

**A LINHA TÊNUE ENTRE DIREITO E MORAL: uma perspectiva jurídica e
filosófica**

Thaís de Castro Ervilha¹
Luiz Antônio Barroso Rodrigues²

RESUMO

Este artigo visa dirimir a linha tênue entre a moral e o direito, tendo como principal objetivo enfatizar a influência dos sentimentos morais no direito e subsequentes decisões judiciais. Para isso, são comentadas concepções importantes como direito, moral e justiça, dissertando sobre as ligações existentes entre elas. Também é abordada a aplicabilidade da lei e sua interpretação, incluindo o poder de coerção e punição do Estado disposto no Direito Penal. Neste íterim, o tipo de pesquisa utilizada foi bibliográfica e documental, ao amparo de leis, doutrinas e artigos. Ademais, foi realizada uma pesquisa sobre crimes brasileiros que chocaram a população, demonstrando como os casos atípicos tendem a utilizar de intuições pessoais e clamor público na decisão, além de caracterizar a importância e atualidade do tema. Concluindo, por estes meios, que o direito não depende dos julgamentos morais da sociedade em que está inserido para ser aplicado.

PALAVRAS-CHAVES: DIREITO. MORAL. LEGALIDADE. DECISÕES ATÍPICAS. JUSTIÇA.

¹ Bacharel do curso de direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior.

thais.c.e@icloud.com

² Professor do curso de direito das Faculdades Integradas Vianna Júnior.

INTRODUÇÃO

A defesa da legalidade vem sendo necessária pelas inclinações morais que estão influenciando as decisões jurídicas. As diversas concepções de direito, moral e justiça, e as entrelinhas que as compõe, são incansavelmente discutidas por diversos pensadores através dos séculos.

Partindo do pressuposto de que cada sociedade possui uma formação única, com pensamentos, culturas e religiões distintas, torna-se inviável o alcance de um consenso universal acerca dos temas em desenvolvimento. Desta forma, o artigo visa ampliar o conhecimento na área e demonstrar a partir de autores de diferentes épocas e países, a importância de nos atentarmos ao impacto que a moral causa no direito.

O presente trabalho gira em torno do contexto judiciário e dos dilemas morais. Tem como objetivo demonstrar a influência da moral em matérias que deveriam versar apenas sobre leis, bem como a interferência das inclinações pessoais e do clamor público no Poder Judiciário no tocante às decisões proferidas.

Neste ínterim, a fim de construir uma análise do tema, a abordagem do presente artigo é efetivada através de pesquisa bibliográfica e documental, com diversas perspectivas jurídicas e filosóficas e artigos de autores que possuem notoriedade e conhecimento do assunto. Além disso, os casos brasileiros relatados reafirmam como a discussão do tema é de suma importância e segue sendo atual.

Em razão disso, o trabalho é composto por três tópicos. O primeiro visa o debate acerca do que é o “direito”, versando também sobre a aplicabilidade da lei e a sua interpretação. Ademais, aponta a eficácia do Direito Penal em conjunto com a coercitividade e os fundamentos para as diversas punições existentes.

O segundo, por sua vez, discorre acerca da moral, dos sentimentos morais e da composição de uma sociedade. Destaca a dimensão moral associada ao direito e até que ponto a lei é influenciada pelas nossas preferências, enfatizando a existência da legalidade em sistemas atualmente considerados imorais.

Por último, o terceiro tópico é desenvolvido com base em concepções de justiça para além do simples verbete de se fazer o bem e evitar o mal. É abordado o papel do magistrado em casos que temos como “difíceis” e o papel das intuições particulares e do clamor público na hora da decisão. Ademais, são expostos casos reais que chocaram tanto a população a ponto de acharem que a lei vigente não era suficiente para a punição merecida.

Dessa forma, o objeto em estudo tem muito a somar, possibilitando assumir várias posições no decorrer da disposição das palavras e pensamentos, não obrigando atribuir uma resposta única, mas buscando uma reflexão importante para o melhor entendimento da nossa sociedade e do papel do direito.

1 DIREITO

O direito é um conjunto de normas e princípios criados para regular as relações sociais, sendo o direito penal o poder punitivo estatal. As dúvidas jurídicas devem ser encontradas no texto da lei, pois quanto mais se busca ir além dele, mais se afasta da razão.

1.1 O conceito de direito baseado em doutrinas

É cediço que, durante milênios, busca-se uma concepção exata do que vem a ser o direito e o estudo desta matéria, porém sem sucesso. Interessantes indagações sobre o tema são teses de diversos autores em épocas distintas.

De acordo com Dworkin (2002, p. 23/24), o homem costuma resumir seus problemas acerca das questões clássicas da teoria do direito da seguinte forma:

O que é “o direito”? Quando, como ocorre frequentemente, duas partes discordam a respeito de uma proposição “de direito”, sobre o

que estão discordando e como devemos decidir sobre qual dos lados está com a razão? Por que denominamos de “obrigação jurídica” aquilo que “o direito” enuncia? Neste caso, “obrigação” é apenas um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou a obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral? Podemos dizer, pelo menos em princípio que temos as mesmas razões tanto para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais?

