

# A RELAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE O DIREITO E A MORAL<sup>†</sup>

Pedro Tiago da Silva Ferreira

Sumário: 1. Direito e Moral. 2. Moral individual, convencional e religiosa. 3. A necessária conexão entre o Direito e a Moral. 4. A tensão de Lincoln.

## 1. DIREITO E MORAL.



presente ensaio visa defender a ideia de que existe uma relação necessária entre a Moral e o Direito, a saber, a de que a criação e aplicação do Direito envolve, inerentemente, tanto critérios morais como jurídicos.

Sem embargo, a nossa contenção não é resultado de qualquer inclinação filosófica pela escola do Direito Natural; na realidade, por razões que serão referidas ao longo do presente trabalho, estamos em crer que a questão que divide as escolas de pensamento jus-naturalista e positivista do Direito, a saber, a de se existe, ou não, uma separação entre o Direito e a Moral, carece de sentido. O Direito e a Moral são, seguramente, duas realidades distintas; são dois tipos de ordenamento normativo que co-existem, lado a lado, numa dada comunidade. É um facto que as respectivas regras coincidem em grande parte, embora não totalmente, especialmente nos domínios em que há uma espécie de "competência exclusiva" de regulação, quer por parte da Moral, quer por parte do Direito. Todavia, a vida do Direito, desde a criação das normas, passando pela decisão íntima, por parte dos destinatários, de a elas se confor-

---

<sup>†</sup> Relatório da disciplina de Teoria do Direito do Mestrado Científico em Teoria do Direito.

marem ou não, até às decisões administrativas e judiciais que averiguam se houve, ou não, incumprimento, e até que ponto existe necessidade de sanção, é, inevitavelmente, informada por critérios morais. Em suma, o que pretendemos demonstrar é que, por razões psicológicas, o Direito é inerentemente criado e aplicado tendo em atenção critérios morais. O Direito e a Moral são realidades distintas, mas a Moral encontra-se inserida no Direito.

Assim sendo, a questão que deve ser colocada não é a de saber se existe, ou não, uma separação entre o Direito e a Moral - é notoriamente óbvio que existe -, mas sim a de apurar até que ponto a Moral influencia o Direito. Apesar de serem dois ordenamentos normativos diversos, a Moral e o Direito estão de tal forma interligados que, nos domínios onde há algo análogo a uma "competência concorrencial" entre ambos, Direito e Moral são inoperantes um sem o outro. Em suma, estamos em crer que a tese da separação é verdadeira, mas Direito e Moral só conseguem funcionar independentemente um do outro em áreas da vida em sociedade que exigem somente ou regulação moral, ou regulação jurídica. Estes domínios são, contudo, minoritários, pelo que, na maior parte dos casos, Moral e Direito desempenham uma parte igualmente importante na regulação da vida em sociedade.

Estamos, por isso, em crer que as querelas entre jusnaturalistas e positivistas assentam num erro básico: o de colocar as questões em termos antagónicos, dando a entender que é necessário efectuar uma escolha entre integrar a Moral no Direito ou afastá-la completamente. Na realidade, não cremos que existam sequer escolhas que tenham que ser feitas, visto que os elementos acerca dos quais o debate se desenrola, longe de serem antagónicos, são, na realidade, inseparáveis. Um exemplo da tentativa de separar elementos que são inseparáveis encontra-se na discussão acerca das relações entre a justiça e a segurança jurídica, que são dois valores considerados, tradicio-

nalmente, como sendo incompatíveis entre si. Os termos deste debate situam-se à volta da concepção de que, por um lado, resolver questões de Direito levando em linha de conta somente o critério do que é justo comprometeria a segurança jurídica, visto que os destinatários das normas não saberiam, exactamente, como se comportar, dado que, se a norma em questão se revelasse, quando aplicada aos factos de um determinado caso concreto, injusta, seria desaplicada, ou, então, aplicada correctamente, fomentando a insegurança na comunidade. Este é um dos argumentos utilizados pela escola positivista contra a ideia, propugnada pela escola jus-naturalista, ínsita no brocardo "*lex iniusta non est lex*". Por outro lado, contrapõe a escola jus-naturalista, privilegiar a segurança jurídica em detrimento da justiça levaria, no limite, à prática do que ficou conhecido como "jurisprudência mecânica", ou seja, à prática de resolver questões de Direito através de um simples processo de subsunção, do qual se extrairia uma conclusão a partir de determinadas premissas, desconsiderando-se quaisquer ponderações de justiça, de política social, ou de ética, entre muitas outras. Adoptar este processo de forma sistemática poderá levar à ruína da sociedade, conforme é demonstrado pela experiência nacional-socialista.

No entanto, o que os autores, de ambos os lados da querela, parecem não notar, de uma forma geral, é que se fala de "justiça" e de "segurança jurídica" como se as normas de um ordenamento jurídico fossem, em si mesmas, vazias de conteúdos morais positivos. De facto, se as normas fossem amorais ou imorais os termos da discussão teriam que passar por debater qual dos dois valores acima referidos teria preponderância, isto é, teria que se discutir se seria mais benéfico descartar a justiça em nome da segurança jurídica ou se se deveria conformar todo o Direito a padrões de justiça, independentemente das opções políticas do legislador, com a consequente dificuldade de ter que se apurar o que constitui Direito válido com recurso a um

critério, o da justiça, cujas tentativas de definição não têm produzido, ao longo da história, resultados esclarecedores. Contudo, parece-nos que este debate se foca num problema imaginário, na medida em que, quanto a nós, todo o Direito tem, inerentemente, um conteúdo moral positivo; por isso, a questão não se põe em termos de ter que haver uma escolha entre privilegiar o valor "justiça" ou o valor "segurança jurídica", porque estes elementos são inseparáveis, isto é, são inoperantes um sem o outro. Dito por outras palavras a segurança jurídica faz parte da justiça. Com efeito, o uso totalmente livre do arbítrio do julgador, não condicionado pela existência de normas prévias ao surgimento de um caso concreto, configura uma situação injusta, dado que, de um ponto de vista moral, é justo que os destinatários das normas possam saber, de antemão, que condutas lhes são permitidas ou proibidas, e, de entre aquelas que lhes são permitidas, saber de que forma podem celebrar acordos que os vinculem a si e às outras partes com as quais celebrem esses mesmos acordos.

Desta forma, longe de serem dois valores opostos, a segurança jurídica é um valor radicado no próprio conceito de justiça, o que nos leva a arguir que qualquer contradição entre justiça e segurança jurídica é meramente aparente. A existência de segurança jurídica realiza um ideal de justiça visto que, para haver justiça, as pessoas têm que saber *que* condutas podem adoptar, e, de entre as condutas permitidas, *como* as podem adoptar.

Este exemplo demonstra que muito do debate antagónico entre as escolas de Direito Natural e de Direito positivo é somente fruto de se separar elementos que não funcionam separadamente. Da mesma forma que a segurança jurídica faz parte da justiça, não havendo, de todo, uma contraposição entre estes dois valores, a Moral faz parte do Direito. Reiteramos, uma vez mais, que não existe uma sobreposição total entre a Moral e o Direito, essencialmente porque existe um domínio minoritário

de "competência exclusiva" pertença de cada uma destas ordens normativas; da mesma forma, a segurança jurídica, apesar de fazer parte da justiça, não se confunde com esta, na medida em que a justiça não se esgota na segurança jurídica. Com efeito, saber, de antemão, quais as normas que pautam a conduta do indivíduo em sociedade é uma manifestação de justiça. No entanto, a justiça tem outros vectores, o que significa que o facto de uma norma jurídica ser de todos conhecida e a todos aplicada de forma igual não a torna, por si só, justa. Este é, aliás, o argumento que Lon Fuller usa ao manifestar-se contra a ideia de "justiça jurídica" enquanto "conception of justice being equated with a purely formal requirement that like cases be given like treatment" (Fuller, p.4). Por esta ordem de ideias, o que seria justo, para o Direito, seria somente decidir os casos conforme aquilo que as fontes do Direito prevejam, *a priori*, aplicando-se a mesma medida a todas as situações, independentemente do conteúdo moral das normas. Estes critérios de previsibilidade e igualdade, todavia, não tornam o Direito, por si só, juridicamente justo, dado que contemplam somente uma parte da justiça, razão pela qual usar *esta* noção de justiça como critério aferidor da validade das normas jurídicas e respectiva aplicação não inclui, de todo, a justiça no Direito.

