

DIREITO E MORAL

O nosso objetivo neste texto é apresentar e explicitar alguns critérios usados pela doutrina para distinguir o direito da moral, mas sem querer com isso esgotar o assunto. Os critérios utilizados neste trabalho são aqueles que mais facilmente se apresentam em uma primeira análise. Os critérios escolhidos foram pesquisados em obras de diferentes autores, sendo posteriormente feita uma contraposição entre eles. Ao final, concluimos que as características, embora estejam mais frequentemente em um tipo de norma que em outra, não pode ser considerada exclusiva e ainda, que a pretensão de separar direito e moral, restou-se frustrada, já que é a partir das regras morais que surgem as regras jurídicas e estas são justificadas por aquelas, ou seja, diferentemente do que muitos pensam é a moral que justifica o direito.

The objective of this text is to present and explain some of the criteria used by the legal doctrine to distinguish between law and moral, but without approaching the theme extensively. The criterium used in this study are easily presented in first analysis. The criterium were researched in the literature of different authors, and afterwards points of contrasts were highlighted. In the end, it was concluded that despite some characteristics being more frequent in one type of norm than in another, these must not be considered exclusive. Additionally, the objective to separate law and moral, remained unsuccessful, since legal rules arise from moral rules, latter justify the former. Moreover, in contrast to what is commonly believed in the legal-philosophical community, it is in fact moral that justifies law.

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Autonomia e Heteronomia
3. Normas categóricas e normas hipotéticas
4. Unilateralidade e Bilateralidade
5. Coercibilidade
6. Conclusão
7. Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

Há muito tempo os juristas tentam separar em campos opostos o direito e a moral. Entendemos que se trata de tarefa bastante árdua, especialmente para nós. Isto se deve ao fato de que, em nossa concepção de tais sistemas normativos, não há verdadeira cisão. No máximo podem estar um pouco afastados um do outro, mas nunca totalmente separados.

Para facilitar o entendimento da relação existente entre o direito e a moral, criaremos uma situação hipotética: um campeonato de natação.

Suponhamos que o campeonato será disputado por somente dois nadadores. Cada um nadará em raias diferentes. Embora exista uma raia para cada nadador, pode ser que durante a competição um nadador invada a raia do seu adversário, mas logo ele retornará para a sua. Assim os nadadores sempre nadarão lado a lado, cada um em sua raia, mas na mesma piscina e sempre buscando o mesmo objetivo, qual seja a vitória.

Assim também acontece com a moral e o direito, ambos sempre caminham lado a lado e com objetivos semelhantes. Existem elementos comuns entre eles, mas também aqueles que os diferenciam. Tanto o direito quanto a moral estão juntos na mesma piscina, digo, na mesma sociedade, ou seja, o direito e a moral pressupõem a existência de uma sociedade para se efetivar. E esta sociedade depende do direito e da moral para existir, pois, sem as suas regras os indivíduos não conviveriam harmonicamente. Ou seja, direito e moral buscam realizar o mesmo objetivo na vida social: a regulação dos interesses e vontades particulares para que os indivíduos possam viver em equilíbrio.

O nosso objetivo neste texto é apresentar e explicitar alguns critérios usados pela doutrina para distinguir o direito da moral, mas sem querer com isso esgotar o assunto. Os critérios que iremos utilizar são:

- Autonomia e Heteronomia
- Normas Categóricas e Normas Hipotéticas
- Unilateralidade e Bilateralidade
- Coercibilidade

2 AUTONOMIA E HETERONOMIA

Um critério bastante utilizado para tentar separar o direito da moral é o que separa as normas em autônomas e heterônomas.

Dizemos que uma norma é autônoma quando a pessoa que recebe o comando é aquela que comanda. São regras que o indivíduo, por meio da razão, elabora para si mesmo. É soberana, não reconhece nenhuma outra norma, e nunca deve ser determinada por inclinações sentimentais. Nas palavras de Kant apud, BOBBIO, 1997, p. 62: “a autonomia da vontade é a qualidade que a vontade tem de ser lei para si mesma (independentemente de uma qualidade qualquer dos objetivos do dever)”.