Através do uso da força mandamos pessoas para a prisão ou as levamos a fazer coisas que não desejam sob os argumentos de que infringiram a lei, não cumpriram suas obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos jurídicos de outrem. Independente do caso, não somos capazes de explicar de forma clara e convicta porque o Estado é autorizado a punir ou coagir alguém. Porém, a intensidade das questões supracitadas e a necessidade de encontrar as respostas se aprofunda quando a obrigação infringida tange tema controvertido (DWORKIN, 2002).

Hart (2001, p. 10), na mesma linha de pensamento supramencionada, alega que “a característica geral mais proeminente do direito em todos os tempos e lugares consiste em que a sua existência significa que certas espécies de conduta humana já não são facultativas, mas obrigatórias em certo sentido”.

O direito nasce, em grande parte, no seio dos grupos sociais e a concepção de justo e injusto deriva de seus interesses e pretensões. Neste diapasão, Ferreira Filho (1995, p. 271/272) afirma que as normas “devem reger as relações dos indivíduos entre si e com os vários grupos onde se integram para a persecução de objetivos comuns”.

Em cada época e entre membros de uma mesma sociedade existe, de certa forma, um acordo sobre o que é o direito, embora poucas vezes explicitado. Todavia, ao mudarmos de meio, século ou cultura, manifestam-se divergências nesta matéria. Desta forma, Perelman (2000, p. 7/8) levanta as seguintes questões:

Dever-se-á separar o direito da moral e da religião? Haverá critérios, geralmente aceitos, que permitam distinguir um raciocínio jurídico de

um raciocínio estranho ao direito? E, mais especificamente, considerações relativas à justiça serão ou não estranhas ao direito?

É imprescindível nos colocarmos na concepção de direito admitida, ao menos tacitamente, por determinada sociedade para conseguirmos responder a essas indagações. Consequentemente, poderemos precisar a noção de raciocínio jurídico, a natureza e o conceito das teorias jurídicas (PERELMAN, 2000).

Diante de todo o exposto, Dworkin (1999, p. 10) conclui de forma sucinta: “o direito nada mais é que aquilo que as instituições jurídicas, como as legislaturas, as câmaras municipais e os tribunais, decidiram no passado”.

1.2 A lei e a sua aplicabilidade

Surgem importantes divergências ao questionarmos “o que são regras? O que significa dizer que uma regra existe? Os tribunais aplicam na realidade regras ou fingem meramente fazê-lo?” (HART, 2001, p. 13).

De acordo com Ferrara (2002, p. 23), “o texto da lei não é mais do que um complexo de palavras escritas que servem para uma manifestação de vontade, a casca exterior que encerra um pensamento, o corpo de um conteúdo espiritual”.

A mesma palavra não designa as mesmas coisas, sendo o prestígio da identidade verbal uma das armadilhas do normativismo. Neste sentido, Rigaux (2000, p.16) conclui:

As normas dependem das instituições que as aplicam; mais exatamente, é a instituição que escolhe a norma aplicável e determina-lhe o sentido por seus próprios métodos de interpretação. Uma norma tão largamente difundida quanto a garantia da liberdade de expressão não tem o mesmo alcance nas numerosas ordens jurídicas que a enunciam, entretanto, em termos idênticos.

Para possuir uma expectativa de existência duradoura, a ordem jurídica não deve satisfazer os interesses de um em detrimento dos outros, mas ao contrário,

proporcionar uma solução de compromisso entre interesses opostos, minimizando assim os possíveis atritos (KELSEN, 2000).

Uma vez que a ordem jurídica à qual uma pessoa está sujeita é paralela ao ideal moral e religioso da mesma, seu comportamento conforme a lei se dá, muitas vezes, por estes ideais. Dessa forma, Kelsen (2000, p. 34) alega que “dizer que uma ordem jurídica é ‘eficaz’ significa estritamente apenas que a conduta das pessoas conforma-se à ordem jurídica”.

Decerto, a regra não pode utilizar, como único critério, que a comunidade aceita tal ato como moralmente obrigatório, pois dessa forma, não se diferenciaria regras jurídicas de regras morais. Ademais, nem todos padrões de conduta seguidos como regras por uma sociedade são de fato sancionados pelo direito (DWORKIN, 2002).

A distinção entre as ordens de um pistoleiro e uma lei válida é que esta deve ser promulgada por uma autoridade competente para ter seu aspecto vinculante. Logo, uma regra nunca será obrigatória somente porque uma pessoa dotada de força física decidiu assim (DWORKIN, 2002).

1.3A interpretação das leis baseada em princípios e padrões mutáveis

É notório que é impossível prever todo comportamento humano, assim como as normas não são aptas a sanar todos os conflitos e dúvidas existentes. Dessa forma, utilizamos os princípios para a melhor interpretação da lei no caso concreto.

Um “princípio” é um padrão que deve ser observado, como uma exigência de equidade, justiça ou outra dimensão da moralidade (DWORKIN, 2002).

Segundo Perelman (2000, p. 115), devemos levar em conta a situação vivida à lei aplicável para então compreendermos o pensamento jurídico, pois “a interpretação da lei, para ser aplicada a um caso específico, deve ser considerada uma hipótese, que só será adotada definitivamente se a solução concreta em que redonda afigurar-se aceitável”.

