora Marli Marlene Moraes da Costa, vinculado ao PPGD-UNISC e certificado pelo CNPq. E-mail: cleidisan@hotmail.com

² Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Integrante dos grupos de pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas” (campus Santa Cruz do Sul – RS e campus Sobradinho – RS), coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa; “Direitos Humanos”, coordenado pelo Pós-Dr. Clovis Gorczewski; e “A Decisão Jurídica a partir do Normativismo e suas Interlocações Críticas”, coordenado pela Dra. Caroline Muller Bitencourt, ambos do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado da UNISC e certificados pelo CNPq. Atualmente é bolsista de Iniciação Científica da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Edital 2013-2015), coordenado pela Pós-Dra. Marli Marlene Moraes da Costa. Autor de diversos artigos científicos publicados em revistas, livros e eventos internacionais. (rodrigocristianodiehl@live.com).



Para que se considere a relevante questão entre Direito e Moral que perdura por tanto tempo é necessário que visualize-se uma linha de pensamento. Esta linha de pensamento, encontra-se para esta discussão na obra do autor Dimitri Dimoulis, intitulada “Positivismo Jurídico”, onde o autor realiza um contraponto entre os pensamentos de Hart e Kelsen, sendo possível vislumbrar com maior amplitude a tão debatida questão entre Direito e Moral.

Neste sentido, o presente artigo trata desta obra complexa de Dimoulis, a fim de se fixar em um teórico, o que pode facilitar a compreensão sobre a questão entre direito e moral. Como se pode ver, o autor trata especificamente sobre a tese da separação, que é por vezes defendida e por outras refutadas. Para isso, é necessário demonstrar se de acordo com seus ensinamentos é possível a separação entre direito e moral ou se ambos estão de alguma forma ligados.

O papel mais importante da verificação desta tese é a relevância que isso tem para esclarecer e nortear todas as decisões judiciais, com a finalidade de orientar os aplicadores do direito, se estes poderão considerar preceitos morais em sua decisão ou se apenas poderão aplicar a letra fria da lei, sem dar margem a uma interpretação moralista.

Além disso, é ponto importante de discussão e conhecimento acerca de quatro equívocos que o autor desbanca sobre esta separação, que para ele são comumente cometidas, e que serão vistas uma a uma, quais sejam: que o positivismo nega qualquer influência da moral no direito; que o positivismo afirma que o direito deve permanecer separado da moral; que o positivismo nega que os operadores do direito decidem conforme considerações morais e por fim que o positivismo reconhece incondicionalmente qualquer comando como jurídico.

Em contraponto, é necessário também, conhecer os cinco principais argumentos que o autor traz a favor da tese da separação. Neste sentido, conhecendo os quatro equívocos sobre a tese da separação e os cinco argumentos a favor da mesma, será possível compreender a verdadeira função entre direito e moral, e se realmente há ou não uma conexão ou separação entre elas.

Sendo assim, com base nestes relatos iniciais, é que se faz necessário adentrar e compreender o que o autor destaca sobre esta questão, já que ele trata internamente em sua obra sobre o pensamento que Hart e Kelsen trazem sobre o polêmico assunto.



Toda a polêmica que envolve a questão da relação entre direito e moral, pode ser vista e compreendida através destes autores, a fim de buscar a verdadeira relação entre direito e moral.

Por fim, para este estudo o método de abordagem utilizado será o hipotético dedutivo, que consiste na adoção tanto do procedimento racional quanto do procedimento experimental, com base para as premissas. Dessa forma, a pesquisa desenvolver-se-á sobre preposições hipotéticas que se acredita serem viáveis. No que concerne às técnicas, o aprofundamento do estudo será realizado com base em pesquisa bibliográfica, baseada em dados secundários, como por exemplo, livro, artigos científicos, publicações avulsas, revistas e períodos qualificados dentro da temática proposta.

1 A RELEVANTE QUESTÃO: EXISTE SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL?

É necessário para compreensão desta questão de separação entre direito e moral analisar um dos autores que trata especificamente sobre o tema em questão. Para Dimoulis (2006), na obra *Positivismo jurídico*, o autor trabalha ao longo de todo o capítulo quatro, a questão da moral relacionada à uma visão Juspositivista, definindo a moral como um conjunto de convicções que baseiam-se na distinção entre bem e o mal; no comportamento dos indivíduos em relação a fazer o bem e evitar o mal; e por fim avaliar condutas individuais, impondo à estas sanções para quem transgredi-las.

