Principais Obras Jurídicas do Autor

A utilização do domínio público pelos particulares, Coimbra, 1965.
A execução das sentenças dos tribunais administrativos, Lisboa, 1967.
Conceito e natureza do recurso hierárquico, Coimbra, 1983.
Comentário à lei dos terrenos do domínio hídrico (com José Pedro Fernandes), Coimbra, 1978.
Curso de Direito Administrativo, vol. I, Coimbra, 1987; 2ª ed., 1994.
Curso de Direito Administrativo, vol. II (com a colaboração de Lino Torgal), Coimbra, 2002.
História das Ideias Políticas, vol. I, Coimbra, 2000; vol. II (apontamentos), Lisboa, 1998.
Código do Procedimento Administrativo anotado (em colaboração), Coimbra, 1993; 2ª ed., 1997; 3ª ed., 1997; 4ª ed., 2003.
Estudos sobre concessões e outros actos da Administração (com Lino Torgal), Coimbra, 2002.
Grandes linhas da Reforma do Contencioso Administrativo (com Mário Aroso de Almeida), Coimbra, 3ª ed., 2004.
Estudos de Direito Público e matérias afins, 2 vols., Coimbra, 2004.

DIOGO FREITAS DO AMARAL
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa

UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA
AQUISIÇÃO
DIVISÃO DE DOCUMENTAÇÃO, INFORMAÇÃO E INVESTIGAÇÃO

MANUAL DE INTRODUÇÃO AO DIREITO

VOLUME I

Com a colaboração de
Ravi Afonso Pereira

AMA
340
.12
(075.8)
199831/1
ULL

ALMEDINA

2 – Porque é que o Direito não deve ser definido como *uma técnica*?
3 – Todo o Direito pressupõe, na sua base, um conflito de interesses? Haverá conflitos de interesses entre pais e filhos, entre irmãos, entre amigos?
4 – O Direito é sempre obrigatório? O que é que faz do Direito um sistema normativo obrigatório?
5 – A independência e a imparcialidade são essenciais nos órgãos de aplicação do Direito. Porquê?
6 – O poder de influência dos factores políticos, económicos e sociais na conformação do conteúdo do Direito não tornará este num produto impuro e, eventualmente, injusto? Não seria preferível que todo o Direito fosse apenas uma emanação ou reflexo da Justiça?
7 – O carácter histórico e evolutivo do Direito abrangerá apenas as suas manifestações mais sensíveis à conjuntura ou envolverá mesmo todo o Direito? Isso não impede o estudioso de apurar as constantes invariáveis de um dado Direito nacional? Estarão os filósofos impedidos de encontrar normas jurídicas de conteúdo permanente e de validade universal? "É proibido matar" não será uma dessas normas?
8 – A história do Direito será realmente feita de avanços e recuos no plano dos valores? Não será possível defender que tais avanços e recuos são fenómenos de superfície, mas que em profundidade os traços específicos caracterizadores do conteúdo do Direito seguem, ao longo da História, uma linha geral de continuidade no sentido do progresso, do melhoramento e da humanização do Direito?
9 – A passagem do direito consuetudinário ao direito legislado constitui ou não, sempre, um progresso do Direito? Porquê?
10 – O Direito estadual é necessariamente um direito democrático?
11 – Porque é que se diz que os Poderes Executivo e Judicial são subordinados ao Poder Legislativo? Não há, então, igualdade entre os três poderes do Estado?
12 – Porque é que os tempos modernos trouxeram consigo a codificação do Direito?
13 – Não seria desejável ensinar, nas Faculdades de Direito, os Direitos supra-estaduais e os Direitos infra-estaduais? E será isso possível?
14 – Quais os mais importantes limites, na actualidade, à autonomia e independência plenas do Direito estadual?
15 – O Direito Internacional, uma vez que prevê o emprego da força pelos Estados-membros da ONU, por decisão desta, para fazer cumprir as respectivas normas, não gozará afinal de coercibilidade?

Capítulo 4

DIREITO, RELIGIÃO E MORAL

18. Preliminares

Conhecemos já o que é o Direito, porque existe e para que existe, e que características possui.

Para melhor o identificarmos naquilo que tem de essencial, vamos agora estabelecer o confronto entre o Direito – tal como o definimos – e outros conceitos distintos, mas próximos, que exprimem realidades que com ele podem ter afinidade ou manter relações de influência.

