

Miguel Reale

— ◊ —  
LIÇÕES PRELIMINARES  
DE DIREITO  
— ◊ —

FILOSOFIA E TEORIA  
GERAL DO DIREITO  
BIBLIOTECA

27ª edição ajustada ao novo  
Código Civil  
8ª tiragem

2009



Editora  
**Saraiva**

DIREITO DO ESTADO  
BIBLIOTECA

CORTESIA  
DA  
EDITORIA E DO AUTOR

## CAPÍTULO V

# DIREITO E MORAL

SUMÁRIO: A teoria do mínimo ético. Do cumprimento das regras sociais. Direito e coação. Direito e heteronomia. Bilateralidade atributiva. Breves dados históricos. Confronto com as normas de trato social.

Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito. Não pretendo, num curso de Introdução ao Estudo do Direito, esgotar o assunto mas, apenas, dar alguns elementos necessários para que os senhores não confundam os dois conceitos, sem, todavia, separá-los. Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las. Ao homem afoito e de pouca cultura basta perceber uma diferença entre dois seres para, imediatamente, extremá-los um do outro, mas os mais experientes sabem a arte de distinguir sem separar, a não ser que haja razões essenciais que justifiquem a contraposição.

Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, mas é possível limitarmo-nos a alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico<sup>1</sup>.

---

1. Para maiores desenvolvimentos, *vide* a nossa *Filosofia do Direito*, 19.<sup>a</sup> ed., cit., Título XI, págs. 621 e segs.

## A TEORIA DO MÍNIMO ÉTICO

Em primeiro lugar, recordemos a teoria do “mínimo ético”, já exposta de certa maneira pelo filósofo inglês Jeremias Bentham e depois desenvolvida por vários autores, entre os quais um grande jurista e politicólogo alemão do fim do século XIX e do princípio do seguinte, Georg Jellinek.

A teoria do “mínimo ético” consiste em dizer que o Direito representa apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, é indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.

Assim sendo, o Direito não é algo de diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas.

A teoria do “mínimo ético” pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que “tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral é jurídico”.

São aceitáveis os princípios dessa doutrina? Será certo dizer que todas as normas jurídicas se contêm no plano moral? Será mesmo que o bem social sempre se realiza com plena satisfação dos valores da subjetividade, do bem pessoal de cada um?

Começemos por observar que fora da Moral existe o “imoral”, mas existe também o que é apenas “amoral”, ou indiferente à Moral. Uma regra de trânsito, como, por exemplo, aquela que exige que os veículos obedeçam à mão direita, é uma norma jurídica. Se amanhã, o legislador, obedecendo a imperativos técnicos, optar pela mão esquerda, poderá essa decisão influir no campo moral? Evidentemente que não.

Há um artigo no Código de Processo Civil, segundo o qual o réu, citado para a ação, deve oferecer a sua contrariedade no prazo de 15 dias. E por que não de 10, de 20, ou de 30? Se assim fosse, porém, influiria isso na vida moral? Também não.

Outro preceito do Código Civil estabelece que os contratos eivados de erro, dolo ou coação, só podem ser anulados dentro do prazo de 4 anos. Por que não no prazo de 5 anos ou de 3 anos e meio? São razões puramente técnicas, de utilidade social, que resolvem muitos problemas de caráter jurídico. Não é exato, portanto, dizer que tudo o que se passa no mundo jurídico seja ditado por motivos de ordem moral.

Além disso, existem atos juridicamente lícitos que não o são do ponto de vista moral. Lembre-se o exemplo de uma sociedade comercial de dois sócios, na qual um deles se dedica, de corpo e alma, aos objetivos da empresa, enquanto que o outro repousa no trabalho alheio, prestando, de longe em longe, uma rala colaboração para fazer *jus* aos lucros sociais. Se o contrato social estabelecer para cada sócio uma compensação igual, ambos receberão o mesmo quinhão. E eu pergunto: é moral? Há, portanto, um campo da Moral que não se confunde com o campo jurídico. O Direito, infelizmente, tutela muita coisa que não é moral. Embora possa provocar nossa revolta, tal fato não pode ficar no esquecimento. Muitas relações amorais ou imorais realizam-se à sombra da lei, crescendo e se desenvolvendo sem meios de obstá-las. Existe, porém, o desejo incoercível de que o Direito tutele só o “lícito moral”, mas, por mais que os homens se esforcem nesse sentido, apesar de todas as providências cabíveis, sempre permanece um resíduo de imoral tutelado pelo Direito.