Antes de tudo é necessário que se compreenda as principais vertentes do positivismo, que segundo Tavares (2006, p. 397, grifo no original) são três teses básicas:

[...] I. A tese das fontes sociais: a existência do direito numa determinada sociedade depende de um conjunto de fatos sociais, ou seja, de práticas ou ações realizadas por membros da sociedade. II. A tese da separação: a validade jurídica de uma norma (o fato de que tal norma pertence a um certo sistema jurídico) não requerer sua validade moral, e, paralelamente, a validade moral de uma norma não se funda em sua validade jurídica. III. A tese da discricionariedade: normas jurídicas válidas não regulam claramente todos os comportamentos. Dessa forma, quando a lei aplicável a um caso é indeterminada, os juizes detêm um poder discricionário para criar a norma individual que dirá o que deve ser feito no caso concreto.



A partir daí com base no fato que a existência depende de um conjunto de fatos sociais, Dimoulis (2006) afirma ainda, que há uma “polêmica sobre o conteúdo da moral, a pluralidade ou a universalidade dos sistemas morais, a existência de uma moral “melhor”, a relação entre crenças do indivíduo e moral do grupo e da sociedade (DIMOULIS, 2006, p.168)”, o que gera para ele, controvérsias, e torna possível a atribuição de três significados ao termo “sistema moral”, quais sejam:

O primeiro deles trata em definir a moral como um sistema de normas que está vigente naquele momento em uma sociedade por ser imposta por ela, chamando-a de “moral dominante”; a segunda trata do que é chamado pelo autor de “moral pessoal”, ou seja, aquela que traz valores individuais que cada pessoa aceita e organiza de acordo com seus valores e sua conduta; e por fim, a terceira, chamada aqui por “moral crítica”, referindo-se a um “conjunto dos melhores princípios”, ou seja, um conjunto com os melhores valores que a conduta humana possa abarcar (DIMOULIS, 2006).

Dimoulis (2006) traz a posição dos juspositivistas em relação a existência da moral dominante, porém explica que estes entendem que seu estudo, desenvolve pouco interesse para a teoria do direito, uma vez que eles acreditam que há influência da moral no direito, embora isto não deva ser considerado para a criação de normas no direito.

Neste sentido, a tese da separação não pode ser tomada como verdade absoluta de que estes possuem uma desconfiança dos princípios morais, mas também deve ser vista como decorrência de uma opção teórica, em que se esteja “convencido da existência de princípios morais adequados, vinculantes e até mesmo universais” (DIMOULIS, 2006, p.169). Pode-se dizer que a tese da separação é considerada uma opção teórica.

Sendo assim, ele alega que o juspositivismo é capaz de considerar quais as normas e princípios que são imprescindíveis para uma determinada sociedade, sendo possível reivindicar a inclusão de normas ou princípios que considera importantes ou adequados para aquela sociedade, como pode também pedir a desconsideração das que entenda ser “disfuncionais ou injustas”, o que não afeta a tese da separação. (DIMOULIS, 2006).

Por fim, é evidente que Dimoulis (2006) defende a separação entre direito e moral, e mesmo que os juspositivistas acreditem na moral dominante, para que uma norma seja imposta, não é necessário levar em consideração o que é justo e correto,



é apenas necessário que a norma seja imposta por uma autoridade competente, emanando poder vinculante, sem que seja levando em consideração sua substância e sim sua forma.

Já Kelsen (1998, p.72), se refere a esta questão da seguinte forma:

[...] o Direito pode ser moral, [...] isto é, justo -, mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, no entanto, ser Direito, se bem que se admite a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, deve ser justo.

Quando se entende a questão das relações entre Direito e Moral como uma questão acerca do conteúdo do Direito, e não como uma questão acerca de sua forma, quando se afirma que o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo.

Sendo assim, para Kelsen (1999), o direito tem ampla ligação com a moral, logo, o direito deve ser justo, considerando os preceitos morais para que assim seja reconhecido como tal, uma vez que através de uma moral absoluta, só aquele que a considerar será Direito.

Dimoulis (2006) defere ainda acerca de quatro equívocos sobre esta separação, que para ele são comumente cometidas, quais sejam: que o positivismo nega qualquer influência da moral no direito; que o positivismo afirma que o direito deve permanecer separado da moral; que o positivismo nega que os operadores do direito decidem conforme considerações morais e por fim que o positivismo reconhece incondicionalmente qualquer comando como jurídico. Sendo assim, veremos cada um deles separadamente, conforme estruturado na obra estudada.

Para o primeiro equívoco que trata com a questão de que “o positivismo nega qualquer influência da moral no direito”, é possível considerar que o positivismo jurídico nega sim a influencia da moral no direito, uma vez que os juspositivistas são capazes de separar esses dois fenômenos, alegando que o legislador, em seu ato não precisa se ater à uma ideia de direito e de justiça (DIMOULIS, 2006).