Outrossim, quando tratamos de questões jurídicas difíceis, o discernimento é subjetivo. Não existe resposta certa, apenas o que parece certo ao juiz naquele determinado momento. Diante disso, Dworkin (1999, p. 50), questiona: “como poderiam pensar que decisões importantes sobre o uso do poder do Estado pudessem se transformar em mero jogo de palavras?”.

Decerto, os paradigmas fixam as interpretações, porém não estão a salvo de uma nova interpretação que os considere na verdade equivocados, optando por outros paradigmas (DWORKIN, 1999).

1.4 A eficácia do Direito Penal

O direito penal tipifica certas condutas como “proibidas” e aplica sanções aos indivíduos que realizam tais atos. A força do Estado é empregada para que não haja o emprego da força pela sociedade. Dessa forma, Kelsen (2000, p. 30) leciona,

O Direito autoriza certa conduta que, sob todas as outras circunstâncias, deve ser considerada “proibida”; ser considerada proibida significa ser a própria condição para que tal ato coercitivo atue como sanção. O indivíduo que, autorizado pela ordem jurídica, aplica a medida coercitiva (a sanção) atua como um agente dessa ordem ou – o que equivale a dizer o mesmo – como um órgão da comunidade, constituído por ela. Apenas esse indivíduo, apenas o órgão da comunidade, está autorizado a empregar a força. Por conseguinte, pode-se dizer que o Direito faz do uso da força um monopólio da comunidade. E, precisamente por fazê-lo, o Direito pacifica a comunidade.

Na nossa sociedade, o homicídio é julgado pela população como um crime mais gravoso do que o furto. Isso advém pelo valor subjetivo que o delito possui. O homicídio gera uma comoção mais intensa, pois a segurança da vida é mais desejada do que da propriedade. De igual modo, a pena de morte é uma pena mais gravosa do que a de prisão, levando em conta que a vida tem mais valor para as pessoas do que a liberdade. (KELSEN, 1998).

Dworkin (2002, p. 374) afirma que “o Estado tem um papel a desempenhar enquanto tutor moral e o direito penal é sua técnica pedagógica legítima”, polemizando também sobre a eficácia de uma condenação pública,

Será que poderíamos dizer que uma condenação pública é suficiente, em si e por si mesma, para justificar a transformação de um ato em crime? Isto parece inconsistente com nossas tradições de liberdade individual e como nosso conhecimento de que os preceitos morais das multidões, mesmo as maiores, não podem ser afiançados como verdadeiros, se a condenação pública não é suficiente, o que mais então é necessário? É necessário que haja alguma demonstração de danos presentes, causados a pessoas diretamente afetadas pela prática em questão? Ou será suficiente indicar a existência de algum efeito sobre os costumes e as instituições sociais, que altera o ambiente social e, desse modo, afeta indiretamente todos os membros da sociedade? Neste último caso, também deve ser demonstrado que essas transformações sociais ameaçam a sociedade com algum dano de longo prazo de tipo padrão, como o aumento da criminalidade ou a queda na produtividade? Ou seria suficiente provar que um vasto segmento da comunidade deplora a mudança? Se for assim, a exigência de um dano acrescenta alguma coisa à mera exigência da condenação pública (DWORKIN, 2002, p. 374)

Imprescindível debater sobre a disciplina denominada retórica ao tratarmos de direito penal e condenação pública. A retórica contribui para decisões graves, no nosso caso, por exemplo, serve para condenar ou absolver o réu. Destarte, pode-se questionar a moral por trás dela: a retórica é um método honesto de debater e persuadir ou um ato de manipulação desonesta? (REBOUL, 2000).

O objetivo das partes de um debate judiciário é vencer, sendo o ganhador quem detém a força da palavra e não necessariamente quem expõe a verdade. Isto posto, Reboul (2000, p. 230), realiza o seguinte questionamento: “os debates retóricos serão tão diferentes dos duelos judiciários e dos ordálios medievais?”.

O artigo 21 do Código de Ética e Disciplina da OAB (BRASIL, 2015) explicita que é direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua

própria opinião sobre a culpa do acusado. Corroborando com tal disposição, está Reboul (2000, p. 239),

Raciocina-se como se todos os problemas da vida – judiciários, políticos, econômicos, pedagógicos, éticos – tivessem uma solução escrita em algum lugar, na terra ou no céu, em nossa consciência ou em nosso coração, numa espécie de livro do mestre que basta abrir para encontrar a resposta certa. Infelizmente, não é isso o que acontece; na maioria das vezes, a verdade só é “estabelecida” ulteriormente, depois de muitas dúvidas, debates, trabalhos; principalmente quando se trata das verdades que mais nos importam, que mais paixões despertam, que mais esperanças suscitam. Evidentemente, sabemos que a causa de Sócrates era justa, tanto quanto a de Joana d’Arc ou do capitão Dreyfus. Sabemos, mas os contemporâneos não tinham como saber; e, em cada caso desses, a causa só se mostrou justa graças a seus defensores e à sua retórica. E mesmo quando uma causa se mostra finalmente injusta, não teria ela o direito também de ser defendida? Negá-lo equivaleria a dizer que o debate judiciário é inútil, que deve ser substituído pelo lento e difícil trabalho da prova pela ilusão infantil do livro do mestre.