Há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes. Podemos dizer que dessas duas representações — de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes, — a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral.

As representações gráficas têm vantagens e desvantagens. Entre as desvantagens está a de se simplificar excessivamente os problemas. Servem, no entanto, no início dos estudos, como pontos de referência para ulteriores pesquisas.

## DO CUMPRIMENTO DAS REGRAS SOCIAIS

Se analisarmos os fatos que se passam em geral na sociedade ou os que nos cercam em nossa vida cotidiana, verificamos que regras sociais há que cumprimos de maneira espontânea. Outras regras existem, todavia, que os homens só cumprem em determinadas ocasiões, porque a tal são coagidos. Há pois uma distinção a fazer-se quanto ao cumprimento espontâneo e o obrigatório ou forçado das regras sociais.

A qual dessas categorias pertencerá a Moral? Podemos dizer que a Moral é o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, Moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo realiza o ato enunciado pela norma. Não é possível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência. Só é possível praticar o bem, no sentido próprio, quando ele nos atrai por aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros, pela força que venha consagrar a utilidade ou a conveniência de uma atitude. Conquanto haja reparos a ser feitos à Ética de Kant, pelo seu excessivo formalismo, pretendendo rigorosamente que se cumpra “o dever pelo dever”, não resta dúvida que ele vislumbrou uma verdade essencial quando pôs em evidência a espontaneidade do ato moral.

A Moral, para realizar-se autenticamente, deve contar com a adesão dos obrigados. Quem pratica um ato, consciente da sua moralidade, já aderiu ao mandamento a que obedece. Se respeito meu pai, pratico um ato na plena convicção da sua intrínseca valia, coincidindo o ditame de minha consciência com o conteúdo da regra moral. Acontecerá o mesmo com o Direito? Haverá, sempre,

uma adequação entre a minha maneira de pensar e agir e o fim que, em abstrato, a regra jurídica prescreve? No plano da Moral, já o dissemos, essa coincidência é essencial, mas o mesmo não ocorre no mundo jurídico.

O exemplo que vou dar esclarece o assunto. É um exemplo trazido de minha experiência profissional, e que pode repetir-se com qualquer dos senhores, nesta vida cheia de imprevistos e de dramas que nos deixam perplexos. Certa vez, fui procurado por um casal de velhos — de quase 80 anos — que me expôs a sua situação de insuficiência econômica, carecedores que estavam dos mais elementares meios de subsistência. Como diziam os romanos, na sua compreensão realística da vida, a velhice é a pior das doenças. Pois bem, o casal de velhos revelou-me que tinha um filho, um industrial de grande capacidade econômica, possuidor de várias fábricas e estabelecimentos comerciais e que, entretanto, não admitia que seus prepostos ou a esposa prestassem qualquer auxílio a seus pais. Ora, o Código Civil brasileiro, como o de todas as nações civilizadas, consagra o princípio da solidariedade econômica entre os cônjuges e os parentes. Nesse sentido, os descendentes não podem faltar à assistência devida aos pais e avós, toda a vez que estes se encontrem em dificuldades econômicas, por motivos que não possam ser superados. É, evidentemente, um preceito de ordem jurídica e, ao mesmo tempo, de ordem moral. É o princípio de solidariedade humana, ou melhor, de solidariedade familiar que dita a regra jurídica consagrada nos códigos. Se a lei civil estabelece a obrigação de prestar alimentos, por sua vez, o Código de Processo assegura aos necessitados remédios indispensáveis à realização desse *desideratum*, graças à interferência do juiz.

Admitamos — como no caso concreto que me foi dado apreciar como advogado — que o filho não ceda a qualquer razão e se recuse, obstinadamente, a prestar assistência a seus genitores. Não restará aos pais senão uma via — a de propor uma ação que se chama “ação de alimentos”. Feita a prova, com a demonstração de carência econômica dos interessados e da abastança do filho, para pagar a quantia arbitrada pelos peritos, o juiz proferiu a sentença, condenando o descendente a pagar uma prestação alimentícia mensal.