Porém, é evidente que os ordenamentos jurídicos são dotados de preceitos morais, e estes muitas vezes autorizam sua utilização em decisões, e por óbvio, é que os legisladores não querem nem vão contrariar a moral dominante, uma vez que esta conduta comprometeria a legitimidade e eficácia social do sistema jurídico (DIMOULIS, 2006).

Conforme Dimoulis (2006) conceitua, resta claro, que é difícil que um legislador não possua uma ideia sobre direito e justiça, o que conseqüentemente



será levado em consideração seja como “inspiração” ou como um “argumento de legitimação”.

Sendo assim, a tese da separação constata através dos conceitos dos autores positivistas como Hart, que consideram que direito e moral possuem ligações infinitas, e que seria tolice não reconhecer estas semelhanças, uma vez que o direito, via de regra, acompanha crenças morais, considerando falsa a afirmação de que o direito e a moral são “coisas” distintas e que não possuem ligação uma com a outra (DIMOULIS, 2006).

Kelsen (1965 *apud*. DIMOULIS, 2006), adepto do relativismo moral afirma que a “tese da separação não impede que cada cidadão reivindique a positivação daquilo que ele considere moralmente imposto por estar em consonância com a norma moral da justiça”. Logo, entende-se que os valores morais não podem ser tidos ou levados a ser objeto de previsão legal, porém é com eles que o legislador irá fundamentar a criação de certa norma.

Para os juspositivistas, o criador de determinada norma pode, mas não deve levar em consideração a moral dominante, pode também contrariá-la adotando valores de uma moral crítica, por exemplo (DIMOULIS, 2006).

Significa dizer que para criar uma norma tanto faz se o legislador usou como “conexão crítica” a moral dominante (MD) ou a moral crítica (MC), porém de acordo com a tese da separação, esta norma (N1) deve ser a única fonte para o seu aplicador, sem que se considere uma ou outra moral. A tese da separação afirma que o aplicador da norma não está em um triângulo composto por norma, Moral Dominante e Moral Crítica, e no caso concreto ele deve criar uma segunda norma (N2) somente com a liberdade da decisão que a primeira norma (N1) lhe conferiu (DIMOULIS, 2006).

Logo o positivismo jurídico nos permite ter três pressupostos sobre o exercício da liberdade do aplicador da norma. Primeiro o pressuposto do realismo jurídico, onde se considera que não é possível distinguir criação e aplicação do direito, sendo assim o aplicador decide de acordo com sua vontade e poder discricionário. O segundo pressuposto é sobre o não cognitivismo moral, onde o aplicador deve negar a relação entre a segunda norma (N2), primeira norma (N1) e moral dominante (MD) / moral crítica(MC), considerando que “a teoria do direito não deve fazer conjecturas sobre as formas de exercício de liberdade decisória do aplicador” (DIMOULIS, 2006, p.173).



Dentre elas, considera-se o pressuposto mais satisfatório (para não se dizer o correto) onde os aplicadores não exercem seu poder discricionário de forma realmente livre. Suas decisões obedecem a padrões decisórios que podem criar precedentes ou jurisprudências, mas, no entanto, há casos em que ele abandonará as tradições para vir a decidir por demandas sociais, ou opiniões pessoais (próprias) sobre aquele assunto (DIMOULIS, 2006).

Para Dimoulis (2006), embora se escolha qualquer uma destas argumentações, o juspositivismo considera que a validade do sistema jurídico e de cada norma, independe dos preceitos morais, mesmo que estes são normalmente aceitos, não proibindo que se fundamente a decisão, ou se decida com base em algum deles.

Kelsen (1998, p. 76) exprime bem essa afirmação, quando diz que “[...] isto significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema moral”.

Silva (2005, p.233), com base no pensamento de Dworkin, também considera esta abordagem quando afirma que

[...] os juízes não só podem como devem realizar – e, de fato, realizam – investidas na esfera do debate moral, a fim de decidir casos concretos. Cláusulas abertas da Constituição – como a do devido processo legal ou da igualdade – remetem o magistrado, obrigatoriamente, à esfera dos conceitos morais; ‘desta forma, uma corte que assume o ônus de aplicar essas cláusulas integralmente como direito, deve ser uma corte ativista, no sentido de que deve estar preparada para enquadrar e responder a questões referentes à moralidade política.

Sendo assim, o autor compreende que em uma determinada sociedade que se tem um preceito moral aceito por ela de que não é correto agredir semelhante, aquele que causar lesão corporal grave a outrem será punido com base em uma norma (neste caso pelo art.129 do CP) e não com base neste preceito moral existente na sociedade, uma vez que ela não constitui motivo jurídico de punição não permitindo manipular, restringir ou estender as interpretações, ela existe apenas como algo que orienta a conduta das pessoas que vivem naquele espaço (DIMOULIS, 2006).