No nosso entender, a ilusão de que o Direito e a Moral podem operar independentemente um do outro em todos os domínios da vida em sociedade nasce a partir do facto de os membros de uma determinada sociedade não terem uma concepção unívoca de justiça. Com efeito, se determinado indivíduo considerar uma norma em particular como sendo injusta, é natural que a sua linha de raciocínio o leve a concluir que há uma diferença entre aquilo que é justo (Moral) e aquilo que é juridicamente prescrito pela norma (Direito). Nestas condições, o indivíduo sabe o que pode e não pode fazer (segurança jurídica), apesar de considerar que a injunção à qual está adstrito é injusta. Logo, há uma percepção, por parte do indivíduo, de

que a Moral e o Direito são coisas distintas e antagónicas entre si, operando independentemente uma da outra, pese embora o facto de incidirem sobre o mesmo domínio da vida social. No entanto, a mesma norma jurídica, considerada injusta pelo indivíduo acima referido, poderá ser considerada justa por outro indivíduo dessa mesma sociedade. A permissão que a lei portuguesa concede às mulheres de abortarem voluntariamente nas primeiras dez semanas da sua gravidez, ou aos casais homossexuais de contraírem casamento são, precisamente, dois exemplos de normas jurídicas consideradas, por uns, como injustas, por permitirem a prática de actos imorais, ao passo que, para outros, são perfeitamente justas, em virtude de as pessoas terem o direito de dispor do seu corpo e de optarem livremente pela sua orientação sexual, considerando que o que seria imoral seria coarctar estas liberdades. Por conseguinte, o que torna estas normas jurídicas, bem como outras semelhantes, morais ou imorais é a percepção que o indivíduo tem em relação à moralidade da conduta que a norma visa regular. Na medida em que as percepções de moralidade podem variar de indivíduo para indivíduo, é impossível que a sociedade, no seu todo, partilhe a mesma visão acerca do conteúdo da Moral, o que leva a que considerações sobre a justiça de determinadas normas jurídicas tenham um cunho marcadamente subjectivo.

Estas observações podem levar à conclusão apressada de que acabámos de formular o argumento positivista, i.e., o Direito é válido independentemente de quais sejam as concepções morais dos destinatários das normas. O ponto onde pretendemos chegar, contudo, não é esse. Conforme acima referido, estamos em crer que a Moral exerce a sua influência sobre o Direito de forma inevitável, fazendo-o ao nível da criação das normas, da convicção de obrigatoriedade, por parte dos destinatários, no seu cumprimento, e na decisão de casos concretos por parte de autoridades administrativas ou judiciais. No entanto, para que esta asserção seja melhor compreendida, é neces-

sário formularmos um argumento no sentido de demonstrar que a Moral encontra-se dividida em três partes, existindo uma moral individual, uma moral convencional e uma moral religiosa.

## 2. MORAL INDIVIDUAL, CONVENCIONAL E RELIGIOSA.

### 2.1 A SUGESTÃO DE MACINTYRE

No primeiro capítulo de *After Virtue*, Alasdair MacIntyre oferece aquilo que o próprio apelida de "a disquieting suggestion":

Imagine that the natural sciences were to suffer the effects of a catastrophe. (...) Widespread riots occur, laboratories are burnt down, physicists are lynched, books and instruments are destroyed. Finally a Know- Nothing political movement takes power and successfully abolishes science teaching in schools and universities, imprisoning and executing the remaining scientists. Later still there is a reaction against this destructive movement and enlightened people seek to revive science, although they have largely forgotten what it was. But all that they possess are fragments. (...) Nonetheless all these fragments are reembodyed in a set of practices which go under the revived names of physics, chemistry and biology. Adults argue with each other about the respective merits of relativity theory, evolutionary theory and phlogiston theory, although they possess only a very partial knowledge of each. (...) Nobody, or almost nobody, realizes that what they are doing is not natural science in any proper sense at all. For everything that they do and say conforms to certain canons of consistency and coherence and those contexts which would be needed to make sense of what they are doing have been lost, perhaps irretrievably. (MacIntyre, p.1)

Este hipotético mundo pós-apocalíptico da vida das ciências naturais imaginado por MacIntyre serve de analogia para descrever o estado em que, segundo o Autor, a Moral se encontra:

The hypothesis which I wish to advance is that in the

actual world which we inhabit the language of morality is in the same state of grave disorder as the language of natural science in the imaginary world which I described. What we possess, if this view is true, are the fragments of a conceptual scheme, parts which now lack those contexts from which their significance derived. We possess indeed simulacra of morality, we continue to use many of the key expressions. But we have - very largely, if not entirely - lost our comprehension, both theoretical and practical, or morality. (MacIntyre, p.2)

A sugestão de MacIntyre é, portanto, a de que existe dissenso, entre os membros de uma determinada comunidade, acerca do conteúdo da Moral, em virtude de ninguém saber, exactamente, de que é que está a falar. Para além disso, argumenta MacIntyre, os indivíduos não só não têm ideia acerca de que é que estão a falar como não se encontram, sequer, numa posição que lhes permita reconhecer este estado de coisas:

We may notice that if in this imaginary world analytical philosophy were to flourish, it would never reveal the fact of this disorder. For the techniques of analytical philosophy are essentially descriptive and descriptive of the language of the present at that. The analytical philosopher would be able to elucidate the conceptual structures of what was taken to be scientific thinking and discourse in the imaginary world in precisely the way that he elucidates the conceptual structures of natural science as it is. Nor again would phenomenology or existentialism be able to discern anything wrong. All the structures of intentionality would be what they are now. The task of supplying an epistemological basis for these false simulacra of natural science would not differ in phenomenological terms from the task as it is presently envisaged. A Husserl or a Merleau-Ponty would be as deceived as a Strawson or a Quine. (MacIntyre, p.2)

O ponto que MacIntyre pretende ilustrar é o de que, tal como no mundo da sua hipótese, em que "[s]ubjectivist theories of science would appear and would be criticized by those who held that the notion of truth embodied in what they took to be science was incompatible with subjectivism", subjectivismo esse que apareceria devido ao facto de que "men would use expressions such as 'neutrino', 'mass', 'specific gravity', 'atomic



weight' in systematic and often interrelated ways which would resemble in lesser or greater degrees the ways in which such expressions had been used in earlier times before scientific knowledge had been so largely lost" de uma forma que revelasse "an element of arbitrariness and even of choice in their application which would appear very surprising to us", o que levaria a que "[w]hat would appear to be rival and competing premises for which no further argument could be given would abound" (MacIntyre, pp. 1 e 2), no mundo real ocorre um fenómeno semelhante no domínio da Moral, visto que os indivíduos utilizam termos como "direito", "dever", "obrigação", "inclinação", "tentação", "lei moral", "justiça" e muitos outros sem que haja, todavia, um consenso absoluto acerca do conteúdo dos conceitos aos quais estas palavras se referem. Com efeito, não estamos interessados em discutir a pertinência da sugestão de MacIntyre, ou seja, é-nos completamente irrelevante apurar se existiu, ou não, uma catástrofe que destruiu a objectividade da Moral, ou se, por outro lado, a "ciência" da Moral ainda não atingiu o grau de objectividade próprio das ciências naturais. Independentemente dos motivos e causas que tenham originado esta situação, o que se observa é que os indivíduos não só falam da Moral subjectivamente, como *agem* em termos moralmente subjectivos, como se possuíssem uma moral idiossincrática sem, contudo, parecerem estar conscientes deste facto. Designaremos, por facilidade de exposição, este tipo de moral subjectiva, de índole psicológica, por moral individual.

## 2.2 AS RELAÇÕES ENTRE OS TRÊS TIPOS DE MORAL.

Assim sendo, a moral individual é o conjunto de disposições morais que determinado indivíduo, a partir da sua própria perspectiva, considera válidas, e através das quais pauta a sua conduta. A moral convencional, por outro lado, é o conjunto de

normas morais segundo as quais uma determinada sociedade, globalmente considerada, se rege. Dentro da moral convencional, podemos distinguir entre moral prevalente e não-prevalente. A primeira é composta pelas normas que a maioria dos membros de uma determinada sociedade reconhece como válidas. A segunda surge quando o número de indivíduos que não respeita as disposições da moral prevalente, por não concordar com as mesmas, é significativo, ainda que não maioritário, no contexto de uma determinada sociedade. A prática de condutas ou a manifestação de ideias em contravenção com a moral prevalente criam a moral não-prevalente. Por último, a moral religiosa consubstancia-se nas normas emanadas por uma determinada religião.

