

acerca das regras, desde que ele não esqueça que é na zona da franja que ele é bem-vindo; e desde que não nos torne incapazes de ver o facto de que aquilo que torna possível estes desenvolvimentos notáveis pelos tribunais das regras mais fundamentais é, em grande medida, o prestígio obtido pelos tribunais a partir dos actos indiscutivelmente regidos pelas regras sobre as zonas vastas e centrais do direito.

VIII

JUSTIÇA E MORAL

Considerámos necessário, para elucidar os aspectos distintivos do direito como meio de controlo social, introduzir elementos que não podem ser construídos a partir das ideias de ordem, ameaça, obediência, hábitos e generalidade. Demasiados aspectos daquilo que é característico do direito ficam distorcidos pelo esforço de o explicar nestes termos simples. Assim, considerámos necessário distinguir da ideia de um hábito geral a de uma regra social e acentuar o aspecto interno das regras manifestado no seu uso como padrões orientadores e críticos de conduta. Distinguimos então entre regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento. O tema principal deste livro reside em que muitos dos actos característicos do direito e muitas das ideias que constituem a estrutura do pensamento jurídico exigem para a sua elucidação a referência a um destes dois tipos de regra ou a ambos e que a sua união pode ser vista a justo título como a «essência» do direito, embora eles possam não aparecer sempre juntos todas as vezes que a palavra «direito» é correctamente usada. A nossa justificação para atribuir à união das regras primárias e das secundárias este lugar central não consiste em que elas desempenharão aí a função de um dicionário, mas antes que elas têm um grande poder explicativo.

Devemos agora voltar a nossa atenção para a pretensão que, na perene discussão da «essência», ou da «natureza», ou da «definição» do direito, mais frequentemente tem sido contraposta à teoria imperativa simples que considerámos não ser adequada. Trata-se da afirmação geral de que entre o direito e a moral^(*) há uma conexão

(*) No original inglês, «*morality*». Traduzimos sempre como moral os vários vocábulos da língua inglesa utilizados pelo autor: «*morals*», «*moral*» e «*morality*», visto a nossa língua englobar naquele termo tais conceitos.

que é, em certo sentido, «necessária», e que é ela que merece ser tomada como ponto central em qualquer tentativa de análise ou de elucidação da noção de direito. Os que advogam este ponto de vista podem não estar interessados em discutir as nossas críticas à teoria imperativa simples. Podem até aceitar que constituiu um avanço útil; e que a união das regras primárias e das regras secundárias foi, na verdade, uma noção mais importante do que a de ordens baseadas em ameaças, como ponto de partida para a compreensão do direito. O seu argumento seria, contudo, o de que isto não basta: que mesmo aqueles elementos são de importância subalterna e que, até que a relação «necessária» com a moral se torne explícita e a sua importância central seja posta em relevo, as brumas que há tanto tempo enevoam a compreensão do direito não podem ser dissipadas. Deste ponto de vista, os casos discutíveis ou controversos de direito não seriam meramente os do direito das sociedades primitivas ou do direito internacional, que têm sido considerados duvidosos por neles não existirem órgãos legislativos, tribunais com jurisdição obrigatória e sanções organizadas centralmente. Bem mais questionável, deste ponto de vista, é o título de serem tratados como direito os sistemas internos que apresentam os necessários complementos de *juge, gendarme et legislature*⁽¹⁾ mas não se conformam com certos requisitos fundamentais da justiça ou da moral. Nas palavras de Santo Agostinho¹: «o que são os Estados sem justiça senão bandos de ladrões alargados?».

A pretensão de que entre direito e moral há uma conexão necessária tem muitas variantes importantes, nem todas conspícuas pela sua clareza. Há muitas interpretações possíveis dos termos-chave «necessário» e «moral» e estas nem sempre têm sido distinguidas e consideradas separadamente, tanto pelos defensores como pelos críticos. A mais clara, talvez, porque é a forma de expressão mais extrema deste ponto de vista, é a que está associada à tradição tomista do Direito Natural. Ela contém uma afirmação dupla: em primeiro lugar, que há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina; em segundo lugar, que as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido. «Lex iniusta non est lex». Outras variantes deste ponto de vista geral adoptam uma diferente visão, tanto do estatuto dos princípios da moral, como das consequências do conflito

(1) Em francês, no original.

1. *Confessiones*, IV.

entre direito e moral. Algumas delas concebem a moral, não como princípios imutáveis de conduta, ou como passíveis de descoberta pela razão, mas como expressões de atitudes humanas em relação à conduta, as quais podem variar de sociedade para sociedade ou de indivíduo para indivíduo. As teorias deste tipo também sustentam habitualmente que o conflito entre o direito e as exigências da moral, mesmo as mais fundamentais, não é suficiente para privar a regra do seu estatuto de direito; interpretam a conexão «necessária» entre o direito e a moral de um modo diverso. Pretendem que, para um sistema jurídico existir, deve haver um reconhecimento amplamente difundido, ainda que não necessariamente universal, de uma obrigação moral de obedecer ao direito, embora esta possa ser superada, em casos concretos, por uma obrigação moral mais forte de não obedecer a leis concretas moralmente iníquas.

A avaliação completa das diferentes variedades da teoria que afirma uma conexão necessária entre o direito e a moral levar-nos-ia longe, bem até ao interior da filosofia moral. Mas algo menos do que isso pode facultar a qualquer leitor reflexivo o suficiente para formar uma opinião raciocinada da verdade e da importância de tais pretensões. Para esta finalidade, o que é sobretudo necessário é uma separação e uma identificação de algumas questões, emaranhadas há longo tempo, que consideraremos neste capítulo e no seguinte. A primeira destas questões diz respeito à distinção, dentro da esfera geral da moral, da ideia específica de justiça e nos traços especiais que explicam a sua conexão particularmente íntima com o direito. A segunda tem a ver com as características que distinguem as regras e os princípios morais não só das regras jurídicas, mas de todas as outras formas de regra social ou padrões de conduta. Estas duas questões constituem o tema deste capítulo; a terceira, que é objecto do capítulo seguinte, diz respeito aos sentidos e modos muito diferentes através dos quais as regras jurídicas e a moral podem ser consideradas como estando relacionadas.

1. Princípios de justiça

Os termos mais frequentemente usados pelos juristas no elogio ou na condenação do direito, ou da sua aplicação, são as palavras «justo» e «injusto» e muito frequentemente eles exprimem-se por escrito como se as ideias de justiça e moral fossem coextensivas. Há óptimas razões, na verdade, para que a justiça tenha um lugar dos mais proeminentes na crítica das soluções jurídicas; contudo, é importante ver que se trata de um distinto segmento da moral e que

as leis e a sua aplicação podem demonstrar excelências de diversos géneros ou carecer destas. Basta uma pequena reflexão sobre alguns tipos comuns de juízo moral para mostrar este carácter especial da justiça. Um homem culpado de grande crueldade para com o filho será muitas vezes julgado como tendo feito algo de moralmente *errado*, *mau*, ou mesmo *perverso*, ou como tendo faltado à sua *obrigação* moral ou dever para com o filho. Mas seria estranho criticar a sua conduta como *injusta*. Não é porque a força condenatória da palavra «injusto» seja demasiado fraca, mas porque o sentido da crítica moral em termos de justiça ou injustiça é usualmente diferente, e mais específico do que os outros tipos de crítica moral geral que são apropriados neste caso concreto e se exprimem por palavras como «errado», «mau» ou «perverso». O termo «injusto» tornar-se-ia apropriado se o homem em causa tivesse arbitrariamente escolhido um dos filhos para castigo mais severo do que os infligidos aos outros culpados da mesma falta, ou se tivesse castigado a criança por alguma infracção, sem procurar ver se era ela realmente o autor da falta. De modo semelhante, quando passamos da crítica da conduta individual à crítica do direito, poderíamos exprimir a nossa aprovação quanto a uma lei que obrigasse os pais a mandar os filhos à escola, dizendo que era uma boa lei, e exprimir a nossa desaprovação sobre uma lei que proibisse a crítica ao governo, designando-a como uma má lei. Tais críticas não serão normalmente formuladas em termos de «justiça» e «injustiça». Por outro lado, o termo «justo» seria a palavra apropriada para exprimir aprovação por uma lei que distribuisse a carga fiscal segundo a riqueza; e «injusto» seria apropriado como expressão da desaprovação de uma lei que proibisse o uso de meios de transporte públicos ou dos parques às pessoas de cor. Que justo e injusto sejam formas mais específicas de crítica moral do que bom e mau, ou certo e errado, resulta evidente do facto de que poderíamos pretender de forma inteligível que uma lei era boa porque era justa, ou que era má porque era injusta, mas não era justa por ser boa, ou injusta por ser má.