Assim, vamos sucessivamente distinguir os conceitos de Direito, de Religião e de Moral, no presente capítulo; vamos depois confrontar as noções de Direito, Justiça e Equidade (cap. 5); a seguir, compararemos Direito, usos sociais, e normas técnicas e profissionais (cap. 6); e por último, num plano algo diferente, confrontaremos as noções de Direito com as de Economia, Sociologia e Política (cap. 7).

Só após este significativo conjunto de comparações ficaremos de posse de todos os elementos indispensáveis para saber delimitar, com o possível rigor, as *fronteiras do Direito*, face a outras realidades vizinhas, por vezes muito próximas e, frequentemente, em vigorosa inter-acção com o Direito.

19. Direito e Religião

a) *Confusão e distinção entre Direito e Religião*

Nas mais antigas civilizações, a Religião e o Direito estavam confundidos – por ex., no antigo Egipto, o Faraó era um deus e, ao mesmo tempo, o governante supremo que estabelecia as leis, as interpretava e aplicava.

Nas chamadas religiões do Livro – hebraica, cristã e muçulmana, todas ligadas ao profeta Abraão –, sempre se acreditou que Deus transmitiu aos homens, através dos Dez Mandamentos, as principais normas religiosas e jurídicas a respeitar por eles. Exemplo de norma religiosa: "honrarás o Senhor teu Deus"; exemplo de norma jurídica: "não matarás".

Os governantes procuraram, durante muito tempo, impor aos súbditos a fé do reino. É que professar uma fé diferente significava, implicitamente, não reconhecer na íntegra o poder do monarca. Como se sabe, este era de origem divina, sendo encarado como uma escolha da Providência. A religião não podia, pois, deixar de ser instrumentalizada com vista à legitimação do poder instituído.

Depois, na Europa pós-reformista, assistimos a uma luta constante entre monarcas para expandir a sua religião, em ordem a alargar os seus domínios. É um conflito deste tipo que em parte está na origem da Guerra dos Trinta Anos (1618-1648). Esta termina com o Tratado de Westefália, o qual vem expressamente consagrar o princípio *cujus regio ejus religio* (1), o que aliás não agradou muito ao Papa de então, Inocêncio X.

Actualmente, a situação é diferente, consoante as religiões: no Cristianismo, aceita-se a separação entre a Igreja e o Estado, entre as matérias "espirituais" e "temporais" – ou seja, entre a Religião, por um lado, e a Política e o Direito, por outro. Já no Judaísmo e no Islamismo idêntica separação não existe e, nos países muçulmanos

(1) "Conforme o príncipe, assim a religião do seu país".

mais radicais, a "*xaría*" é um conjunto de normas religiosas que os tribunais do Estado devem aplicar à vida privada dos cidadãos.

Contudo, no contexto da civilização ocidental, a Religião e o Direito são fáceis de distinguir: pela *fonte*, que naquela é considerada divina e neste é humana; pelo *conteúdo*, que na primeira é constituído por normas relativas ao respeito pela palavra de Deus e pelas exigências do culto que lhe deve ser prestado, ao passo que no segundo é composto por normas relativas à regulação e disciplina da vida dos homens em sociedade, para assegurar entre eles o respeito da justiça, da segurança e dos direitos humanos; e pela *eficácia*, porque as normas religiosas só obrigam os crentes e só são dotadas de sanções espirituais, enquanto as normas jurídicas obrigam todos os cidadãos de certo país (e mesmo os estrangeiros que nele habitem ou por ele transitem), sob a ameaça de sanções "temporais", ou "terrenas", próprias do mundo laico – tais como penas de prisão, multas, indemnizações pecuniárias, etc.

Num país como Portugal – onde vigoram os princípios da liberdade religiosa e da separação entre as Igrejas e o Estado (CRP, art. 41º) e onde, por conseguinte, o Estado é laico e "não adopta qualquer religião nem se pronuncia sobre questões religiosas" (art. 4º, nº 1, da Lei da Liberdade Religiosa, Lei nº 16/2001, de 22 de Junho) –, a distinção entre Direito e Religião é clara e nítida. A Religião não prevalece sobre o Direito, nem o Direito prevalece sobre a Religião.

b) *Relações entre o Direito e a Religião*

Mesmo assim, há que reconhecer a existência de relações entre as duas esferas: há normas jurídicas de clara origem religiosa (por ex., a proibição de matar, a fixação do dia de descanso semanal ao Domingo, ou a consagração dos dias do Natal e da Páscoa como feriados *oficiais*), assim como há – em sentido contrário – normas jurídicas contrárias a preceitos religiosos claros (por ex., a permissão do casamento civil, do divórcio nos casamentos católicos, da euta-

násia – nos países que já a tenham legalizado –, etc.). Também há atitudes oficiais das igrejas que mudaram por influência das ideias seculares e do Direito estadual (por ex., o próprio princípio da separação, a liberdade religiosa, o tratamento de igualdade dado às diferentes confissões religiosas, etc.)