Essa sentença, depois da apelação, passou em julgado, isto é, tornou-se uma sentença da qual não cabia qualquer recurso. Sentença passada em julgado é aquela contra a qual não é possível mais recorrer: é uma sentença que se tornou exequível, por terem os órgãos do Poder Judiciário se pronunciado de maneira definitiva sobre a lide. Tínhamos uma sentença e podíamos, com ela, promover a execução e até a penhora dos bens do filho, a fim de garantir o que tinha sido decidido pelo juiz.

O filho passou a efetuar, mensalmente, o pagamento da pensão, mas com revolta: vencido, mas não convencido. Eu lhes pergunto: Até que ponto a regra moral coexistiu, nesse caso, com a regra jurídica? Até que ponto o pagamento se tornou moral? A regra moral de assistência aos ascendentes coexistiu com a regra jurídica até o momento em que se tornou indeclinável o recurso à força, através do Judiciário. No momento em que os pais compareceram ao pretório para propor a ação, visando à prestação compulsória do dever filial, a partir desse instante a regra moral não acompanhou mais a regra jurídica, mas entrou em eclipse por falta de apoio no plano da consciência do obrigado.

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 o enriquece espiritualmente, com tanto mais valia quanto menos pesar nele o cálculo dos interesses.

#### DIREITO E COAÇÃO

O cumprimento obrigatório da sentença satisfaz ao mundo jurídico, mas continua alheio ao campo propriamente moral. Isto nos demonstra que existe, entre o Direito e a Moral, uma diferença básica, que podemos indicar com esta expressão: *a Moral é incoercível e o Direito é coercível*. O que distingue o Direito da Moral, portanto, é a coercibilidade. Coercibilidade é uma expressão técnica que

serve para mostrar a plena compatibilidade que existe entre o Direito e a força.

Há três posições diferentes em face da relação entre o Direito e a força: uma teoria imbuída de eticismo absoluto, que sustenta que o Direito nada tem a ver com a força, não surgindo, nem se realizando graças à intervenção do poder público. Haveria, segundo os adeptos dessa doutrina, no tocante ao Direito, a mesma incompatibilidade que há com a Moral. Essa teoria, como se vê, idealiza o mundo jurídico, perdendo de vista o que efetivamente acontece na sociedade.

Em campo diametralmente oposto, temos a teoria que vê no Direito uma efetiva expressão da força. Para Jhering, um dos maiores jurisconsultos do passado milênio, o Direito se reduz a “norma + coação”, no que era seguido, com entusiasmo, por Tobias Barreto, ao defini-lo como “a organização da força”. Ficou famoso o seu temerário confronto do direito à “bucha do canhão”, o que se deve atribuir aos ímpetos polêmicos que arrebatavam aquele grande espírito.

Segundo essa concepção, poderíamos definir o Direito como sendo a *ordenação coercitiva da conduta humana*. Esta é definição incisiva do Direito dada pelo grande mestre contemporâneo, Hans Kelsen, que, com mais de noventa anos, sempre se manteve fiel aos seus princípios de normativismo estrito.

A título de ilustração, cabe lembrar que Jhering simbolizava a atividade jurídica com uma espada e uma balança: o Direito não seria o equilíbrio da balança se não fosse garantido pela força da espada, consoante é exposto em seu famoso livro *A Luta pelo Direito*, que a minha geração lia com entusiasmo e que é pena ande tão esquecido, tantas são as lições magistrais que encerra sobre a dignidade das tarefas do jurista.

A teoria da coação, se logrou larga adesão na época do predomínio positivista, foi depois alvo de críticas irrespondíveis, a começar pela observação fundamental de que, via de regra, há o cumprimento espontâneo do Direito. Para milhares de contratos que se executam espontaneamente, bem reduzido é o número dos que geram conflitos sujeitos a decisão judicial. Não se pode, pois, definir a realidade jurídica em função do que excepcionalmente acontece.