Os traços distintivos da justiça e a sua conexão especial com o direito começam a tomar forma, se se observar que a maior parte das críticas feitas em termos de justo e injusto poderiam ser quase tão bem formuladas pelas palavras «equitativo» e «não equitativo»^(*). A noção de equidade^(*) não é evidentemente coextensiva com a moral

(*) Traduziram-se os termos «*fair*» e «*unfair*» por equitativo e não equitativo. O adjectivo «*fair*» exprime uma ideia de correcção de comportamento que surge em expressões como «*fair play*» ou «*fair trial*».

(**) No original inglês, «*fairness*».

em geral; as referências a ela são principalmente relevantes em duas situações da vida social. Uma das situações é a que ocorre quando nos ocupamos, não com a conduta de um único indivíduo, mas com o modo por que são tratadas *classes* de indivíduos, quando recai algum ónus ou é atribuído algum benefício para ser distribuído entre eles. Daí que aquilo que é tipicamente equitativo ou não-equitativo seja uma «quota-parte». A segunda situação verifica-se quando se causa algum dano e se exige indemnização ou reconstituição. Estes contextos não são os únicos em que se fazem avaliações em termos de justiça ou equidade. Falamos não só de distribuições ou indemnizações como justas ou equitativas, mas também de um juiz como justo ou injusto; de um julgamento como equitativo ou não-equitativo; de uma pessoa como justa ou injustamente condenada. Trata-se de aplicações derivativas da noção de justiça que são explicáveis, desde que se compreenda a aplicação primária da justiça a questões de distribuição e indemnização.

O princípio geral latente nestas diversas aplicações da ideia de justiça é o de que os indivíduos têm direito, uns em relação aos outros, a uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade. Trata-se de algo que deve ser respeitado nas vicissitudes da vida social quando se têm de distribuir encargos ou benefícios; é também algo a ser restaurado quando é perturbado. Por isso a justiça é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um *equilíbrio* ou uma *proporção*, e o seu preceito condutor é frequentemente formulado como «tratar da mesma maneira os casos semelhantes»^(*); ainda que devamos acrescentar a este último «e tratar diferentemente os casos diferentes». Portanto, quando, em nome da justiça, protestamos contra uma lei que proíbe às pessoas de cor o uso dos parques públicos, o sentido de tal crítica reside em que uma tal lei é má, porque ao distribuir os benefícios dos equipamentos públicos entre a população discrimina entre pessoas que são, em todos os aspectos relevantes, semelhantes. Inversamente, se uma lei é exaltada como justa porque retira a um sector especial algum privilégio ou imunidade, por exemplo nos impostos, o pensamento orientador consiste em que não há uma tal diferença relevante entre a classe privilegiada e o resto da comunidade que justifique dar àquela o direito a um tratamento especial. Estes simples exemplos são, porém, suficientes para mostrar que, embora «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes»

(*) No original inglês, «*treat like cases alike*».

seja um elemento central na ideia de justiça, ele é em si mesmo incompleto e, até ser complementado, não permite nenhum guia determinado para a conduta. Tal sucede assim porque, em qualquer conjunto de seres humanos, eles assemelham-se entre si em alguns aspectos e diferem entre si noutros e, até que estejam estabelecidas que semelhanças e que diferenças são relevantes, «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes» permanecerá uma fórmula vazia. Para a preencher, devemos saber quando, para as finalidades em vista, não-de ser considerados semelhantes os casos e que diferenças são relevantes. Sem mais este complemento, não podemos proceder à crítica das leis ou de outras disposições sociais como injustas. Não é injusto para o direito, quando proíbe o homicídio, tratar os assassinos de cabelo ruivo do mesmo modo que os outros; seria, na verdade, tão injusto se os tratasse diversamente, quanto o seria se se recusasse a tratar diversamente o mentalmente são do anormal de espírito.

Há, portanto, uma certa complexidade na estrutura da ideia de justiça. Podemos dizer que consiste em duas partes: um aspecto uniforme ou constante, resumido no preceito «tratar da mesma maneira os casos semelhantes», e um critério mutável ou variável usado para determinar quando, para uma dada finalidade, os casos são semelhantes ou diferentes. A este respeito, a justiça é semelhante às noções do que é genuíno, ou alto, ou quente, que contém uma referência implícita a um padrão que varia com a classificação da coisa a que são aplicados. Uma criança alta pode ser da mesma altura de um homem baixo, um inverno quente da mesma temperatura de um verão frio e um diamante falso pode ser uma peça genuína em antiguidade. Mas a justiça é bastante mais complicada do que estas noções, porque o critério variável de semelhança relevante entre casos diferentes nela incorporado varia não só com o tipo de questão a que é aplicado, mas pode estar muitas vezes sujeito a impugnação, mesmo em relação a um tipo único de questão.

Em certos casos, por certo, as semelhanças e as diferenças entre os seres humanos, que são relevantes para a crítica de disposições jurídicas em termos de justas ou injustas, são bastante evidentes. É o caso, de forma proeminente, quando nos ocupamos não da justiça ou da injustiça do *direito*, mas da sua *aplicação* a casos concretos. Porque aqui as semelhanças e as diferenças relevantes entre indivíduos, a que a pessoa que aplica o direito deve atender, são determinadas pelo próprio direito. Dizer que a norma^(*) que reprime o

(*) No original inglês, «law».

homicídio é aplicada justamente é dizer que é aplicada imparcialmente a todos aqueles e só àqueles que são semelhantes, ao praticarem o que a lei proíbe; nenhum preconceito ou interesse impediu o órgão aplicador de os tratar «da mesma maneira». De forma coerente com isto, os princípios processuais tais como «*audi alteram partem*» ou «ninguém pode ser juiz em causa própria» são concebidos como exigências da justiça, e, na Inglaterra e na América, são muitas vezes referidos como princípios de Justiça Natural. E assim, porque eles são garantes de imparcialidade ou objectividade, concebidos para assegurar que o direito é aplicado a todos aqueles e só àqueles que são semelhantes no aspecto relevante fixado pelo próprio direito.

A conexão entre este aspecto da justiça e a própria noção de proceder de harmonia com a regra é obviamente muito estreita. Pode na verdade dizer-se que aplicar o direito de forma justa a diferentes casos é simplesmente levar a sério a asserção de que aquilo que deve ser aplicado em diferentes casos é a mesma regra geral, sem preconceito, interesse ou capricho. Esta conexão estreita entre a justiça na aplicação do direito e a noção mesma de regra levou alguns pensadores famosos à tentação de identificar justiça e conformidade com o direito. Contudo, isto é evidentemente fruto de um erro, a não ser que ao «direito» seja dado algum significado especialmente amplo; porque uma tal ideia de justiça deixa sem explicação o facto de que a crítica em nome da justiça não está confinada à aplicação do direito em casos concretos, mas as próprias leis são muitas vezes criticadas como justas ou injustas. Na verdade, não é absurdo admitir que uma lei injusta proibindo o acesso de pessoas de cor aos parques seja aplicada de forma justa, no sentido de que apenas as pessoas genuinamente culpadas de violação da lei tenham sido castigadas nos termos desta, e isso só após um julgamento equitativo.