Ainda assim mesmo que o aplicador do direito utilizou valores morais para decidir, a influência desses valores não é autônoma uma vez que, mesmo que o direito não se define pela moral, não se quer dizer que os sistemas jurídicos não admitem princípios morais (DIMOULIS, 2006).



Sendo assim, Dimoulis (2006) entendeu necessário esclarecer a tese da separação, bem como a tese moralista, restando claro que o juspositivismo não nega a existência de influências morais no direito, porém não as coloca como absoluta neste sistema, concedendo margem para sua utilização ou não, e defendendo que o direito e a moral não tenham que estar ligados diretamente, buscando a simultânea rejeição da tese moralista da necessária conexão entre direito e moral e da tese da ausência de conexão entre eles.

Logo foi imprescindível que ambas as teses fossem distinguidas para que não mais se confundissem, uma vez que de acordo com a tese da separação, esta vem dizer que os valores/princípios morais devem ser utilizados para justificar a criação de uma norma e não dar margem para ser objeto de uma norma (tese moralista) (DIMOULIS, 2006).

Como segundo equivoco, tem-se a afirmação de que “o positivismo afirma que o direito deve permanecer separado da moral”, por isso vemos: A maioria acredita e defende que o direito deve se manter longe da moral, onde as normas sejam claras, neutras e taxativas, sem a influência da moral. Sendo assim, os positivistas inclusivos referem-se ao termo “separabilidade” para demonstrar que é possível tanto a separação quanto a conexão do direito e da moral, já os positivistas exclusivistas preferem “separação”, pois acreditam que a moral nunca poderá ser um critério de identificação do direito. Tal definição de separabilidade serve para orientar o aplicador a não confundir matéria de direito e matéria de moral na hora de julgar, sem que estes se confundam no momento da decisão (DIMOULIS, 2006).

Sendo assim, Dimitri Dimoulis (2006) acredita que os criadores de normas e seus aplicadores, usando seu poder discricionário, podem se assim achar adequado se influenciar pela moral, o que significa que não existe um dever de separação ou de junção.

Neste sentido o foco de uma decisão ou aplicação do direito deve ser a busca pela melhor resposta ou pela resposta correta, e Dworkin traz para este contexto a questão onde

a atitude “hercúlea” do guardião da Constituição – a busca do melhor argumento derivado dos princípios – sintetiza o papel da Corte Constitucional numa democracia. Portanto, nesse contexto a resposta correta pressupõe a figura do magistrado como um protetor de princípios que conferem densidade moral às decisões tomadas. Daí porque, embora a decisão possa estar equivocada (juízes também erram), a **busca pelo argumento de princípio a legitima**. (BITENCOURT, CALATAYUD, RECK, 2014, p.119, grifo nosso).



Em seguida, podemos visualizar o terceiro equivoco, onde se afirma que “o Positivismo nega que os operadores do direito decidem conforme considerações morais”. A fim de verificar tal equivoco, é possível visualizar que para o moralismo “o direito necessariamente deve estar vinculado à moral (DIMOULIS, 2006, p.179)”.

Para o positivismo jurídico pode-se verificar que eles não negam que se possa decidir com influência de preceitos morais, a questão que o distingue do pensamento do moralismo é sobre a autorização para recorrer à moral. Essa autorização ocorre “quando o direito em vigor prevê, incorporando em suas disposições referências morais; [...]” ou “quando o legislador atribui ao aplicador o poder discricionário podendo [...] recorrer a critérios morais (DIMOULIS, 2006, p.180)”.

Sendo assim, para Dimoulis (2006) diferente do moralismo, o positivismo jurídico entende inaceitável que se utilize de preceitos morais para corrigir norma de direito válido, considerando este ato como “descumprimento de normas vigentes”, e por fim, pode-se compreender que ele não nega a influencia da moral em relação a aplicação do direito, apenas entende como proibida esta ação em alguns casos.

Por fim então, temos o quarto equivoco que trata da afirmação que “o positivismo reconhece incondicionalmente qualquer comando como jurídico”. Segundo Dimoulis (2006), pode-se considerar um absurdo dizer que o positivismo reconhece qualquer comando como jurídico, uma vez que qualquer expressão seria assim considerada.

Reconhecer um comando como jurídico, não depende somente do “dever ser”, o positivismo exige que a norma pertença ao sistema jurídico, que possua concordância de conteúdos das normas, que possua condições de validade dentro do ordenamento jurídico, considerando a situação fática, que possua legitimidade, enfim, é necessário que ela possa através de procedimentos necessários fazer parte do ordenamento jurídico (DIMOULIS, 2006).

