

LIBERDADE E COMPROMISSO

Liberdade e compromisso : estudos dedicados ao Professor Mário Fernando de Campos Pinto. – Lisboa : Universidade Católica Editora, 2009. – 502 p. ; 24 cm
(Homenagem)

ISBN 978-972-54-0223-8

I – PINTO, Mário Fernando de Campos, homenageado II – Col.

CDU 929 Pinto, Mário
34 Pinto, Mário

Liberdade e Compromisso

Estudos dedicados ao Professor
Mário Fernando de Campos Pinto

Volume II

Edição

UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
Palma de Cima 1649-023 Lisboa
Tel. 217 214 020
www.uceditora.ucp.pt
uce@uceditora.ucp.pt

© Universidade Católica Editora Unipessoal, Lda.



UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA
LISBOA 2009

então, oportuno questionar o porquê da sua escassa aplicação prática. Sem polemizar, concluímos que a maioria dos problemas que se levantam relativamente a este princípio desaguam no mesmo “calcanhar de Aquiles”, que é o da sua *efectividade prática*²¹³.

Os critérios de distinção entre o Direito e a Moral – descritivos ou normativos?

Manuel Fontaine Campos *

Neste texto critica-se a forma como, tradicionalmente, é apresentada entre nós, sobretudo em disciplinas introdutórias aos estudos jurídicos e, por vezes, em disciplinas filosófico-jurídicas, a questão da distinção e relação entre o Direito e a Moral. Os critérios de distinção entre o Direito e a Moral, classicamente mencionados pela doutrina, têm sido entendidos como critérios descritivos, que pretendem explicitar a diferença ou a relação *existente* entre as normas jurídicas e as normas morais. No entanto, quando alguns desses critérios foram filosoficamente formulados pela primeira vez, foram-no em termos normativos, prescrevendo que normas *devem* caber no âmbito do Direito e quais no âmbito da Moral, ou, em alternativa, que normas morais *devem* ser acolhidas pelo Direito e quais *não devem* ser assumidas como normas jurídicas. A maior parte das críticas efectuadas pela doutrina a esses critérios, entendidos como descritivos, perdem pertinência se os mesmos forem entendidos como normativos.

²¹³ Seguindo a mesma abordagem, MARIA DO ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Garantir a igualdade remuneratória entre mulheres e homens na União Europeia...* cit., pp. 55-66, p. 61.

* Assistente na Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa.

I – A abordagem clássica da questão na ciência jurídica nacional

Na doutrina nacional relativa a este tema, sobretudo a que resulta da maioria dos manuais de introdução ao Direito e de alguns de filosofia do Direito¹, é costume apresentarem-se alguns critérios de distinção (e de relação) entre o Direito e a Moral, que têm sido propostos ao longo dos tempos: o critério do mínimo ético, o critério da exterioridade, o critério da coercibilidade, o critério da heteronomia, o critério teleológico e o critério da imperatividade ou bilateralidade². À apresentação desses critérios sucede, por regra, a

¹ Consultámos, para o efeito, as seguintes obras: Diogo Freitas do Amaral, *Manual de Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 103-111; J. Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 11.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 88-94; A. José de Brito, *Introdução à Filosofia do Direito*, Rés, Porto, pp. 210-246; Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 51-60; Mário Bigotte Chorão, «Direito», in Polis, Verbo, Lisboa, 1983, pp. 311-314; *Idem*, *Introdução ao Direito*, vol. I, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, pp. 195-203; Maria Luísa Duarte, *Introdução ao Estudo do Direito*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2003, pp. 31-43; Pedro Eiró, *Noções Elementares de Direito*, Editorial Verbo, Lisboa, 2002, pp. 18-28; A. Santos Justo, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, 2001, pp. 19-34; Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, vol. I, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1973, pp. 8-18; J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 59-62; J. Dias Marques, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, 2.ª Ed., Lisboa, 1968, pp. 62-76; *Idem*, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª Ed., Pedro Ferreira, Lisboa, 1994, pp. 37-42; João de Castro Mendes, *Introdução ao Estudo do Direito*, Ed. Revista por Miguel Teixeira de Sousa, Pedro Ferreira, Lisboa, 1994, pp. 411-418; L. Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2.º, Coimbra Editora, 1995, pp. 134-140; Paulo Otero, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, vol. I, 1.º Tomo, Lisboa, 1998, pp. 266-305; Germano Marques da Silva, *Introdução ao Estudo do Direito*, 2.ª Ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pp. 35-40; Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão, *Introdução ao Estudo do Direito*, 5.ª Ed., Lex, Lisboa, 2000, pp. 219-231; A. Braz Teixeira, *Sentido e Valor do Direito – Introdução à Filosofia Jurídica*, 2.ª Ed., Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2000, pp. 141-149; I. Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. 2, Lisboa, 1989, pp. 411-418. De referir, ainda, apesar de não se tratarem de autores nacionais: Miguel Reale, *Lições Preliminares de Direito*, 10.ª Ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1982, pp. 41-57; Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução ao Estudo do Direito*, 13.ª Ed., Forense, Rio de Janeiro, 1988, pp. 93-97.