Por outro lado, a coação já é, em si mesma, um conceito jurídico, dando-se a interferência da força em virtude da norma que a prevê, a qual, por sua vez, pressupõe outra manifestação de força e, por conseguinte, outra norma superior, e, assim sucessivamente, até se chegar a uma norma pura ou à pura coação... Foi essa objeção que Hans Kelsen procurou superar com a sua teoria da "norma fundamental", que analisaremos numa de nossas aulas.

O que há, porém, de verdade na doutrina da coação é a verificação da compatibilidade do Direito com a força, o que deu lugar ao aparecimento de uma teoria que põe o problema em termos mais rigorosos: é a teoria da *coercibilidade*, segundo a qual *o Direito é a ordenação coercível da conduta humana*.

A diferença está apenas em um adjetivo, mas é fundamental. Para uns, a força está sempre presente no mundo jurídico, é imanente a ele, e, portanto, inseparável dele. Para outros, a coação no Direito *não é efetiva, mas potencial*, representando como que uma segunda linha de garantia da execução da norma, quando se revelam insuficientes os motivos que, comumente, levam os interessados a cumpri-la.

A teoria da coercibilidade, certa enquanto revela a possibilidade de haver execuções jurídicas compulsórias, sem que isso comprometa a sua juridicidade deixa-nos, porém, no vestibulo do problema, pois surge logo a seguinte pergunta: "Que é que explica essa compatibilidade entre o Direito e a força?"

## DIREITO E HETERONOMIA

Pelos exemplos dados até agora já se vê que podemos obedecer ou não às normas de direito das quais somos destinatários. Elas são postas pelo legislador, pelos juízes, pelos usos e costumes, sempre por terceiros, podendo coincidir ou não os seus mandamentos com as convicções que temos sobre o assunto.

Podemos criticar as leis, das quais dissentimos, mas devemos agir de conformidade com elas, mesmo sem lhes dar a adesão de nosso espírito. Isto significa que elas valem *objetivamente*, independentemente, e a despeito da opinião e do querer dos obrigados.

Essa *validade objetiva e transpessoal* das normas jurídicas, as quais se põem, por assim dizer, acima das pretensões dos sujeitos de uma relação, superando-as na estrutura de um querer irredutível ao querer dos destinatários, e o que se denomina *heteronomia*. Foi Kant o primeiro pensador a trazer à luz essa nota diferenciadora, afirmando ser a Moral *autônoma*, e o Direito *heterônomo*. Nem todos pagam imposto de boa vontade. No entanto, o Estado não pretende que, ao ser pago um tributo, se faça com um sorriso nos lábios; a ele, basta que o pagamento seja feito nas épocas previstas. Nada mais absurdo e monstruoso do que a idealização de um *homo juridicus*, modelado segundo o Direito e destinado a praticá-lo com rigorosa fidelidade às estruturas normativas.

Há, no Direito, um caráter de "alheidade" do indivíduo, com relação à regra. Dizemos, então, que o Direito é *heterônomo*, visto ser posto por terceiros aquilo que juridicamente somos obrigados a cumprir.

Dirão os senhores que os terceiros são o Estado e que o Estado é constituído pela sociedade dos homens, de maneira que, em última análise, estamos nos governando a nós mesmos. É uma satisfação poder pensar que nós mesmos estamos nos governando e ditando regras a que devemos obedecer. Nem sempre, contudo, existe essa aquiescência, porque posso estar contra a lei, em espírito, mas ser obrigado a obedecê-la. A lei pode ser injusta e iníqua mas, enquanto não for revogada, ou não cair em manifesto desuso, obriga e se impõe contra a nossa vontade, o que não impede que se deva procurar neutralizar ou atenuar os efeitos do "direito injusto", graças a processos de interpretação e aplicação que teremos a oportunidade de analisar. É inegável, porém, que, em princípio, o direito obriga, sendo o característico da heteronomia bem mais profundo do que à primeira vista parece. Daí podermos dar mais um passo e dizer que *o Direito é a ordenação heterônoma e coercível da conduta humana*.

Surge agora esta pergunta: O Direito é coercível e heterônomo como razão última, ou assim se apresenta em virtude de um outro requisito, este sim essencial?