Sendo assim, com base na teoria da inclusão não é necessário que normas desempenhem o papel de incluir no ordenamento jurídico normas imprescindíveis para uma sociedade bem ordenada, bem como, não precisa censurar normas ou omissões legislativas por razões de conteúdos (DIMOULIS, 2006).

Portanto o juspositivista Hart contestou esta afirmação, alegando que “qualquer sistema jurídico deve incluir certos elementos normativos para que possa



adquirir validade de direito (HART, 2002 *apud* DIMOULIS, 2006, p. 181)”, sendo necessário que as normas atendam a objetivos específicos, como por exemplo, a previsão de sanção para quem transgredir qualquer norma, tornando essas normas correspondentes parte de um sistema jurídico, as mais conhecidas como regras de direito natural.

Hart defende a existência de uma norma material que não influencie na sua validade, nem em sua interpretação. Sendo assim, é possível dizer que o positivismo jurídico não estabelece requisitos para o reconhecimento da validade da norma, impõe apenas requisitos ou validade tanto para a norma como para o sistema jurídico, o que comprova que não atribui juridicidade à qualquer norma criada por qualquer autoridade, existe procedimentos para serem assim reconhecidas como normas válidas (DIMOULIS, 2006).

Portanto, para que se deslinde esta questão sobre a tese da separação entre direito e moral, Dimitri Dimoulis (2006) trata sobre argumentos a favor desta tese, o que será abordado no capítulo a seguir, a fim de se confirmar (ou não) se existe uma forma de separar direito e moral.

2 ARGUMENTOS A FAVOR DA SEPARAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL: REALIDADE OU UTOPIA?

Contata-se a importância e relevância da tese da separação para o positivismo jurídico, uma vez que esta define o objetivo do direito, possibilitando a diferenciação do moralismo jurídico (DIMOULIS, 2006).

Logo, com base no que foi visto anteriormente, foi possível constatar que os próprios moralistas não defendem a tese de que obrigatoriamente o ordenamento jurídico devam respeitar os preceitos da moral, tão pouco o fazem os juspositivistas. Sendo assim, os moralistas apenas defendem que no conceito de direito está intrínseco alguns preceitos morais, considerando que nenhum legislador pode ignorá-los mediante sua interpretação (DIMOULIS, 2006).

Portanto, é necessária a discussão da tese da separação apenas em âmbito de definição do direito objetivo, como forma de condição de validade das normas.

A partir daí, pode-se buscar um argumento ao relativismo moral, uma vez que a moral, na concepção de Kelsen (2000, *apud* DIMOULIS, 2006), é algo tido como algo inserto, mutável e subjetivo, uma vez que os valores e senso de justiça são



intrinsecamente ligados aos sentimentos da pessoa humana, logo, como os homens diferem o tempo todo sobre seus sentimentos, logo, os valores e senso de justiça serão sempre diferentes, uma vez que estarão de acordo com a opção de cada um. Esta é considerada a tese mais rigorosa sobre o relativismo moral.

Dimoulis considera uma tese mais moderada, a do autor MacCormick onde este não defende absolutamente a subjetividade da moral, mas alega que as avaliações feitas sobre a moral, são controvertidas, em relação a identificação de conteúdo de normas jurídicas, e com base nisso que se funda a independência do direito na moral, para que haja segurança jurídica ou seja, limite a decisão arbitrária e a liberdade de escolha desses julgadores (MACCORMICK, 1990 *apud* DIMOULIS, 2006).

Portanto, para que essa afirmação seja compreendida, deve-se atentar para a natureza da moral, que se deslinda em uma posição extrema conhecida como “ceticismo” ou também como “não cognitivismo moral”, onde se sustenta algo moral ou imoral de acordo com nossos sentimentos, conformismo e inconformismo com algo ou alguém, o que define nossa posição sobre moral e imoral naquele dado momento, logo, se os sentimentos são a base da moral, ela é mutável, o que impede sua discussão teórica, logo temos uma pluralidade em relação à moral, já que ela depende do ponto de vista de cada indivíduo, e diante desta afirmação seria impossível sua aplicação na modernidade, onde existem crenças e opiniões totalmente diferentes, e que porém, cada um respeita a existência destas várias “fontes morais” que são instituídas devido à diversos fatores culturais e sociais, logo, pode-se chamar isso de paradoxo da moral (DIMOULIS, 2006).

Nesta teoria, portanto, Dimoulis (2006) reconhece que há a aceitação da existência de múltiplos fatores morais, porém quase todos os indivíduos que reconhecem isto, acreditam também apenas um só que é realmente correto e moral.