² Referimo-nos aos critérios que têm sido mais indicados (cf. A. Santos Justo, *Introdução...*, pp. 19 a 26), embora outros critérios de distinção ou relação sejam referidos

sua crítica, de acordo com o seguinte modelo: o critério apresentado não serve, pois existem normas jurídicas que, de acordo com o mesmo, teriam de ser classificadas como morais, ou existem regras morais que, seguindo o critério, teriam de ser classificadas como jurídicas. Tal modelo de crítica aos critérios é demonstrativo de que estes últimos são encarados pela doutrina referida como tendo uma natureza *descritiva*, de explanação da diferença ou da relação *existente* entre as normas jurídicas e as normas morais. Na verdade, assim se percebe que se procure opor a realidade (as normas jurídicas ou morais verdadeiramente existentes) a tais hipóteses, para efeito de demonstrar a sua inadequação.

No entanto, pelo menos dois desses critérios, quando surgiram na história do pensamento humano, foram formulados por filósofos que não pretendiam, desse modo, descrever a distinção, verificável na realidade cultural, entre as normas jurídicas e as normas morais (ou a sua relação). Tais pensadores apresentaram o critério do mínimo ético e o critério da exterioridade em termos *normativos*, como prescrevendo, o primeiro, que normas morais *devem* ser acolhidas pelo Direito e quais *não devem* ser assumidas como normas jurídicas, e, o segundo, que normas *devem* caber no âmbito do Direito e quais no âmbito da Moral. Assim, os critérios em causa surgiram como propostas de filosofia do direito, de filosofia moral ou de filosofia política.

por Miguel Reale (cf. *Lições...*, pp. 50-52), Paulo Otero (cf. *Lições...*, pp. 287-290) e Braz Teixeira (cf. *Sentido...*, p. 147 a 148). O critério da heteronomia afirma que o ser humano se vincula à Moral de forma autónoma e ao Direito de forma heterónoma. O critério da coercibilidade frequentemente associado aquele, sustenta que a diferença entre o Direito e a Moral está em que o primeiro tem a coacção ao seu serviço, enquanto a segunda apenas se pode ater à consciência de cada um. O critério teleológico faz a distinção de acordo com uma diversidade de fins da Moral – realização plena ou perfeição do homem – e do Direito – manutenção de uma ordem social justa. De acordo com o critério da imperatividade ou bilateralidade, a Moral limitar-se-ia a impor deveres, enquanto o Direito imporiria deveres e reconheceria direitos. Os critérios do mínimo ético e da exterioridade serão apresentados e desenvolvidos neste artigo.

Estando em causa critérios normativos, os mesmos podem, naturalmente, ser criticados. Mas as críticas que lhes podem ser dirigidas respeitam, por exemplo, à inadmissibilidade das consequências da aplicação dos mesmos, por, eventualmente, colocarem em causa certos valores que se considerem essenciais³. Ou a eventuais incongruências lógicas no pensamento do autor que propôs o critério em causa. Mas o confronto com a “realidade” do Direito ou da Moral não permite demonstrar a falsidade de tais propostas, mas apenas medir o quanto essa realidade ainda se encontra afastada destas últimas (o seu “grau de utopia”). Assim, pretende-se salientar que as críticas que são tradicionalmente dirigidas a, pelo menos, esses critérios clássicos de relação ou distinção entre o Direito e a Moral não são aptas a pôr em causa tais critérios, dado que as mesmas apenas podem pôr em causa critérios descritivos e não critérios normativos.

Para se perceber em que medida isto é assim, ligar-se-ão os critérios criticados ao seu surgimento na história da filosofia. Seguidamente, e a propósito de cada critério, repetir-se-ão as críticas efectuadas pela doutrina nacional, procurando demonstrar como as mesmas não são adequadas. Para tal, recorrer-se-á, em grande medida, à «crítica da crítica» que já é feita por parte da doutrina.

2 – Origem histórico-filosófica de alguns critérios de distinção ou relação entre o Direito e a Moral

2.1 – Da não distinção entre Direito e Moral ao surgimento do problema do relacionamento recíproco

Nos primórdios do pensamento humano não é feita, ao que parece, qualquer distinção entre normas jurídicas e normas éticas⁴.

³ Este tipo de críticas também pode ser encontrado nas obras da doutrina nacional que referimos. Quando falamos da “inadequação” das críticas tradicionais aos critérios de distinção entre o Direito e a Moral, não nos referimos a esse tipo de críticas.

⁴ Cf. Norbert Rouland, *L'Anthropologie Juridique*, 2.^a Ed., PUF, Paris, 1995, pp. 15, 54 e ss.