A plena distinção entre as esferas da Religião e do Direito fica ainda bem vincada pela existência de numerosas normas jurídicas cujo conteúdo ou substância são completamente irrelevantes do ponto de vista religioso (por ex., a regra que manda conduzir pela direita em Portugal, ou pela esquerda em Inglaterra e em Moçambique).

Temos estado a pensar, até aqui, sobretudo no Direito estadual. As coisas carecem, todavia, de uma análise mais fina no que toca aos direitos supra-estaduais e infra-estaduais.

A nível supra-estadual, o Direito Canónico (sistema de normas jurídicas que regulam a organização e a vida interna da Igreja Católica a nível mundial) é, como não podia deixar de ser, um direito profundamente influenciado pela Religião, e tecnicamente subordinado a ela e destinado a servi-la.

A nível infra-estadual, há numerosos Direitos privativos de organizações não governamentais (ONG's), que acatam e reproduzem normas de carácter religioso: por ex., os conventos e paróquias, as escolas eclesiásticas, as associações de fiéis para a sustentação de um certo culto, etc.

Por último, sublinhe-se que o próprio Direito estadual não é insensível ao fenómeno religioso (por ex., veja-se a já citada Lei da liberdade religiosa, de 2001, a Concordata entre Portugal e a Santa Sé, de 1940 (2), o regime especial do casamento canónico previsto no Código Civil, de 1966, a oficialização pelo Estado dos mais importantes feriados religiosos, e até – pormenor curioso – as excepções à regra da inumação de cadáveres em cemitérios públicos,

(2) Já foi negociada e assinada, em 2004, uma nova Concordata com a Santa Sé, mas ainda não foi ratificada nem entrou em vigor.

decretadas a favor dos "patriarcas de Lisboa", que gozam de panteão privativo, ou de particulares que disponham de "capelas privativas (...) tradicionalmente destinadas ao depósito do cadáver ou ossadas dos familiares dos respectivos proprietários", apenas sujeitas a autorização da competente câmara municipal – Dec.-Lei nº 411/98, de 30 de Dezembro, art. 11º, als. a) e c)).

A Religião e o Direito são, pois – em Portugal e nos países pertencentes ao mesmo tipo de civilização que o nosso –, realidades distintas, mas não indiferentes e insensíveis uma à outra. Veja-se ainda, para mencionar mais dois ou três exemplos, o caso da "Rádio Renascença", a atribuição inicial da licença de exploração da TVI a uma sociedade pertencente à Igreja Católica, a firme oposição desta à total abertura dos supermercados ao Domingo, ou à secundarização de alguns feriados religiosos na lista dos feriados oficiais; bem como, no plano de outras confissões religiosas, o apoio financeiro público dado à construção da principal Mesquita (muçulmana) em Lisboa, ou o reconhecimento oficial pelo Estado da Fundação Aga-Khan (ismaelita).

É um facto, porém, que a Igreja Católica, pela sua influência decisiva na História de Portugal e por ser, ainda hoje, sociologicamente maioritária em Portugal (mais de 90 por cento dos portugueses se afirmam católicos, ainda que muitos não sejam praticantes), goza de um estatuto jurídico especial face às demais confissões radicadas no país (por ex., Concordata com a Santa Sé, subtracção à aplicação da Lei de liberdade religiosa – v. o respectivo art. 58º –, regime privilegiado da Religião e Moral católicas no ensino secundário oficial, etc.).

O pluralismo religioso, no entanto, vai-se impondo e alargando paulatinamente – e o Estado Português não deixa de legislar, quando assim o entende, contra a doutrina católica oficial (casamento civil, divórcio, aborto, uso do "preservativo", uniões de facto, bioética, etc).

