



**A PROPÓSITO DA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL:
(RE)PENSANDO CLÁUSULAS GERAIS E PRINCÍPIOS**

**FOR THE APPROACH BETWEEN LAW AND MORAL: (RE)THINKING
GENERAL PROVISIONS AND PRINCIPLES**

Mariah Torres Aleixo¹

RESUMO

Discute-se a aproximação entre Direito e moral em tempos de internacionalização dos Direitos Humanos. Para tanto, delineiam-se os conceitos de cláusula geral e princípio, seminais para pensar a Ciência jurídica. Compreender o Direito e – principalmente – os Direitos Humanos e/ou Fundamentais em tempos atuais significa relativizar a dicotomia Direito *versus* moral, fundante do positivismo jurídico moderno.

Palavras-chave: Cláusulas gerais. Princípios. Direito. Moral.

ABSTRACT

Discusses the approach between Law and Morality in times of Human Rights internationalization. For do this, are outlined the concepts of general clause and principle, seminal to consider the legal science. Understand the Law and - especially - the Human or Fundamental Rights in modern times means relativize the Law versus moral dichotomy, founded the modern legal positivism.

Keywords: General clauses. Principles. Law. Moral.

¹Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Pará e Advogada.
E-mail: mariahaleixo@gmail.com.



1 INTRODUÇÃO: NOTAS SOBRE O POSITIVISMO KELSENIANO

Este artigo objetiva demonstrar que a discussão em torno do conceito de cláusula geral e de princípio – categorias do pensamento jurídico – permeia a chamada aproximação entre direito e moral, tão comentada em tempos presentes.

Toma-se como ponto de partida o positivismo jurídico, maneira de conceber e praticar o Direito que foi difundida em meados do século XIX e até hoje permanece ativa entre os juristas, inclusive no modo de ensinar e praticar o Direito. Em termos gerais, o positivismo, enquanto corrente filosófica

[...] designa várias doutrinas filosóficas do séc. XIX, como as de Stuart Mill, Spencer, March e outros, que se caracterizam pela valorização de um método empirista e quantitativo, pela defesa da experiência sensível como fonte principal do conhecimento, pela hostilidade em relação ao idealismo, e pela consideração das ciências empírico-formais como paradigmas de cientificidade e modelos para as demais ciências. (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2008, p. 222).

É com Kelsen (2006) e sua *Teoria Pura do Direito* que o positivismo jurídico se solidifica nos países da “civil Law.” Influenciado pelas ideias positivistas de Comte e seus seguidores e pelo Círculo de Viena², do qual participava, o autor pretendeu firmar as bases da Ciência do Direito.

Para ser reconhecido enquanto ciência era preciso que o Direito fosse dotado de um objeto e um método. De acordo com as influências que recebeu e pensando dentro dos esquemas da sua época (ascensão e consolidação da modernidade)³ o autor austríaco estabeleceu que o objeto da Ciência do Direito é a norma, entendendo-se por norma o mandamento emanado por uma autoridade estatal competente. Mesmo que outros autores já tivessem aventado para a importância das leis postas, foi Kelsen quem ofereceu suma importância à norma do modo que conhecemos hoje, ao ponto de direito ser confundido com norma jurídica. O monismo, isto é, a ideia de que o direito advém única e exclusivamente do Estado também está expresso na concepção pura de Direito kelseniana.

² Segundo Japiassú; Marcondes (2008), o Círculo de Viena foi: “[...] associação fundada na década de 20 por um grupo de lógicos e filósofos da ciência, tendo por objetivo fundamental chegar a uma *unificação* do saber científico pela eliminação dos conceitos vazios de sentido e dos *pseudoproblemas* da metafísica e pelo emprego do famoso critério da *verificabilidade*, que distingue a ciência (cujas proposições são verificáveis) da metafísica (cujas proposições inverificáveis devem ser supressas)”, grifos no original.