Na Antiguidade clássica, nomeadamente na Grécia antiga, as cidades organizadas em Estado (*Polis*) são regidas por um corpo de regras (*nomos*) de origem indistintamente religiosa, costumeira, moral e legislativa⁵. Tal reflecte-se, aliás, no facto de as sanções resultantes do incumprimento dessas regras serem de índole mista: «a par da vingança dos homens havia a vingança dos deuses»⁶. De início, essa ordem normativa nem sequer é considerada autónoma da ordem universal. Só com os Sofistas se passa a distinguir o *nomos* da *physis*, as normas sociais das regras da Natureza. É também com esses pensadores do século V a.C. que se coloca directamente a questão da desconformidade entre as regras sociais, vistas como puras convenções, e as regras naturais, imutáveis, e que imporiam uma regulação diversa, e preferível, das actividades humanas⁷. Encontra-se aqui, de forma embrionária, a questão do Direito Natural que, atravessando tempos e fortunas diversas, chegará aos nossos dias.

Mas é com Aristóteles que encontramos colocada de forma directa a questão da relação entre o Direito e a Moral. O Filósofo, depois de ter sistematizado a sua teoria das virtudes, coloca o problema seguinte: como garantir que, descobertos assim os hábitos que conduzem à vida boa, o maior número de homens os siga, caminhando assim em direcção à felicidade? É que, na verdade, se os argumentos e a educação podem persuadir os jovens dotados de um espírito nobre, eles são «impotentes para incitar a grande maioria dos homens a uma vida boa e honesta: as massas, com efeito, não obedecem naturalmente ao sentimento de honra, mas apenas ao medo, nem se abstém de actos vergonhosos por causa da

⁵ Cf. L. Cabral de Moncada, *Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 1.º, Coimbra Editora, 1995, p. 11; A. Truyol y Serra, *História da Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 1, Instituto de Novas Profissões, Lisboa, 1990, p. 86.

⁶ I. Galvão Telles, *Introdução...*, p. 411.

⁷ Cf. L. Cabral de Moncada, *Filosofia...*, pp. 13 a 14; A. Truyol y Serra, *História...*, pp. 96 a 98; Giorgio Del Vecchio, *Lições de Filosofia do Direito*, 5.^a Ed., Arménio Amado – Editor, Sucessor, Coimbra, 1979, p. 36.

sua baixeza, mas por medo do castigo»⁸. A melhor solução consiste em recorrer à lei, entendida como regra procedente de uma certa prudência e inteligência, uma vez que é o único comando que dispõe de poder coactivo⁹.

De alguma forma, vemos aqui reafirmado um *nomos* monolítico, em que Direito e Moral só se distinguem na medida em que o primeiro é instrumento da segunda. É conhecida a afirmação de que, na Grécia clássica, não se diferencia o homem bom do bom cidadão. Todavia, ao reafirmar a solução antiga, Aristóteles não consegue escamotear que a mesma não constituía já uma verdade inquestionável. Pelo contrário, a generalidade das cidades gregas parecia ter seguido outro caminho. É o próprio Estagirita que se lamenta do facto de serem poucas as cidades (entre as quais Esparta), em que o legislador se preocupa desta forma com a educação e o tipo de vida dos cidadãos, sendo que, nas outras «cada um vive como bem entende»¹⁰. Assim, para estas cidades, não está em causa a descrição da relação existente entre o Direito e a Moral. Ao contrário, Aristóteles sugere uma solução diferente, de transformação da realidade cultural. A Moral social tinha-se afastado da Moral filosófica, em grande medida correspondente à Moral social antiga, estando a solução na imposição destas pela lei¹¹. Trata-se,

⁸ Aristóteles, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Librairie Philosophique J. Vrin, Paris, 1997, p. 523, tradução nossa.

⁹ Aristóteles, *Éthique...*, p. 526. Platão antecipa em *O Político* esta solução: «Se há aqueles a quem, pelo seu carácter, se pode comunicar a energia, a temperança e todas as outras inclinações virtuosas, mas a quem um espírito maligno empurra no sentido contrário para o ateísmo, a desmesura e a injustiça, [a ciência real] desembaraça-se deles através de sentenças de morte ou de exílio e das penas mais infamantes» – Platão, *Le Politique – Philébe – Timée – Critias*, trad. A. Diès, Gallimard, 1992, p. 79, tradução nossa.

¹⁰ Aristóteles, *Éthique...*, p. 526, tradução nossa.

¹¹ O conceito de Moral é polissémico, podendo abranger aquela parte das regras vigentes numa determinada sociedade e que nela regem o relacionamento interpessoal (*Moral social*), aquela porção da mundividência do sujeito que condiciona a sua visão do relacionamento interpessoal, permitindo-lhe classificar como correctos ou incorrectos actos ou omissões, palavras ou pensamentos, próprios e alheios (mundividência que, sabemo-lo bem, é em grande medida condicionada pela Moral social, quanto mais

assim, de um entendimento normativo da relação entre o Direito e a Moral.