Com base nisto é possível encontrar duas teorias: a universalista, que acredita que alguns valores morais são corretos e que por isso devem ser considerados, como por exemplo, a consideração de que existem “premissas gerais sobre o bem”; e a teoria relativista, que nega a validade absoluta de premissas morais, e como se relacionam as crenças morais com as situações sociais que a determinam, ou seja, esta teoria impossibilita a visualização de regras morais ambas corretas, porém incompatíveis, sendo assim, o relativismo não é capaz de abstrair o



contexto em que tal pessoa está inserida, o que a fez acreditar no valor A e não no valor B (DIMOULIS, 2006).

Logo, em relação ao juspositivismo, a aceitação de sua tese, não depende da existência de estudo que indique o caráter absoluto e universal de valores morais, logo se considerarmos a moral como relativa, mutável e fluída, esta afirmação recairá sobre a aceitação disso para os positivistas jurídicos, o que, logo não resulta na absoluta aceitação do juspositivismo, já que ele admite a crença em valores absolutos (DIMOULIS, 2006).

Além disso, existe um argumento lógico sobre a separação entre “ser” e “dever ser”, e para lembrar, a validade do direito independe de seu caráter correto, adequado, justo e ético, uma vez que se o direito não o for, ele ainda será uma forma de direito, ou um direito (DIMOULIS, 2006).

Esta afirmação é conhecida como tese lógica a favor do juspositivismo, que resumidamente afirma que o “dever ser” e o “ser”, relacionam-se à validade e eficácia, esta por ser reconhecida como ato da conduta humana (uma vez que é o indivíduo que vai definir se tal norma será ou não eficaz, no momento em que ela obedecer àquela norma), estando então ligada ao “ser”; àquela está ligada ao “dever ser”, onde a norma é imposta e o indivíduo passa a se comportar de tal forma que não a transgrida, relacionando-se a uma conduta puramente de “dever ser” (DIMOULIS, 2006).

Sendo assim, para melhor compreender,

o “dever ser” é um conceito fundamental para compreender o que é uma norma e o porquê de esta norma não pode ter seu conteúdo, que é jurídico, confundido com o conteúdo moral. [...] Logo, o “dever ser” (Sollen) é o sentido subjetivo de qualquer ato de vontade dirigido à conduta de outrem. Ressaltamos, contudo, que nem todo ato de vontade tem como sentido uma norma, pois é necessário que este sentido subjetivo coincida com o sentido objetivo. Nesse caso, estaremos diante de uma norma. (BITENCOURT, CALATAYUD, RECK, 2014, p.159).

E, além disso, ressalta-se que:

se uma norma está em conformidade com a norma superior e há um órgão legítimo que a autoriza, o “dever ser” jurídico não deve “explicação” à ética – ao “dever ser” moral. O que não quer dizer que o autor rejeite a legitimidade da moral ou da religião, embora lhe importe a cisão entre aquelas e o Direito, de tal forma a tornar o Direito uma ciência jurídica independente de fatores externos, pois é sempre delimitado intranormativamente. (BITENCOURT, CALATAYUD, RECK, 2014, p.160).



Em contraponto, Dimoulis (2006) afirma que a questão do “ser” e do “dever ser” são vistas como um dualismo. Enquanto o “dever ser” traduz a questão do direito como ele é, a norma imposta e válida, o “ser” traduz a questão do direito como ele deveria ser com base nas crenças e preceitos morais, porém a lei deve traduzir eficácia e validade, considerando não só a norma objetivamente, mas sim a realidade social, o que levará a produção de efeitos reais, sendo obedecidas pela sociedade.

Segundo Dimoulis (2006), outro argumento importante é o da segurança jurídica e da paz social. Com base nisso, resta claro que a tese da separação tem como objetivo preservar a segurança jurídica, o que exige que o direito seja aplicado puro e simplesmente, sem considerar outros elementos morais que possam resultar em uma decisão incoerente, devido à sua subjetividade no momento da decisão, ou seja, deve ser aplicado “como ele é”.

Além do mais, com base nesta tese, se a norma for aplicada sem intervenção de preceitos morais, e sem subjetividade do aplicador, esta poderá “diminuir o número e a intensidade dos conflitos, garantindo a paz social (DIMOULIS, 2006, p.196)”.

Em relação a esta questão de Paz Social, Kelsen (2000, *apud* DIMOULIS, 2006, p.196) defende que tal segurança jurídica e paz social só poderá ser alcançada com “a aplicação rigorosa e coerente das normas jurídicas estatais”.

Além disso, ambas são essenciais no combate à extensão de poderes do aplicador da norma, que com as mudanças sociais e normas ultrapassadas são responsáveis por transformar o direito, que é o grande responsável por criar o subjetivismo e a arbitrariedade nas decisões, e é por isso que é necessário aprofundar a questão da definição de segurança jurídica (DIMOULIS, 2006).