Esta tripartição da Moral está longe de ser estanque, ou de reflectir uma demarcação clara e precisa das normas que regem a conduta e pensamentos de uma determinada sociedade, globalmente considerada, bem como dos indivíduos que a compõem. Visto que o indivíduo nasce numa sociedade que já opera, antes do seu nascimento, através de determinadas normas morais convencionais e/ou religiosas, estas acabam por actuar como fontes da moral que esse mesmo indivíduo construirá para si mesmo, a sua moral individual. No entanto, na medida em que a moral convencional e religiosa não são as únicas fontes responsáveis pela construção e modelação da moral individual, - são igualmente relevantes, a título de exemplo, a moral individual dos restantes membros da família do indivíduo, bem como de amigos e outras pessoas que, sobre ele, exerçam algum tipo de influência, a moral convencional e religiosa de outras comunidades com as quais o indivíduo entre em contacto, a sua educação, a cultura envolvente, ou as idiosincrasias que são, necessariamente, inatas ao indivíduo - esta, com a difusão de ideias novas, sedimentadas com o passar do tempo, serve igualmente de fonte à moral convencional e religiosa; estas últimas, por conseguinte, são susceptíveis de serem

moldadas pela moral individual. Tanto a moral religiosa como convencional são, por outro lado, capazes de se influenciar mutuamente.

Estas asserções são corroboráveis através de exemplos de normas que integram, simultaneamente, os três tipos de moral acima definidos. Assim, em determinadas sociedades, o homicídio, o furto e o roubo, o incesto ou o adultério, por exemplo, são imorais de um ponto de vista religioso e convencional, o que levará a que a esmagadora maioria dos indivíduos considere estes comportamentos imorais. Quando assim acontece, a moral convencional e religiosa coincidem tanto entre si, como com a moral individual da esmagadora maioria dos membros pertencentes à comunidade em questão.

Este estado de coisas, todavia, nem sempre se verifica. A coincidência entre a moral religiosa e a moral convencional depende da influência que uma determinada religião exerça sobre uma determinada sociedade. Se o grau de influência que uma determinada religião detenha for negligenciável, o potencial de divergência entre a moral religiosa e a moral convencional é grande; imaginemos, a título de exemplo, uma injunção religiosa segundo a qual é obrigatório, em intervalos de tempo regulares e previamente estabelecidos, efectuar sacrifícios humanos de forma a apaziguar a ira dos deuses. Esta conduta será, nos termos desta mesma religião, moral, visto que, em princípio, contrariar a vontade dos deuses é, nos termos da religião em apreço, uma conduta errada, vil e imoral. Decerto que nos podemos interrogar acerca do dilema levantado por Sócrates no diálogo de Platão *Êutífron*, a saber, se algo é pio (moral) porque agrada aos deuses, ou seja, a preferência dos deuses por esse algo torna-o pio, ou se, pelo contrário, os deuses manifestam o seu agrado por esse mesmo algo ser pio em si mesmo. (*Êutífron*, 5c ff.) Este dilema, contudo, não constitui qualquer objecção às considerações aqui efectuadas, na medida em que o mesmo assenta na premissa de que é possível aceder à Ideia de

Pio - ou à Ideia de Moral<sup>1</sup> -, e, através dessa mesma Ideia, constatar, objectivamente, se determinadas condutas são morais por serem boas em si mesmas ou, por outro lado, se são morais porque uma qualquer entidade assim o determina. Como é sabido, Platão parte do pressuposto de que existem Ideias ou Formas incorporadas na psique humana que não são directamente acessíveis aos sentidos, pelo que os mesmos apenas apreendem exemplos de objectos, sentimentos ou intuições que partilham das características da Ideia ou Forma da qual são oriundos, mas com a qual não se identificam. A Teoria das Ideias ou das Formas é primordialmente desenvolvida nos diálogos *República* e *Fédon*, mas, no *Éútífron*, há uma afloração à mesma; Platão, através de Sócrates, assume que é possível, através da filosofia, chegar à Ideia do Pio, ou Moral, da mesma forma que se pode chegar à ideia do Justo, do Bom ou do Belo. Assim, o que é Pio, ou Moral, sê-lo-á independentemente da injunção de uma qualquer entidade, o que, em princípio, justifica a putativa cisão, em certas sociedades, entre a moral religiosa, a convencional e a individual, na medida em que os indivíduos, através dos sentidos, apreendem somente as características de certos objectos que partilham da Ideia de Pio ou Moral, mas não têm acesso a essas mesmas Ideias, e, por conseguinte, nem todos concordam acerca de que condutas são, objectivamente, morais. Dito por outras palavras, a Teoria das Ideias é um argumento a favor da posição de que a religião pode estar errada. Apesar de a norma segundo a qual é necessário sacrificar, periodicamente, humanos aos deuses ser válida e, por conseguinte, obrigatória, tal não significa que seja moralmente boa. A possibilidade de um indivíduo discordar da moralidade da sua religião, ou da sua sociedade, demonstra que MacIntyre tem razão ao constatar que o vocabulário da Moral é usado

---

<sup>1</sup> É verdade que Platão nunca usa o termo "Moral"; no entanto, as Ideias do Justo e do Bom são manifestações daquilo que, hoje em dia, se designa por Moral. Preferimos manter este termo, usando-o como se Platão se referisse expressamente a ele, por facilidade de exposição.

com um grau de subjectividade grande, provocando desacordos, entre os indivíduos, de cariz moral:

The most striking feature of contemporary moral utterance is that so much of it is used to express disagreements; and the most striking feature of the debates in which these disagreements are expressed is their interminable character. I do not mean by this just that such debates go on and on and on - although they do - but also that they apparently can find no terminus. There seems to be no rational way of securing moral agreement in our culture. (MacIntyre, p.6)

As posições de MacIntyre e de Platão assumem que há um caminho a percorrer de forma a que o indivíduo consiga perceber o que é a Moral objectiva. Esse caminho é dificultado, segundo MacIntyre, pelo uso impróprio do vocabulário da Moral, que é propício a gerar discórdia interminável entre os indivíduos em virtude de não haver rigor terminológico (i.e., nem todos têm a mesma visão acerca do que é a "justiça"), e, de acordo com Platão, devido ao facto de os sentidos limitarem a apreensão da verdade. Pela nossa parte, entendemos que MacIntyre e Platão partem de uma assumpção errónea, a saber, a de que existe uma Moral objectiva (ou uma Ideia do Justo ou do Bom) que os indivíduos, por diversas razões que se prendem com o uso dos sentidos e da linguagem, pura e simplesmente não conseguem apreender. No nosso entender, tal Moral objectiva não existe, e é por isso que, numa dada comunidade, não existe unanimidade quanto ao conteúdo da Moral. O que existem, isso sim, são perspectivas morais diferentes entre si. Parece-nos que dividir a Moral de forma tripartida, conforme acima o fizemos, descreve melhor o funcionamento da Moral numa sociedade do que arguir que existe uma Moral objectiva à qual nenhum de nós tem acesso directo. Na nossa opinião, raciocínios como os de Platão e de MacIntyre despoletam uma confusão entre moral religiosa, convencional e individual ao assumirem que existe uma Moral objectiva quando, na realidade, o que existe são padrões de moralidade divergentes entre si. Nos termos da hipotética religião por nós utilizada no nosso

exemplo, todas as normas emanadas pelos seus deuses são necessariamente boas, e, portanto, religiosamente morais. Não existe uma Moral objectiva para além desta. O que existem, isso sim, são padrões de moralidade distintos entre a moral *desta* religião e a moral convencional da sociedade sobre a qual a religião exerce a sua influência. As normas religiosas não são moralmente boas de forma objectiva. São moralmente boas nos termos da religião da qual emanam. O mesmo raciocínio é válido para a moral convencional e, por maioria de razão, para a moral individual.