2.2 – O critério do mínimo ético como critério de relacionamento entre Direito e Moral

Com os pensadores cristãos, sobretudo S. Tomás de Aquino, o problema é objecto de tratamento sistemático¹². S. Agostinho aborda-o através da sua distinção entre *lei eterna* e *lei temporal*. A primeira resulta da Providência divina, governa tudo e é naturalmente imutável, sendo também apelidada de Razão Suprema. Já a segunda é lei humana, ou, nas palavras do bispo de Hipona, aquela que se promulga por escrito e se escreve para reger o povo¹³. Deverá a lei temporal corresponder à lei eterna? A resposta é dada a propósito de casos concretos: *deverá punir-se aquele que mata outrem em legítima defesa, ou em razão de tentativa de estupro, ou em resultado de comando militar?* Se a lei eterna pune todo o homicídio, já o mesmo não acontece com a lei temporal: esta «lei

não seja por contradição, e que chamaremos de *Moral individual*), ou ainda o discurso sobre o fenómeno moral, abrangendo designadamente as duas realidades referidas, construído como ciência do espírito e trabalhada pelos filósofos (*Moral filosófica* ou *Ética*). Paulo Otero fala ainda em *morais particulares*, privativas de determinadas actividades profissionais – cf. *Lições...*, pp. 267-272. Parece evidente que são questões diferentes as da diferenciação/relação entre o Direito e a Moral social e da distinção/relação entre o Direito e a Moral individual. J. Dias Marques (*Introdução...*, 1968, pp. 62, 68-69) aponta correctamente (ainda que encarando os critérios como descritivos) que uma boa parte dos critérios clássicos (o da exterioridade, o da heteronomia, e até o da coercibilidade, se entendido em certo sentido) são aplicáveis sobretudo à distinção entre Direito e Moral individual, perdendo grande parte da relevância se aplicados à distinção entre o Direito e a Moral social. No entanto, esta distinção entre diversos tipos de Moral não é feita por toda a doutrina, o que explica que, quando distingue a Moral do Direito, se refira por vezes a um dos sentidos apontados e por vezes a outro, sem nunca esclarecer que não é exactamente do mesmo que fala nos dois momentos.

¹² Já em Roma, por mão dos jurisperitos, se havia intuído a não coincidência entre Direito e Moral. Assim, para Paulo: «*non omne, quod licet, honestum est*» (nem tudo o que é lícito é honesto) – cf. A. Santos Justo, *Introdução...*, p. 20.

¹³ Cf. S. Agostinho, *O Livre Arbítrio*, trad. A. Soares Pinheiro, Faculdade de Filosofia, Braga, 1986, pp. 32-41.

[...] com razão permite tais actos, mas também [com razão] os castiga a Providência divina. Com efeito, essa [lei] encarrega-se de castigar os desmandos, na medida bastante para assegurar a paz entre homens rudes, e se tais [desmandos] podem ser objecto do governo do homem»¹⁴. Claramente, é feita a diferenciação entre o Direito (humano) e as regras divinas (nas quais incluímos as regras morais), sendo que o primeiro não pode, para ser justo, contrariar as segundas, mas *não deve* consagrá-las a todas.

S. Tomás de Aquino, na *Suma Teológica*, apresenta um corpo importante de reflexões sobre a questão que nos ocupa. Ao elaborar a sua teoria da lei, o Aquinense afirma que a lei humana deriva da lei natural. Ora, se compreendermos que: «O primeiro preceito da lei [natural] é este: “Há-de fazer-se e buscar-se o bem; há-de evitar-se o mal”». E sobre este fundam-se todos os demais preceitos da lei natural»¹⁵, poderíamos julgar que a função da lei humana consistiria na simples transposição do conteúdo desta lei moral. No entanto, inspirado em S. Agostinho, o Anjo das Escolas esclarece o seu pensamento na questão 96 («Do poder da lei humana»), em especial nos artigos 2.º, 3.º e 4.º. À questão de saber se incumbe à lei humana reprimir todos os vícios, responde que:

«[...] a lei humana está feita para as massas, em que a maior parte são homens imperfeitos na sua virtude. E por isso a lei não proíbe todos aqueles vícios de que se abstém os virtuosos, mas apenas os mais graves, aqueles dos quais se pode abster a maioria e que, sobretudo, provocam dano aos outros, e sem cuja proibição a sociedade humana não poderia subsistir, tais como o homicídio, o roubo e coisas semelhantes»¹⁶.

¹⁴ S. Agostinho, *O Livre...*, p. 35.

¹⁵ S. Tomás de Aquino, *Suma de Teologia*, Parte I-II, qu. 94, art. 2.º, Biblioteca de Autores Cristianos, Salamanca, p. 732, tradução nossa.

¹⁶ S. Tomás de Aquino, *Suma...*, qu. 96, art. 2.º, p. 749, tradução nossa.

São várias as razões pelas quais o Direito *não deve* impor todos os preceitos da Moral: a lei deve aplicar-se aos homens de acordo com as suas características – tentar impor regras decalcadas da Moral a homens imperfeitos poderia conduzi-los, ao não suportarem tais imposições, a males maiores. E, por outro lado, o fim do Direito é mais modesto que o da Moral: visa apenas garantir o bem comum¹⁷. Daí que o Direito só *deva* consagrar as regras da Moral indispensáveis à consecução do bem comum.