Uma coisa é certa (e a ela voltaremos noutro capítulo): para a nossa actual ordem jurídica, ao contrário do que aconteceu do século XII ao século XIX, a *lei divina* não constitui direito positivo do Estado Português, que se proclama como *Estado laico*. Já não vale,

hoje, a concepção do Doutor Francisco Suárez – espanhol, mas professor em Coimbra e em Évora, nos séculos XVI e XVII – que expressamente ensinava ser Deus *o primeiro legislador* (3). Os crentes poderão partilhar essa convicção; as Igrejas, suas instituições e suas escolas, também; o Direito estadual e os tribunais do Estado é que não.

Um caso recente, ocorrido nos Estados Unidos da América, ilustra bem o que acabamos de dizer.

O presidente do Supremo Tribunal do Estado do Alabama (o juiz Roy Moore) mandou colocar, no largo interior de acesso ao edifício do tribunal, um monumento de pedra contendo uma das versões dos *Dez Mandamentos* que, segundo o Antigo Testamento, foram entregues por Deus a Moisés.

Um grupo de três advogados adeptos da laicidade do Estado, proclamada na 1ª Emenda à Constituição federal dos EUA, propôs uma acção popular, junto de um tribunal de apelação federal, pedindo a declaração de inconstitucionalidade da decisão do juiz-presidente.

A acção foi ganha, em Julho de 2003 (4), com base em três razões: primeira, o sistema jurídico norte-americano baseia-se na Constituição e na soberania do povo americano, e não em qualquer "lei divina"; segunda, havendo várias versões (judaica, católica, ortodoxa, luterana e outras) dos *Dez Mandamentos*, preferir uma delas em detrimento das demais viola o princípio da igualdade e não-discriminação entre religiões, inscrito na Constituição; terceira, se esta decisão do juiz-presidente fosse aceite, qualquer tribunal ou edifício público poderia ser decorado com uma cruz, ou um símbolo judaico, ou um Buda, reduzindo a zero o carácter laico e não confessional do Estado.

O juiz-presidente do Alabama não acatou a sentença contra ele proferida, e anunciou a intenção de recorrer para o Supremo Tribunal Federal. Mas, entretanto, apenas quatro meses volvidos, o *Court of the Judiciary* do Alabama (de 9 membros) destituiu do seu cargo o juiz-presidente do Supremo Tribunal, por unanimidade, por este se ter recusado a cumprir a decisão judicial que lhe ordenara a remoção do monumento dos *Dez Mandamentos*; a destituição implicou a perda da condição de juiz, passando o sr. Roy Moore à situação de cidadão comum (5).

Em Portugal, o princípio da separação das Igrejas e do Estado, consagrado no artigo 41º da CRP, e o corolário dele extraído pelo artigo 4º, já citado, da Lei da liberdade religiosa, de 2001 – "o Estado não adopta qualquer religião nem se pronuncia sobre questões religiosas" – levariam provavelmente a conclusão idêntica, por parte do nosso Tribunal Constitucional, se uma questão semelhante lhe viesse a ser submetida.

(3) Francisco Suárez, *Tratado das Leis e de Deus Legislador*, Coimbra, 1612 (versão original em latim; há tradução espanhola, Madrid, 1968).

(4) V. *International Herald Tribune*, de 3-7-03, pp. 3 e 8.

(5) Cfr. *International Herald Tribune*, de 15/16-11-03, p. 4.

20. **Direito e Moral**

Esta distinção tem algumas semelhanças com a anterior, mas não é idêntica: pois, se é certo que todas as religiões têm uma moral, não é menos verdade que houve e há diversas morais não-religiosas (o estoicismo, o epicurismo, o hedonismo, etc.).

a) *Como distinguir o Direito da Moral?*

Sublinhe-se, antes de mais, que existem entre um e outra alguns pontos comuns: tanto o Direito como a Moral são sistemas normativos, isto é, conjuntos de regras de conduta dirigidas aos seres humanos; por outro lado, se a *moral individual* tem pouco ou nada a ver com o Direito, já a *moral social* ou *moral colectiva* cobre, em larga medida, o mesmo campo de aplicação do Direito, que também é um sistema de regulação social; enfim, tanto a Moral como o Direito são compostos por normas de conduta assistidas de sanções para quem as violar – só que, como veremos, essas sanções são de natureza muito diferente num caso e noutro.

Estas, as semelhanças. E quais as diferenças entre o Direito e a Moral?

Há a considerar, sobre o assunto, as concepções *dualistas* e as concepções *monistas*: para as primeiras, Direito e Moral são ordens normativas separadas e distintas, independentes entre si, sem que qualquer delas possa reivindicar supremacia sobre a outra; para as segundas, há somente uma ordem normativa dos comportamentos humanos em sociedade – a Moral –, sendo o Direito apenas uma parte ou um capítulo da Moral.