Já as regras heterônomas são derivadas, por antítese, do conceito de heteronomia. E por isso, pressupõem a existência de dois sujeitos, o primeiro seria aquele que comanda que ordena, enquanto o segundo é aquele que recebe o comando, o destinatário da norma. Portanto, são pessoas distintas o emissor e o destinatário. Aqui julgamos ser necessário, como fizemos no critério anterior mostrar as palavras de Kant:

Quando a vontade busca a lei que deve determiná-la num lugar diferente de onde esta acostuada, segundo as suas máximas a instituir uma legislação universal, quando, conseqüentemente, superando a si mesma, busca esta lei na qualidade de alguns dos seus objetos, resulta sempre de tudo isso uma heteronomia. A vontade não dá então a lei para si mesma: é o objeto, ao contrário, que lhe dá, por efeito das suas relações com ela. (Kant apud BOBBIO, 1997, p. 63)

Esta distinção, de matriz Kantiana, acaba por concluir que somente as regras morais poderiam ser autônomas. Como já foi dito só a moral é capaz de fazer com que o indivíduo estabeleça regras para ele mesmo. A regra moral surge não das experiências práticas do homem, mas antes disso, ela surge da razão humana. Vejamos isto nas próprias palavras de Kant apud BOBBIO,1997,p.52: “O princípio da obrigação não deve ser buscado aqui na natureza do homem, nem nas circunstâncias nas quais ele é colocado neste mundo, mas a priori exclusivamente nos conceitos da razão pura”.

No pensamento de Kant, o legislador da regra moral é interno, e as regras morais decorrem da razão pura prática do sujeito moral.

A regra moral e a regra jurídica são, no fundo, ambas autônomas, uma vez que as regras jurídicas também são criadas pela razão prática dos sujeitos que representam certa coletividade e esta razão prática é idêntica à do representado. Entretanto, o motivo determinante para o cumprimento da regra moral é a adesão do agente. Já a ação jurídica requer apenas a conformidade da ação à regra, não a adesão interna. Então ainda que a razão do agente não dê sua adesão à regra jurídica elaborada pelo legislador, aquele estará obrigado a cumpri-la.

Assim, podemos então concluir que as regras jurídicas são heterônomas, ou seja, o legislador das normas jurídicas é externo.

3 NORMAS CATEGÓRICAS E NORMAS HIPOTÉTICAS

Outro critério utilizado para fazer tal distinção, e que também remonta a Kant, é o que separa os comandos em imperativos categóricos e imperativos hipotéticos. Esta distinção se baseia na forma de se expressar o comando, ou seja, se é expresso por um juízo categórico ou hipotético. Ao contrário das leis naturais, as leis que se referem ao homem não descrevem uma ação, mas sim prescrevem.

Os imperativos categóricos podem ser definidos como aqueles que prescrevem uma ação que é boa em si mesma. O indivíduo a executa porque acredita que elas são boas, e não porque o seu descumprimento possa gerar para ele uma consequência não desejada. Um exemplo de norma categórica é o seguinte: “Não se deve mentir”.

Os imperativos hipotéticos, ao contrário, prescrevem uma ação que é boa para se atingir um fim desejado, assim podemos dizer que ela é cumprida somente porque se deseja algo que está depois dela, que somente se alcança depois de cumprida a norma. É exemplo de imperativo hipotético o seguinte: “Se você quiser sarar do resfriado, deve tomar aspirina”.

Segundo Kant os imperativos categóricos pertencem à legislação moral. Quanto aos imperativos hipotéticos ele não fala com clareza se pertencem à legislação jurídica, mas pelo estudo sistemático de sua obra é possível concluir que sim.

4 UNILATERALIDADE E BILATERALIDADE

A unilateralidade é uma característica das regras morais. Elas existem numa relação do indivíduo consigo mesmo, não é necessária a presença de nenhuma outra pessoa. Isso podemos deduzir das características atribuídas à moral até aqui.

Já a relação jurídica só se realiza na relação entre pelo menos duas pessoas, o direito não se efetiva individualmente ou entre uma pessoa e uma coisa.

Vejamos a doutrina:

A relação jurídica é o vínculo que põe duas pessoas, uma perante a outra, em relativa igualdade de condições. (MACHADO, 1995. p. 284)

A moral conhece apenas deveres, enquanto o direito reconhece os deveres, mas também os direitos. No âmbito do Direito, o dever pressupõe a existência de um direito. É o conceito de direito o ponto de partida do pensamento jurídico, e não o conceito de dever.