Quando passamos da justiça ou injustiça na aplicação do direito à crítica do próprio direito nestes termos, é claro que o direito em si mesmo não pode determinar agora quais as semelhanças e as diferenças entre indivíduos que ele deve reconhecer, se se quiser que as suas regras tratem da mesma maneira os casos semelhantes e, portanto, sejam justas. Há aqui, por conseguinte, considerável espaço para dúvidas e controvérsias. Diferenças fundamentais, de perspectiva geral, moral e política, podem conduzir a diferenças e a desacordo inconciliáveis quanto às características dos seres humanos que devem ser consideradas relevantes para a crítica do direito como injusto. Assim, quando no exemplo precedente qualificámos de injusta uma lei proibindo o acesso das pessoas de cor aos parques, fizémo-lo na base de que, pelo menos na distribuição de tais

equipamentos, as diferenças de cor são irrelevantes. Por certo no mundo moderno, o facto de os seres humanos, seja qual for a sua cor, se mostrarem capazes de pensar, sentir e auto-controlar-se será geralmente, embora não universalmente, aceite como constituindo semelhanças cruciais entre eles, às quais o direito deve atender. Por isso, na maior parte dos países civilizados existe, em larga medida, acordo sobre o facto de que, quer o direito criminal (concebido não apenas como restringindo a liberdade, mas como facultando protecção em relação a vários tipos de males), quer o direito civil (concebido como oferecendo reparação desses males), seriam injustos se, na distribuição destes encargos e benefícios, discriminassem entre pessoas, por referência a características tais como a cor ou as convicções religiosas. E se, em vez destes bem conhecidos *foci* de preconceito humano, o direito discriminasse por referência a aspectos tão irrelevantes como a altura, o peso, ou a beleza, seria não só injusto, mas também ridículo. Se os assassinos pertencentes à igreja oficial estivessem imunes da pena capital, se somente os pares do reino pudessem exercer acção por injúrias, se as agressões a pessoas de cor fossem punidas com menor severidade do que as praticadas em brancos, as leis seriam condenadas na maior parte das modernas comunidades como injustas, na base de que os seres humanos deverão ser tratados *prima facie* por igual e estes privilégios e imunidades assentavam em fundamentos irrelevantes.

Está na verdade tão profundamente arraigado no homem moderno o princípio de que os seres humanos têm direito *prima facie* a ser tratados por igual que, quase universalmente, onde as leis discriminam realmente por referência a questões tais como a cor e a raça, pelo menos amplo tributo verbal continua a ser prestado a este princípio. Se tais discriminações são atacadas, são muitas vezes defendidas pela afirmação de que a categoria objecto de discriminação carece de certos atributos humanos essenciais, ou não os desenvolveu ainda; ou pode ser dito que, por muito lamentável que seja, as exigências da justiça postulando o seu tratamento igualitário devem ser desatendidas para preservar algo que se considera de maior valor e seria afectado severamente se tais discriminações não fossem feitas. Contudo, embora o tributo verbal prestado seja agora geral, é certamente possível conceber uma moral que não recorresse a estes artifícios frequentemente pouco engenhosos para justificar a discriminação e as desigualdades, mas rejeitasse abertamente o princípio de que *prima facie* os seres humanos deviam ser tratados da mesma maneira. Ao invés, os seres humanos poderiam ser concebidos como pertencendo natural e imutavelmente a certas classes, de tal

modo que alguns estavam naturalmente aptos a ser livres e outros a ser seus escravos ou, como se exprimiu Aristóteles, instrumentos vivos dos outros. Aqui o sentido da igualdade *prima facie* entre os homens estaria ausente. Podem encontrar-se elementos decorrentes deste ponto de vista em Aristóteles e Platão, embora mesmo neles haja mais do que uma alusão a que qualquer defesa plena da escravatura implicaria a demonstração de que os escravizados careciam da capacidade para levarem uma existência independente ou diferiam dos seres livres na sua capacidade para realizarem um certo ideal de vida segundo o bem.

É, por consequência, claro que os critérios das semelhanças e diferenças relevantes podem variar frequentemente com a perspectiva moral fundamental de uma dada pessoa ou sociedade. Onde isto sucede, a avaliação da justiça ou injustiça do direito pode defrontar-se com pretensões contraditórias inspiradas por uma moral diferente. Mas, por vezes, uma análise do objecto que a lei em questão reconhecidamente visa abranger pode tornar claras as semelhanças e as diferenças que uma lei justa deve reconhecer e elas podem então oferecer pouco espaço para controvérsia. Se uma lei estabelece formas de auxílio na pobreza, então a exigência do princípio de que «devem ser tratados da mesma maneira os casos semelhantes» implicaria por certo levar em conta as *necessidades* dos diferentes pretendentes a esse auxílio. Um critério semelhante de necessidade está implicitamente reconhecido, quando a carga fiscal é ajustada por um imposto de rendimento proporcional à riqueza dos indivíduos tributados. Por vezes o que é relevante são as *capacidades* das pessoas para uma específica função, com a qual a aplicação da lei em questão pode relacionar-se. As leis que não concedem o direito de voto, ou retiram a capacidade para outorgar testamentos ou celebrar contratos, às crianças ou aos dementes, são consideradas justas porque tais pessoas carecem da capacidade, que se presume existir nas pessoas maiores mentalmente sãs, para fazer um uso racional dessas faculdades. Tais discriminações são feitas com fundamentos que são evidentemente relevantes, enquanto que as discriminações em matérias tais como a diferença entre sexos, ou entre pessoas de diferente cor, o não são: embora, evidentemente, se tenha sustentado em defesa da sujeição das mulheres, ou das pessoas de cor, que as mulheres e as pessoas de cor careciam da capacidade do branco do sexo masculino, de pensamento e decisão racionais. Argumentar desta forma é evidentemente, admitir que a capacidade igual para uma função particular constitui o critério de justiça no caso de tal lei, embora na ausência de qualquer prova de que tal capacidade esteja ausente nas

mulheres ou nas pessoas de cor, mais uma vez, só verbalmente se está a defender este princípio.

Até aqui considerámos a justiça ou a injustiça de leis que podem ser vistas como *distribuindo* encargos ou benefícios entre indivíduos. Alguns dos benefícios são tangíveis, como sejam o auxílio aos pobres ou as rações de alimentos; outros são intangíveis, como sejam a protecção contra os danos corporais dada pelo direito criminal, ou as faculdades concedidas por leis relativas à capacidade testamentária ou contratual, ou ao direito de voto. Devemos distinguir entre a distribuição, neste sentido lato, e a *indemnização* pelo dano causado por uma pessoa a outra. Aqui a conexão entre o que é justo e o preceito central da justiça «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes» é por certo menos directa. Contudo, não é demasiado indirecta para que não possa ser detectada, e pode ser vista da seguinte maneira: as leis que estabelecem indemnizações a pagar por uma pessoa a outra pela prática de actos geradores de responsabilidade civil^(*) ou ilícitos civis^(**) podem considerar-se injustas por duas razões diferentes. Por um lado, podem estabelecer privilégios ou imunidades não-equitativos^(***): seria o caso, se apenas os pares do reino pudessem exercer acção por injúria^(****), ou nenhuma pessoa branca fosse responsável por violação dos direitos^(*****) ou agressão^(*****) cometidas em relação a pessoa de cor. Tais leis violariam, de uma maneira directa, os princípios de distribuição equitativa dos direitos e deveres de indemnização. Mas tais leis poderiam ser também injustas de uma maneira bem diversa: porque, ainda que não fazendo discriminações não-equitativas, poderiam abster-se em absoluto de oferecer remédio para certos danos causados por uma pessoa a outra, mesmo que se considerasse moralmente devida uma indemnização. Nesta matéria, o direito poderia ser injusto, ainda que tratando todos da mesma maneira.

O vício de tais leis não residiria então na má distribuição, mas na recusa, a todos da mesma maneira, da indemnização por danos que se considerava moralmente ilícito causar a outros. O caso mais chocante de uma tal recusa injusta de reparação seria um sistema em que ninguém pudesse obter indemnização por danos físicos intencio-

(*) No original inglês, «*torts*».

(**) No original inglês, «*civil injuries*».