³ “Em um sentido geral, a modernidade se opõe ao classicismo, ao apego aos valores tradicionais, identificando-se com o racionalismo, especialmente quanto ao espírito crítico, e com as ideias de progresso e renovação, pregando a libertação do indivíduo do obscurantismo e da ignorância através da difusão da ciência e da cultura em geral”, conferir em JAPIASSÚ; MARCONDES (2008, p. 190).



Segundo este pensamento, à Ciência do Direito caberia a tarefa de descrever as normas por meio de um método que pode ser caracterizado como subsuntivo-dedutivo. A análise dos fatos deve ser feita sob o ponto de vista da norma posta, buscando encaixá-los nesta.

Buscando caracterizar o Direito indubitavelmente como ciência, o autor procurou esvaziar da seara jurídica tudo aquilo que não pudesse ser empiricamente verificável, que não pudesse compor uma relação de causalidade, ou seja, tudo aquilo não fosse considerado científico. Assim, operou a separação crucial entre moral e Direito, pois a moral era considerada apenas como juízo de valor, na medida em que existem diversas morais e seria impossível estabelecer uma moral absoluta, universal, conforme se pretende que as normas sejam. A ciência jurídica para o autor se ocupa somente do mundo do “dever ser” e não do “ser”, os fatos só são importantes para o Direito se forem verificáveis em uma norma jurídica.

Assim, o pensamento jurídico moderno e atual encontra-se impregnado das dicotomias kelsenianas: fato *versus* norma, ser *versus* dever ser, direito *versus* moral. Advém principalmente da dicotomia entre Direito e moral a (pretensão de) neutralidade de Ciência do Direito: ao jurista, cabe a abstração do pensar o Direito livre de qualquer juízo valorativo.

Ocorre que os problemas com os quais juízes, advogados, promotores, procuradores e demais operadores da justiça tem se deparado apresentam-se cada dia mais complexos e aparentemente insolúveis com a simples aplicação da subsunção das normas estatais disponíveis. Afora isso, o pós-segunda guerra mundial trouxe consigo “[...] um fortalecimento do ideal de proteção dos direitos humanos, os quais se consagram como paradigma ético de referência na ordem internacional [...]” (CAMPOS; BASTOS JÚNIOR, 2012, p. 258).

Diante disso, surgem esforços teóricos que intentam se adequar melhor ao contexto atual delineado acima, propondo inclusive romper com a separação entre Direito e moral, um dos cânones do positivismo jurídico. A elaboração, uso e desenvolvimento das mais diversas acepções dos conceitos de cláusula geral e princípio se insere nesse cenário. Para delinear tais conceitos, serão utilizados os referenciais de Engisch (1983), Alexy (2008) e Dworkin (2007).

2 DRIBLANDO PROBLEMAS NA SUBSUNÇÃO: O CONCEITO DE CLÁUSULA GERAL EM ENGISCH

É por meio do pensamento do jurista alemão Karl Engisch (1983) que se abordará o conceito de cláusula geral. Em virtude da insegurança na realização da subsunção, dos

Volume 87, número 2, jul./dez. 2015



múltiplos métodos de interpretação que podem ser feitos a respeito da aplicação de determinada norma e dos diversos conceitos do que seja a interpretação restritiva e extensiva, o autor descreveu e delimitou o que são as chamadas cláusulas gerais no Direito.

De acordo com o jurista alemão, a cláusula geral pode ser considerada gênero do qual (1) o conceito jurídico indeterminado, (2) o conceito normativo e (3) o conceito discricionário são espécies, apesar de haver cláusulas gerais que não possuem nenhuma destas três características. Cabe aqui uma pequena digressão a respeito destas três espécies de conceitos até se chegar às cláusulas gerais propriamente ditas.

Afirma o autor que a maioria dos conceitos jurídicos são indeterminados. Eles caracterizam-se por apresentarem um *núcleo* conceitual, isto é, o significado a respeito do qual não se tem dúvida, e, ao mesmo tempo, um *halo* conceitual, ou seja, uma parte daquele conceito em que começam a surgir dúvidas a respeito de seu significado/uso na prática jurídica. Engisch (1983) lista diversos exemplos baseados na legislação alemã da época em que escreveu. Trazendo a questão para a realidade brasileira, podem-se oferecer dois exemplos de conceito jurídico indeterminado advindo do campo penal:

Art. 233. Praticar ato obsceno em lugar público, ou aberto ou exposto ao público: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.[...] Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime: Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa. (BRASIL, Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro 1940).