2 MORAL

Os argumentos morais para decidir processos judiciais atípicos, levam à necessidade da defesa da legalidade. A lei deve ser aplicada independentemente do posicionamento moral e intuição pessoal de seu aplicador.

2.1 A ordem moral

A palavra “moral”, é comumente usada para designar todas as regras não-jurídicas e, de fato, encontra significado em muitos tipos de padrões e normas sociais que estão fora do sistema jurídico (HART, 2001).

Para Kelsen (2000, p. 11), todo sistema de valores, principalmente um sistema moral e sua ideia central de justiça, “é um fenômeno social, o produto de

uma sociedade e, portanto, diferente de acordo com a natureza da sociedade dentro da qual ele emerge”.

A estabilidade de uma concepção moral é um traço desejável e depende de um equilíbrio de motivos. Uma ideia de justiça não será satisfatória se, com base em um ideal moral, não conseguir fazer com que as pessoas sintam o desejo de agir segundo os seus preceitos. O senso de justiça de um grupo social e os objetivos que o encoraja devem pesar mais do que as propensões para a injustiça (RAWLS, 2000).

Rawls (2011, p. XXVIII) realizou uma breve síntese histórica sobre a moral, principalmente acerca da base da ordem moral, questionando se ela deriva de uma fonte externa, como por exemplo Deus, ou da própria natureza humana e nossa vida em sociedade. Neste ínterim, discorre sobre a época moderna:

Com respeito à relação entre o liberalismo político e a filosofia moral da época moderna, é preciso dizer que, enquanto a filosofia moral foi, obviamente, afetada de maneira profunda pela situação religiosa em que se desenvolveu após a Reforma, já no século XVIII os principais pensadores ansiavam por estabelecer uma base de conhecimento moral que fosse independente da autoridade eclesiástica e acessível à pessoa comum, razoável e conscienciosa. Feito isso, propuseram-se desenvolver toda a gama de conceitos e princípios com base nos quais seria possível caracterizar os requisitos da vida moral. Com esta finalidade, investigara, as questões fundamentais da epistemologia e da psicologia morais.

A ideia de que a moral não exige comportamento externo gera uma confusão entre a desculpa e a justificação para a realização de um ato. Neste sentido, Hart (2001, p. 194), conclui que “se as boas intenções fossem uma justificação para fazer o que as regras morais proíbem, não haveria nada a deplorar na ação de um homem que tivesse, acidentalmente e não obstante todos os cuidados, matado outro”.

O aprendizado de perceber o semelhante tende a afetar a sensibilidade moral de uma pessoa. Precisamos aceitar que existem diferentes pontos de vista, objetivos, planos, necessidades e motivações. Devemos identificar também o que

define essas perspectivas diferentes e as opiniões e crenças que as controlam (RAWLS, 2000).

2.2 A sociedade como edificadora de opiniões

A função de toda sociedade, tomando esta como ordem social, é incentivar certa conduta recíproca entre os seres humanos: fazer com que se abstenham de alguns atos declarados nocivos à sociedade em geral, e fazer com que realizem outros, que por alguma razão, são úteis à sociedade (KELSEN, 2000).

O direito, para ter eficácia em uma sociedade democrática, precisa ser aceito e não somente imposto por coação. Perelman (2000, p. 240), afirma que “via de regra é fora do tribunal, na própria sociedade, que se realizam lentamente as mudanças de opinião que levam a uma transformação dos âmbitos nos quais se desenrolam os debates judiciais”.

Um requisito prévio de civilização é conseguir respeitar e reconhecer que os atos das outras pessoas representam uma concepção de justiça ou decência mesmo quando nós não nos identificamos com tal opinião. Neste ínterim, Dworkin (1999, p. 202) alega que

Cada um de nós defende um ponto de vista pessoal, ambições e compromissos próprios que temos liberdade de perseguir, livres das reivindicações dos outros por igual atenção, interesse e recurso. Insistimos em uma esfera de soberania moral individual dentro da qual cada um pode preferir os interesses da família e dos amigos, dedicando-se a projetos egoístas, ainda que grandiosos. Qualquer concepção de justiça no comportamento pessoal, qualquer teoria sobre o modo como a pessoa justa se comporta com relação aos outros, limitará essa esfera de soberania pessoal, mas nenhuma concepção aceitável à maioria de nós será capaz de eliminá-la por inteiro.

Partindo desta linha de pensamento, Rigaux (2000, p. 39), questiona o dever do Estado democrático diante da profusão de ideias, crenças e modo de vida

presentes em uma sociedade, interrogando também “em que medida a ordem jurídica monolítica do Estado de direito pode deixar-se desmantelar pelo reconhecimento de instituições próprias dos diversos grupos sociais?”.

Por sua vez, Dworkin (1999, p. 212) afirma que, ao admitirmos que as autoridades agem em nome da nossa comunidade, “tendo uma responsabilidade que portanto compartilhamos, isso reforça e sustenta o caráter de culpa coletiva, o sentimento de que devemos sentir vergonha e ultraje quando eles agem de modo injusto”.