(***) No original inglês, «*unfair*».

(****) *Sue for libel*, no original inglês. «*Libel*» e «*slander*» são dois tipos de «*tort*» designados como «*defamation*».

(*****) No original inglês, «*trespass*», um dos «*torts*» mais antigos.

(*****) No original inglês, «*assault*».

nalmente causados. Vale a pena observar que *esta* injustiça ainda continuaria a existir, mesmo se o direito criminal proibisse tais agressões sob cominação de pena. São raros os exemplos de algo tão chocante que se nos deparam, mas a incapacidade do direito inglês de atribuir uma indemnização pela intromissão na privacidade, frequentemente considerada lucrativa pelos agentes de publicidade, tem sido muitas vezes criticada deste modo. O facto da não atribuição de indemnização quando se considera moralmente devida constitui, todavia, também o fundamento mais sério de acusação de injustiça contra certos aspectos técnicos do direito da responsabilidade civil^(*) ou do direito dos contratos que permitem um «enriquecimento sem causa»^(**) à custa de outrem, mediante uma acção considerada moralmente ilícita.

A conexão entre a justiça e a injustiça da indemnização por dano e o princípio de «tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes» reside no facto de que, fora do direito, há uma convicção moral de que aqueles com quem o direito se ocupa têm direito a uma abstenção recíproca quanto a certos tipos de conduta prejudicial. Uma tal estrutura de direitos e obrigações recíprocos, banindo pelo menos as espécies mais brutais de dano, constitui a base, ainda que não a totalidade, da moral de todo o grupo social. O seu efeito é criar entre os indivíduos uma moral e, em certo sentido, uma igualdade artificial para compensar as desigualdades da natureza. Porque quando o código moral proíbe que um homem roube ou use de violência para com outro, mesmo quando a superioridade de força ou a astúcia lhe permitiriam fazê-lo com impunidade, o forte e o astuto são nivelados com o fraco e o ingénuo. As suas situações tornam-se moralmente semelhantes. Por isso, o homem forte que não observa a moral e se aproveita da sua força para causar dano a outrem é visto como factor de perturbação deste equilíbrio, ou ordem de igualdade, estabelecido pela moral; a justiça exige então que este *status quo* moral seja reposto na medida do possível pelo autor do ilícito. Em casos simples de furto, isto envolveria simplesmente devolver a coisa tirada; e a indemnização por outros danos é uma extensão desta noção primitiva. Aquele que tenha causado dano físico a outro, intencionalmente ou por negli-

(*) No original inglês, «*law of torts*». Dever-se-á recordar que este ramo de direito privado mostra hoje ainda nas suas soluções o peso da tradição, devendo-se algumas das respectivas incoerências e imperfeições ao desenvolvimento histórico das decisões dos tribunais reais ao longo de vários séculos.

(**) No original inglês, «*unjust enrichment*».

gência, é considerado como tendo tirado algo à sua vítima; e embora ele não o tenha feito literalmente, a imagem não é demasiado forçada: porque ele beneficiou à custa da sua vítima, mesmo que tenha sido apenas por condescender com o seu desejo de lhe causar dano ou por não ter sacrificado o seu conforto ao dever de tomar precauções adequadas. Assim, quando as disposições legais atribuem uma indemnização onde a justiça a exige, reconhecem indirectamente o princípio «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes», ao assegurar a restauração, após a perturbação, do *status quo* moral em que a vítima e o autor do ilícito estão numa base de igualdade e são, portanto, semelhantes. De novo é concebível que possa existir uma perspectiva moral que não pusesse os indivíduos numa base de igualdade recíproca nestas matérias. O código moral poderia proibir os Bárbaros de agredir os Gregos mas permitir aos Gregos agredir os Bárbaros. Em tais casos, um Bárbaro pode ser concebido como moralmente vinculado a indemnizar um Grego pelos danos causados, embora ele próprio não goze de direito a uma tal indemnização. A ordem moral seria, nesta situação, uma ordem de desigualdade em que a vítima e o autor do ilícito eram tratados de forma diferente. Para uma tal perspectiva, por repelente que ela nos possa parecer, o direito só seria justo se reflectisse esta diferença e tratasse diferentemente os casos diferentes.

Neste breve esboço da noção de justiça, considerámos somente algumas das suas aplicações mais simples, para mostrar a forma específica de excelência atribuída a leis que se consideram como justas. Não apenas ela é distinta de outros valores que as leis podem conter ou não, mas por vezes as exigências da justiça podem estar em conflito com outros valores. Tal pode ocorrer quando um tribunal, ao condenar um determinado criminoso por um crime cuja prática se tornou muito frequente, profere uma sentença mais severa do que a proferida em outros casos semelhantes e fá-lo confessadamente «a título de advertência». Ocorre aqui um sacrifício do princípio «tratar da mesma maneira os casos semelhantes» à segurança e bem-estar gerais da sociedade. Em litígios civis, um conflito semelhante entre a justiça e o bem geral é resolvido a favor deste último, quando o direito não concede remédio para certos actos moralmente ilícitos, porque a execução de uma indemnização em tais casos poderia envolver grandes dificuldades de prova, ou sobrecarregar os tribunais, ou indevidamente prejudicar o espírito de iniciativa. Há um limite para a quantidade de execuções forçadas de direito que qualquer sociedade pode suportar, mesmo quando tenha sido praticado um ilícito moral. Inversamente, o direito pode, em nome do bem-estar

geral da sociedade, impor uma indemnização àquele que tenha causado danos a outrem, mesmo quando moralmente, enquanto questão de justiça, se poderia julgar não devida. Diz-se frequentemente ser este o caso, quando a responsabilidade civil é objectiva^(*), isto é, isenta da intenção de causar dano ou da abstenção do emprego de diligência. Esta forma de responsabilidade é, por vezes, defendida na base de que é no interesse da «sociedade» que aqueles que sofram acidentalmente danos devem ser indemnizados, e argumenta-se que a via mais fácil para o fazer é impor o encargo àqueles de cujas actividades, por mais cuidadosamente fiscalizadas que sejam, resultam tais acidentes. Essas pessoas têm geralmente largos recursos e oportunidades para se segurarem contra tais riscos. Quando este argumento é avançado, há nele um apelo implícito ao bem-estar geral da sociedade que difere, embora possa ser moralmente aceitável e algumas vezes chamado mesmo de «justiça social», das formas primárias de justiça que se ocupam simplesmente de repor, tanto quanto possível, o *status quo* entre dois indivíduos.

Deve notar-se um importante ponto de junção entre as ideias de justiça e de bem social ou de bem-estar da sociedade. São muito raras as mudanças sociais ou as leis que estão de harmonia como o bem-estar de todos os indivíduos por igual ou para ele contribuem. Somente as leis que asseguram as mais elementares necessidades, como sejam a protecção policial ou as estradas, se aproximam de tal situação. Na maior parte dos casos, o direito só faculta benefícios para uma classe da população à custa de privar outros daquilo que eles preferem. O auxílio aos pobres só pode ser prestado a partir dos bens de outros; a educação escolar obrigatória para todos pode não só significar a perda da liberdade para os que desejam educar privadamente os seus filhos, mas pode ser financiada apenas à custa da redução ou do sacrifício de investimentos de capital na indústria, ou de pensões de velhice, ou de serviços de saúde gratuitos. Ao fazer uma escolha entre tais alternativas concorrentes, ela pode ser defendida como a escolha correcta na base de que contribuiu para o «bem público» ou o «bem comum». Não é claro o que significam tais frases, visto que não parece haver escala pela qual possam medir-se as contribuições das várias alternativas para o bem comum e as maiores possam identificar-se. É claro, porém, que uma escolha feita sem consideração prévia dos interesses de todos os sectores da comunidade

(*) No original inglês, «when liability in tort is strict». A expressão «strict liability» designa a responsabilidade sem culpa, ou seja, a responsabilidade em que incorre o agente que actuou sem intenção malévola, nem negligência.

estaria exposta à crítica como sendo meramente parcial e injusta. Todavia, seria poupada a *esta* imputação se as pretensões de todos tivessem sido imparcialmente consideradas antes da legislação, ainda que no resultado final as pretensões de um sector fossem subalternizadas às de outros.