## BILATERALIDADE ATRIBUTIVA

Durante muito tempo, os juristas, sob a influência da Escola Positivista, contentaram-se com a apresentação do problema em termos de coercitividade; em seguida, renunciaram à “teoria da coação em ato”, para aceitá-la “em potência”, ou seja, depois de verem o Direito como *coação efetiva*, passaram a apreciá-lo como *possibilidade de coação* mas nunca abandonaram o elemento coercitivo. Este permaneceu como critério último na determinação do Direito. Podemos dizer que o pensamento jurídico contemporâneo, com mais profundidade, não se contenta nem mesmo com o conceito de *coação potencial*, procurando penetrar mais adentro na experiência jurídica, para descobrir a nota distintiva essencial do Direito. Esta é a nossa ver a *bilateralidade atributiva*.

A teoria da bilateralidade atributiva, a que tenho dado desenvolvimentos próprios, corresponde à posição de outros jusfilósofos contemporâneos. Assim, por exemplo, Del Vecchio diz que a Moral se distingue do Direito pelo elemento de “bilateralidade”, “alteridade” ou “intersubjetividade”, dando a esses termos um sentido talvez equivalente ao que enunciamos com o acréscimo do adjetivo “atributivo”. Um jurista polonês integrado na cultura russa do século XX, Petrazinski, emprega a expressão “imperatividade atributiva”. Por outro lado, não podemos olvidar os antecedentes da doutrina já contidos nos conceitos de *relação* de Aristóteles, de *alteritas* de Santo Tomás, de *exterioridade* desenvolvida por Christian Thomasius, na passagem do século XVII para o XVIII; e no de *heteronomia* exposto por Kant, ou no de *querer entrelaçante* de Stammler etc.<sup>2</sup>.

Procurando caracterizar o que vem a ser “imperatividade atributiva”, Petrazinski dá-nos um exemplo, que reproduzimos com algumas alterações.

Imaginemos que um homem abastado, ao sair de sua casa, se encontre com um velho amigo de infância que, levado à miséria,

2. Sobre essas perspectivas históricas, essenciais à plena compreensão do assunto, vide parágrafo seguinte, e o que escrevemos em *Filosofia do Direito*, cit., Título XI.

lhe solicita um auxílio de cinco rublos, recebendo uma recusa formal e até mesmo violenta. Em seguida, a mesma pessoa toma um coche para ir a determinado lugar. Ao terminar o percurso, o cocheiro cobra cinco rublos. A diferença de situação é muito grande entre o cocheiro que cobra cinco rublos e o amigo que solicitava a mesma importância.

No caso do amigo, que pedia uma esmola, havia um nexo de possível solidariedade humana, de caridade, mas, no caso do cocheiro, temos um nexo de crédito resultante da prestação de um serviço. No primeiro caso, não há laço de exigibilidade, o que não acontece no segundo, pois o cocheiro pode exigir o pagamento da tarifa. Eis aí ilustrado como o Direito implica uma relação entre duas ou mais pessoas, segundo certa ordem objetiva de exigibilidade.

Pelos estudos que temos desenvolvido sobre a matéria pensamos que *há bilateralidade atributiva quando duas ou mais pessoas se relacionam segundo uma proporção objetiva que as autoriza a pretender ou a fazer garantidamente algo*. Quando um fato social apresenta esse tipo de relacionamento dizemos que ele é *jurídico*. Onde não existe proporção no pretender, no exigir ou no fazer não há Direito, como inexistente se não houver garantia específica para tais atos.

Bilateralidade atributiva é, pois, *uma proporção intersubjetiva, em função da qual os sujeitos de uma relação ficam autorizados a pretender, exigir, ou a fazer, garantidamente, algo*.

Esse conceito desdobra-se nos seguintes elementos complementares:

- a) sem relação que una duas ou mais pessoas não há Direito (*bilateralidade em sentido social, como intersubjetividade*);
- b) para que haja Direito é indispensável que a relação entre os sujeitos seja *objetiva*, isto é, insuscetível de ser reduzida, unilateralmente, a qualquer dos sujeitos da relação (*bilateralidade em sentido axiológico*);
- c) da proporção estabelecida deve resultar a atribuição garantida de uma pretensão ou ação, que podem se limitar aos sujeitos da relação ou estender-se a terceiros (*atributividade*).