Temos para nós que, nesta matéria, o *dualismo* é a posição mais acertada: nem a Moral está subordinada ao Direito, nem este depende daquela, ou constitui um mero capítulo dela; ambos os sistemas são independentes, cada um na sua esfera própria – o que não quer dizer que o Direito não possa incorporar no seu domínio regras morais. Pode fazê-lo, mas também pode impor normas jurídicas contrárias à Moral ou, pelo menos, a uma certa moral tradicional em dado país.

O *monismo* (6) constitui, quanto a nós, uma visão errada das coisas, já porque os fundamentos e os fins da Moral e do Direito são diferentes, já porque os meios de que dispõem para garantir a eficácia dos seus preceitos também divergem profundamente. E o Direito, mormente o Direito estadual, não pode estar subordinado a uma determinada moral – porque o Direito é um só para todos os cidadãos (unidade da ordem jurídica, igualdade jurídica entre os indivíduos), ao passo que cada pessoa é livre de adoptar a moral que quiser, sendo pois a Moral uma matéria de opção individual, resultante da *liberdade de consciência*, direito fundamental garantido a todos pela Constituição (CRP, art. 41°, n° 1).

Numa palavra: cada indivíduo opta pela moral que quiser, mas está sujeito ao Direito que lhe for aplicável, e este não deve obediência a nenhum sistema moral em particular.

Justificada a nossa opção pelo *dualismo*, façamos então a distinção que se impõe entre o Direito e a Moral.

Quanto aos fundamentos, o Direito resulta da vontade colectiva de uma certa comunidade humana, enquanto a Moral resulta da opção livre da consciência individual de cada pessoa.

Quanto aos fins, o Direito visa regular a convivência dos homens em sociedade à luz da justiça, da segurança e dos direitos humanos, enquanto a Moral visa conduzir cada indivíduo à prática do bem e à recusa do mal, cumprindo os deveres que a sua moral (ou sistema de valores) lhe impuser.

Quanto aos meios, o Direito serve-se de sanções físicas ou materiais (multas, privação de direitos, perda de bens, etc.), enquanto a Moral se serve de sanções interiorizadas pela própria consciência (culpa, remorso, escrúpulos) ou aplicadas por meio de uma reprovação da consciência alheia (corte de relações, esfriamento de amizades, recusa de convivência social com o culpado). No caso específico do Direito estadual, as sanções aplicáveis são reforçadas pela coercibilidade (polícia, tribunais, prisões).

(6) Defendido entre nós, por ex., por M. Bigotte Chorão, *Introdução ao Direito*, I, p. 195 e segs.

Não é correcta a distinção que aponta para a "interioridade" da Moral e para a "exterioridade" do Direito (Thomasius), porquanto a Moral social contém imperativos de conduta para com terceiros (por ex., dar de comer a quem tem fome) e o Direito penetra frequentemente no interior psicológico das acções humanas (por ex., é mais grave a pena do homicídio doloso, ou intencional, do que a do homicídio involuntário, cometido por distracção, imperícia ou negligência; e a pena aplicável ao assassino, em caso de homicídio, é agravada se houver da sua parte premeditação, crueldade, avidez, ou um motivo torpe ou fútil (CP, art. 132°, n° 2), avaliação que depende dos motivos interiores da acção humana, e não da exterioridade desta.

Não se nos afigura, tão-pouco, correcta a distinção que vê no Direito a regulação da coexistência das liberdades e na Moral um sistema de instituição de deveres (Kant), porque, por um lado, o Direito não regula apenas as liberdades individuais e a sua coexistência, também estabelece deveres para com a comunidade (por ex., pagar impostos ou prestar serviço militar) e deveres de solidariedade para com outrem (por ex., os deveres dos pais perante os filhos menores, ou o dever de auxílio a pessoa em perigo grave); e, por outro, a Moral não consiste somente na imposição de deveres, ela também confere direitos (direitos dos mais desfavorecidos à protecção da Sociedade) e legitima um amplo espaço de liberdade – a começar pela própria liberdade de consciência.

b) *Relações entre o Direito e a Moral*

Estabelecida a distinção entre o Direito e a Moral, e conhecidas as suas principais afinidades e diferenças, vejamos agora as relações que se estabelecem entre aquele e esta:

– Há normas de Moral que o Direito não recebe nem impõe: por ex., dar esmola aos pobres, visitar os doentes e os presos, ajudar os cegos a atravessar a rua, etc.;

– Há normas de Direito que não revestem qualquer significado moral: por ex., a regra do Código da Estrada que manda circular

pela direita (ou pela esquerda, noutros países); as regras sobre prazos processuais; as regras técnicas relativas à segurança e salubridade das edificações urbanas;

– Há normas de Direito que coincidem com normas importantes da Moral: por ex., a norma do CP que consagra o direito de legítima defesa perante uma agressão (art. 32°) (7); a norma do C. Est. que confere prioridade no trânsito às ambulâncias que transportem feridos (art. 65°); a norma do CC que considera ilegítimo o exercício de qualquer direito que seja contrário aos bons costumes (art. 334°); a norma do CC que atribui ao doador o direito de revogar a doação feita se houver, posteriormente, *ingratidão* do donatário (arts. 974° e segs.), bem como as normas do mesmo diploma que determinam os casos de incapacidade sucessória por motivo de *indignidade* (arts. 2034° e segs.); a norma legal que impõe a nulidade dos negócios jurídicos, contratos e testamentos que sejam *ofensivos dos bons costumes* (CC, arts. 281° e 2186°); a norma constitucional que confere aos tribunais o poder de, contra a regra geral de que as suas audiências são abertas ao público, decidirem fazer o julgamento à porta fechada, "para salvaguarda da dignidade das pessoas e da *moral pública*" (CRP, art. 206°);

– Há normas jurídicas que remetem para determinados conceitos que provêm da Moral ou só com a ajuda desta podem ser definidos: assim, por ex., a Lei Orgânica das Ordens Honoríficas Portuguesas (Dec.-Lei n° 414-A/86, de 15 de Dezembro) impõe aos agraciados o "dever de regular o seu procedimento, público e privado, pelos *ditames da virtude e da honra*" (art. 44°, al. b)), dever esse cuja violação poderá implicar a perda da condecoração recebida (art. 45°, *nos* 5 e 7); e o Código de Justiça Militar (aprovado pelo Dec.-Lei n° 141/77, de 9-4) considera crime essencialmente militar a *cobardia perante o inimigo* (arts. 39° e segs.), *v.g.* por falta às exigências *da honra e do dever militares* (sublinhados nossos);

(7) Referimo-nos à moral cristã. Já os estóicos, por ex., consideravam que era melhor sofrer uma injustiça do que praticá-la...

– Enfim, há normas jurídicas que violam as regras de certos sistemas morais, designadamente o da moral cristã: a permissão legal do aborto, seja ilimitadamente, seja em certas circunstâncias tipificadas na lei; a permissão do nudismo nas praias; a legalização das uniões de facto; em certos países, o casamento entre duas pessoas do mesmo sexo, a eutanásia, etc., etc.

Como se vê, o Direito e a Moral são, na realidade, sistemas normativos distintos – que ora coincidem, ora se afastam, ora se ignoram, e que por vezes entram abertamente em conflito.

Qualquer cidadão pode, individualmente, adoptar uma moral diferente daquela que inspira o Direito do seu país: mas não pode desobedecer à lei alegando o carácter *imoral* da norma jurídica (CC, art. 8°, n° 2). Exceptuam-se deste princípio geral de Direito as situações, excepcionais, mas previstas na lei, de *objecção de consciência* (dos jovens ao serviço militar, dos médicos à prática do aborto, etc.).

c) *Caracterização da moral social "recebida" pelo Direito português actual*

De que Moral fala o Direito, quando expressa ou implicitamente remete para a Moral e a "recebe" no seu seio?

A resposta da maioria dos autores portugueses é: o Direito estadual português, quando remete para a Moral, tem em vista a "moral cristã tradicional no país" (8).

Discordamos desta posição.

Reconhecendo que assim foi durante séculos e, por último, durante o Estado Novo, à luz da Constituição de 1933 (9), consideramos que não é mais assim, hoje em dia, por força da "liberdade de

(8) Ver, por todos, Paulo Otero, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, I, 1° tomo, Lisboa, 1999, p. 300.