Algumas pessoas poderiam na verdade argumentar no seguinte sentido: tudo o que de facto podia querer significar-se com a pretensão de que uma escolha entre exigências concorrentes de classes ou interesses diferentes se fizera «para o bem comum» era que as pretensões de todos tinham sido imparcialmente examinadas antes de decisão. Quer tal seja verdade ou não, parece claro que a justiça neste sentido é, pelo menos, uma condição necessária que deve ser satisfeita por qualquer escolha legislativa que pretenda ser assumida para o bem comum. Temos aqui um aspecto suplementar da justiça distributiva, diferenciado daquelas formas simples que temos discutido. Isto porque aquilo que é «distribuído» de forma justa não é qualquer benefício específico entre uma classe de pessoas que o pretenda, mas uma atenção imparcial e uma consideração das pretensões em conflito, relativamente a benefícios diferentes.

2. Obrigação moral e jurídica

A justiça constitui um segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com os modos por que são tratadas *classes* de indivíduos. É isto que dá à justiça a sua especial relevância na crítica do direito e de outras instituições públicas ou sociais. Trata-se da mais jurídica das virtudes e da mais pública delas. Mas os princípios de justiça não exaurem a ideia de moral; e nem toda a crítica do direito com fundamentos morais é feita em nome da justiça. Podem condenar-se leis como moralmente más pela simples razão de que exigem dos homens acções concretas que a moral proíbe os indivíduos de praticar, ou porque exigem que os homens se abstenham de praticar as que são moralmente obrigatórias.

É, por isso, necessário caracterizar, em termos gerais, tais princípios, regras e padrões, relativos à conduta dos indivíduos, que pertencem à moral e tornam moralmente obrigatória a conduta. Aqui, duas dificuldades relacionadas entre si vão-nos confrontar. A primeira reside em que a palavra «moral» e todas as outras que lhe estão associadas, ou os termos aproximadamente sinónimos como «ética», têm elas próprias uma considerável área de imprecisão ou de

«textura aberta». Há certas formas de princípio ou de regra que alguns classificariam como moral e outros não. Em segundo lugar, mesmo quando haja acordo neste ponto e certas regras ou princípios sejam aceites como indiscutivelmente pertencendo à moral, pode ainda haver um grande desacordo filosófico quanto ao seu *estatuto* ou relação com o resto do conhecimento e experiência humanos. Serão princípios imutáveis que fazem parte da estrutura do Universo, não sendo feitos pelo homem, mas aguardando a descoberta pelo intelecto humano? Ou serão expressões de realidades mutáveis, sejam elas atitudes, escolhas, exigências, ou sentimentos humanos? Estas são formulações sem rigor de duas posições extremas em filosofia moral. Entre elas existem múltiplas variantes, complicadas e subtis, que os filósofos desenvolveram, num esforço para elucidar a natureza da moral.

Na exposição que se segue, tentaremos evitar estas dificuldades filosóficas. Adiante¹ identificaremos sob as designações de «importância», «imunidade à mudança deliberada», «carácter voluntário dos delitos morais», e «formas de pressão moral» quatro características fundamentais que constantemente se encontram conjugadas nesses princípios, regras e padrões de conduta que são mais comumente considerados «morais». Estas quatro características reflectem aspectos diferentes de uma típica função importante que tais padrões desempenham na vida social ou na vida dos indivíduos. Isto só por si justificaria que delimitássemos tudo quanto haja nestas quatro características para consideração em separado e, sobretudo, para contraposição e comparação com o direito. Além disso, a pretensão de que a moral tem estas quatro características aparece como neutra entre teorias filosóficas opostas, quanto ao seu *estatuto* ou carácter «fundamental». Por certo, quase todos, senão todos, os filósofos estariam de acordo em que estas quatro características serão necessárias em qualquer regra ou princípio moral, embora apresentassem interpretações ou explicações muito diferentes do facto de a moral as possuir. Pode, na verdade, objectar-se que estas características, embora necessárias, são *apenas* necessárias e não suficientes para distinguir a moral de certas regras ou princípios de conduta, que seriam excluídos da moral por um teste mais exigente. Referir-nos-emos aos factos em que se baseiam tais objecções, mas daremos a nossa adesão ao sentido mais amplo de «moral». A nossa justificação para tal consiste tanto no facto de que está de acordo com os usos prevaletentes como no facto de que aquilo que a palavra, neste

¹ *Infra*, pág. 188.

sentido amplo, designa, desempenha uma importante função, susceptível de distinção na vida social e individual.

Vamos considerar em primeiro lugar o fenómeno social amiúde referido como «a moral» de uma dada sociedade ou a moral «aceite» ou «convencional» de um dado grupo social. Estas frases referem-se a padrões de conduta que são largamente partilhados numa sociedade determinada, e devem ser contrapostas aos princípios ou ideais morais que podem reger a vida de um indivíduo, mas que ele não partilha com qualquer conjunto considerável das pessoas com as quais vive. O elemento básico na moral partilhada ou aceite de um grupo social consiste em regras do tipo que já descrevemos no Capítulo V, quando nos preocupámos em elucidar a ideia geral de obrigação e que aí designámos por regras primárias de obrigação. Estas regras distinguem-se de outras, quer pela pressão social séria através da qual são sustentadas, quer pelo considerável sacrifício dos interesses ou inclinações individuais que o seu cumprimento implica. No mesmo capítulo, também esboçámos o quadro de uma sociedade vivendo num estágio em que as regras desse tipo constituíam o meio único de controlo social. Observámos que nesse estágio poderia não existir nada de correspondente à distinção clara, que se fez, nas sociedades mais desenvolvidas, entre regras jurídicas e morais. Possivelmente uma qualquer forma embrionária desta distinção poderia estar presente, se houvesse algumas regras que fossem mantidas primariamente através de ameaças de castigo por desobediência, e outras mantidas por apelos ao respeito presumido pelas regras ou a sentimentos de culpa ou de remorso. Quando este estágio inicial é superado e é dado o passo do mundo pré-jurídico para o jurídico, de forma que os meios de controlo social incluam agora um sistema de regras contendo regras de reconhecimento, de julgamento e de alteração, este contraste entre regras jurídicas e outras regras ganha contornos mais definidos. As regras primárias de obrigação, identificadas através do sistema oficial, são agora autonomizadas das outras regras, que continuam a existir, lado a lado, com as reconhecidas oficialmente. De facto, nas nossas próprias comunidades e, na verdade, em todas aquelas que atingem este estágio, há muitos tipos de regra social e de padrão que estão fora do sistema jurídico; apenas alguns deles são usualmente pensados e referidos como moral, embora certos teorizadores do direito tenham usado a palavra «moral» para designar todas as regras não-jurídicas.

Tais regras não-jurídicas podem distinguir-se e classificar-se de modos muito diferentes. Algumas são regras de alcance muito limitado, dizendo respeito apenas a uma esfera particular de conduta

(por exemplo, o vestuário) ou a actividades para as quais há somente oportunidades intermitentes, deliberadamente criadas (cerimónias e jogos). Algumas regras são concebidas como aplicando-se ao grupo social em geral; outras a subgrupos especiais dentro daquele, separados por certas características como uma classe social distinta, ou pela sua própria opção de unir-se ou associar-se para fins limitados. Algumas regras são consideradas vinculativas em virtude de acordo e podem permitir a renúncia voluntária; outras são concebidas como não tendo origem em acordo ou em qualquer outra forma de opção deliberada. Algumas regras, quando violadas, podem não enfrentar mais do que uma afirmação ou advertência do que é «correcto» fazer (por exemplo, as regras de etiqueta ou as de correcção da linguagem), outras são objecto de recriminações sérias ou de desprezo, ou de exclusão, mais ou menos prolongada, da associação a que dizem respeito. Embora não se possa construir uma escala precisa, a concepção da importância relativa atribuída a estes diferentes tipos de regras reflecte-se tanto na medida do sacrifício do interesse privado que exigem, como no peso da pressão social exercida para o seu acatamento.