Ora, do exposto, pode-se questionar: o que é ato obsceno? Que ações o definem? Aparecer sem roupas em local público pode ser caracterizado como ato obsceno? Manter relações sexuais em local público também? Não há resposta única e determinada a respeito do que pode ser entendido como ato obsceno, mas supõe-se que há um *núcleo* conceitual na medida em que seria um ato que deve ser restrito somente à esfera privada do indivíduo, não devendo ser feito/praticado em público. A partir desta definição há todo um *halo* conceitual sobre o que é ou não obsceno no caso concreto.

Do mesmo modo pode-se questionar o que significa incitação ao crime. Usar uma camisa que defende a prática do aborto seria incitação? Difundir um discurso de intolerância religiosa em rádio e televisão também pode ser considerado incitação ao crime? Mais uma vez, a resposta não será unívoca, mas da mesma forma que o ato obsceno, estabelece-se o *núcleo* conceitual a *contrario sensu*, isto é, assentando-se o entendimento de que o incentivo da prática de qualquer conduta que não seja criminosa não pode ser classificado como



incitação ao crime. A definição de qual conduta é ou não incitação faz parte do *halo* próprio de um conceito jurídico indeterminado na lição de Engisch (1983).

Dando seguimento à explanação, têm-se os conceitos jurídicos normativos. Eles podem ser caracterizados de diversas formas de acordo com o autor que discorre sobre eles. Porém, o autor alemão coloca duas maneiras de entendê-los: o conceito jurídico normativo é (1) aquele que carece de preenchimento valorativo (1983, p. 213) ou (2) é aquele que é o oposto do conceito descritivo e “[...] que só em conexão com o mundo das normas se tornam representáveis e compreensíveis” (1983, p. 212). Conceitos presentes no artigo 7º e demais incisos da Constituição Federal de 1988 (CF/88) como: justa causa, seguro - desemprego, fundo de garantia por tempo de serviço, décimo terceiro salário⁴, entre outros, são conceitos normativos representativos desta segunda categoria, pois sua definição é feita por meio de outras leis, como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ou leis específicas sobre tais assuntos.

O autor, porém, prefere a primeira conceituação, afirmando que o conceito normativo é inclusive uma espécie de conceito jurídico indeterminado, na medida em que exige um preenchimento do conceito – mas por meio de uma valoração de outra ordem que não a jurídica – para ser delimitado. O jurista oferece pistas sobre como se determina o que é vil, indigno ou pornográfico, para usar os exemplos do autor. Por meio da subjetividade do aplicador do Direito, de valorações anteriores e da valoração feita por uma quantidade representativa de indivíduos é que deve ser feita a valoração do conceito normativo que esteja em discussão, como sugere Engisch (1983).

Partindo para a espécie dos conceitos discricionários, pode-se afirmar que estes se caracterizam por serem indeterminados e normativos, mas não somente isto, eles estão ligados à valoração pessoal de um agente a quem é conferido por lei o direito de determinar o que é o justo. Nas palavras do autor:

[...] o resultado a que chegamos com referência à tão discutida discricionariedade é, portanto, este: que pelo menos é possível admitir – na minha opinião é mesmo de admitir – a existência de discricionariedade no seio da nossa ordem jurídica conformada pelo princípio do Estado de Direito. De discricionariedade, note-se, neste sentido: no sentido de que, no domínio da administração ou no da jurisdição, a

⁴ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; II – seguro-desemprego em caso de desemprego involuntário; III – fundo de garantia por tempo de serviço; [...]; VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria; [...]”



convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo espaço de jogo será havida como sendo a melhor e a justa (1983, p. 227-228).