Na medida em que optar por desobedecer aos deuses é possível, visto que é sempre factualmente possível não cumprir uma norma, seja esta jurídica ou moral, verifica-se que a moral individual dos seguidores da religião pode não coincidir com a moral da sua religião, devido ao facto de a moral religiosa não ser a única fonte da moral individual. Discutir qual o ponto a partir do qual se deva considerar que o indivíduo não mais pertence à religião, por a sua moral individual divergir com a moral religiosa, é algo que cai fora do escopo dos objectivos do presente trabalho. Basta-nos, para o efeito das nossas considerações presentes, constatar que um católico, por exemplo, não deixa necessariamente de ser católico por não ir à missa ou por comer carne na Sexta-Feira Santa. O mesmo se pode dizer de um muçulmano que não ore cinco vezes por dia, ou que cumprimente pessoas do sexo oposto (que não o cônjuge ou familiares) com um aperto de mão ou com um beijo. As condutas acima referidas, a título de exemplo, são, sem qualquer sombra de dúvida, imorais do ponto de vista da religião que o indivíduo professe. Não são, contudo, imorais do seu próprio ponto de vista, a menos que se aceite que o ser humano é capaz, voluntariamente, e sem qualquer tipo de coacção exterior, de realizar actos que o mesmo considere desprezíveis. É possível que alguém considere que furtar é errado mas o faça por não ter outro meio de sustento, dentro do âmbito do que configuraria

um estado de necessidade. É igualmente possível que alguém que considere matar outra pessoa como profundamente errado de um ponto de vista moral o faça, por exemplo, em legítima defesa, em estado de necessidade desculpante ou sob coacção de qualquer tipo - e.g., sob a ameaça de um filho seu vir a ser morto se este indivíduo não matar outrem, às ordens do terceiro que ameaça o mencionado filho. Contudo, nestes casos, existe uma coacção exterior ao indivíduo que o obriga a infringir as normas da sua moral individual. O que não existe, seguramente, é o caso de alguém que pense que "eu sei que furtar é errado, eu sinto-me mal por fazê-lo, não tenho qualquer necessidade de o fazer, mas, mesmo assim, vou cometer um furto." Os casos em que, aparentemente, esta asserção é refutada são aqueles em que o indivíduo, por padecer de anomalia psíquica, não consegue dominar os seus impulsos; quando se descontrola, o indivíduo não é capaz de se reger pelos padrões da sua própria moral individual. Sem embargo, os termos da refutação elaboram o nosso ponto, visto que, no caso de descontrolo resultante de anomalia psíquica, o indivíduo encontra-se como que "fora de si", o que o impede, efectivamente, de se reger pelos seus padrões morais. O ponto, assim sendo, é o de que ninguém, na posse de todas as suas faculdades, e sem estar sujeito a coacção externa, consegue infringir as disposições da sua moral individual. Esta funciona como uma espécie de travão que impede o indivíduo de cometer actos que o próprio considera imorais e, por conseguinte, maus.

Assim sendo, se a influência de uma determinada religião, numa determinada sociedade, for exígua, a moral religiosa poderá diferir da moral convencional, razão pela qual é perfeitamente possível imaginar uma sociedade na qual seja, por um lado, religiosamente moral sacrificar seres humanos, mas, por outro lado, seja convencionalmente imoral tomar este tipo de atitudes. Os mais acérrimos fiéis da mencionada religião considerarão a prática de sacrifícios como uma conduta moral, e tal

opinião fará parte da sua moral individual. Os restantes cidadãos, que não aderem à religião ou, pelo menos, não observam a injunção que determina a prática de sacrifícios, consideram que esta parte da moral religiosa é imoral à luz dos seus padrões individuais, o que leva a uma rotura entre a moral da sua religião, ou da religião dominante na sua sociedade, e a sua moral individual. Se a maioria dos indivíduos considerar a prática de sacrifícios imoral, a moral convencional prevalente será a de que sacrificar a vida de seres humanos é uma prática imoral. Contudo, se o número de indivíduos cuja moral individual os faz considerar a prática de sacrifícios humanos como uma acção moral, em obediência aos parâmetros morais da sua religião, for significativo, ainda que possa estar longe de ser maioritário, criar-se-á uma moral convencional não-prevalente.

O mesmo raciocínio poderá ser aplicado a outros comportamentos como, por exemplo, o incesto e a homossexualidade. De um ponto de vista de determinada religião, estas práticas são consideradas imorais. Contudo, o indivíduo membro de uma comunidade sobre a qual esta religião opere a sua influência pode não concordar com estes ditames da moral religiosa, quer porque a mesma não exerce qualquer influência sobre a sua vida, quer porque, apesar de exercer influência, o indivíduo considere que é errado discriminar pessoas com base em comportamentos de cariz sexual. O indivíduo pode considerar, por exemplo, que as relações sexuais apenas têm um imperativo moral: que sejam praticadas consensualmente, sendo irrelevante o género ou as relações familiares das pessoas envolvidas. Se isto acontecer, o indivíduo sob consideração tem uma moral individual divergente da moral religiosa que exerce influência sobre a sua comunidade. A moral convencional prevalente será a de que o incesto e a homossexualidade não são imorais se a maioria dos indivíduos que constituem a sociedade tiver uma moral individual igual à do indivíduo que serve de base ao nosso exemplo; a visão contrária, a de que o incesto e a



homossexualidade são imorais, constituirá uma moral convencional não-prevalente na medida em que o número de indivíduos cuja moral individual assim os faça pensar seja minoritário, embora significativo.

O ponto onde queremos chegar é o de que na moral individual e convencional não existem "*mala in se*", mas somente "*mala prohibita*". Aquilo que é moral depende de indivíduo para indivíduo. A soma das morais individuais constituirá tanto a moral convencional prevalente como a não-prevalente; a moral religiosa é, neste aspecto, diferente. Para a religião, existem "*mala in se*", na medida em que os mesmos são revelados pelos deuses, e, por isso, existem independentemente da vontade humana. Isto não é suficiente para que o indivíduo incorpore a moralidade religiosa na sua moralidade individual porque a moral individual é humana; por conseguinte, não pode haver "*mala in se*" porque nem todos os indivíduos estão de acordo acerca da moralidade, ou imoralidade, de determinada conduta. Todas as condutas, inclusive a de privar um ser humano da sua vida, podem ser, do ponto de vista da moral individual e da moral convencional que é composta pelas várias morais individuais dos membros de uma dada comunidade, consideradas morais. Do mesmo modo, todas as condutas, por mais inócuas que possam, à primeira vista, parecer, podem ser consideradas imorais. Pense-se, por exemplo, no caso de alguém que considere dar esmola a um pobre como sendo uma conduta imoral na medida em que o enriquecimento do património do pedinte é efectuado sem ser através do mérito do seu trabalho, o que pode levar ao fomento da mendicidade. Este tipo de imoralidade pode fazer parte da moral individual de um indivíduo que viva, por exemplo, numa sociedade cuja moral convencional prevalente e religiosa considere como sendo moral a conduta segundo a qual os mais afortunados ajudam os mais desafortunados.

A dificuldade em erigir a Moral como critério de valida-

de do Direito está, portanto, relacionada com o facto de a própria Moral ser tripartida, o que dá origem à ilusão de que não existe uma relação necessária entre o Direito e a Moral. De facto, de um certo ponto de vista, poderá ser imoral punir o homicídio. De um outro ponto de vista, poderá ser moral permitir a celebração de casamentos entre pessoas do mesmo sexo, e, inclusive, entre mais do que duas pessoas.

Tudo isto leva-nos a arguir que a ideia do brocardo "*lex iniusta non est lex*" só faz sentido se considerada a partir de uma perspectiva psicológica, endógena ao indivíduo. Dito por outras palavras, não faz sequer sentido utilizar a justiça como uma espécie de barreira para além da qual todo o Direito criado seria inválido porque é impossível que se crie Direito *para além* dessa mesma barreira. Todo o Direito é, necessária e inerentemente justo *a partir de uma determinada perspectiva*. Se a perspectiva for a da Moral religiosa, todo o Direito será justo na medida em que se conforme com os ditames da religião em questão, e injusto quando os contrarie. Da mesma forma, se se adoptar a perspectiva da moral convencional prevalente, o Direito será justo quando a maioria dos indivíduos que são destinatários das normas e fazem parte da comunidade considerem que o conteúdo dessas mesmas normas coincide com as suas concepções morais, e injusto quando se dê o inverso. Do ponto de vista da moral individual, o Direito é justo quando o indivíduo a ele subjugado considere que a norma jurídica é justa, o que só acontece se estiver de acordo com os seus preceitos morais endógenos. Em suma, o Direito é sempre justo a partir de uma determinada perspectiva, não existindo, por conseguinte, a possibilidade de uma norma jurídica ser considerada injusta por unanimidade. Por estas razões, arguimos que o Direito não consegue, mesmo deliberadamente, pôr-se numa situação em que vá para além da justiça. O Direito nunca é injusto porque não consegue ultrapassar a barreira do que é justo. De forma a justificarmos estas asserções, empreenderemos, na próxima

secção, uma análise detalhada de como as perspectivas morais influenciam, na prática, os processos de criação e aplicação do Direito.