Necessário faz-se achar um elo entre a igualdade e a liberdade. Dworkin (2002, p. 410) afirma que os pobres, os negros, os carentes de educação e os trabalhadores não especializados têm um direito abstrato à igualdade, assim como os prósperos, os brancos, os instruídos e os trabalhadores especializados também têm um direito à liberdade. Desta forma, para ele “qualquer tentativa de reorganização social no sentido de favorecer o primeiro conjunto de direitos deve levar em conta e respeitar o segundo”.

2.3 A dimensão moral associada ao direito

Sob o ponto de vista de que o direito é compreendido como um “ramo” da moral ou da justiça e de que a convergência dos mesmos princípios é da sua “essência”, Hart (2001, p. 11/12), conclui que “todos os sistemas jurídicos internos reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais”.

Para Perelman (2000, p. 15), a separação de fato entre o direito, a moral e a religião, jamais se realizou completamente em muitas culturas. Afirma também que “a autonomia do direito deu-se progressivamente, graças à designação de magistrados laicos encarregados, se não de fazer justiça, ao menos de indicar as ações e as fórmulas que permitiriam recorrer ao processo judicial”.

Entre o direito e a moral existe uma conexão de certa forma necessária, devendo ser ela o ponto central para a análise ou a elucidação da noção de direito.

Essas instituições são semelhantes na medida em que são concebidas como obrigatórias e sustentadas por uma pressão social, independente do consentimento do indivíduo. Ademais, o cumprimento delas, quer jurídicas ou morais, é encarado como uma contribuição para a convivência em sociedade (HART, 2001).

Por certo, podemos ter inclinações ou interesses que se contradizem. Neste sentido, Kelsen (2014, p. 69), conclui que nossa conduta efetiva depende da nossa inclinação mais intensa. “Nenhuma ordem social pode precluir as inclinações dos homens, os seus interesses egoísticos, como motivos das suas ações e omissões”. Porém, pode criar para o indivíduo o interesse de se conduzir em harmonia com a ordem social, se opondo às suas inclinações egoísticas.

Ao dissertar sobre direito e moral Kelsen (2014, p. 71) afirma que, a diferença das duas concepções não pode se resumir no fato de que prescrevem ou proíbem uma determinada conduta. Neste sentido, explicita:

O Direito só pode ser distinguido essencialmente da Moral quando – como já mostramos - se concebe como uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado, enquanto a Moral é uma ordem social que não estatui quaisquer sanções desse tipo, visto que as suas sanções apenas consistem na aprovação da conduta conforme às normas e na desaprovação da conduta contrária às normas, nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física.

Certamente, os homens inseridos em uma comunidade diferem entre si em vários sentidos, seja na força ou na capacidade intelectual. De toda forma, é de suma importância para a compreensão das diferentes faces do direito e da moral que nenhum indivíduo seja muito mais poderoso do que os outros, de modo a dominá-los ou subjuga-los (HART, 2001).

Destarte, apesar de a moral não ser diretamente alterada por ato legislativo, isso não quer dizer que é imune a outras formas de alteração (HART, 2001).

2.4 A legalidade do direito em sistemas imorais

Preliminarmente, devemos salientar o dilema proposto por Dworkin (1999, p 43): “em que consiste a “aceitação” de uma regra de reconhecimento? Muitos oficiais da Alemanha nazista obedeciam às ordens de Hitler como se fossem leis, mas só o faziam por medo”.

É sabido que a maioria de nós não aceitaria de imediato uma concepção que exigisse ou permitisse a punição de um inocente. Designaríamos como injusto sistemas antigamente aceitos, como por exemplo a escravidão. Entretanto, Dworkin (1999, p. 93), levanta o seguinte questionamento:

Pode um ponto de vista interpretativo ser objetivamente melhor que outro quando são não apenas diferentes, pondo em relevo aspectos diferentes e complementares de uma obra complexa, mas contraditórios; quando o conteúdo de um *inclui* a afirmação de que o outro é errado?

O fato é que, conforme preleciona Dworkin (1999, p. 110), talvez durante décadas, ninguém duvide do poder dos tribunais de punir pessoas que se comportaram mal de acordo com a moral popular da comunidade, sendo seus atos de fato declarados como criminosos ou não pela legislação.

A questão que sempre rondou o sistema nazista é acerca da validade do direito. Decerto, não precisamos negar que os nazistas tinham um direito, apesar de sê-lo muito mau. Havia uma crença de que essa constatação apoiava o positivismo. Destarte, independente do valor e da interpretação que damos à nossa concepção de direito, há um sentido válido de que o nazismo alemão se tratava claramente de direito (DWORKIN, 1999).

Com particular relevo, Kelsen (2014, p. 77/78), discorre sobre o que consideramos moralmente bom ou mau e o que não é moralmente justificável, afirmando que estas concepções estão em permanente mutação. Assim, explicita que uma ordem jurídica no tempo em que estava em vigor poderia de fato ter

correspondido às exigências morais da época e hoje podem ser taxadas como profundamente imorais.

De acordo com Dworkin (2002, p. 248), nós acreditamos e defendemos a concepção de justiça que nos parece correta. Assim sendo, “podemos acreditar, por exemplo, que a escravidão é injusta, e que o tipo convencional de julgamento é justo”.