Em todas as sociedades que desenvolveram um sistema jurídico há, entre as suas regras não-jurídicas, algumas a que se atribui suprema importância e que, apesar de diferenças cruciais, têm muitas semelhanças com o seu direito. Muitas vezes o vocabulário de «direitos», «obrigações» e «deveres» usado para expressar as exigências das regras jurídicas é utilizado com o aditamento do adjectivo «moral», para expressar os actos ou omissões exigidos por estas regras. Em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre a obrigação jurídica e a moral; embora as exigências das regras jurídicas sejam mais específicas e estejam rodeadas por excepções mais detalhadas do que as correspondentes regras morais. Caracteristicamente, a obrigação e o dever morais, tal como muitas regras jurídicas, dizem respeito ao que deve ou não deve ser feito em circunstâncias constantemente repetidas na vida do grupo, mais do que em actividades raras ou intermitentes em ocasiões deliberadamente seleccionadas. Tais regras exigem omissões, ou acções, que são simples, no sentido de que não se exigem qualquer aptidão ou inteligência especiais para a sua realização. As obrigações morais, como a maior parte das obrigações jurídicas, estão ao alcance da capacidade de qualquer adulto normal. A observância destas regras morais, como das regras jurídicas, é considerada como uma questão assente, por forma que, enquanto a infracção acarreta censuras sérias, a conformidade com a obrigação moral, novamente como

sucedem com a obediência ao direito, não constituem motivo para elogio, excepto quando é marcada por rectidão, estoicismo ou resistência a tentação especial, quando sejam de natureza excepcional. São possíveis várias classificações das obrigações e deveres morais. Algumas pertencem a funções ou papéis relativamente distintos e duradouros que nem todos os membros da sociedade ocupam. É o caso dos deveres do pai ou do marido, de cuidarem da sua família. Por outro lado, há obrigações, quer gerais, que se concebem como persistindo através de toda a vida dos adultos normais (por exemplo, abster-se da violência), quer especiais, nas quais pode incorrer qualquer de tais membros ao entrar em relações especiais com outrem (por exemplo, a obrigação de cumprir compromissos ou de retribuir serviços prestados).

As obrigações e os deveres reconhecidos em regras morais deste tipo fundamentalíssimo podem variar de uma sociedade para outra ou, dentro de uma mesma sociedade, em momentos diferentes de tempo. Alguns deles podem reflectir crenças assaz erróneas, ou mesmo supersticiosas, quanto àquilo que é necessário para a saúde ou a segurança do grupo; numa sociedade, pode constituir um dever da esposa lançar-se ela própria na pira fúnebre do marido, e numa outra o suicídio pode constituir um delito contra a moral comum. Há uma diversidade entre códigos morais que tanto pode provir das necessidades peculiares, mas reais, de uma dada sociedade, como da superstição ou da ignorância. Contudo, a moral social das sociedades que atingiram o estágio em que esta pode ser distinguida do seu direito, sempre inclui certas obrigações e deveres que exigem o sacrifício de inclinações ou interesses privados, facto que é essencial à sobrevivência de qualquer sociedade, enquanto os homens e o mundo em que habitam mantiverem algumas das suas características mais familiares e evidentes. Entre tais regras obviamente exigidas pela vida social estão as que proíbem, ou, pelo menos, restringem o livre uso da violência, as regras que exigem certas formas de honestidade e veracidade no trato com os outros, e as regras que proíbem a destruição de coisas corpóreas ou a sua apropriação, tirando-as a outros. Se a observância destas regras muito elementares não fosse concebida como coisa corrente no seio de um qualquer grupo de indivíduos, que vivam em estreita proximidade uns dos outros, deveríamos duvidar da descrição do grupo como uma sociedade e poderíamos ter a certeza de que ele não haveria de durar por muito tempo.

As regras morais e jurídicas de obrigação e de dever têm, portanto, certas semelhanças notáveis, suficientes para mostrar que

o seu vocabulário comum não é accidental. Estas podem ser resumidas como segue: são semelhantes na medida em que são concebidas como vinculativas, independentemente do consentimento do indivíduo e são sustentadas por uma pressão social séria para a sua observância; o cumprimento das obrigações, quer jurídicas, quer morais, é encarado não como motivo de elogio, mas como um contributo mínimo para a vida social que é tomado como coisa corrente. Além disso, quer o direito, quer a moral incluem regras que regem o comportamento de indivíduos em situações constantemente repetidas no decurso da vida, mais do que em actividades ou ocasiões especiais, e, embora ambos possam incluir muito do que é específico em relação às necessidades reais ou imaginadas de uma sociedade concreta, um e outra fazem exigências que devem evidentemente ser satisfeitas por qualquer grupo de seres humanos que pretenda conseguir viver em comum. Daí que certas formas de proibição da violência exercida sobre pessoas ou sobre a propriedade, e certas exigências de honestidade e de veracidade surjam em ambos, de forma semelhante. Contudo, apesar destas semelhanças, tem parecido evidente a muitas pessoas que há certas características que o direito e a moral não podem partilhar, embora na história da teoria do direito estas se tenham revelado muito difíceis de formular.

A mais famosa tentativa de veicular de forma sumária a diferença essencial entre elas é a teoria que assevera que, enquanto as regras jurídicas exigem apenas um comportamento «exterior» e são indiferentes aos motivos, intenções ou outros acessórios «interiores» da conduta, a moral, pelo contrário, não exige quaisquer acções externas específicas mas apenas a boa vontade ou as intenções adequadas ou o motivo apropriado. Isto equivale, na verdade, à afirmação surpreendente de que as regras jurídicas e as morais correctamente compreendidas não poderiam ter nunca o mesmo conteúdo; e, ainda que tal contenha uma sugestão de verdade, é, tal como está formulada, profundamente equívoca. É, de facto, uma inferência, embora errada, de certas características importantes da moral e particularmente de certas diferenças entre a censura moral e a punição jurídica. Se alguém fizer algo proibido por regras morais ou se abster de fazer o que estas exigem, o facto de que o fez não-intencionalmente e apesar de todas as precauções é um motivo de desculpa perante a censura *moral*; ao passo que um sistema jurídico ou um costume podem ter regras de «responsabilidade objectiva» (*) pelas quais aqueles que as tenham violado não-inten-

(*) No original inglês, «*strict liability*».

cionalmente e sem «culpa» podem estar sujeitos a castigo. Porém, é realmente verdade que, enquanto a noção de «responsabilidade objectiva» na moral está tão perto de constituir uma contradição nos termos como qualquer outra noção o pode estar nesta esfera, trata-se de algo que pode ficar sujeito a mera crítica, quando se detecte num sistema jurídico. Mas isto não quer dizer que a moral exija apenas boas intenções, boas vontades ou bons motivos. Argumentar desta forma é, na verdade, como mostraremos adiante, confundir a ideia de uma *desculpa* com a de uma *justificação* para a conduta.

Todavia, existe algo de importante que é caricaturado nesta argumentação confusa; o sentido vago de que a diferença entre o direito e a moral está relacionada com o contraste entre a «interioridade» de uma e a «exterioridade» do outro é um tema demasiado repetido na especulação sobre o direito e a moral para que seja completamente desprovido de fundamento. Em vez de o pormos de lado, vamos tratá-lo como uma afirmação condensada das quatro características fundamentais, relacionadas entre si, que em conjunto servem para distinguir a moral não só das regras jurídicas, como de outras formas de regra social.