### 3. A NECESSÁRIA CONEXÃO ENTRE O DIREITO E A MORAL.

#### 3.1 A CRIAÇÃO DO DIREITO.

##### 3.1.1 O LEGISLADOR.

Independentemente da forma de governo presente numa dada comunidade, o poder de criar legislação é exercido por uma ou mais pessoas. Tal como em todas as áreas da sua vida, o indivíduo que seja titular do cargo que lhe permita criar legislação pauta a sua conduta tendo em atenção os preceitos da sua moral individual. Assim sendo, a legislação é criada, necessariamente, tendo em atenção, pelo menos, os critérios morais do indivíduo responsável por este exercício do poder.

Quando a legislação de determinado Estado é qualificada como injusta, e, por conseguinte, imoral, é preciso ter em atenção que esta avaliação é efectuada a partir do ponto de vista quer dos destinatários das normas, quer de observadores externos, mas nunca a partir do ponto de vista do legislador. *Para o legislador, as suas normas nunca são imorais e, por conseguinte, não são injustas.* É indiferente que se esteja a falar de um regime democrático, totalitário, ou de qualquer outro que se encontre no espectro existente entre estes dois extremos. Na mente de um legislador totalitário, por exemplo, o que é justo é que ele se mantenha no poder,<sup>2</sup> sendo-lhe lícito utilizar todos os meios à sua disposição.<sup>3</sup> Para um legislador democrático, o objectivo da legislação é o de efectivar políticas que estejam de

---

<sup>2</sup> Este é o argumento que Platão põe na boca de Trasímaco (República, 338c - 339a)

<sup>3</sup> Maquiavel, pp. 290-296.

acordo com as suas ideologias que, em tese, garantirão uma melhor governação, o que aumentará as hipóteses de se manter no cargo através da reeleição. Contudo, independentemente do funcionamento em particular de cada regime, e do estado psicológico dos membros que fazem parte do órgão legislativo, é possível que exista uma discrepância entre a moral individual do legislador e a moral convencional quer dos destinatários das normas, quer dos observadores externos. Na medida em que a Moral não é absoluta, não se pode afirmar categoricamente que as normas do legislador sejam imorais, porque este juízo depende da perspectiva moral de quem o faça. Uma vez mais, parece, à primeira vista, que acabámos de formular o argumento positivista a favor da separação entre o Direito e a Moral. No entanto, no nosso entender, o argumento positivista assenta numa falácia, a saber, a de pressupor a existência de uma Moral absoluta.<sup>4</sup> Com efeito, se tal existisse, poder-se-ia arguir que os sistemas totalitários são, simultaneamente, imorais e jurídicos, dado que o seu carácter imoral não afastaria o entendimento do sistema como sendo um de Direito. No entanto, como a Moral não é absoluta, dado o seu carácter tripartido, não se pode fazer uma comparação entre a Moral, em bloco, e o Direito; quanto muito, pode-se comparar *uma das perspectivas* da

---

<sup>4</sup> Os positivistas argüem precisamente o contrário, isto é, que a inexistência de uma Moral absoluta impede que a Moral possa ser utilizada como critério aferidor da validade do Direito. Cf. por exemplo, Kelsen, pp. 60 a 71 (especialmente pp. 65 e seguintes). No entanto, o argumento positivista só operaria, no nosso entender, se existisse, de facto, Moral absoluta, dado que, a ser assim, seria possível optar pela inclusão ou exclusão, em bloco, da mesma no Direito. Devido ao facto de a Moral ser tripartida, e de a moral individual ser essencialmente psicológica, não se pode tomar, conscientemente, a decisão de incluir ou excluir a Moral do Direito. A moral individual exerce sempre a sua influência sobre as decisões do legislador. Na medida em que a moral individual não é absoluta, em virtude, precisamente, de ser *individual*, a Moral, no seu conjunto, não pode ser absoluta. Não é possível *decidir* se se deve, ou não, utilizar a Moral como critério definidor da juridicidade das normas porque o critério moral está, necessariamente, presente nas decisões do legislador. Tal só é possível porque a Moral não é absoluta. Se fosse, poder-se-ia decidir se seria, ou não, inserida no Direito.

Moral com o Direito. No nosso entender, a perspectiva da moral convencional ou religiosa não é hierarquicamente superior à da moral individual. Dito por outras palavras, determinada conduta não se torna moral pelo simples facto de cem pessoas afirmarem que a mesma é moral, contra somente uma que afirme que é imoral. *Não se pode determinar a moralidade das condutas por sufrágio.* A rejeição da noção de Moral absoluta implica a aceitação da existência de várias perspectivas dentro da própria Moral. Todas essas perspectivas, por sua vez, têm exactamente o mesmo peso moral. Assim sendo, a legislação tem sempre um fundo moral, conferido por quem propôs, votou a favor ou promulgou a norma, dado que o legislador, enquanto pessoa, não pode, pelas razões aduzidas *supra*, infringir a sua moral individual.

### 3.1.2 O COSTUME

Ao contrário da legislação, o costume não é criado por indivíduos que sejam titulares de cargos políticos. O costume é "[u]m Direito que é fruto das pulsões diárias do grupo e da sociedade", cujas regras "resultam da própria dinâmica da sociedade civil. Brotam de um jogo de vida entre forças que procuram soluções para um projecto de construção colectiva em permanente revisão." (S&G, p.149) O costume é, portanto, criado através da vivência em sociedade. Ora, a sociedade rege-se pela moral convencional, e, por isso, as normas consuetudinárias têm, tal como as normas legais, um fundo moral. Na medida em que o costume pressupõe "[o] uso, ou uma prática social reiterada" ligada a uma "convicção da obrigatoriedade da conduta que é objecto de repetição ao longo do tempo" (S&G, p. 150), tem, necessariamente, que ser moral, visto que nenhum indivíduo considera uma conduta imoral como sendo obrigatória. No entanto, tal como no caso da legislação, os costumes de uma determinada comunidade podem ser considerados, por

observadores externos, como imorais. Conforme refere Hans Kelsen,

Nur auf die Zwangsordnungen fremder Staaten wird der problematische Maßstab der absoluten Moral angelegt; nur diese werden, wenn sie gewissen Anforderungen nicht entsprechen, denen die eigene genüge tut, z. B. wenn sie Privateigentum anerkennen oder nicht anerkennen, demokratischen oder nicht-demokratischen Charakter haben, als unmoralisch und daher als Nicht-Recht disqualifiziert. (Kelsen, p. 71)

Pelas razões acima referidas, consideramos que Kelsen está errado ao falar de Moral absoluta; não é este critério que está, aqui, em causa. A Moral não é absoluta, visto que assume sempre uma determinada perspectiva. O ponto onde queremos chegar é o de que, tal como no caso da legislação, a perspectiva de quem considere os costumes de uma determinada comunidade como sendo imorais não é a dos criadores das normas consuetudinárias. Dito por outras palavras, nunca nenhuma comunidade verá os seus próprios costumes como imorais. Se, porventura, os padrões morais da comunidade mudarem ao ponto de alguns dos seus costumes passarem a ser vistos como condutas imorais, a convicção de obrigatoriedade cessa naturalmente, o que faz com que o costume deixe de o ser. Enquanto se mantêm em vigor, as normas consuetudinárias são sempre morais. A partir do momento em que percam o seu carácter moral, deixam de ser consideradas obrigatórias e, por conseguinte, deixam de ser normas.