O problema que acompanha gerações é que, enquanto uns conseguirem poder e cooperação para dominar os outros, eles utilizarão o direito como um instrumento para um fim. Isto posto, Hart (2001, p. 226) enfatiza que, “os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir”.

3 JUSTIÇA

O ser humano é afetado por suas inclinações pessoais e o direito serve para que possamos conviver em uma sociedade justa. Porém, a concepção de justiça deve ir além do preceito de fazer o bem e evitar o mal.

3.1 A justiça como um equilíbrio

Inicialmente, importante ressaltar a concepção de justiça como equidade. Rawls (2000, p. 13), afirma que “os princípios da justiça são escolhidos sob um véu de ignorância”, são acordados numa situação inicial equitativa. Desta forma, garante que ninguém seja favorecido ou prejudicado na escolha dos princípios, já que todos estão numa situação semelhante e ninguém pode designar princípios para favorecer objetivo particular.

Porém, estudar a justiça social com base em pessoas que não estão comprometidas com algum governo ou constituição é utopia. Os grandes filósofos analisam a justiça social do ponto de vista de pessoas livres para criar o Estado

ideal com princípios básicos, escrevendo contratos sociais a partir de uma tábula rasa. Porém, na vida política real, as pessoas atuam dentro de uma estrutura e também sobre ela. “Para nós, a política é mais evolutiva que axiomática; reconhecemos, ao trabalharmos em prol de um Estado perfeitamente justo, que já pertencemos a um Estado diferente” (DWORKIN, 1999, p. 199).

A justiça varia conforme a classificação da coisa a que é aplicada, Hart (2001, p. 174), explica que as semelhanças e diferenças entre os homens, levando em conta disposições jurídicas em termos de justas ou injustas, são claras. “É o caso, de forma proeminente, quando nos ocupamos não da justiça ou da injustiça do *direito*, mas da sua *aplicação* a casos concretos”.

Os critérios de semelhança e diferença variam de acordo com a perspectiva moral de uma sociedade ou pessoa em particular. Neste sentido, leciona Hart (2001, p 177/178):

Tais discriminações são feitas com fundamentos que são evidentemente relevantes, enquanto que as discriminações em matérias tais como a diferença entre sexo, ou entre pessoas de diferente cor, o não são: embora, evidentemente, se tenha sustentado em defesa da sujeição das mulheres, ou das pessoas de cor, que as mulheres e as pessoas de cor careciam da capacidade do branco do sexo masculino, de pensamento e decisão racionais. Argumentar desta forma é evidentemente, admitir que a capacidade igual para uma função particular constitui o critério de justiça no caso de tal lei, embora na ausência de qualquer prova de que tal capacidade esteja ausente nas mulheres ou nas pessoas de cor, mais uma vez, só verbalmente se está a defender este princípio.

As diversas aplicações da ideia de justiça convergem para o fato de que os homens têm direito a uma posição de igualdade. Por isso, segundo Hart (2001, p. 173), a justiça é concebida como mantenedora de um equilíbrio ou proporção, e o seu “condutor é frequentemente formulado como ‘tratar da mesma maneira os casos semelhantes’; ainda que devemos acrescentar a este último ‘e tratar diferentemente os casos diferentes’.

3.2 O papel do magistrado em casos atípicos

É sabido que os processos criminais são os mais temidos e ao mesmo tempo os mais fascinantes para o público, sendo assim, é muito importante a forma como os juízes prolatam suas sentenças.

De forma clara, Perelman (2000, p. 221/222), anuncia que o papel do juiz é encontrar uma solução razoável para a lide apresentada e, tendo em vista que a sentença é uma decisão, afirma que ela supõe a intervenção de uma vontade e não apenas um conclusão impositiva. Neste ínterim, conclui,

O processo psicológico que levou o juiz a tomar posição talvez possa ser explicado por intuits de ordem social, moral ou política e, até mesmo, pela simpatia que, por razões confessáveis ou não, o juiz sente por uma das partes. Mas a motivação da sentença jamais pode limitar-se à explicitação dos intuits, por mais generosos que sejam: sua função é tornar a decisão aceitável por juristas e, principalmente, pelas instâncias superiores que teriam de conhecê-la. Como cada decisão pode servir de precedente para a solução posterior der casos da mesma espécie, cabe demonstrar que ela pode desempenhar tal papel, inserindo-se sem dificuldade nessa obra coletiva constituída pela jurisprudência. Não basta que a decisão pareça equitativa, é necessário ainda que seja conforme ao direito em vigor, e aceitável como tal por aqueles que a examinarão.

Dworkin (2002, p. 1) declara que, às vezes, os juristas se deparam com conflitos que ainda não possuem um consenso geral quanto ao modo de proceder. “Um exemplo é o problema ético que se apresenta quando um jurista se pergunta não se uma lei particular tem eficácia, mas se é equânime”.

Ainda segundo Dworkin (1999, p. 110/111), “juízes diferentes pertencem a tradições políticas diferentes e antagônicas, e a lâmina das interpretações de diferentes juízes será afiada por diferentes ideologias”.