5 COERCIBILIDADE

O terceiro critério que usaremos é o da coercibilidade, mas para que comecemos realmente a tratar do caráter diferenciador entre o direito e a moral, julgamos que seria melhor fazer alguns esclarecimentos preliminares.

Coação ou coerção? São palavras sinônimas ou não?

Não podemos afirmar nem que sim e nem que não. A doutrina sobre o assunto é bastante controversa, há autores que as usam como sinônimas e outros que acreditam ser duas palavras distintas. Aqui adotaremos o entendimento de que se trata de palavras com significados diferentes.

Falaremos primeiro do conceito de coação.

Coação é um termo técnico que possui dois significados que são utilizados no âmbito jurídico.

O primeiro significado é aquele usado pelo Código Civil, que nesse caso é sinônimo tanto de violência física quanto psíquica.

A coação no Código Civil trata-se de um ato que quando praticado torna uma situação fática, que praticada sem sua interferência seria lícita, em ilícita, ou seja, para a realização de um negócio jurídico, por exemplo, são necessários de certos requisitos, um deles é a vontade livre de vícios. A coação quando exercida, não modifica a vontade, ela continua a ser a mesma, mas modifica a sua emissão, que passa a ser diferente da vontade real.

O segundo significado é o mais importante para o nosso estudo. A coação, então, é entendida como força organizada para fins do próprio direito.

O direito precisa dessa força organizada para garantir a efetividade de suas normas.

Vejamos os comentários da doutrina a este respeito:

Coação, portanto, significa duas coisas: de maneira genérica, tal como aquela configurada no art. 151 do C.C., corresponde à violência, à força que interferindo, vicia o ato jurídico; em sua segunda acepção, não é o contraposto do direito, mas é ao contrário, o próprio Direito enquanto arma da força para garantir o seu cumprimento. A astúcia do Direito consiste em valer-se do veneno da força para impedir que ela triunfe... (REALE.2003, p.71)

A coação como violência ou ameaça de violência imposta à vontade da parte, é velha conhecida dos juristas, mas não podemos dizer o mesmo da coerção. A coerção passou a ser utilizada pelos juristas mais recentemente, precisamente no século passado.

Procuramos em nosso dicionário da língua portuguesa, o significado para as duas palavras. A palavra coação possui dois significados, assim são palavras homônimas, homógrafas e homófonas, ou seja, com mesma grafia e pronúncias, mas de origens etimológicas e significados diferentes. O significado que nos interessa é:

- Coação - ato ou efeito de coagir; jur. constrangimento, violência física ou moral imposta a alguém para que faça ou deixe de fazer ou permita que se faça alguma coisa. De origem latina, vem de *coactio*, *onis* radical *coactum*, *cogere*.
- Coerção – ato ou efeito de repressão; jur. força exercida pelo Estado para fazer valer o direito; coibição. De origem latina, vem de *coercio*, *onis* ? *coercene*.

O resultado fica mais interessante quando recorremos aos dicionários de filosofia. Neles as características mais marcantes nos dois termos são a individualidade da coação e a generalidade da coerção, ou seja, a coação encontra-se no agente físico, enquanto a coerção atinge a coletividade, visto que ela decorre da lei.

O Professor Edgar Godói da Mata Machado ao falar do assunto adota a posição de diferenciar a palavras coação e coerção, e mostrando preferência por essa última, termina o assunto da seguinte forma:

defeitos, assim, estamos certos, alguns equívocos iniciais usaremos em nosso estudo o termo coerção, embora reconheçamos ser essencial, mesmo para a compreensão da tese que sustentamos, nunca perder de vista a sinonímia entre o vocábulo preferido e coação. (MACHADO,1999, p.37)

Assim como o ilustre professor, o nosso vocábulo preferido será coerção.

Agora podemos então voltar ao nosso assunto principal, ou seja, os critérios de distinção entre direito e moral.