### 3.2 A APLICAÇÃO DO DIREITO.

#### 3.2.1 O CUMPRIMENTO DAS NORMAS POR PARTE DOS DESTINATÁRIOS.

É na questão da eficácia das normas que, no nosso entender, a necessária conexão que existe entre o Direito e a Moral mais notoriamente se evidencia. Conforme argumentámos *su-*

*pra*, as normas jurídicas têm sempre um fundo moral, pelo menos da perspectiva de quem as cria. Contudo, esta perspectiva moral inerente a todas as normas pode não ser suficiente para garantir o seu cumprimento. Com efeito, as normas jurídicas são sempre válidas desde que sejam postas em conformidade com as disposições formais e materiais da Constituição que rege o ordenamento jurídico de uma determinada sociedade. No entanto, a validade não garante, por si só, que os destinatários das normas as cumpram. É um facto que todas as normas jurídicas são morais a partir da perspectiva de quem as cria. Contudo, para que sejam eficazes, é necessário que também os próprios destinatários as considerem morais. Na realidade, as normas que sejam consideradas, pelos destinatários, como imorais, são válidas. A validade, contudo, não é, por si só, suficiente para garantir que essas mesmas normas sejam cumpridas. O respeito pelas normas que façam parte do ordenamento jurídico de uma dada comunidade é garantido pela Moral, não pela validade das normas. Com efeito, o facto de uma norma ser válida apenas garante a legitimidade do Estado em efectivar a sanção que é ligada ao desrespeito dessa norma. Não é uma garantia de abstenção da conduta fáctica que constitua um acto ilícito.

É notório, a partir das nossas considerações, que o nosso entendimento de "eficácia" é diferente do de Kelsen, que observa o seguinte:

Das Individuum, das die ihm von einer Rechtsnorm auferlegte Pflicht erfüllt, befolgt die Rechtsnorm; das Individuum, das im Falle einer Rechtsverletzung die in der Rechtsnorm statuierte Sanktion vollstreckt, wendet die Rechtsnorm an. Sowohl die Befolgung der Rechtsnorm als auch ihre Anwendung stellen ein der Rechtsnorm entsprechendes Verhalten dar. Versteht man unter der Wirksamkeit einer Rechtsordnung die Tatsache, daß die Menschen, deren Verhalten sie dadurch regelt, daß sie an ein von ihr bestimmtes Verhalten einen von ihr bestimmten Zwangsakt als Sanktion knüpft, sich den Normen dieser Ordnung

entsprechend verhalten: dann äußert sich die Wirksamkeit einer Rechtsordnung sowohl in der tatsächlichen Befolgung der Rechtsnormen, das heißt: in der Erfüllung der von ihnen statuierten Rechtspflichten, als auch in der Anwendung der Rechtsnormen, das heißt: in der Vollstreckung der von ihnen statuierten Sanktionen. (Kelsen, p. 122)

Para Kelsen, portanto, uma norma é eficiente (Wirksamkeit) desde que seja cumprida ou, em alternativa, desde que a sanção prevista em resultado do seu incumprimento seja, pelo menos na maior parte dos casos, efectivada. Esta linha de pensamento, contudo, equivale a considerar o Direito como uma espécie de "cardápio" a partir do qual o indivíduo pode escolher, a partir de uma ponderação custo/benefício, se lhe será mais conveniente cumprir a norma ou sofrer a sanção que o desrespeito pela mesma acarreta. Estamos, todavia, em crer que a eficácia de um sistema jurídico não pode ser medida assim. Se o legislador, através da lei, ou a sociedade em geral, através do costume, prescrevem determinada conduta como sendo proibida ou obrigatória é porque consideram que essa mesma conduta será, respectivamente, ou nociva ou essencial para a vida da comunidade. Os interesses da comunidade não são assegurados através da efectivação da sanção. A violação de uma regra de Direito traz conseguido prejuízos, para a sociedade, que não são ressarcíveis através da aplicação da sanção. Desta forma, se determinada norma for repetidamente infringida, ainda que a respectiva sanção seja aplicada em todas as circunstâncias nas quais a infracção se verifique, não se pode considerar, ao contrário do que faz Kelsen, que seja eficaz. Não é eficaz porque os destinatários a ignoram. O facto de daí advir uma sanção não torna, portanto, a norma eficaz, porque o interesse da comunidade, ou dos seus representantes, é o de que a conduta seja respeitadora da norma, não fornecer uma escolha, aos destinatários, entre respeitar a norma ou sofrer as consequências resultantes da sua infracção.

A função das sanções é, portanto, pedagógica, visto que a



sua existência tem, por intuito, dissuadir os membros da comunidade de cometerem o comportamento ilícito. No entanto, o que efectivamente demove o cidadão de praticar condutas contrárias ao prescrito pelas normas é a Moral, não o medo que a sanção visa provocar. A sanção estatuída numa norma jurídica apenas seria, em tese, pedagogicamente suficiente para garantir a inviolabilidade do Direito, independentemente de quaisquer considerações morais, nos casos em que essa mesma sanção fosse demasiado severa para merecer uma qualquer ponderação custo/benefício por parte do agente. Sem embargo, estamos em crer que tal severidade é inalcançável. Imagine-se, por exemplo, o seguinte enunciado normativo: "o património do devedor inadimplente será executado quando entre em mora para com o credor." Manifestamente, a sanção estatuída por esta norma não é, por si só, suficientemente coactiva para obrigar o devedor a cumprir, voluntariamente, a sua obrigação. De um ponto de vista meramente jurídico, a única consequência que recairia sobre o devedor incumpridor seria a de que o tribunal, a pedido do credor, ordenaria um terceiro - o banco onde o devedor tivesse conta bancária, o agente de execução acompanhado pelas forças policiais, etc. - a saldar a dívida através da execução forçada do património do devedor. Contudo, esta situação seria benéfica para o devedor, dado que este não teria que utilizar o seu próprio tempo no cumprimento da sua obrigação; bastar-lhe-ia esperar que um terceiro o fizesse, a pedido do credor. A ponderação custo/benefício, efectuada pelo devedor, levá-lo-ia à conclusão de que, economicamente, ele ficaria a ganhar infringindo o Direito, dado que nem desperdiçaria o seu tempo a saldar a dívida, nem o montante desta aumentaria. Para obviar a esta situação, benéfica para os devedores em particular, mas danosa para a comunidade em geral, dado que seria demasiado oneroso concluir negócios regularmente se, para obter a sua prestação, os credores se vissem habitualmente obrigados a recorrer aos tribunais, o legislador aumenta os custos do des-

respeito pelo Direito através da adição de outras sanções como, por exemplo, juros de mora, responsabilidade pelas custas judiciais, perda do direito à contraprestação, indemnização pelos danos causados ao credor em virtude da mora, privação da liberdade, etc. No entanto, a introdução destas sanções mais pesadas não elimina a existência de uma ponderação custo/benefício; se os juros de mora estiverem adstritos a uma taxa legal inferior à taxa de juro de um banco, continuará a ser economicamente mais vantajoso não cumprir com uma obrigação pecuniária de forma a poder ter o dinheiro investido numa conta a prazo. Se a contraprestação já tiver sido efectuada, a perda do direito à mesma poderá convolar-se numa mera obrigação de indemnização no caso de a coisa objecto da contraprestação já ter sido alienada ou de a contraprestação consistir na prestação de um serviço; nestes casos, o incumprimento poderá revelar-se igualmente mais vantajoso de um ponto de vista económico. Inclusive a perda da liberdade, tida como um bem cuja avaliação não pode ser somente aferida por critérios económicos objectivos, poderá não ser suficientemente dissuasora para o devedor - este poderá pensar que é vantajoso ir para a prisão porque deixa de ter que pagar o arrendamento do imóvel onde vive.