É claro que poderíamos empregar outras expressões para designar a nota distintiva do Direito, como, por exemplo, *proporção atributiva*, mas o essencial é compreender a substância do assunto, captando-lhe o *conceito* em sua concreção.

Não serão demais algumas considerações complementares, inclusive para desfazer alguns equívocos que rondam a matéria.

Num contrato de corretagem, por exemplo, o *proprietário* e o *intermediário* se relacionam para efetuar a venda de um prédio, ficando o corretor autorizado a prestar o seu serviço com a garantia de uma retribuição *proporcional* ao preço avençado. Nesse, como nos demais enlances contratuais, nenhuma das pessoas deve ficar à mercê da outra, pois a ação de ambas está subordinada a uma *proporção transpessoal ou objetiva*, que se resolve numa relação de prestações e contraprestações recíprocas.

Não é, porém, essencial que a *proporção objetiva* siga o modelo da *reciprocidade* própria das relações contratuais. Basta que a relação se estruture segundo uma proporção que exclua o *arbitrio* (que é o não-Direito) e que represente a concretização de interesses legítimos, segundo critérios de razoabilidade variáveis em função da natureza e finalidade do enlace. Pode, por exemplo, um negócio ser aleatório, assumindo uma das partes, deliberadamente, o risco da operação acordada.

Nem se diga que o conceito de bilateralidade ou proporção atributiva só é aplicável no plano das relações privadas, não sendo conforme com a estrutura das relações entre os particulares e o Estado, ou para caracterizar, por exemplo, as *regras de organização* de um serviço público. Dir-se-á que nesta espécie de normas não há nem proporção, nem atributividade, mas é preciso não empregar aquelas palavras em sentido contratualista. Na realidade, quando se institui um órgão do Estado ou mesmo uma sociedade particular, é inerente ao ato de organização a atribuição de competências para que os agentes ou representantes do órgão possam agir segundo o *quadro objetivo* configurado na lei. Há, por conseguinte, sempre *proporção e atributividade*.

## BREVES DADOS HISTÓRICOS

Houve, desde a mais remota antiguidade, pelo menos a intuição de que o problema do Direito não se confunde com o da Moral. Desde os pré-socráticos até os estoicos, passando pelos ensinamentos de Platão e de Aristóteles, as relações entre a Moral e o Direito são focalizadas sob diversos ângulos. Alguns deles coincidem com os que ainda são lembrados atualmente, mas não se pode dizer que tenha havido na Grécia o deliberado propósito de apresentar notas distintivas entre o mundo moral e o jurídico. O mesmo se pode dizer quanto aos jurisconsultos romanos, muito embora já observassem que *non omnis quod licet honestum est*, ou que *cogitationis nemo poenam patitur*. Estas duas afirmações já demonstram que os juristas romanos vislumbravam a existência de um problema a ser resolvido, sobre a distinção entre o Direito e a Moral. Daí terem dito que “ninguém sofre pena pelo simples fato de pensar” e, por outro lado, que “nem tudo que é lícito é honesto”.

Esse problema, percebido, pois, desde a antiguidade clássica, adquiriu um sentido mais vital ou pragmático — digamos assim — na época moderna, especialmente depois dos conflitos surgidos entre a Igreja Católica e os vários cultos protestantes, e as dissensões que entre estes eclodiram.

Com o advento da Reforma luterana ou calvinista, travaram-se lutas violentíssimas no mundo europeu, com reflexos até mesmo no continente americano. Os protestantes dividiram-se em diversas correntes, de maneira que não havia conflito apenas entre a Igreja Católica e os protestantes, mas dos próprios protestantes entre si. Cada chefe de Estado passou a se atribuir o direito de intervir na vida particular dos cidadãos, a fim de indagar das suas convicções religiosas: uns queriam que seus súditos fossem católicos, outros que fossem protestantes. Houve, então, a necessidade de uma delimitação clara da zona de interferência do poder público — o que só seria possível através de uma distinção entre o mundo jurídico e o mundo moral e religioso. Aí o problema adquiriu um significado mais profundo e urgente, provocando o pronunciamento de vários mestres.