Nas várias citações de diferentes autores que fizemos para demonstrar como eles diferem a moral e o direito de maneira igual, mas com palavras diferentes, é claro o posicionamento deles em relação a esse critério. Em todas elas, os autores colocam a moral como sendo incoercível e o direito como coercivo.

Não se pode obrigar alguém ao cumprimento de uma regra moral, ela deve ser cumprida espontaneamente. Para Kant, a regra moral deve ser cumprida simplesmente porque é dever. Ela deve contar com a adesão do agente. Se ao contrário, se cumpre a regra moral por intervenção de fatores externos ao agente, ela deixa de ser moral.

Diferentemente a regra jurídica é cumprida por meio da coerção. Coerção esta exercida pelo Estado, através de leis que se não forem obedecidas terão como consequência uma sanção.

Desta consequência somos levados a outro critério distintivo: a sanção externa e a sanção interna.

Quando desobedecemos a uma regra moral, podemos sofrer uma sanção, que será somente interna. A sanção interna é aquilo que comumente chamamos de remorso, é a

culpa que sentimos por ter praticado o ato moralmente rejeitado. Assim ela reforça a autonomia da regra moral.

A regra jurídica descumprida enseja também uma sanção, mas uma sanção externa, imposta pelo Estado, pela força institucionalizada.

Gostaríamos de fazer aqui uma observação sobre sanção. A sanção comumente é usada para designar uma conseqüência desagradável advinda do descumprimento de uma norma. Mas o termo sanção não se refere somente a castigo. As normas premiais impõem sanções, mas sanções que em nada são desagradáveis, pelo contrário, elas facultam um benefício aos cumpridores da norma.

De todos os critérios utilizados, acreditamos ser este último o mais fraco.

No mesmo sentido comente Machado:

Não é a coerção que define o direito, nem quanto a seu conteúdo nem na maneira pela qual se exprime; isto é, a determinação exterior da vontade, pelo uso da força física, suposto monopólio do Estado, não diz o que é o direito nem distingue a regra de direito das outras normas de conduta humana, as morais e as de mera convenção social. (MACHADO, 1999, p.241)

6 CONCLUSÃO

Em nosso texto, procuramos não ficar presos a somente uma corrente de pensamentos e nem a um só autor, buscamos refletir sobre o entendimento de vários, mas nos surpreendemos, pois não há muita divergência entre eles, quanto à distinção entre direito e moral, o que existe são diferentes formas de dizer basicamente a mesma coisa.

Vejamos os conceitos de alguns destes pensadores.

Para Miguel Reale, a diferença entre Direito e moral seria:

a moral é incompatível com a violência, com a força, ou seja, com a coação, mesmo quando a força se manifesta juridicamente organizada. O filho que, mensalmente, paga a prestação alimentícia por força do imperativo da sentença, só praticará um ato moral no dia em que se convencer de que não

está cumprindo uma obrigação, mas praticando um ato que enriquece espiritualmente, com tanto mais valia quanto menos pesar nele o cálculo do interesse. (REALE, 2003, p. 46)

Vicente Ráo expõe o seguinte pensamento:

Na verdade, se ambas têm por objeto os atos humanos, uma, a moral, os encara, por modo predominantemente, em seu momento interno, volitivo, ao passo que a outra, o Direito, os regula precipuamente quando se exteriorizam. (1999, p. 72)

Paulo Dourado de Gusmão (2008, p.72) termina o seu capítulo referente ao Direito e a moral com a seguinte frase: “o direito é heterônomo, bilateral e coercível, enquanto a moral é autônoma, unilateral e incoercível”.

Adolfo Sánchez Vasquez também tem o mesmo posicionamento.

Vejamos o que ele diz:

dado que a moral cumpre-se como já assinalamos uma função social vital, manifesta-se historicamente desde que o homem existe como ser social e, portanto, anteriormente a certa forma específica de organização social (a sociedade dividida em classes) e da organização do Estado. Dado que a moral não exige a coação estatal, pode existir antes da organização do Estado. O direito, ao contrário, por depender necessariamente de um dispositivo coercitivo externo de natureza estatal, acha-se ligado ao aparecimento do Estado. (VASQUEZ, 2000, p. 100)

A lei moral é mais comprometedora, pois como está diretamente relacionada com a consciência humana, ela nos impõe que além de não prejudicar, não fazer o mal aos outros, que pratiquemos o bem; ela quer que façamos algo de bom em si, sem recompensas.

