

Tercio Sampaio Ferraz Junior



Introdução ao Estudo do Direito

Técnica, Decisão, Dominação

7ª Edição
Revista e ampliada

SÃO PAULO
EDITORA ATLAS S.A. - 2013

© 1987 by Editora Atlas S.A.

1. ed. 1988; 2. ed. 1994; 3. ed. 2001; 4. ed. 2003;
5. ed. 2007; 6. ed. 2008; 7. ed. 2013

Foto da capa: Agência Keystone
Composição: Lino-Jato Editoração Gráfica



Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Ferraz Junior, Tercio Sampaio,

Introdução ao estudo do direito : técnica, decisão, dominação /
Tercio Sampaio Ferraz Junior. – 7. ed. – São Paulo : Atlas, 2013.

Bibliografia.

ISBN 978-85-224-7565-0

1. Direito 2. Direito – Estudo e ensino I. Título.

93-3637

CDU-340.11

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito : Introdução 340.11

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184
do Código Penal.

Depósito legal na Biblioteca Nacional conforme Lei nº 10.994,
de 14 de dezembro de 2004.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil



Editora Atlas S.A.
Rua Conselheiro Nébias, 1384
Campos Elísios
01203 904 São Paulo SP
011 3357 9144
atlas.com.br

identifica como jurídico: a justiça formal não *pertence* ao jogo, mas é o *limite* do jogo. Se dentro desses limites, porém, o jogo é justo ou injusto, isto é *problema* da justiça material, de seus princípios éticos e de sua moralidade (material).

7.3 Direito e moral

Pelo que dissemos, a justiça é o *princípio* e o *problema* moral do direito. É preciso, porém, esclarecer uma última questão: como se distingue o direito da moral e como se comporta a validade das normas jurídicas perante as exigências dos preceitos morais de justiça.

Primeiramente, é preciso reconhecer certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois, se não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral. Não obstante isso, ambos não se confundem, e marcar a diferença entre eles é uma das grandes dificuldades da filosofia do direito.

A distinção mais famosa proposta pelo pensamento ocidental corresponde à tese segundo a qual normas jurídicas dizem respeito à conduta *externa* do indivíduo, sendo indiferente aos motivos e às intenções, ao passo que os preceitos morais referem-se ao aspecto *interno* do comportamento. A distinção é vaga e ambígua, e não resiste a um exame acurado. Não se pode negar que motivos e intenções são relevantes para o direito. Basta ver os problemas que, no Direito Penal, aparecem quando se procura qualificar o comportamento criminoso conforme a intenção *do-losa* do agente ou a simples *culpabilidade* por negligência. Por sua vez, os preceitos morais não são indiferentes à exterioridade da conduta, até mesmo quando a intenção é tida como boa: de boas intenções, como diz o provérbio, o inferno está cheio. Mesmo na moral, há diferença entre *excusa* e *justificação*, pois, se a boa intenção pode ser uma excusa – *mentir* ao paciente sobre sua morte próxima para evitar-lhe um sofrimento maior –, ela não justifica a mentira como conduta moral.

Outro critério de distinção costuma ser apontado na *instância* que qualifica o comportamento. Diz-se que a moralidade dos atos repousa na própria subjetividade de quem age, enquanto o direito exige instâncias objetivas. Em consequência, a imoralidade do ato exige arrependimento do agente, ou seja, o tribunal da moral é a própria consciência, enquanto no direito a pressão para o cumprimento da ação lícita é objetiva e depende de instâncias externas ao agente. Aqui, também há dificuldade em se sustentar a tese. Embora não se possa negar que o remorso é um importante e decisivo componente da moralidade, não resta dúvida de que o ato imoral vem frequentemente seguido de reprovação social até fisicamente agressiva. Por outro lado, a instância subjetiva no julgamento dos atos não

é indiferente ao direito, como o mostra a distinção referida entre dolo e culpa ou a inaceitabilidade de que o estrito cumprimento da lei possa ser usado como um meio para prejudicar alguém.

Uma terceira possibilidade estaria em distinguir direito e moral pelo fato de que normas jurídicas passam a existir por deliberação e promulgação, ao passo que os preceitos morais desconhecem essa exigência. A fórmula "esta lei entra em vigor na data da sua publicação" não tem qualquer sentido para preceitos morais. Não obstante isso, é preciso reconhecer que, no caso das normas costumeiras, estamos diante de normas jurídicas para as quais não há também deliberação e promulgação.

Apesar das dificuldades, algumas distinções podem, porém, ser reconhecidas e aceitas (cf. Hart, 1961:181). Vejamos, em primeiro lugar, a questão da interioridade e da exterioridade. A despeito da objeção apontada, há uma diferença importante entre a norma jurídica e o preceito moral. Enquanto aquela *admite* a separação entre a ação motivada e o motivo da ação, o preceito moral sempre os considera solidariamente. Isto é, o direito *pode* punir o ato independentemente dos motivos – por exemplo, nos casos de responsabilidade objetiva – mas isto não ocorre com a moral, para a qual a motivação e a ação motivada são inseparáveis. Veja que isso não altera a objeção levantada, pois, apesar dessa distinção, não devemos concluir que a moral diga respeito *só* a aspectos internos e o direito, a aspectos externos do comportamento.