Para Dimoulis (2006), a segurança jurídica possui incertezas, que pode se tratar em três diferentes dimensões. Primeiro: “princípio estrutural da ordem social capitalista”, uma vez que este sistema necessita de previsibilidade, afirmando que todos são sujeitos de direito e devem ter o mesmo tratamento, não podendo ter decisões em relação a si, de cunho subjetivo; segundo: “princípio fixado em várias disposições do sistema jurídico”, ou seja, defende que não há sanção sem lei que a imponha; e por fim, terceiro: “desejo e interesse dos envolvidos em uma situação de conflito”, onde as partes desejam prever a atuação dos membros da sociedade, diante a situação conflitante.



Enfim, destas três situações, ambas buscam a segurança jurídica, e para se chegar a ela, defende-se que devemos analisar “uma situação objetiva e não uma sensação (DIMOULIS, 2006, p.198)”. Neste caso, sensação é a própria segurança jurídica, a qual depende de diversos fatores racionais e irracionais, e não dependem do risco real que certa pessoa corre.

Sendo assim, na opinião de Dimoulis (2006) o ideal de segurança jurídica é inatingível, uma vez que é impossível prever todas as variáveis em uma situação fática; as normas são imprecisas e por fim existe múltiplas formas de interpretação, e nem sempre a interpretação será a mesma para uma determinada conduta, o autor ainda traz um exemplo claro disso “tratar os iguais de forma igual é uma regra clara. Mas a determinação de quem é igual a quem deixa enormes margens de discricionariedade, de controvérsias e, conseqüentemente, de inseguranças” (DIMOULIS, 2006, p.199).

Portanto, para que a segurança jurídica seja um elemento constante no âmbito jurídico de proteção é necessária a redefinição de princípios que estipulam normas com o aumento de previsibilidade de algumas condutas que podem ter um maior grau de previsão dentro do ordenamento jurídico, diminuindo assim a insegurança, não deixando tanta margem à interpretação e discricionariedade dos aplicadores das normas (DIMOULIS, 2006).

Muito embora acredita-se que os sistemas jurídicos garantam a segurança pública, Dimoulis (2006) entende que é necessário o fortalecimento desta ideia, uma vez que a segurança deve ser tratada de forma objetiva, previsível e de igual tratamento à todos, sendo afastada da automaticidade e estabilidade.

Sendo assim, a segurança jurídica não pode ser tida como argumento da tese da separação, uma vez que ela é de natureza quantitativa, e só poderia ser utilizada se a ela fosse possível atribuir o sentido de preservar competências constitucionalmente distribuídas, independentemente de essas normas serem concretas e estáveis. Por fim, esta segurança jurídica só se apresenta no caso de se preservar a competência dos preceitos e princípios constitucionais (DIMOULIS, 2006).

Outro argumento relevante à tese da separação entre Direito e Moral é o argumento da crítica política, e para Dimoulis (2006) este argumento relaciona-se com uma pergunta: O direito positivo possui legitimidade? O autor afirma que as respostas dependerão da característica de cada ordenamento jurídico, e que a



legitimidade não deve ser apenas tida como inquestionável, ou apenas uma legitimidade dos detentores de poderes.

Ora, se a tese da separação permite que se discorde do direito em vigor, e este argumento tem base no moralismo que considera que o interprete concorde com o resultado de tal interpretação ou apresente sua interpretação moralmente justificada, qual o espaço reservado a crítica do direito, se o moralista abdica do poder de crítica, através da interpretação corretiva e acredita que o aplicador terá para todo caso uma resposta justa (DIMOULIS, 2006).

Sendo assim, se for considerado que o direito depende apenas da vontade de seu criador, não considerando preceitos morais, estamos então permitindo que cada um avalie as normas com base na teoria adotada por cada um (DIMOULIS, 2006).

Sendo assim, a crítica se constrói ao passo que a identificação de normas válidas, permite que se expresse a discordância em relação à certas normas, sendo possível proferir uma condenação moral ao direito, permitindo “contatar o conteúdo das normas jurídicas de forma não subjetiva (DIMOULIS, 2006, p.205)”.

Dimoulis (2006) ainda constata que o que deve mesmo ser considerado na tese da separação não são as características da moral, e sim os elementos de estrutura do próprio direito, o que pode ser compreendido através de um argumento conceitual.

Sobre o argumento conceitual, Dimoulis (2006) faz uma interessante comparação e pede que imaginemos um mundo onde o direito coincida com o fato de que todos possuam e aceitem os mesmos valores morais. Neste caso, não haveria discrepância entre direito e moral, tendo eles apenas uma identidade. Neste caso a moral não teria mais o papel de validação ou correção do direito, o que invalidaria a teoria da conexão, já que ela só possui relevância quando há discrepância entre direito e moral.