O mais notável dos estudiosos desta matéria foi o jurista alemão Thomasius, que escreveu a sua obra mais importante entre 1700 e 1705. Esse mestre, que gozava da admiração de outro grande vulto da época, Wilhelm Leibniz, voltou a sua atenção para o problema, procurando apresentar uma diferenciação prática entre o Direito e a Moral, de maneira a tutelar a liberdade de pensamento e de consciência, com uma delimitação entre o que chamou “foro íntimo” e “foro externo”.

O Direito, dizia ele, só deve cuidar da ação humana depois de exteriorizada; a Moral, ao contrário, diz respeito àquilo que se processa no plano da consciência. Enquanto uma ação se desenrola no foro íntimo, ninguém pode interferir e obrigar a fazer ou deixar de fazer. O Direito, por conseguinte, rege as ações exteriores do homem, ao passo que as ações íntimas pertencem ao domínio especial da Moral. A Moral e o Direito ficavam assim totalmente separados, sem possibilidade de invasão recíproca nos seus campos, de maneira que a liberdade de pensamento e de consciência recebia, através de doutrina engenhosa, uma tutela necessária.

A doutrina de Thomasius teve grande repercussão porque correspondia, de certa forma, a uma aspiração da época. Basta lembrar que Kant aceitou a teoria de Thomasius, como quase todos os seus contemporâneos. Qual a resultante dessa teoria?

Se o Direito só cuida das ações exteriorizadas, somente aquilo que se projeta no mundo exterior fica sujeito à possível intervenção do Poder Público. Nenhum cidadão pode ser processado pelo simples fato de pensar, nem pode ser obrigado a ter esta ou aquela crença. A coação somente surge no momento em que a atividade do indivíduo se projeta sobre a dos demais indivíduos a ponto de causar-lhes dano.

Será exato dizer-se que o Direito só cuida daquilo que se exterioriza, não levando em conta o mundo da intenção? Em primeiro lugar, não é possível separar a ação dos homens em dois campos estanques. Ela é sempre una e concreta, embora possa ser examinada em dois momentos, sem se decompor, propriamente, em partes. Por outro lado, se é certo que o Direito só aprecia a ação enquanto projetada no plano social, não é menos certo que o

jurista deve apreciar o mundo das intenções. O foro íntimo é de suma importância na Ciência Jurídica. No Direito Penal, por exemplo, fazemos uma distinção básica entre crimes dolosos e culposos. Dolosos são as infrações da lei penal que resultam da intenção propositada do agente. O indivíduo que saca de uma arma com intenção de ferir seu desafeto, pratica um crime doloso, porque o ato é uma concretização de sua vontade consciente. O crime culposos, ao contrário, é aquele pelo qual alguém causa dano, mas sem intenção de praticá-lo. Se uma pessoa atropela um transeunte, matando-o ou ferindo-o, evidentemente existe uma infração da lei penal, desacompanhada, no entanto, de intenção dolosa; é um crime culposos. Se ficasse provado, porém, que o atropelamento se deu intencionalmente, e que o automóvel foi o instrumento de um desígnio criminoso, teríamos um crime doloso. Estão vendo, portanto, que na esfera penal é necessário levar em consideração o elemento íntimo ou intencional.

De maneira idêntica, podemos dizer que o Direito Civil não prescinde do elemento intencional. Há um dispositivo expresso do Código Civil que declara que “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

No mesmo Código Civil, verificamos que os atos jurídicos podem ser anulados por dolo, erro, coação ou fraude. Quando um contrato, por exemplo, resulta de engano a respeito da substância do negócio, é possível torná-lo nulo. Há atos jurídicos nulos de pleno direito (os que já nascem eivados de nulidade insanável) e há atos jurídicos suscetíveis de anulação. A anulabilidade dos atos jurídicos está ligada, em grande parte, ao exame da intenção.

Deve-se, todavia, observar que a doutrina da “exterioridade do Direito” contém um elemento de verdade, no sentido de que pressupõe um fato inegável, por nós já salientado, isto é, que o Direito jamais cuida do homem isolado, em si e de per si, mas sim do homem enquanto membro da comunidade, em suas relações “intersubjetivas”, até mesmo quando o que se quer tutelar é a subjetividade individual. Estão vendo que a teoria de Thomasius nos reconduz à doutrina da “bilateralidade atributiva”, que, como já dissemos, lança suas raízes na cultura clássica.