A pretensão de que exista uma única resposta certa na controvérsia é tão tola quanto arrogante. De forma que é apenas uma escolha e não uma decisão imposta pela razão (DWORKIN, 2002).

Neste ínterim, Dworkin (2002, p. 445), conclui que há uma série de respostas aceitáveis para casos atípicos,

É certamente *impossível* que, num caso verdadeiramente difícil, uma das partes esteja simplesmente certa e a outra, simplesmente errada, mas por quê? Pode ser que a suposição de que uma das partes pode estar certa e a outra, errada, esteja cimentada em nossos hábitos de pensamento em um nível tão profundo que não podemos, de modo coerente, negar tal suposição, por mais céticos ou intransigentes que pretendamos ser nessas questões. Isto explicaria nossa dificuldade em formular coerentemente o argumento teórico. O “mito” de que num caso difícil só existe uma resposta correta é tão obstinado quanto bem-sucedido, sua obstinação e seu êxito valem como argumentos de que não se trata de um mito.

3.3A influência das intuições particulares e do clamor público nas decisões judiciais

As decisões de justiça, de certa forma, devem satisfazer três polos diferentes: as partes em litígio, os profissionais em direito e a opinião pública, sendo esta também manifestada através da imprensa. Desta forma, Perelman (2000, p. 202), afirma que

Em um país democrático, onde a opinião pública pode exprimir-se livremente, graças à liberdade de expressão e à liberdade de imprensa, o poder legislativo não pode desprezar esta última nem os grupos de pressão, que se manifestam de diversas maneiras. Faz-se necessário ganhar esta opinião pública para as iniciativas do legislativo, para impedir reações de descontentamento que só podem arruinar o prestígio e minar a legitimidade do poder, criando uma oposição, que não deixaria de ser explorada, entre o país legal e o país real.

Um juiz encontra-se em uma posição mais favorável para proferir sua decisão quando não é pressionado pelas demandas da maioria política que somente buscam ter seus interesses protegidos pelo direito (DWORKIN, 2002).

Ademais, tendo em vista que cada indivíduo em uma sociedade busca proteger seus próprios interesses, Rawls (2000, p. 15), declara que “ninguém tem razão para aceitar uma perda duradoura para si mesmo a fim de causar um saldo líquido maior de satisfação”.

Decerto, existem infundáveis subdivisões de opinião em uma comunidade. Dworkin (1999, p. 39), explica que “todos nós seguimos regras ditadas pela língua que falamos, e delas não temos plena consciência”. Nós usamos uma mesma palavra de um jeito que parece fazer o mesmo sentido, mas ainda assim a maioria de nós não tem ideia dos critérios que usamos para fazer esse julgamento, ou até mesmo do sentido em que empregamos esses critérios.

Neste diapasão, Dworkin (2000, p. 27) alega que pessoas advindas de uma classe particular, que são educados de forma específica e possuem uma certa profissão, normalmente não se preocupam muito com pessoas de classe distinta. Neste sentido, expõe que “grupos politicamente poderosos podem preferir que as agremiações políticas pratiquem a discriminação, e nenhuma forma compensatória, exceto a própria minoria politicamente impotente, pode ter grande importância”.

Destarte, ainda segundo Dworkin (2002, p. 425) “as preferências pessoais e externas estão às vezes tão inextricavelmente combinadas que a discriminação é psicológica e institucionalmente impossível”.

É imprescindível ter em mente que nossas práticas morais não são exercícios de interpretação das leis. As pessoas de uma comunidade, em grande parte, invocam seus padrões morais para solucionar questões em controvérsia (DWORKIN, 2002).

Com maestria, Dworkin (1999, p. 157), conclui que “o direito é o direito, e deve ser obedecido por mais impopular que possa ser na atmosfera atual da opinião pública”.

3.4 A interferência da moral pública em procedimentos penais

Decerto, muitas vezes tentamos “corrigir” o direito com nossas apreciações morais. Partindo deste princípio, importante citar alguns casos que demonstram como a moral popular pode interferir nas decisões judiciais e como, às vezes, buscamos soluções além do direito para crimes que nos causam repulsa.

3.4.1 O Caso Suzana Von Richthofen

Um dos crimes mais famosos e memoráveis do Brasil é o caso de Suzane von Richthofen. A brutalidade do fato ocorrido em 2002 chocou tanto a população que, mais de dezessete anos depois, ainda causa tumulto quando o assunto é o benefício ou a progressão da pena da ré.

De acordo com a publicação de Lucas Alves (site Segredos do Mundo, 2020), Suzane planejou e conduziu o assassinato de seus pais com a ajuda do namorado, Daniel Cravinhos, e o cunhado, Cristian Cravinhos para concretizarem o delito. Os agressores atingiram Manfred e Marísia com vários golpes de barras de ferro na cabeça.

É imprescindível destacar a repercussão que este caso tem quando se trata do direito de saída temporária em datas comemorativas. É sabido que, atualmente Suzane desfruta deste benefício, porém é sempre um alarde.

Toda vez que é descoberto que a ré usufruirá desse benefício no dia das mães ou dos pais, se ergue uma sonora indignação popular. O fato é que, ainda que cause a revolta da população e vire manchete em todo o país como uma afronta, desfrutar de sua saída temporária é um direito adquirido de Suzane e o direito existe para ser cumprido.