(9) Cfr. o artigo 43°, § 3°, da Constituição de 1933, com a redacção introduzida pela revisão constitucional de 1935 (Lei n° 1990, de 23-5), que mandava orientar "o ensino ministrado pelo Estado [nas escolas públicas](...) pelos princípios da doutrina e moral cristãs, tradicionais do País".

consciência" assegurada a todos os portugueses pela actual Constituição (art. 41°, n° 1), o que implica, como vimos, um legítimo pluralismo de opções morais individuais, e uma moral pública não derivada de nenhuma religião em particular.

A moral pública, os bons costumes, ou a moral pura e simples, para que remete o Direito português actual, nos casos em que o faça, deverá ser entendida como uma *moral humanista laica*, que possa ser um denominador comum entre crentes e não crentes, num Estado não-confessional que acolhe o princípio da liberdade religiosa (o qual inclui o direito de ter ou não ter qualquer religião).

Só à luz desta ideia de que a moral social, hoje, em Portugal, é uma moral humanista laica, é que se pode entender e explicar a legislação parlamentar e as decisões do Tribunal Constitucional em matérias como o divórcio, o aborto, as uniões de facto, a pornografia, a ausência de limites morais na televisão, no cinema e no teatro, o nudismo nas praias, etc. – práticas e fenómenos consentâneos com a moral humanista laica hoje predominante no mundo ocidental, mas todos em maior ou menor contradição com os preceitos da moral cristã tradicional.

Esta pode (e deve) continuar a pautar o comportamento individual dos católicos praticantes, mas deixou de ser a Moral colectiva inspiradora do Direito estadual, tal como vem sendo produzido pelos órgãos legislativos portugueses e aplicado ou criado pelos nossos tribunais.

d) *Crítica da concepção do Direito como "mínimo ético". A tendência para a "eticização do Direito"*

Vários autores de grande nomeada, desde S. Tomás de Aquino até Jellinek, têm considerado o Direito (estadual) como o *mínimo ético*, ou seja, como a consagração oficial pelo Estado, acompanhada do inerente reforço decorrente da coercibilidade, daquele mínimo de preceitos da Moral ([10]) que em cada momento sejam considera-

([10]) Ética e moral são palavras sinónimas.

dos indispensáveis para garantir a paz social justa que o Direito visa assegurar.

Não podemos acompanhar esta concepção.

É certo que o Direito é menos exigente, em termos éticos, do que a Moral – e, portanto, só recebe e incorpora na ordem jurídica uma parte, não a totalidade, das regras morais. Mas o facto de o Direito não acolher todas as regras morais, e de até contrariar algumas, não permite extrair a ilação de que o Direito seja equivalente a um "*mínimo ético*".

Por um lado, com efeito, se nos colocarmos de um ponto de vista moral, talvez cheguemos facilmente à conclusão de que o Direito não assegura nem garante o mínimo ético que, desejavelmente, deveria assegurar: alguma norma jurídica impõe aos cidadãos ou ao Estado o dever de dar de comer a quem tem fome? De dar de beber a quem tem sede? De dar um tecto para viver aos sem abrigo? De visitar os doentes internados nos hospitais e os reclusos nas prisões? De arranjar trabalho a quem está desempregado? De contribuir financeiramente para o sustento das Misericórdias e das outras instituições particulares de solidariedade social? De partilhar a riqueza, quem a tenha, com os pobres e indigentes? Não, decididamente, o Direito fica muito longe de garantir um mínimo ético à vida social. (Apesar de, em certas circunstâncias, ser crime a "omissão de auxílio" a outrem, quando esteja em perigo a sua vida, integridade física ou liberdade": CP, art. 200°).

Há, contudo, uma interessante perspectiva moderna que vê no *princípio democrático* uma forte exigência ética no Direito.

Não podemos deixar de concordar com esta ideia e por isso escrevemos mais atrás (*supra*, n° 17) que o nosso Direito é influenciado, no plano ético, pelo kantismo. Kant, como se sabe, fazia depender da autonomia da vontade a liberdade da pessoa humana; e a autonomia para ele significava a submissão da razão àquela lei que ela se dá a si própria. Daqui nasce o imperativo categórico que, numa certa formulação (a que parte da natureza racional do indivíduo como um fim em si), afirma: "Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim, e nunca simplesmente como meio".

Ora, o princípio democrático traduz precisamente a igual autonomia ética das pessoas, de onde decorre a igual liberdade de todos de participar na "*res publica*": a cada membro da comunidade um voto (*one man, one vote*).