Encontramos nestes dois autores um dos critérios clássicos de relacionamento entre Direito e Moral: o critério do *mínimo ético*, segundo o qual o Direito se (deve) limita(r) a tornar coercíveis aquelas regras morais com maiores implicações para a convivência social¹⁸ ¹⁹. Este critério assume, aqui, uma natureza normativa – estes autores não procuram descrever o mundo real, mas responder a questões relativas à melhor ordenação *possível* desse mundo, exigida pela doutrina cristã²⁰.

O critério do mínimo ético tem sido afastado com o argumento de que daí resultaria a consideração do Direito como parte da Moral, à maneira de círculos concêntricos, em que esta seria o maior e aquele o menor. De acordo com esta concepção, todo o Direito coincidiria com normas morais, mas não com todas. Logo se desfiam argumentos a demonstrar o absurdo de tal tese: na verdade,

¹⁷ Encontramos aqui um critério, já referido, de distinção entre o Direito e a Moral: o critério teleológico.

¹⁸ A designação do critério como do «mínimo ético» parece, no entanto, ser muito mais tardia, e da responsabilidade de Georg Jellinek, na sua obra *Die sozioethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe* (2.ª Ed., Berlim, 1908, p. 45).

¹⁹ Note-se que a Moral que está aqui em causa é aquela que designámos como Moral filosófica, que pode ser mais ou menos coincidente com a Moral social ou com a Moral individual de cada um dos membros da sociedade.

²⁰ Veja-se a forma com S. Agostinho inicia um diálogo: «Se achas bem, examinemos cuidadosamente *até que ponto* os maus actos *devem* ser punidos por essa lei, que coíbe os povos na vida presente; a seguir o que resta e deva ser punido pela Providência divina» – cf. S. Agostinho, *O Livre...*, p. 36 e 37, itálico nosso. Ou a seguinte questão de S. Tomás: «Incumbe à lei humana reprimir todos os vícios?» – cf. S. Tomás de Aquino, *Suma...*, qu. 96, art. 2.º, p. 748, tradução nossa.

as regras jurídicas são, em grande parte, neutras do ponto de vista ético, e, portanto, não podem ter sido retiradas da Moral²¹. E, se alguns ainda concedem que o Direito não pode prescrever actos imorais, logo outros vêm alegar que o Direito, por vezes, reprovava actos moralmente positivos²².

Antes de mais, deve dizer-se que, mesmo se a teoria do mínimo ético pretendesse descrever o mundo cultural que nos rodeia, a crítica apontada não convence. Por um lado, estas críticas partem de um pressuposto não necessário: o de que a teoria do mínimo ético tem de ser entendida de acordo com a imagem sugestiva dos círculos concêntricos²³. Ora, a mesma pode ser entendida de acordo com uma imagem diferente: a dos círculos secantes²⁴. Na verdade, se para S. Tomás a lei humana deriva da lei natural, tal não significa que toda a lei humana seja simultaneamente lei natural. Aquela

²¹ Cf. J. Oliveira Ascensão, *O Direito...*, p. 91 a 92; A. Santos Justo, *Introdução...*, p. 24 a 25; Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções Fundamentais...*, p. 17; Miguel Reale, *Lições Preliminares...*, p. 42 a 43; A. Braz Teixeira, *Sentido...*, p. 142; Paulo Otero, *Lições...*, p. 278; Mário Bigotte Chorão, *Introdução...*, p. 201.

²² No primeiro sentido, cf. J. Oliveira Ascensão, *O Direito...*, p. 94; J. Baptista Machado, *Introdução...*, p. 62. Veja-se, ainda, Giorgio del Vecchio, *Lições...*, p. 370. No segundo sentido, cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções Fundamentais...*, p. 17; A. Santos Justo, *Introdução...*, p. 25.

²³ Esta imagem parece ter sido sugerida por Jeremy Bentham e corresponde à sua concepção do relacionamento entre a Moral e o Direito: «Ora, a ética privada tem como fim a felicidade, e a legislação não pode ter outro fim. [...] Ética privada e a arte da legislação andam de mãos dadas. A finalidade que têm ou *deviam ter* em vista é da mesma natureza [...] mas existem casos em que o legislador *não deve* [...] tentar dirigir a conduta dos outros membros da comunidade [...]: quando a punição seria não fundamentada [...], ineficaz [...], não lucrativa [...] ou] desnecessária» – cf. Jeremy Bentham, *The Principles of Morals and Legislation*, Prometheus Books, New York, 1988, p. 313-314, tradução e itálicos nossos. Os itálicos servem para demonstrar que Bentham adopta um entendimento normativo da relação entre a Moral e o Direito. A imagem dos círculos concêntricos foi expressamente adoptada por Cabral de Moncada na sua apresentação das relações entre a Moral e o Direito – cf. L. Cabral de Moncada, *Filosofia...*, vol. 2.º, p. 138.