Também quanto à instância de reprovação dos atos, algo pode ser reconhecido. Pelo menos, podemos dizer que as sanções morais nunca são conteúdo de seus preceitos, ao passo que normas jurídicas são caracterizadas por prescreverem expressamente suas sanções. A isso se acrescenta outro aspecto: enquanto o direito admite as chamadas normas permissivas de conteúdo próprio, a permissão moral é sempre *a contrario sensu*, ou seja, permitido é o que não é moralmente proibido ou obrigatório. O direito e só o direito permite expressamente. Isto tem uma consequência importante. Os sistemas normativos jurídicos podem ser autossuficientes, pois contêm normas sobre o reconhecimento, a mudança e a aplicação do próprio direito. A moral não tem normas secundárias, salvo se a jurisdicizamos.

Posto isto, vejamos, então, qual a eventual implicação do preceito moral sobre a validade jurídica. A questão já foi discutida, quando falamos nas relações entre direito e justiça. A justiça enquanto código doador de sentido ao direito é um princípio *regulativo* do direito, mas não *constitutivo*. Ou seja, embora o direito imoral seja destituído de sentido, isto não quer dizer que ele não *exista* concretamente. A imoralidade faz com que a obrigação jurídica perca sentido, mas não torna a obrigação jurídica juridicamente inválida. A distinção é sutil, mas importante. O exemplo dos condenados pelo nazismo, referido, pode esclarecer o assunto. A compulsoriedade da condenação em nome da vinculabilidade da obri-

gação jurídica não desaparecia com a injustiça do ato. O que *constitui* o direito e que lhe confere realidade é o *estabelecimento* de relações metacomplementares, hierárquicas, de autoridade/sujeito. Nesses termos, o direito é uma organização de relações de poder. Seu princípio constitutivo é a impositividade autoritária. Todavia, seu princípio regulativo, que lhe confere *sentido*, é a justiça. Analogamente, não é impossível um jogo de futebol com 15 jogadores e quatro goleiros, embora o sentido do jogo venha, no limite, a perder-se. Da mesma forma, um direito imoral pode existir (constituir-se), embora perca *sentido* como direito.

Para entender isso, é preciso esclarecer um pouco a noção de *sentido*. Conforme o uso que estamos fazendo dela, a expressão tem relação com a orientação do homem no mundo. É importante não confundir, porém, *sentido* com *objetivo* ou *finalidade*. Esta última tem relação com a função das coisas, aquilo para que elas servem. Contudo, como nota H. Arendt (1981:167), o sentido das coisas não se reduz àquilo para que elas servem ou, por exemplo, o sentido do trabalho de um carpinteiro não se reduz aos utensílios, nem mesmo à finalidade dos utensílios que ele produz. Por isso, é possível que, muito embora a carpintaria continue a ter uma finalidade, o trabalho do carpinteiro venha a perder sentido. *Sentido*, assim, tem relação com a *valia* das coisas, com sua *dignidade intrínseca*. É isto que nos permite dizer, por exemplo, que um trabalho dignifica o homem, ainda que tenha um valor relativo, momentaneamente, para a sociedade. Assim, a perda do sentido não altera a factualidade da existência, pois algo ou alguém ou uma atividade qualquer pode continuar existindo em que pese ter perdido o sentido. A perda do sentido afeta, porém, a orientação do homem.

Podemos entender, desse modo, por que a arbitrariedade é sempre mal vista no mundo jurídico. A renúncia ao sentido comum, ao que pode ser *em comum*, *priva* o direito de seu sentido. Um direito estabelecido arbitrariamente constitui-se como tal e pode mesmo servir a alguma finalidade. E, como tal, pode gozar de império, ser reconhecido como válido e até ser efetivo. O direito, porém, como ato de poder não tem seu sentido no próprio poder. Só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da moralidade em face do direito. É possível implantar um direito à margem ou até contra a exigência moral de justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a consequente perda de sentido. Aí está a força.

A noção de sentido tem relação, afinal, com a ideia de *senso comum*. *Senso comum* não como faculdade que têm todos os homens – uma espécie de capacidade interna que permite a todos pensar, conhecer, julgar –, mas como um mundo comum a todos e no qual todos se encontram. *Senso comum*, portanto, não é uma capacidade solitária, que cada qual exerce independentemente dos outros e que, não obstante isso, pode fazer que todos cheguem às mesmas conclusões (por exemplo, que dois mais dois sejam iguais a quatro); é, porém, a presença

de um mundo comum, base do que se pode chamar de *senso comum* (Arendt, 1981:221). Ou seja, senso comum é algo que o homem experimenta em contato com os outros e não solitariamente. Por isso, também nesses termos, a exigência moral de justiça é uma espécie de condição para que o direito tenha um sentido. A arbitrariedade, assim, priva o direito de seu sentido, porque torna as normas de conduta mera imposição, unilateral, que prescinde dos outros enquanto um mundo comum. Daí a inevitável conotação da arbitrariedade com violência e conseqüente redução do sujeito passivo das normas a uma espécie de impotência confundida com obediência.

O direito, em suma, privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com seu direito, este é um enigma, o enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despuddorado cinismo.

AFT
Aire
ALE
ARL
—
—
AR
195
AR
cor
AS
ber
AU
—
AU
AY
AZ
Sã