(i) *Importância*. Dizer que um traço essencial de *qualquer* regra ou padrão moral é aquele que é encarado como algo de grande importância a manter, pode parecer ao mesmo tempo como um truismo e uma afirmação vaga. Porém, este traço não pode omitir-se em qualquer descrição fiel da moral de um grupo social ou de um indivíduo, nem pode ser tornado mais preciso. Manifesta-se por muitos modos: em primeiro lugar, no simples facto de que os padrões morais são mantidos contra o assalto de fortes paixões que eles restringem, e à custa do sacrifício de interesses pessoais consideráveis; em segundo lugar, nas formas sérias de pressão social exercida, não apenas para alcançar a observância nos casos individuais, mas para garantir que os padrões morais sejam ensinados ou comunicados como algo que se dá por assente a todos os membros da sociedade; em terceiro lugar, no reconhecimento geral de que, se os padrões morais não fossem geralmente aceites, ocorreriam desagradáveis alterações de largo alcance na vida dos indivíduos. Em contraste com a moral, as regras de bom porte, de boas maneiras, de vestuário e algumas, embora nem todas, das regras do direito ocupam um lugar relativamente baixo na escala da importância^(*). Podem ser aborrecidas de observar, mas não exigem grandes sacri-

(*) No original inglês, «*serious importance*».

fícios: não é exercida grande pressão para obter a sua observância e não resultariam grandes alterações em outras áreas da vida social se não fossem observadas ou fossem alteradas. Boa parte da importância assim atribuída à manutenção das regras morais pode ser explicada muito simplesmente em termos agradavelmente racionalistas; porque embora exijam o sacrifício de interesses privados da parte das pessoas vinculadas, a sua observância protege interesses vitais que todos partilham por igual. Fá-lo protegendo directamente as pessoas de danos evidentes ou preservando o tecido de uma sociedade tolerável e ordenada. Mas, embora a racionalidade de boa parte da moral social, como protecção de danos evidentes, possa ser defendida deste modo, esta simples abordagem utilitarista nem sempre é possível; nem, quando o seja, deve ser tomada como representando o ponto de vista daqueles que observam uma moral nas suas vidas. No fim de contas, uma parte muitíssimo proeminente da moral de qualquer sociedade consiste em regras que se ocupam do comportamento sexual, e está longe de ser claro que a importância a elas atribuída esteja relacionada com a crença de que a conduta que proíbem seja causadora de danos a outrem; nem se poderia de facto mostrar em todos os casos que tais regras têm esta justificação. Mesmo numa sociedade moderna que deixou de encarar a sua moral como proveniente de ordem divina, o cálculo de danos causados a outros não explica a importância atribuída à regulação moral do comportamento sexual, como seja a interdição usual da homossexualidade. As funções sexuais e os sentimentos a esse respeito são uma questão tão momentosa e de tamanha preocupação emocional para todos, que os desvios das formas normais ou aceites da sua expressão facilmente se revestem de um «pudor»^(*) ou importância intrínsecos. São desprezados, não por convicção quanto ao seu carácter socialmente prejudicial, mas simplesmente por serem considerados como «contrários à natureza» ou, em si mesmos, repugnantes. Contudo seria absurdo negar o título de moral às proibições sociais enfáticas deste género; na verdade, a moral sexual é talvez o aspecto mais proeminente do que os homens comuns pensam que a moral seja. Evidentemente que o facto de que a sociedade possa ver a sua própria moral deste modo «não-utilitarista» não significa que as suas regras estejam imunes à crítica ou à condenação, onde a sua manutenção seja julgada inútil ou adquirida ao preço de grande sofrimento.

As regras jurídicas, como vimos, podem ter correspondência com

(*) No original inglês, aparece a palavra latina «*pudor*», pudor ou vergonha.

as regras morais, no sentido de exigirem ou proibirem o mesmo comportamento. Aquelas que assim fazem são sentidas sem dúvida como sendo tão importantes como as suas contrapartidas morais. Contudo, a importância não é essencial ao estatuto de todas as regras jurídicas como o é às da moral. Uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada: porém, permanece como regra jurídica até ser revogada. Por outro lado, seria absurdo conceber uma regra como fazendo parte da moral de uma sociedade, mesmo que ninguém a considerasse já importante ou que valesse a pena manter. As tradições ou costumes antigos mantidos actualmente em vigor pelo mero respeito do passado podem, na verdade, ter tido em dado momento o estatuto de regras morais, mas o seu estatuto como parte da moral desapareceu, ao mesmo tempo que a importância atribuída à sua observância e violação.

(ii) *Imunidade à alteração deliberada.* É característico de um sistema jurídico que novas regras jurídicas possam ser introduzidas e as antigas alteradas ou revogadas por acto legislativo intencional, mesmo que algumas leis possam estar protegidas de alterações por uma constituição escrita que limite a competência do poder legislativo supremo. Contrastando com isto, as regras ou princípios morais *não podem* ser criados, alterados ou eliminados por este modo. Afirmar que tal «não pode» ocorrer não é, porém, o mesmo que negar que qualquer estado de coisas imaginável se encontre efectivamente realizado, tal como sucederia com a afirmação de que os seres humanos «não podem» alterar o clima. Em vez disso, esta afirmação aponta para os factos seguintes: revela um perfeito bom senso fazer afirmações tais como «A partir de 1 de Janeiro de 1960 será um facto criminoso fazer isto ou aquilo» ou «A partir de 1 de Janeiro de 1960 já não será ilícito fazer isto ou aquilo» e apoiar tais afirmações por referência a regras jurídicas^(*) que foram aprovadas ou revogadas. Em confronto com isto, afirmações tais como «A partir de amanhã já não será imoral fazer isto ou aquilo» ou «Em 1 de Janeiro último tornou-se imoral fazer isto ou aquilo» e tentativas para as apoiar por referência a actos legislativos intencionais constituiriam paradoxos surpreendentes, se não mesmo desprovidos de sentido. Porque é incoerente com o papel desempenhado pela moral na vida dos indivíduos que as regras, princípios ou padrões

(*) No original inglês, «laws».

morais possam ser encarados, como o são as regras jurídicas^(*), como algo passível de criação ou alteração por acto intencional. Aos padrões de conduta não pode ser atribuído, ou retirado, o estatuto moral por um *fiat* humano, embora o uso quotidiano de conceitos tais como promulgação e revogação mostre que o mesmo não é verdadeiro quanto ao direito.

Boa parte da filosofia moral está consagrada à explicação desta característica da moral e à elucidação do sentido de que a moral é algo que «existe» para ser reconhecido e não feito por uma opção humana intencional. Mas o próprio facto, na medida em que é realidade distinta da sua explicação, não é uma particularidade das regras morais. É por isso que esta característica da moral, embora extremamente importante, não pode servir por si própria para distinguir a moral de todas as outras formas de normas sociais. Porque quanto a este aspecto, embora não quanto a outros, qualquer tradição social é como a moral: a tradição é também incapaz de promulgação ou revogação por um *fiat* humano. A história, talvez aprócrifa, do director^(**) de um novo colégio^(***) inglês que anunciara que, a partir do período lectivo seguinte, passaria a ser uma tradição da escola que os alunos mais adiantados^(****) usassem um certo vestuário, depende totalmente, para produzir o seu efeito cómico, da incompatibilidade lógica entre a noção de tradição e a de aprovação e opção deliberadas. As regras adquirem e perdem o estatuto de tradições ao desenvolverem-se, ao serem praticadas, ao deixarem de ser praticadas e ao caírem em desuso; e as regras criadas ou eliminadas de outro modo que não por estes processos lentos e involuntários não poderiam, por isso, adquirir ou perder o estatuto de tradição.

O facto de que a moral e as tradições não podem ser directamente alteradas por acto legislativo, como sucede com as regras jurídicas, não deve confundir-se com a imunidade a outras formas de alteração. Na verdade, embora uma regra moral ou uma tradição não possam ser revogadas ou alteradas por opção ou acto legislativo intencionais, a aprovação ou a revogação de leis podem bem estar entre as causas de alteração ou decadência de um qualquer padrão moral ou de uma qualquer tradição. Se uma prática tradicional, tal

(*) No original inglês, «laws».

(**) No original inglês, «headmaster».

(***) No original inglês, «public school».