Apesar de direito e moral estarem ligados, quando se pensa em direito, logo vemos a figura da justiça ligada à ele, porém, embora ambos tenham semelhança linguística nos idiomas alemão e grego, existe uma separação entre eles, não é possível utilizar-se dessa semelhança para que se realize alguma vinculação conceitual entre ambos, muito embora não é possível considerar que um direito injusto não seja também direito (DIMOULIS, 2006).

Considerando isto, em algum momento direito e moral se confundem, e a tese da separação entre eles é muito mais aceitável do que uma tese de conexão, “ainda



que haja plena coincidência entre mandamentos jurídicos e mandamentos morais, em determinado momento, a fonte de validade de cada um é diferente (POZZOLO, 2006 *apud* DIMOULIS, 2006, p.207)”, e o que se deve considerar é o direito como ele é, uma vez que a tese da separação nada mais é do que “observações e comparações empíricas e teóricas relacionadas à pergunta o que é direito (DIMOULIS, 2006, p.208)”.

Por fim, para Dimoulis (2006) a tese da separação nada mais é do que a fundamentação de considerações da estrutura do direito, e não críticas às incertezas e multiplicidade moral. O que demonstra que mesmo que os mesmos preceitos morais fossem considerados e universalizados, a tese da separação ainda se justificaria, pois não se quer comparar direito e moral, e sim diferenciar sua estrutura da moral.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível saber que o positivismo acredita na total separação entre Direito e Moral, e ataca desde sempre o jusnaturalismo, já que este acredita no direito natural e àquele acredita no direito simplesmente posto, onde os seres humanos criam uma norma e esta é válida somente com base em sua criação, não sendo necessário nenhum outro elemento para que ela seja parte do ordenamento jurídico.

Muito embora os positivistas acreditem nesta separação, eles não negam a influência que a moral possui sobre o direito, o que eles defendem é que a moral não pode ser utilizada como pressuposto da criação do direito como norma válida, para que a norma seja válida ela deve ser criada dentro dos procedimentos adequados para tal, e de forma que a norma exista pois é necessário regular as condutas, e não por que a moral assim exige que seja criada determinada norma para determinada postura da sociedade.

Neste contexto abordado foi possível compreender a posição de cada autor, e suas justificativas para tal. Porém, a questão mais predominante e relevante encontrada até aqui foi a posição de que não há necessariamente conexão ou separação total de direito e moral.

Para Hart a separação entre direito e moral é inaceitável, uma vez que entre eles existem inúmeras afinidades que não podem ser desconsideradas, porém apesar disso ele defende a existência de uma norma material que não se deve



atribuir juridicidade à qualquer norma criada por qualquer autoridade, ele defende a existência de procedimentos para serem assim reconhecidas como normas válidas.

Para Dimoulis, Kelsen e Dworkin, a separação entre moral e direito não é bem vista, uma vez que os juízes e demais aplicadores do direito necessitam fundamentar suas decisões, e para isso, apenas a norma, ou letra fria da lei, não os dá condições de fazê-la satisfatoriamente. Desta forma, é aceitável que estes aplicadores utilizem-se de preceitos morais, não apenas na decisão mas também na interpretação do direito, para que esta se torne uma decisão justa, logo um direito justo para todos.

Sendo assim, Kelsen defende que nada impede que cada cidadão reivindique a positivação daquilo que ele considere moralmente imposto por estar em consonância com a norma moral da justiça, logo pode-se constar que não há uma real necessidade de separação entre direito e moral, o que existe é busca por diferenciar a estrutura do direito e da moral.

Por fim, é o que Dimoulis demonstra em todos os passos de sua obra, uma vez que ele acredita que os criadores de normas e seus aplicadores, se valendo de seu poder discricionário, podem se assim achar adequado se influenciar pela moral, o que significa que não existe um dever de separação ou de junção, apenas é necessário compreender que os valores morais não podem ser tidos ou levados a ser objeto de previsão legal, pura e simplesmente, porém é com eles que o legislador irá fundamentar a criação de certa norma através de sua decisão.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. M.; CALATAYUD, E. D. ; RECK, J. R. **Teoria do Direito e Discricionariedade**: fundamentos teóricos e crítica do positivismo. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**. São Paulo: Método, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, Rodrigo. Neopositivismos: novas ideias sobre uma antiga tese. In: **Teoria do Direito neoconstitucional**. Superação ou reconstrução do positivismo jurídico. DUARTE, E. O.; DIMOULIS, D. (Coords.). São Paulo: Método, 2006.