A norma jurídica não tem esse mesmo intuito, ela é menos comprometedora na medida em que quer somente que nos abstenhamos de praticar o mal.

Neste sentido, comenta a doutrina do Direito:

a moral se importa exclusivamente com o caráter; se a lei se ocupa com o caráter é porque vê nele apenas a possível fonte de ações exteriores, interessa-se, por exemplo, pelo caráter anti-social do criminoso, exposto pelo seu crime, tão somente pelo fato de permitir que se anteveja a prática de novos delitos. (RADBRUCH, 1999, p. 5)

Ao submetermos a norma moral e a jurídica à legalidade, a norma jurídica continuará sendo jurídica, mesmo que para o seu cumprimento seja necessário provocar naquele indivíduo, ao qual ela está dirigida, o temor da pena. A moral não se pode obter a força, a legalidade à qual ela está submetida é somente interna, ou seja, de cada indivíduo. Mais uma vez reforça o mesmo autor: "a moral não se obtém à força, fato tão verdadeiro quanto poder coagir alguém ao cumprimento do dever, mas não ao sentimento do dever, da responsabilidade". (RADBRUCH, 1999, p. 6).

Queremos dizer que não possuímos aqui a pretensão de explorar todos os critérios existentes para fazer tal distinção, mas apenas destacar os pontos que entendemos ser mais relevantes e ajudar aqueles que iniciam os estudos jurídicos a passar por esse primeiro obstáculo. Devemos ressaltar, contudo, que não obstante tudo o que falamos o que há é uma tentativa de encontrar critérios que possam fazer a distinção, mas temos que ter em mente que o critério não é exclusivo do direito ou da moral. O que podemos dizer é que predominantemente a moral é constituída por norma autônomas e categóricas, mas com isso não excluimos a possibilidade destas características estarem presentes nas normas jurídicas e vice-versa e até mesmo em outros tipos normativos que não fizeram parte de nossos estudos, como as normas religiosas, as costumeiras entre outras.

Portanto, o que houve até hoje foi somente a tentativa de separar a moral e o direito. Acreditamos ser impossível tal pretensão, pois é a partir das regras morais que surgem as regras jurídicas e estas são justificadas por aquelas, ou seja, diferentemente do que muitos pensam é a moral que justifica o direito, lembrando aqui o que já falamos anteriormente, que a moral surge da razão humana, daquilo que ela entende como correto diante da universalidade. Assim, a regra jurídica deve estar o mais próxima possível das regras

morais e das costumeiras, para que efetivamente seja aceita pela sociedade à qual ela se destina e conseqüentemente seja cumprida.

O dever ético, que apresenta sua lei ao nosso querer e agir, é de natureza tríplice: as regras de um agir bom, adequado e justo produzem a moralidade, o costume e finalmente o direito. (RADBRUCK, 1999, p. 01).

É como um bolo que tem como principais ingredientes a farinha e os ovos, que depois de pronto não é possível identificá-los, mas sem eles o bolo não existiria. Assim é o direito, que se forma a partir da moral e dos costumes. Habitamos-nos a ver o direito como sendo auto-suficiente, como se ele tivesse começo e fim nele mesmo. Kelsen ao escrever a Teoria Pura do Direito, foi bastante criticado quando recorreu a Norma Fundamental para explicar a origem do direito, deixando assim de ser uma teoria pura do direito. E o que seria então a norma fundamental senão regras morais, ou seja, aquelas criadas pela razão humana.

O direito quando insiste em se desligar de suas origens, quando acredita ser possível preocupar-se somente com as exterioridades das ações humanas, comete um grande erro, pois não existem relações entre seres humanos realizadas sem algum tipo de sentimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 3. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2005.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 36. ed. rev. com alt. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MATA MACHADO, Edgar de Godói da. **Elementos de teoria geral do direito: introdução ao direito**. 4. ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 1995.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. 4.ed.rev. Coimbra: Armenio Amado, 1961. 2v.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos: noções gerais, direito positivo, direito objetivo, teoria geral do direito subjetivo, análise dos elementos que constituem os direitos subjetivos** . 6. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética**. 29. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.