Depois de sucintamente explicar os conceitos jurídicos indeterminados, normativos e discricionários, resta dizer que a cláusula geral, que abarca os três conceitos acima explicitados, é “[...] uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico, todo um domínio de casos.” (1983, p. 229). Opõe-se, assim, à casuística, que determina (e restringe) detalhadamente o número de casos que a lei abrangerá. Muitas vezes as cláusulas gerais *lato sensu* são utilizadas juntamente à técnica casuística, representada como um rol exemplificativo (ou, muitas vezes, taxativo) de situações nas quais aquilo poderá ocorrer. Interessante exemplo de uso da cláusula geral juntamente ao casuismo pode ser encontrado no artigo 5º da Lei 11.340/2006, popularmente conhecida como lei Maria da Penha⁵, onde o *caput* do dispositivo legal funciona como cláusula geral e os demais incisos como parte casuística.

As cláusulas gerais – que possuem, na maioria das vezes, ao menos uma entre as três características: indeterminação, normativismo e discricionariedade – constituem formas de desvinculação do juiz ou qualquer outro intérprete / aplicador do Direito às leis. Engisch (1983) parte do postulado que de o método do Direito é a subsunção e, encontrando uma série de incertezas e problemas nesta, envolvendo principalmente a existência de cláusulas gerais no ordenamento jurídico alemão, defende que quando não for possível operar a subsunção pura e simples, será necessário interpretar os conceitos indeterminados, normativos e discricionários presentes nas cláusulas gerais.

Para o autor interpretação e subsunção apresentam-se como ações conexas, com o diferencial de que na interpretação há de ser feita a valoração. O preenchimento de conceitos indeterminados, normativos e discricionários é o que significa valorar. Engisch (1983) fala de uma valoração objetiva, baseada em definições legais a respeito de certos termos como casamento, menoridade, entre outros; e também que leve em consideração o que na época e na sociedade em que se vive possa ser considerado, por exemplo, vil ou pornográfico, pois “[a]

⁵ “Art. 5º. Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação [...]”.



lei aqui é antes de opinião de que há concepções morais dominantes pelas quais o juiz se deve deixar orientar” (1983, p. 237), a chamada moral objetiva.

Nota-se assim, que a moral aparece como um componente “externo” ao Direito, que deve ser utilizado sempre que for necessária a interpretação de uma cláusula geral para se realizar a subsunção. Nesse caso, a aproximação do Direito com a moral ocorre de maneira tímida, pois, apesar de trazer algo inicialmente estranho à ciência jurídica para a discussão (no caso, a moral, usada para realização da valoração), o autor permanece com os pilares fincados no positivismo jurídico quando se reporta unicamente às leis como objeto do Direito e por acreditar – e portanto, não questionar – o método da subsunção.

3 PONDERANDO PRINCÍPIOS OU LEVANDO OS PRINCÍPIOS A SÉRIO

Com o desenvolvimento da ciência jurídica no decorrer do século XX até os tempos hodiernos, ganhou destaque o conceito de princípio. Ocorre, porém, que este é plurissignificativo, pois de acordo com cada autor que o descreve/teoriza, há uma concepção diferente do que se pode entender por princípio no Direito.

Um dos motivos para que o conceito de princípio tenha ganhado importância advém justamente da (necessidade de) aproximação do Direito com a moral, defendida por juristas e diversos acadêmicos. Aqui será feita abordagem dos princípios, sem pretensão de esgotar o tema, por meio do pensamento de Alexy (2008) e Dworkin (2007).

Alexy (2008) é um autor alemão que escreveu parte seminal de sua obra no pós-segunda guerra. Considera-se a base de seu pensamento sobre direitos fundamentais a distinção entre regras e princípios.

Os princípios, de acordo com o autor, são mandamentos de otimização, constituem normas que devem ser cumpridas em determinado grau, enquanto que as regras são normas que somente podem ser obedecidas ou não obedecidas (nas palavras do autor, “satisfeitas ou não satisfeitas”).