²⁴ Miguel Reale fala, a este propósito, numa concepção real ou pragmática das relações entre o Direito e a Moral, oposta a uma concepção ideal, correspondente à imagem dos círculos concêntricos – cf. Miguel Reale, *Lições Preliminares...*, p. 43. Essa concepção “ideal”, no entanto, não é propugnada por S. Agostinho ou S. Tomás de Aquino.

deriva desta de duas formas: por via de conclusão dos seus princípios e por via de determinação próxima. Apenas no primeiro caso se pode dizer que o prescrito na lei humana resulta directamente da lei natural. Já no segundo, a ordenação humana, embora tendo como fim último o cumprimento da lei natural, é constituída por regras que podem variar no tempo e no espaço, tendo em vista uma maior adequação às características específicas da comunidade que visam regular²⁵.

Por outro lado, pode dizer-se de muitas das regras de Direito tradicionalmente apresentadas como moralmente neutras (*v. g.*, «[a]s normas segundo as quais o trânsito se deve realizar pela direita [...], a contestação do réu deve ser apresentada no prazo de vinte dias a contar da data em que foi citada pelo oficial de diligências, etc.»²⁶) que, *se não coincidem com uma norma moral determinada*, visam no entanto, de forma mediata, *dar cumprimento a valores* que têm de ser reconhecidos como *éticos*. Basta pensar no que sucederia se alguém desrespeitasse a regra de trânsito assinalada e conduzisse em contramão. Ou se a regra processual indicada não existisse, podendo a contestação ser apresentada quando o réu o entendesse por bem (bloqueando assim o decorrer do processo). Parece evidente que tal colocaria em causa bens essenciais: a *vida e segurança* dos utilizadores das estradas²⁷, a realização organizada da *justiça* nos casos concretos²⁸. É que «aquilo que constitui um dano social e, portanto, requer a intervenção do Direito, ou aquilo que constitui um interesse socialmente relevante e merece, portanto,

²⁵ Cf. S. Tomás de Aquino, *Suma...*, qu. 95, art. 2.º, pp. 741 a 743.

²⁶ Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções Fundamentais...*, p. 16.

²⁷ Neste sentido, cf. Arthur Kaufmann, *Filosofia do Direito*, 2.ª Ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, p. 329.

²⁸ Dias Marques distingue o *conteúdo* destas normas jurídicas, moralmente irrelevante, pois poderia ser esse ou outro diferente, da sua *existência*, eticamente relevante, pois tais normas constituem meios de realizar fins eticamente valiosos – J. Dias Marques, *Introdução...*, p. 72, n. 1.

a tutela do Direito, só pode determinar-se mediante uma decisão valorativa»^{29 30}.

Assim, a concepção aquiniana da relação entre o Direito (lei humana) e a Moral (lei natural), ainda que fosse uma concepção descritiva da realidade cultural humana, não seria posta em causa pelas críticas referidas. Mas a maior objecção a estas críticas é a de considerarem que o critério do mínimo ético tem carácter descritivo, quando, na verdade, ele é normativo. Se entendermos que o que o critério nos diz é que o Direito não pode pretender consagrar todas as regras morais, antes se *deve* ater àquelas cujo incumprimento resulte numa maior danosidade social, percebemos que as críticas que lhe são dirigidas perdem o seu sentido, e percebemos que o que faz sentido, eventualmente, é dirigir-lhe um conjunto de críticas completamente diversas. Assim, o facto de muitas regras jurídicas não coincidirem com regras morais ou de, por vezes, o Direito sancionar comportamentos moralmente recomendáveis, não põe em causa o critério do mínimo ético, assim como este não seria posto em causa se se demonstrasse que aquelas regras morais com maiores implicações para a convivência social não eram acolhidas como regras jurídicas, ou que as regras jurídicas vigentes permitiam ou impunham até comportamentos contrários a essas regras (como as que proíbem o homicídio, o roubo, etc.). Se tal sucedesse, o critério do mínimo ético manteria todo o seu valor *normativo*, e assumiria até uma relevância superior, como proposta de transformação social, quer fosse entendido de acordo com a imagem dos círculos concêntricos (o Direito é constituído apenas por normas morais “juridificadas”, embora não coincida com todas as normas morais), ou de acordo com a imagem dos círculos secantes (o Direito apenas “juridifica” as normas morais com mais implicações para a convivência social, mas inclui ainda muitas regras

²⁹ J. Baptista Machado, *Introdução...*, p. 61.

³⁰ As normas apontadas podem, então, servir como exemplos de leis humanas derivadas da lei natural por via de determinação próxima, de acordo com o pensamento de S. Tomás de Aquino.

que não coincidem com qualquer norma moral). Naturalmente, a concepção correspondente à primeira imagem é mais vulnerável, não porque a crítica de que existem normas jurídicas moralmente neutras a atingisse, mas porque a existência dessas normas é um sinal de que as mesmas cumprem funções socialmente relevantes, de que não estaríamos dispostos a abdicar. Por sua vez, esta última crítica já seria admissível, porque tem carácter normativo.