Na história da Jurisprudência, podemos dizer que a apreciação desse dado fundamental já surge entre os filósofos gregos e especialmente por obra de Aristóteles, ao tratar, na sua obra intitulada *Ética a Nicômaco*, do problema da Justiça. Aristóteles foi o primeiro a vislumbrar, no fenômeno jurídico, o elemento da *proporcionalidade*. Depois dele encontramos a obra de Santo Agostinho e, finalmente, a de Tomás de Aquino que, escrevendo sobre Teologia, deixaram páginas admiráveis sobre o problema da Lei e da Justiça.

A propósito da virtude Justiça, afirmava que ela se diferencia das outras por ser *proportio ad alterum*, uma virtude objetiva, porquanto sempre implica a relação de dois sujeitos. É própria do Direito essa nota de "alteridade". *Alteritas*, de *alter*, outro, é uma expressão bastante significativa. O Direito é sempre "alteridade" e se realiza sempre através de dois ou mais indivíduos, segundo proporção. Falava Tomás de Aquino em *alteritas*, que, segundo Del Vecchio, corresponde, exatamente, à moderna palavra "bilateralidade".

No mundo moderno, outros pensadores renovaram o assunto como, por exemplo, Grócio, que foi o consolidador do Direito Internacional e, depois, Leibniz, que, além de grande matemático, cientista e filósofo, deixou escritos notáveis sobre problemas jurídicos. No mundo contemporâneo, especialmente a partir das últimas décadas do século XIX, é que o conceito voltou a adquirir nova profundidade, prevalecendo como critério distintivo fundamental, como resulta da doutrina de Rudolf Stammler sobre o Direito como "forma de querer entrelaçante, heterônomo e inviolável".

#### CONFRONTO COM AS NORMAS DE TRATO SOCIAL

Há, na sociedade, outra categoria de regras que são seguidas por força do costume, de hábitos consagrados, ou, como impropriamente se diz, em virtude de "convenção social". São as normas de trato social, que vão desde as regras mais elementares do decoro às mais refinadas formas de etiqueta e de cortesia.

Esse tipo de regras, que alguns autores, como Radbruch e Del Vecchio, contestam possam constituir um *tertium genus*, ocupam,

por assim dizer, uma situação intermédia entre a Moral e o Direito. Ninguém pode ser coagido, por exemplo, a ser cortês, pois é inconcebível a cortesia forçada, como seria uma saudação feita sob ameaça de agressão. Nesse ponto, as normas "convencionais" compartilham da *espontaneidade* e da *incoercibilidade* próprias da Moral. Quem desatende a essa categoria de regras sofre uma sanção social, sem dúvida, tal como a censura ou o desprezo público, mas não pode ser coagido a praticá-las.

Por outro lado, não é indispensável que os atos de bom tom ou de cavalheirismo sejam praticados com sinceridade. Atende às regras de etiqueta tanto o homem desinteressado como quem se serve delas com intenções malévolas. Aliás, é o hipócrita quem mais se esmera na prática de atos blandiciosos.

Para que seja atendida uma norma de trato social basta, com efeito, a *adequação exterior* do ato à regra, sendo dispensável aderir a seu conteúdo: nesse ponto, as regras de trato social coincidem com o Direito, no que este possui de heteronomia.

Por outro lado, as regras costumeiras são bilaterais, tanto como as da Moral, mas não são bilateral-atributivas, razão pela qual ninguém pode *exigir* que o saúdem respeitosamente: a atributividade surge tão-somente quando o costume se converte em norma jurídica consuetudinária, ou então quando o ato de cortesia se transforma em obrigação jurídica, como se dá com a saudação do militar ao superior hierárquico, que passa ser "continência".

À vista do exposto, podemos resumir as notas distintivas dos três campos da Ética, que acabamos de analisar, compondo o seguinte quadro:

	Coercibilidade	Heteronomia	Bilateralidade	Atributividade
MORAL	-	-	+	-
DIREITO	+	+	+	+
COSTUME	-	+	+	-