Para Alexy (2008), o conflito entre regras é distinto do conflito entre princípios pela própria natureza desses tipos de normas jurídicas. Quando há um conflito entre regras, ele deve ser resolvido por meio da criação de uma cláusula de exceção na regra, ao passo que no conflito entre princípios, há de se fazer a colisão entre eles, observando, pelas circunstâncias, qual o que prevalece ou não naquele caso concreto.



O autor assevera ainda que as normas de direitos fundamentais possuem tanto estrutura de princípio quanto estrutura de regras; há também a possibilidade de elas possuírem caráter misto, funcionando tanto como princípios quanto como regras.

É importante ressaltar a relação que o autor faz entre os princípios e os valores. Alexy não enxerga diferença significativa entre eles. Os conceitos estariam divididos em deontológicos (podem ser reduzidos ao conceito de “dever” ou de “dever-ser”), axiológicos (relacionado ao conceito de bom) e antropológicos (guardam relação com vontade, interesse, necessidade, decisão e ação). Disso apreende-se que os princípios são conceitos deontológicos e os valores são conceitos axiológicos; essa seria, para o autor, a diferença básica entre eles.

Desta pequena explanação, pode-se depreender que Alexy (2008) identifica os princípios como uma espécie de normas, complexificando o entendimento a respeito do objeto da Ciência do Direito que seria, em princípio, somente as leis em sentido estrito.

Interessante notar também que o autor elabora seu argumento de distinção entre regras e princípios pensando nos direitos fundamentais. Disso, pode-se inferir que e emergência de um conjunto de mandamentos ético-jurídicos pautados na dignidade da pessoa humana, os chamados direitos humanos ou direitos fundamentais, não podem ser compreendidos apenas segundo o esquema kelseniano.

Ao que parece, a formulação dos princípios feita por Alexy (2008) procurou abarcar as noções de dignidade, liberdade, justiça, sem as quais nenhum ordenamento jurídico em vigor pode sobreviver nos dias de hoje. Desde a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948 e da fundação da Organização das Nações Unidas (ONU), esta espécie de direitos têm se consolidado em âmbito internacional. É um caminho sem volta.

Parte-se agora para a concepção de princípio de Dworkin (2007), jurista norte-americano com vasta obra sobre direito e Filosofia Política que rejeita a ideia de que o Direito é uma simples matéria de fato, pois defende o que denominou Direito como integridade, que seria aquele que concebe que as questões políticas sobre como devem e o que devem decidir os tribunais fazem parte do Direito, e não somente as discussões sobre a legalidade. Para ele, o Direito tem caráter eminentemente interpretativo.

Por meio da metáfora do juiz Hércules o autor exemplifica como um juiz que concebe o Direito como integridade julgaria. O faria considerando, além de suas convicções íntimas, a moral política estabelecida e as peculiaridades do caso concreto.



O autor trabalha com as decisões do juiz, centrando seus argumentos sempre naquilo que os juízes fazem ou devem fazer para tomar “a melhor decisão”, uma vez que na concepção de Direito do autor há a possibilidade de existir a melhor decisão e não diversas decisões corretas possíveis.

O norte-americano afirma que os juízes divergem sobre questões morais, e que, portanto, essa moralidade – a moral política da sociedade – está inserida no Direito e não apartada dele. Os juristas, diz o autor, não discutem sobre o que o Direito é, mas sobre o que ele deve ser, de acordo com os princípios advindos da moral política construída historicamente por decisões políticas anteriores – mas não somente isso – a moral política advinda das concepções do intérprete do texto legal à luz do contexto, que é diferente caso a caso. Pode-se dizer, por isso, que para Dworkin (2007) o direito é construído intersubjetivamente, razão pela qual o autor afirma que ele é uma prática social argumentativa.