Um segundo corolário do princípio democrático é o princípio da maioria, que exprime o igual valor de cada um na decisão maioritária. Mesmo quem tenha votado contra a decisão da maioria reconhece a sua legitimidade, pois esta resulta de se atribuir o mesmo valor à participação *livre* de cada um. O "livre" aparece em sublinhado, na medida em que viria bulir com o princípio democrático uma "ditadura da maioria", isto é, uma maioria que viesse oprimir os direitos das várias minorias no seio da sociedade. Por essa razão, a decisão maioritária há-de ser encontrada (kantianamente) aprovando-se uma máxima susceptível de universalização.

É por as minorias contarem com isto, isto é, com a razoabilidade da decisão (Rawls), que aceitam a decisão maioritária. Uma decisão não é razoável se contender com os direitos fundamentais da pessoa, tal como vêm consagrados na Constituição. Logo, corolário do princípio democrático é também o respeito pelas liberdades básicas (liberdade de consciência, de expressão, de reunião e associação, etc.).

Por outro lado, há outra razão que explica porque hão-de as minorias aceitar a decisão maioritária. É que elas sabem que há um órgão que vai controlar a conformidade dessa decisão com aquelas liberdades e com o princípio democrático no seu conjunto e, assim, nele confiam. Esse órgão, entre nós, chama-se *Tribunal Constitucional*. Também a maioria sabe que ele existe.

Se assim é, então temos de concluir que o Direito se move em espaços livres de Ética sempre que esteja em causa a opção por uma decisão política expressa pela maioria parlamentar ou, entre nós, também pelo Governo. Nestes terrenos, a validade do Direito determina-se politicamente. Confirma-se, pois, tudo o que dissemos anteriormente sobre a independência entre o Direito e a Moral.

Há, contudo, uma restrição a este princípio da independência: aquela que decorre da igual dignidade da pessoa humana, que surge assim como um colete de forças para o legislador. Certas matérias não podem ser, sequer, objecto de decisão por parte da maioria. São matérias insensíveis à escolha (*choice-insensitive*, como lhes chama Dworkin). Se assim não fosse, qualquer maioria teria caminho livre para sepultar o princípio democrático, justamente aquele de onde deriva a sua legitimidade, caindo em auto-contradição. (Voltaremos a este ponto mais à frente, quando tratarmos do Direito Natural).

Dizíamos, pois, que o Direito estadual não garante, em muitos aspectos – nomeadamente, no campo da justiça e solidariedade social – o que deveria ser o *mínimo ético*. Mas, por outro lado, em certos sectores particularmente importantes da vida social, o Direito tem vindo, nos últimos 20 ou 30 anos, a introduzir cada vez maiores exigências éticas no comportamento dos indivíduos incumbidos de funções relevantes no Estado e no sector privado. Por exemplo:

– Imposição de regras severas que impedem os titulares de cargos públicos (seja no Estado, seja nas autarquias locais) de tomar

decisões que envolvam pessoas da sua família, ou sócios de empresas suas (v. o CPA, arts. 44º e segs.);

– *Idem*, para os juízes (cfr. o CPC e o CPP);

– *Idem*, para os administradores de empresas privadas cujos negócios particulares possam estar em conflito com os interesses da empresa (v. o CSC, arts. 64º e 72º, 254º e 398º);

– Reforço das acções de fiscalização sobre o cumprimento das regras deontológicas das profissões liberais (Ordem dos Médicos, dos Advogados, dos Engenheiros, etc.);

– Adopção de *códigos de conduta* em numerosas empresas e associações profissionais, cujas normas são predominantemente de natureza ética;

– Atenção inovadora concedida em número crescente de Universidades ao ensino da Ética, nomeadamente nos ramos da *Legal Ethics* e da *Business Ethics*;

– Criação de órgãos, consultivos ou reguladores, de carácter independente, sobre os novos problemas postos pela bioética (ver, entre nós, o *Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida*: Lei nº 14/90, de 9 de Junho).

Vemos, assim, que a *eticização do Direito* tem crescido muito nos últimos tempos – e corresponde a uma exigência de moralidade pública na Administração, nas empresas e no enquadramento legal do progresso tecnológico e científico. Infelizmente, este movimento tão positivo vai de par com uma degradação ética dos comportamentos individuais, familiares e de solidariedade humana e social.

O que só comprova, a nosso ver, quer se goste disso quer não, a autonomia e a separação do Direito e da Moral – ainda que possamos pugnar por uma maior proximidade entre ambos, nos sectores onde o distanciamento choca mais fortemente a nossa sensibilidade humanista.