Em suma, estas considerações demonstram que a validade do Direito não garante, por si só, a sua eficácia, entendendo-se por tal a observância das regras jurídicas, devido ao facto de as sanções não serem suficientemente gravosas. No entanto, o que se constata é que, nos ordenamentos jurídicos onde as sanções se consubstanciam em penas muito graves para os infractores, o Direito continua, ocasionalmente, a não ser respeitado. A existência da pena de morte não impede a prática de homicídios nos ordenamentos em que esta sanção existe. A punição de roubos e de furtos através da amputação de membros superiores não garante a eliminação total da prática destes crimes. Dito por outras palavras, o Direito pode garantir a sua própria

validade, dado que esta depende somente da conformidade formal e material das normas jurídicas com a Constituição. Mas não garante, por si só, a sua eficácia, isto é, a observância e cumprimento das normas jurídicas. Voltamos, uma vez mais, a reiterar que, ao contrário do que defende Kelsen, não entendemos por eficácia o facto de as sanções serem executadas. Tal como referimos acima, o intuito com que o legislador cria as normas de fonte legal, ou com que a comunidade, através das suas práticas, cria normas de fonte consuetudinária, não é o de legitimar a efectivação das sanções ligadas a essas mesmas normas. As normas são criadas com o intuito de permitir a convivência entre seres humanos, de possibilitar a existência da sociedade. As sanções têm meramente uma função pedagógica, nomeadamente a de servirem propósitos de prevenção geral e especial. Sem embargo, estas mesmas sanções não conseguem cumprir, integralmente, esta função, que só pode ser desempenhada através Moral.

Este é, precisamente, o argumento de Immanuel Kant ao dizer que

die Sitten selber allerlei Verderbnis unterworfen bleiben, so lange jener Leitfaden und oberste Norm ihrer richtigen Beurteilung fehlt. Denn bei dem, was moralisch gut sein soll, ist es nicht genug, daß es dem sittlichen Gesetze *gemäß* sei, sondern es muß auch *um desselben willen* geschehen; widrigenfalls ist jene Gemäßheit nur sehr zufällig und mißlich, weil der unsittliche Grund zwar dann und wann gesetzmäßige, mehrmalen aber gesetzwidrige Handlungen hervorbringen wird." (Kant, 4, p. 390)

Apesar de Kant se referir, nesta passagem, à "*sittlichen Gesetze*" (lei moral), o seu argumento pode ser feito a propósito das leis jurídicas, visto que o Direito é um exemplo de "*unsittliche Grund*" (fundamento não-moral); com efeito, na medida em que a validade das leis jurídicas não assenta num fundamento moral,<sup>5</sup> os seus destinatários não se sentem, inerente-

---

<sup>5</sup> Da perspectiva dos destinatários visto que, conforme arguido *supra*, do ponto de vista do legislador as normas são sempre morais.

mente, moralmente obrigados a cumpri-las. As sanções ligadas às normas visam cumprir o papel que a moral individual exerce sobre o indivíduo. De um ponto de vista jurídico-positivo, o homicídio, por exemplo, é punível não em obediência a qualquer ditame moral - visto haver uma separação entre o Direito e a Moral - mas sim porque a comunidade considera indesejável tal conduta. As razões pelas quais esta conduta é indesejável podem, entre outras, passar por ditames morais. Contudo, mesmo numa comunidade em que a moral convencional prevalente e religiosa não condenasse o homicídio como imoral, seria natural a existência de uma proibição jurídica neste sentido dado que, se o homicídio não fosse punido, a sociedade em breve chegaria ao seu fim em virtude de os seus membros cessarem de existir. A comunidade precisa de se proteger a si própria, inclusive nos casos em que essa protecção obrigue à criação de normas jurídicas em contravenção de normas morais individuais, convencionais ou religiosas presentes na comunidade que é regida por essa mesma ordem jurídica. Isto leva a que, precisamente por o Direito, do ponto de vista dos destinatários, não assentar num fundo moral,<sup>6</sup> a observância das leis jurídicas, tal como a observância das leis morais (da moral convencional ou religiosa), seja "*zufällig*" e "*mißlich*". O indivíduo não cumpre as normas jurídicas na medida em que estas

---

<sup>6</sup> Uma vez mais, é importante realçar que nos estamos a referir à perspectiva dos destinatários. O Direito é inerentemente moral a partir da perspectiva do legislador, o que é facilmente demonstrável através da consideração de que, se o legislador não considerasse o homicídio imoral, não o proibiria, dado que a constatação da iminência do fim da sociedade não seria factor suficiente de motivação para proibir esta conduta. Pense-se, por exemplo, numa sociedade cuja moral religiosa prescreva a prática de sacrifícios humanos, e cuja influência sobre a sociedade é tão grande ao ponto de conformar tanto a moral convencional como a moral individual dos seus representantes; neste caso, o legislador não proibiria o homicídio porque, na sua óptica, o que propiciaria o fim da sua comunidade seria a ira dos deuses, não o facto de se matar membros dessa mesma comunidade. O ponto é o de que, para ser eficaz, uma norma não pode ser moral *só* a partir da perspectiva do legislador; tem que o ser, igualmente, a partir da perspectiva dos destinatários. Contudo, se não for moral do ponto de vista do legislador, a norma não chega, sequer, a ser posta.

não correspondam às normas da sua moral individual.

Como é sabido, Kant não faz esta distinção entre moral individual, convencional e religiosa. Na realidade, toda a sua teoria é baseada no princípio de que "there is a necessary connection between morality and universal applicability. Reason works purely only when it breaks the hold of the merely customary or traditional or cultural." (Abramson, p. 261) Contudo, a tripartição da Moral por nós defendida assenta, precisamente, em pressupostos costumeiros, tradicionais e culturais. Na nossa opinião, não há, nem pode haver, qualquer tipo de moral que seja independente das crenças do indivíduo. Conforme acima explicitado, estas crenças constituem a sua moral individual, que é enformada, entre outras fontes, pela moral convencional da sua comunidade e pela moral da sua religião, ao mesmo tempo que enforma, pelo menos, a moral convencional da sua comunidade. (Será mais discutível defender que enforma também a moral religiosa, dado que esta é revelada pelos deuses; não deixa, contudo, de ser interessante a mudança de posição da Igreja Católica no concernente às relações sexuais dentro do casamento, tendo estas deixado de ser vistas como actos pecaminosos sempre que efectuados sem o intuito (endógeno) de procriar para passarem a ser considerados actos normais da vida de um casal, parte da construção da sua felicidade, mesmo que sejam efectuados sem o intuito (endógeno) de procriar; parece-nos que a moral individual dos crentes acabou por moldar a moral religiosa do Catolicismo.) Não existe Moral para além das crenças do indivíduo, das da sua comunidade globalmente considerada, e das injunções religiosas. Kant diria que, a ser verdade este estado de coisas, as acções do indivíduo seriam sempre "*zufällig*" e "*mißlich*", e teria razão em afirmá-lo. Mas teria razão somente a partir de um prisma muito peculiar: o de que a Moral é algo que pode ser apreendido, conforme Kant defende, através da metafísica:

Nun ist aber das sittliche Gesetz, in seiner Reinigkeit  
und Echtheit (woran eben im Praktischen am meisten gelegen

ist), nirgend anders, als in einer reinen Philosophie zusuchen, also muß diese (Metaphysik) vorangehen, und ohne sie kann es überall keine Moralphilosophie geben. (Kant, 4, p. 390)

Kant pressupõe, por conseguinte, que através do estudo da metafísica um indivíduo pode ir para além das suas crenças, que seriam originadas pelos sentidos e pela vivência empírica, e abandoná-las, após alcançar um estado de conhecimento puro, em tudo idêntico à Teoria das Ideias de Platão. Em todo o caso, mesmo que seja possível alcançar esta posição através da filosofia, é notório que tal não está ao alcance de todos os seres humanos. Por isso, a efectivação do respeito, por parte dos destinatários, das normas jurídicas tem que ser conseguida de forma pragmática. As normas jurídicas são inerentemente morais a partir da perspectiva de quem as cria. É possível, em termos fácticos, que sejam imorais do ponto de vista dos destinatários; contudo, se o forem, não serão eficazes, dado que serão cumpridas apenas ocasionalmente, visto que a efectivação da sanção prescrita não é suficiente para afastar, em todas as circunstâncias, o incumprimento. Apenas a Moral consegue assegurar a eficácia das normas jurídicas, razão pela qual o legislador se deve preocupar, não só em conformar as normas à sua moralidade - algo que é feito instintivamente - mas também em conformá-las à moralidade dos seus destinatários. Caso contrário, as normas, por muito válidas que sejam, não adquirem eficácia, o que significa, na prática, que não trazem quaisquer benefícios à comunidade, e, por conseguinte, é como se não existissem.