O direito como integridade de Dworkin (2007), guarda o devido respeito pelas decisões anteriores, é preciso sempre estar atento ao que dizem os precedentes. Porém, essas decisões passadas não valem somente pelo que decidiram *de per se*, mas, principalmente, pelos princípios da moral política em que se fundamentam. Assim, quando não mais se sustenta a assertiva de que determinada ação está proibida ou permitida, por exemplo, é preciso atentar aos princípios sobre os quais aquilo se fundamentou ou se fundamenta, verificando, construtivamente – e usando as etapas pré-interpretativa, interpretativa e pós-interpretativa⁶ – o que está colocado como um direito a ser assegurado. Daí pode-se depreender a concepção de princípios do autor.

Ao contrário do que concebe Alexy (2008), ao dizer que os princípios no Direito são mandamentos de otimização, para Dworkin (2007) eles são mandamentos morais. Não precisam estar expressamente (no caso, de maneira literal) escritos em leis ou jurisprudência para serem compreendidos enquanto tais, basta que, emanando da interpretação, sejam de alguma maneira minimamente consensual, aceitos pela comunidade política. Afora isso, o

⁶ Dworkin, buscando refinar a interpretação construtiva, identificou três etapas na interpretação: (1) a pré-interpretativa, (2) a interpretativa e (3) a pós-interpretativa. Na etapa pré-interpretativa ocorre a identificação dos textos, como romances, peças, leis, precedentes, ocorre o reconhecimento em meio a tantas “regras sociais que não têm rótulos que as identifiquem” (2007, p. 81). Na etapa interpretativa são identificadas justificativas para aquilo que foi identificado na etapa pré-interpretativa, como as justificativas para que a cortesia ainda seja uma convenção social a ser obedecida, para usar o exemplo do autor. Continuando no mesmo exemplo, na última etapa, a pós-interpretativa, é quando a ideia do que a cortesia realmente é se ajusta às justificativas da etapa interpretativa.



autor não estabelece uma maneira de aplicar os princípios, não é preciso aplicar um em detrimento do outro conforme o esquema de Alexy (2008) sugere, podendo cumular princípios e não somente dois, mas quantos forem os que emergirem da situação concreta que esteja sob análise.

O Direito como integridade de Dworkin (2007) pode ser entendido também como uma coerência de princípios, analisados entre passado, presente e futuro, com vistas a tomar uma decisão mais adequada ao presente. Percebe-se, então, que atividade do juiz, segundo esta concepção, torna-se muito mais árdua, talvez por isso a utilização da metáfora do juiz Hércules para descrever como seria julgar segundo o Direito como integridade.

Dworkin (2007) identifica, ainda, a equidade e a justiça como princípios da moral política reconhecidos na prática jurídica norte-americana. A equidade é, segundo o autor, mais ligada aos procedimentos garantidores de alguma igualdade democrática, nesse sentido a regra de maioria das sociedades democráticas seria um exemplo de equidade.

A justiça, por sua vez, é um princípio mais ligado aos resultados, ao resultado de uma decisão que beneficie todos os que devem ser beneficiados. Está ligado à ideia de uma decisão com um resultado satisfatório.

O autor assevera que, quando estão envolvidas questões de princípio, há uma tendência geral de as pessoas rejeitarem soluções conciliatórias. Um exemplo é a questão do aborto no Brasil: sabe-se que o aborto é permitido somente em caso de estupro, risco de vida para a mãe e quando o feto é anencéfalo. Ora, quem defende que o aborto não deva ser realizado qualquer que seja a ocasião, provavelmente, conforme se demonstra vastamente nos meios de comunicação, condena também a prática até nos casos em que a lei permite, demonstrando que quando se envolvem questões de princípio, as pessoas ou os grupos que tem determinada concepção não querem simplesmente que “se beneficie a todos”, mas que aquela concepção seja tida como a mais correta entre tantas.

Essa rejeição às soluções conciliatórias em questões de princípio faz Dworkin (2007) crer que a integridade, entendida como coerência de princípio, seja também um princípio que permeia a moral política norte-americana, assim como a justiça e a equidade.