2.3 – O critério da exterioridade como critério de distinção entre o Direito e a Moral

Na Idade Moderna, na sequência das guerras religiosas, Tomásio apresenta um critério de distinção: a Moral apenas se refere à consciência e às acções internas, tendo por meta a paz interna; o Direito diz respeito às acções para com outrem e visa assegurar a paz externa. Só os deveres jurídicos afectam directamente a tranquilidade social e, por isso, apenas aqueles são coercivos³¹. Com esta construção pretendeu Tomásio «excluir da regulação estatal e eclesiástica tudo o que pertence ao foro da consciência e da vida interior»³². Na verdade, «[l]imitar a coação à esfera dos actos relevantes para a paz externa era introduzir uma forte limitação no poder do detentor da força coerciva, isto é, do Estado, mas eventualmente também da Igreja [...]»³³.

Kant terá sido influenciado pelo pensamento de Tomásio, de modo que opera a diferenciação que aqui nos interessa da seguinte forma: «Todos os deveres são ou deveres de direito [...], isto é, deveres para os quais é possível uma legislação exterior, ou deveres de virtude [...] para os quais tal legislação não é possível; estes últimos não podem [...] ser submetidos a nenhuma legislação exterior

³¹ Cf. A. Truyol y Serra, *História da Filosofia do Direito e do Estado*, vol. 2, Instituto de Novas Profissões, Lisboa, 1990, pp. 251-253.

³² A. Truyol y Serra, *História...*, p. 251. Veja-se, ainda, Mário Bigotte Chorão, *Introdução...* pp. 196-197.

³³ Norberto Bobbio, *apud* A. Truyol y Serra, *História...*, p. 253.

pela simples razão de que visam um fim [...]; mas que alguém se proponha um fim, tal não pode ser o produto de nenhuma legislação exterior (porque se trata de um acto interior do espírito)»³⁴. Assim, a Moral é a legislação interior que assegura a liberdade interna do homem (face aos seus instintos e inclinações). O Direito é a legislação exterior que assegura a liberdade externa (face à ingerência alheia)³⁵. Na verdade, o conceito de Direito «[...] diz respeito apenas à relação exterior [...] de uma pessoa com outra, na medida em que as suas acções podem, como “*facta*”, ter influência umas sobre as outras»³⁶. De modo que, «[o] direito é assim o conjunto conceptual das condições sob as quais o arbítrio de um pode ser conciliado com o arbítrio do outro segundo uma lei universal da liberdade»³⁷. Que esta concepção kantiana da relação entre o Direito e a Moral tem carácter normativo, resulta da afirmação de Kant que o juriconsulto não responderá à questão «O que é o Direito?» se não «deixar de lado [...] princípios empíricos e não buscar a fonte desses julgamentos na simples razão [...], afim de estipular o fundamento de uma legislação positiva possível»³⁸.

Este critério de distinção, normalmente apelidado de critério da *exterioridade*, separa o Direito da Moral afirmando que o primeiro apenas se (deve) preocupa(r) com os aspectos externos da conduta humana, e a segunda com a atitude interior do agente³⁹. É mais uma vez objecto de crítica, sendo-lhe apontadas falhas diversas: o Direito não se basta com a exteriorização do comportamento humano; exige frequentemente na sua aplicação uma indagação dos mecanismos internos da consciência que se relacionam com tal exteriorização (pois pode ser relevante determinar se certo acto

foi praticado com culpa, com negligência ou sem qualquer culpa, ou se a celebração de certo contrato está inquinada por vícios da vontade, etc.). Por outro lado, a Moral não se basta com as boas intenções (das quais se diz que enchem o Inferno), exige a sua exteriorização, exige que elas se concretizem em boas acções⁴⁰.

Desde logo, cabe dizer que esta última crítica não é aplicável a Kant: na verdade, para este, a Moral tem um âmbito de aplicação mais lato do que o Direito, uma vez que, enquanto este só prescreve actos externos, aquela preocupa-se *também* (mas não só) com a motivação desses actos. O que se compreende da exposição clássica da diferença entre *legalidade* e *moralidade*: é «a diferença entre a consciência de ter *agido em conformidade com o dever* [...] e *por dever* [...]; o primeiro caso (a legalidade) é também possível se as inclinações tivessem sido unicamente os princípios determinantes da vontade, mas o segundo (a moralidade), o valor moral, deve exclusivamente situar-se no facto de *a acção* ter lugar a partir do dever [...]»⁴¹. Portanto, a Moral rege a vontade, inclusivamente a vontade dirigida à acção, libertando-a dos constrangimentos internos. O Direito rege a vontade enquanto a liberta dos constrangimentos externos, de acordo com uma ideia de reciprocidade.