### 3.2.2 AS DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS.

Ao contrário do legislador, os funcionários administrativos e os juízes não têm por função efectivar a implementação de políticas sociais. Na medida em que o papel destes operadores jurídicos é interpretar o Direito pré-existente e aplicá-lo a casos concretos, parece, à primeira vista, que estamos perante um exercício isento de considerações morais, visto que, mesmo

que as prescrições da sua moral individual sejam infringidas pelo conteúdo das normas, agentes administrativos e juízes deverão ter a capacidade de aplicá-las a casos concretos. Com efeito, se é verdade que a moral está inerentemente ligada à criação do Direito, em virtude de o legislador não ter a capacidade psicológica de legislar aquilo que ele próprio considera errado, tal raciocínio parece não ser aplicável ao julgador. O legislador cria normas em cumprimento da sua moral individual. Os destinatários seguem-nas sempre em cumprimento da sua própria moral individual, e cumprem ocasionalmente as normas que, segundo os seus próprios padrões, são amorais ou imorais, em resultado de uma ponderação custo/benefício. O julgador não se encontra em nenhuma destas posições, dado que, enquanto julgador, não é nem legislador, nem destinatário das normas. Parece, por isso, ser defensável o argumento de que os julgadores têm a capacidade de abstrair da sua própria moral individual, ao contrário do legislador e do destinatário, que não conseguem evitar conformar o seu comportamento aos ditames da sua moral individual.

Contudo, cremos que, também nas funções administrativa e jurisdicional do Direito existe uma relação inerente entre a Moral e o Direito. Na realidade, resolver uma questão de Direito não é, somente, um exercício de interpretação de normas postas pelo legislador ou pela comunidade através do costume. É necessário ponderar estes resultados interpretativos tendo em atenção os princípios gerais de Direito presentes no ordenamento jurídico em questão, as circunstâncias do caso concreto e as consequências que a decisão produzirá na sociedade. Os positivistas poderão ter razão ao arguirem que a *identificação* do Direito é uma tarefa isenta de considerações morais; no entanto, a sua aplicação não o é. O julgador, ao resolver uma questão de Direito, não se consegue afastar da sua moral individual mais do que o próprio legislador consegue a propósito da criação das normas. Isto significa que a moral individual

influencia, ainda que inconscientemente, a interpretação das normas jurídicas. Para além disso, pelo menos na maioria dos estados democráticos constitucionais de Direito, os julgadores têm mecanismos que lhes permitem corrigir ou ab-rogar as opções legislativas, nomeadamente através da declaração de inconstitucionalidade das normas. Isto equivale a dizer que, se um julgador constatar que uma determinada norma, conforme aplicada a um determinado caso concreto, ofende a sua moral individual, então o julgador buscará (quer através da interpretação, quer através da análise dos princípios jurídicos presentes no seu ordenamento jurídico, quer considerando o impacte da sua decisão na vida da comunidade) argumentos jurídicos que lhe permitam desaplicar a norma em relação ao caso concreto "*sub-iudice*". Este esforço de argumentação é, contudo, despoletado pela moral individual do julgador, o que demonstra que, também no domínio da aplicação do Direito a casos concretos, existe uma relação inerente entre Moral e Direito.

#### 4. A TENSÃO DE LINCOLN.

Em suma, não faz sentido colocar sequer a questão de apurar se existe, ou não, uma separação entre o Direito e a Moral. Existe separação porque são dois ordenamentos normativos distintos; contudo, o Direito não é eficaz sem a Moral. A criação de Direito, bem como a resolução de casos concretos, são inerentemente morais, visto que nem o legislador, nem o julgador conseguem afastar a sua própria moral individual, que acaba por influenciar a produção da norma ou a decisão do caso concreto. A possibilidade de haver maior divergência verifica-se nas relações entre legislador e destinatários, na medida em que a possibilidade de conflito entre as morais individuais de ambos é bastante real. Estamos em crer que o compromisso político é possível nos termos que Alexander Bickel designa por "*The Lincolnian Tension*":

Lincoln held "that free government was, in principle,



incompatible with chattel slavery." (...) Yet he was no abolitionist. He accepted the Missouri Compromise and the existence of slavery in the United States. (...) How explain the course of Lincoln's conduct? (...) While "the sheet anchor of American republicanism" - the principle, fixed by the Declaration of Independence, that all men, black or white, are equal in the right to own themselves - remained unrepudiated as such. Lincoln could tolerate compromises "arising from the fact that the blacks are already amongst us." (...) If he were to go ahead and do something, it would be by evolutionary steps. Sudden execution was impossible. (...) Further, if the slaves were to be freed here, should they become socially and politically "our equals"? The feelings of "the great mass of white people" would not admit of this, and hence here also principle would have to yield to necessity. "Whether this feeling accords with justice and sound judgment, is not the sole question, if indeed, it is any part of it. A universal feeling, whether well or ill-founded, can not be safely disregarded." Such was the existing compromise that Lincoln supported as being born of necessity. But it was supportable only while the principle was maintained. (Bickel, pp. 65 e 66)

O legislador terá, em certas ocasiões, de respeitar a moral convencional da sua sociedade, de forma a manter o controlo e a paz sobre a mesma, ainda que isto signifique desconsiderar, parcialmente, a sua moral individual. É, no entanto, importante notar que, quando isto é feito, é-o tendo em vista um bem superior. No caso narrado por Bickel, Lincoln está disposto a, e consegue, actuar contra a sua moral individual porque, por um lado, o custo de abolir, com efeitos imediatos, a escravatura seria demasiado grande, dado haver o risco de vir a provocar uma guerra civil.<sup>7</sup> No entanto, tal só é possível porque Lincoln tem em vista, gradualmente, vir a proporcionar condições de igualdade para os indivíduos de raça negra. O facto de a legislação ser inerentemente moral, do ponto de vista do legislador, não significa que este desconsidere sempre a moral convencional em prol da sua moral individual. Há condições, como a do

---

<sup>7</sup> Que, aliás, acabou por acontecer após a decisão do *Supreme Court* no caso *Dred Scott*.

exemplo de Bickel, em que tal é altamente desaconselhável. De forma a manter a paz e a segurança na comunidade, o legislador deve respeitar a moral prevalente, mesmo que colida com a sua moral individual. Tal, contudo, não passa de jogo político, visto que as concessões que o legislador faz têm em vista modificar, a médio/longo prazo, o *status quo*. Tem que se manter um delicado equilíbrio entre Direito e Moral de forma a que o Direito seja respeitado. Se o Direito não for respeitado, segue-se a anarquia. E o Direito só é respeitado se estiver em consonância com a moral prevalente. Manter este equilíbrio delicado é, por conseguinte, essencial, por parte do legislador, para garantir a eficácia das normas, o controlo e a paz na comunidade, e a possibilidade de, gradualmente, vir a modificar as disposições da moral prevalente que colidam com a sua moral. Por tudo isto, conclui-se que o Direito não opera sem a Moral. O Direito pode ser juridicamente válido apesar de ser entendido, pelos seus destinatários, como imoral; contudo, se o legislador não tentar manter o equilíbrio de que falamos, não se manterá no poder durante muito tempo, e o Direito injusto acabará por, finalmente, deixar de ser injusto.



#### REFERÊNCIAS:

ABRAMSON, Jeffrey, *Minerva's Owl - The Tradition of Western Political Thought*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009. (Abramson)

- BICKEL, Alexander M., *The Least Dangerous Branch - The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., Yale University Press, New Haven e Londres, 1986. (Bickel)
- FULLER, Lon L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven e Londres, 1964. (Fuller)
- KANT, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, in *Kant's gesammelte Schriften, Band IV*, Königlich-Preussischen Akademie der Wissenschaften, 1903. (Kant)
- KELSEN, Hans, *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Österreichische Stantsdruckerei, Viena, 1992 (reimpressão da edição de 1960). (Kelsen)
- MACINTYRE, Alasdair, *After Virtue - A Study in Moral Theory*, 3ª ed., University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 2007. (MacIntyre)
- MACHIAVELLI, Niccolò, *Il Principe*, Oxford University Press Warehouse, 1891. (Maquiavel)
- PLATO - *Complete works*, editado por John M. Cooper, Hackett Publishing Company, Indianapolis/Cambridge, 1997.
- REBELO DE SOUSA, Marcelo e GALVÃO, Sofia, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5ª ed. Lex, Lisboa, 2000. (S&G)