Outra prova cabal da proporção que o clamor público tomou neste caso, é a criação dos filmes ‘A Menina que Matou os Pais’ e ‘O Menino que Matou Meus Pais’, que conta as versões do crime de Suzane Von Richthofen e Daniel Cravinhos e foi

capa principal de muitos jornais e motivo para discussões acaloradas na internet antes mesmo do seu lançamento, que foi postergado por conta da atual pandemia. (LUCAS ALVES, site Segredos do Mundo, 2020)

3.4.2 O caso do ejaculador no ônibus

Decerto, o caso em que mais apareceram “juízes virtuais” foi o do ejaculador no ônibus. Em 2017, um homem ejaculou no pescoço de uma mulher dentro do ônibus em São Paulo e este ato causou muita comoção e dividiu opiniões.

Muitas foram às hipóteses sugeridas para a tipificação nesse caso. William Garcez (2017), publicou:

Ergueram-se na doutrina diversas vozes para sustentar a incidência, na espécie, dos crimes de estupro, descrito no art. 213 do CP; estupro de vulnerável, descrito no artigo 217-A, §1º, do CP; ato obsceno, descrito no artigo 233 do CP; violação sexual mediante fraude, descrito no artigo 215 do CP; injúria real, descrito no artigo 140, §2º, do CP; e da contravenção penal de importunação ofensiva ao pudor, descrita no artigo 61 da LCP.

Trata-se, de fato, de ato libidinoso, porém não restou comprovado violência ou grave ameaça e nem a vulnerabilidade da vítima e dificuldade para a resistência. Dessa forma, apesar de o caso ser indiscutivelmente imoral e causar repulsa em todos nós, não podemos usar a analogia para qualificar ou agravar um crime “atípico” como esse.

Logo, por todo o exposto, resta comprovada a importância da defesa da legalidade e da aplicação penal diante de casos atípicos e singulares. Destarte, por fazermos parte de uma sociedade regida pelo Direito, não podemos deixar que nossas intuições particulares atrapalhem a correta penalização a ser aplicada, independente do sentimento que o delito nos cause.

CONCLUSÃO

Decerto, é utopia pretender que exista uma única resposta correta para as concepções abordadas. A escolha por um conceito determinado é apenas uma escolha, que fatalmente irá variar de acordo com os nossos sentimentos pessoais e não por uma razão imposta. Dito isso, deixo essa parte em aberto, para que seja resolvida pelas condições e forças intuitivas de cada leitor.

A questão que de fato busquei dirimir foi acerca da influência moral no direito e as subsequentes decisões jurídicas. Quando se opta por viver em uma sociedade regida por lei, temos que entender que o direito não é um cardápio optativo de escolhas, e sim uma decisão guiada por códigos.

Independente da época e da população em si, a moralidade social é composta por costumes, sentimentos, experiências e até mesmo preconceitos. Todavia, o direito é o direito. Uma decisão precisa ter respaldo jurídico, não ser uma adequação da política ou moral de seu aplicador.

O direito democrático não pode depender de juízos e julgamentos morais. Por mais que às vezes nos deparamos com casos que causam indignação e comoção popular, o discurso moral deve se ater ao direito. Há casos que até o jurista mais garantista pode titubear em ceder aos seus princípios morais quando se depara com algo que fere seu mais íntimo juízo moral, mas o direito não pode depender do juiz “a” ou “b”.

Imprescindível salientar que, a força coletiva só pode ser usada contra algum indivíduo quando disposta em lei ou autorizada explicitamente em alguma decisão anterior. Não se pode permitir que crimes que assolam o país sejam punidos com sanções feitas à revelia do direito penal. Independente da gravidade do caso ou da voz das ruas, não se pode punir para além do ordenamento jurídico vigente. A legitimidade para determinar a pena adequada é exclusiva do direito, não importando o apoio popular.

REFERÊNCIAS

ALVES, Lucas. **Suzane von Richthofen: quem é, história do crime e curiosidades.** 2020. Disponível em: <<https://segredosdomundo.r7.com/suzane-von-richthofen/>>. Acesso em: 19/07/2020.

BRASIL. **Código de ética e disciplina da OAB (2015).** Disponível em: <<https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/codigodeetica.pdf>> Acesso em 22/02/2020.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro (1941).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 07/11/2019.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes Ltda., 2002.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito.** São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.** São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis.** Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GARCEZ, William. **O caso do ejaculador, os atos libidinosos e o enquadramento criminal dessas condutas na legislação brasileira.** 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61220/o-caso-do-ejaculador-os-atos-libidinosos-e-o-enquadramento-criminal-dessas-condutas-na-legislacao-brasileira>>. Acesso em: 08/09/2019.

HART, Herbert L.A. **O Conceito de Direito.** 3.ed.Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça.** 3.ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado.** 3.ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** 8.ed.São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2014.

PERELMAN, Chaïm. **Ética e Direito.** São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia.** São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** São Paulo, Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes Ltda., 2011.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. 2.ed. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.

RIGAUX, François. **A Lei dos Juízes**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora Ltda., 2000.