Observa-se, a partir do exposto que, enquanto Alexy (2008) parece ter construído sua concepção de princípio relacionando o direito à moral, no sentido de que para aplicar/efetivar/ compreender os direitos fundamentais se faz necessário recorrer a algo mais que somente normas abstratas sem conteúdo outro que não seja o jurídico. Para conseguir lidar com ideias de justiça, dignidade e liberdade, próprias da aproximação da moral com o



campo jurídico, já exemplificadas alhures, era preciso outra categoria de normas, no caso, os princípios.

Porém, Dworkin (2007) é mais radical no que concerne à aproximação entre moral e Direito, pois para ele falar em Direito é falar da moral política da sociedade, não há de se falar da moral como algo apartado, “externo” ao âmbito jurídico, mas, ao contrário, inerente a ele. A interpretação também não aparece como uma espécie de ato de vontade, em que profissional do direito decide interpretar ou não a norma que se apresenta no caso, como ocorre na teorização de Engisch (1996). Em Dworkin (2007), a interpretação é inerente à prática jurídica, não há questão de Direito que não se interprete, pois qualquer concepção pretensamente neutra de Direito é a concepção que o indivíduo elege como a melhor interpretação deste.

Diante disso, pode-se afirmar que entre os autores apresentados, Dworkin (2007) é quem, de forma mais radical, (re)aproxima o Direito da moral. O conceito de Cláusula Geral e Princípio no Direito perpassa a discussão em torno desta (re)aproximação. Percebe-se que ambos os conceitos abordados aqui, Cláusula Geral e Princípio, são tentativas de resolver problemas advindos do paradigma do positivismo jurídico, quais sejam, o problema do transbordamento dos fatos para se realizar a subsunção e a dificuldade de lidar com os direitos fundamentais que por essência preconizam questões metajurídicas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: MUDANÇA(S) DE PARADIGMA

O físico austríaco Fritjof Capra (2006) postula que o mundo atual vive uma crise de paradigmas, representada e sentida por meio das grandes incertezas que se experimenta no tempo presente. Esta crise, característica do momento de transição que estamos vivendo, possui três pilares fundamentais, quais sejam: o declínio do patriarcado, da era do combustível fóssil e também do paradigma de pensamento cartesiano, pautado na célebre frase de Descartes, “penso, logo existo”.

Importa, sobretudo, o último pilar desta crise: o paradigma cartesiano, caracterizado principalmente pela extrema valorização do que é científico, como aquilo que pode ser indubitavelmente medido, descrito, provado. Durante muito tempo a civilização ocidental se sustentou por meio deste pilar, mas ele vem dando sinais de esgotamento.



O positivismo jurídico kelseniano, considerado fundante do que se convencionou chamar de Ciência do Direito, pode ser identificado como parte do paradigma deste pensamento cartesiano.

A crescente aproximação entre Direito e moral, que ocorre timidamente com a elaboração do conceito de cláusula geral em Engisch (1983) e posteriormente se radicaliza com o conceito de princípio em Alexy (2008) e Dworkin (2007), rompe com uma das principais dicotomias do positivismo jurídico, que é a dicotomia Direito *versus* moral.

Tendo em conta a análise “macro” feita por Capra (2006), isso de modo algum representa o risco para a ciência jurídica, mas caracteriza os tempos de crise e transição em que se vive, onde, deparando-se com as incertezas do “transbordamento” dos fatos e da ascensão dos Direitos Humanos, responde-se de forma criativa, valorizando o que outrora foi colocado como não científico.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. A estrutura das normas de direitos fundamentais. In: _____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/ind.asp>.

_____. **Decreto - Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-norma-pe.html>>.

_____. **Lei n. 11.340 de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2006/lei-11340-7-agosto-2006-545133-norma-pl.html>>.

CAMPOS, Thiago Yukio Guenka; BASTOS JÚNIOR, Luís Magno Pinto. Por uma delimitação conceitual do controle judicial de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos: diálogos entre ordem interna e internacional. In: ANNONI, Danielle (Org.). **Direito internacional dos direitos humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Conceito, 2012.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.



ENGISCH, Karl. Direito dos juristas: conceitos jurídicos indeterminados, conceitos normativos, poder discricionário. In: _____. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. cap. 6, p. 205-255.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.