Já quanto ao facto de o Direito não se preocupar apenas com a exteriorização dos actos, senão ainda com a formação da vontade dirigida aos mesmos, tal crítica falha o ponto que as concepções expostas pretendem trazer para o debate filosófico: o de que o Direito apenas deverá intervir quando a vontade dos sujeitos, qualquer que ela seja, se concretiza em acção. Que, uma vez que tal suceda,

³⁴ I. Kant, *Métaphysique des Moeurs*, vol. II, GF-Flammarion, Paris, 1994, pp. 27-28, tradução nossa.

³⁵ Cf. I. Kant, *Métaphysique...*, pp. 239-240, 253.

³⁶ I. Kant, *Métaphysique...*, p. 16, tradução nossa.

³⁷ I. Kant, *Métaphysique...*, p. 17, tradução nossa.

³⁸ I. Kant, *Métaphysique...*, p. 16, tradução nossa.

³⁹ É de assinalar que este critério apenas distingue os campos de actuação do Direito e da Moral *individual*, mas não distingue o primeiro da Moral *social*.

⁴⁰ Cf. I. Galvão Telles, *Introdução ao Estudo do Direito*, vol. 2, Lisboa, 1989, pp. 413-415; J. Oliveira Ascensão, *O Direito...*, p. 89 a 91; A. Santos Justo, *Introdução...*, p. 21 a 22; Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções Fundamentais...*, pp. 12 a 14; Paulo Otero, *Lições...*, p. 276; A. Braz Teixeira, *Sentido...*, p. 143; Diogo Freitas do Amaral, *Manual...*, p. 105; Marcelo Rebelo de Sousa/Sofia Galvão, *Introdução...*, p. 223. Ainda neste sentido, Gustav Radbruch, *Filosofia do Direito*, Arménio Amado – Editor, Coimbra, 1997, pp. 98-100; Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, 6.ª Ed., Arménio Amado – Editor, Coimbra, 1984, pp. 95-97.

⁴¹ I. Kant, *Crítica da Razão Prática*, Edições 70, Lisboa, 1997, p. 97, itálico nosso.

o Direito considere relevante o conhecimento dos mecanismos interiores da consciência predecessores ou contemporâneos dessa acção, é algo que não elimina a diversidade de pontos de partida, nem afecta o critério, se entendido de forma normativa. Esse ponto é, aliás, assinalado pela maior parte da doutrina nacional, mas sem que explicita o fundamento normativo do critério da exterioridade, como instrumento de abolição dos crimes de consciência e da repressão do livre pensamento. O ideal liberal de que apenas as condutas que afectem a liberdade de terceiros devem ser reguladas pelo Direito, relegando o restante para o campo da Moral, entendida como incoercível, entronca no critério apontado.

3 – Conclusão

Os filósofos referidos não se bastam com os critérios apontados, para efeito da prescrição de uma determinada distinção/relação entre o Direito e a Moral. Assim, tais critérios indicados são, nesses autores, associados a outros, alguns dos quais já indicados de forma sumária no início deste texto⁴². Nos pensadores cristãos assinalados podem ser reconhecidos, para além do critério do mínimo ético, o critério da coercibilidade e o critério teleológico, do que resulta apenas deverem ser impostas coactivamente aquelas normas que visem a manutenção de uma ordem social justa e que tenham efectivamente maiores implicações para a vida social. Em Kant reconhecemos o critério da coercibilidade, o critério da exterioridade e o da heteronomia, o que implica apenas deverem e poderem ser impostas coactivamente aquelas normas que pretendam modelar a conduta exterior do agente, não podendo sê-lo aquelas que exijam uma atitude interior, uma vez que supõe, para valerem, não a imposição, mas a adesão interior do agente. Em qualquer dos autores mencionados, seria também aplicável o critério da bilateralidade, segundo o qual a Moral limita-se a impor deveres, enquanto o

⁴² Vejam-se as referências que fizemos *supra*, na nota 2.

Direito impõe deveres e reconhece direitos. Na verdade, este critério pode ser encarado como uma mera consequência jurídico-formal de se associar a coercibilidade ao Direito, por tornar *exigível* o cumprimento dos deveres por aquele impostos⁴³. Não se pretendia examinar todos os critérios clássicos de distinção entre o Direito e a Moral. Parece, não obstante, e de acordo com o que se acabou de dizer, que também outros critérios, para além dos da exterioridade e do mínimo ético, podem ser vistos como critérios normativos.

Pretendeu demonstrar-se que a análise clássica da relação entre o Direito e a Moral, designadamente da respectiva distinção, é feita de uma forma incompleta e, portanto, menos esclarecedora. Incompleta porque confere carácter descritivo a alguns critérios de distinção ou relação que, ao longo da história, foram sendo propostos com carácter normativo, sujeitando-os a críticas que não têm cabimento neste último entendimento. Sobretudo, o tema da distinção entre Direito e Moral não assume o maior interesse se abordado de um ponto de vista descritivo; ele é sobretudo relevante se se explicar que a existência de fronteiras fluidas entre esses dois conceitos resulta de as mesmas exprimirem uma escolha político-axiológica determinada, continuamente plasmada na ordem social vigente.

⁴³ Neste sentido, Giorgio Del Vecchio, *Lições...*, p. 373.