(****) No original inglês, «senior».

como as celebrações da noite de Guy Fawkes^(*), for proibida por lei e sujeita a punição, a prática pode cessar e a tradição pode desaparecer. Inversamente, se as leis exigirem o serviço militar a certas categorias de pessoas, tal pode, em última análise, desenvolver uma tradição entre elas que poderá muito bem sobreviver à lei. De igual modo, também os actos legislativos podem estabelecer padrões de honestidade e de humanidade que, em última análise, vão alterar e elevar a moral corrente; inversamente, a repressão jurídica de práticas consideradas moralmente obrigatórias pode, finalmente, levar a que o sentido da sua importância e, portanto, o seu estatuto como moral se perca; contudo, muitas vezes, o direito perde tais batalhas com a moral arreigada, e a regra moral continua em plena vigência, a par das leis que proíbem o que ela estabelece.

Estes modos de alterar a tradição e a moral em que o direito pode ser um factor causal devem distinguir-se da alteração ou revogação legislativas. Porque, embora a aquisição ou a perda do estatuto *jurídico*, em virtude do acto legislativo, possam na verdade ser referidas como o «efeito jurídico» da lei promulgada, não se trata de uma alteração causal contingente, como sucede com o eventual efeito da lei na moral e na tradição. Esta diferença pode ser vista de modo simples no facto de que, enquanto é sempre possível duvidar se um acto legislativo claro e válido conduzirá a uma alteração na moral, nenhuma dúvida semelhantes se podem ter quanto a saber se um acto legislativo claro e válido terá alterado o direito.

A incompatibilidade da ideia de moral ou tradição com a de alteração por acto legislativo intencional deve também distinguir-se da imunidade conferida a certas leis em alguns sistemas pelas cláusulas restritivas de uma constituição. Tal imunidade não é um elemento necessário ao estatuto de uma lei enquanto tal, porque esta imunidade pode ser retirada por uma revisão constitucional. Diversamente de tal imunidade jurídica à alteração legislativa, a incapacidade da moral ou da tradição para experimentar semelhantes modos de alteração não é algo que varie de comunidade para comunidade ou de uma época para outra. Está incorporada no significado destes termos; a ideia de um poder legislativo moral com competência para criar e alterar a moral, como os actos legislativos

(*) A noite de Guy Fawkes é comemorada na Inglaterra e nos países de tradição inglesa em 5 de Novembro. Trata-se de uma festa de carácter popular em que as crianças pedem um óbolo para queimar efígies deste conspirador católico que tentou destruir o Parlamento Britânico em 1605, no reinado de Jaime I (Conspiração da Pólvora).

criam e alteram o direito, repugna a toda a noção de moral. Quando viermos a considerar o direito internacional, veremos a importância da distinção entre a mera ausência *de facto* de um poder legislativo, que pode ser encarada como um defeito do sistema, e a incoerência fundamental que, como sublinhámos aqui, está latente na ideia de que as regras ou padrões morais podem ser criados ou revogados por legislação.

(iii) *Carácter voluntário dos delitos morais*. A antiga concepção de que a moral se ocupa exclusivamente com o que é «interno», enquanto o direito se ocupa apenas com o comportamento «externo», constitui em parte uma representação infiel dos dois aspectos já discutidos. Mas é de forma mais frequente tratada como uma referência a certas características proeminentes da responsabilidade moral e da censura moral. Se uma pessoa, cujas acções, apreciadas *ab extra*, tenham ofendido regras ou princípios morais, conseguir provar que agiu assim de forma não-intencional e não obstante ter tomado todas as precauções que lhe era possível tomar, beneficia duma desculpa no plano moral e seria em si considerado moralmente susceptível de objecção censurá-lo nestas circunstâncias. A censura moral está, portanto, excluída porque a pessoa fez tudo o que podia fazer. O mesmo é verdade, até certo ponto, em qualquer sistema jurídico desenvolvido, porque a exigência geral do dolo^(*) é um elemento da responsabilidade criminal destinado a assegurar que aqueles que ofendem por incúria, sem intenção ou em condições em que lhes faltava a capacidade do corpo ou do espírito para agirem em conformidade com o direito, deviam beneficiar de desculpa. Um sistema jurídico estaria sujeito a condenação moral séria se isto não fosse desse modo, pelo menos nos casos de crimes graves puníveis com penas severas.

Todavia, a admissão de tais causas de exclusão de culpa em todos os sistemas jurídicos é limitada de modos muito diferentes. As dificuldades de prova, reais ou supostas, de factos psicológicos podem levar um sistema jurídico a recusar-se a investigar os estados mentais efectivos ou as capacidades de indivíduos concretos e, em vez disso, utilizar «testes objectivos», através dos quais o acusado de ter cometido um delito é considerado como possuindo a capacidade de

(*) No original inglês, «*mens rea*», expressão da terminologia jurídica inglesa em latim jurídico que significa à letra mente culpada ou intenção criminosa (*rea, ae* — criminosa, feminino de *reus, i*). No direito criminal inglês, significa a intenção malévola ou conhecimento do carácter ilícito de um acto. Existe uma presunção de que é um ingrediente em todos os ilícitos criminais, salvo se o contrário resultar da lei aplicável ou da própria matéria da incriminação.

controlo ou a aptidão para tomar as precauções que um homem normal ou «razoável» teria tomado. Alguns sistemas podem recusar-se a considerar inaptidões «volitivas» distintas de incapacidades «cognitivas»; se assim for, limitam o âmbito das causas de exclusão de culpa à falta de intenção ou aos defeitos do conhecimento. De novo, o sistema jurídico pode impor, quanto a certos tipos de delito, «responsabilidade objectiva» (*) e tornar a responsabilidade totalmente independente do *dolo* (**), excepto talvez quanto à exigência mínima de que o acusado deva possuir um domínio muscular normal.

É, por isso, claro que a responsabilidade jurídica não é necessariamente excluída pela demonstração de que uma pessoa acusada não podia ter observado o direito que violou; pelo contrário, na moral, a frase «não pude evitá-lo» é sempre uma causa de desculpa e a obrigação moral seria completamente diferente do que é se a expressão moral «deve» não implicasse neste sentido «pode». Contudo, é importante ver que a frase «não pude evitá-lo» é apenas uma causa de desculpa (embora uma boa causa) e distinguir a desculpa da justificação; isto porque, como dissemos, a pretensão de que a moral não exige comportamento externo repousa numa confusão destas duas ideias. Se as boas intenções fossem uma justificação para fazer o que as regras morais proíbem, não haveria nada a deplorar na acção de um homem que tivesse, acidentalmente e não obstante todos os cuidados, matado outro. Devemos considerar isso do modo como consideramos a acção de um homem que mata outro, quando a tal precisa de recorrer, como uma medida necessária de auto-defesa. A última é *justificada* porque o acto de matar é, em tais circunstâncias, uma espécie de conduta que o sistema não cuida de impedir e pode mesmo encorajar, embora seja, claro, uma excepção à proibição geral de matar. Quando alguém beneficia de uma causa de *exclusão de culpa* porque praticou um delito de forma não-intencional, a concepção moral subjacente não reside em que esta acção seja de uma espécie que a política do direito vise permitir ou mesmo acolher favoravelmente; sucede que, quando investigamos o estado mental do autor concreto do delito, descobrimos que lhe faltava a capacidade normal, para acatar as exigências do direito. Daí que este aspecto do «carácter interno» da moral não signifique que a moral não seja uma forma de controlo da conduta exterior, mas tão-somente que é uma condição necessária para a responsabilidade

(*) No original inglês, «*strict liability*».

(**) No original inglês, «*mens rea*».

moral que o indivíduo deva ter um certo tipo de controlo sobre a sua conduta. Mesmo na moral há uma diferença entre a frase «ele não procedeu mal» e a frase «não pôde evitar fazer o que fez».

(iv) *A forma de pressão moral.* Um outro aspecto distintivo da moral reside na forma característica de pressão moral que é exercida em seu apoio. Este aspecto acha-se intimamente relacionado com o anterior e, tal como aquele, tem contribuído poderosamente para o sentimento vago de que a moral se preocupa com o que é «interno». Os factos que levaram a esta interpretação da moral são os seguintes: se se desse o caso de, sempre que alguém estivesse prestes a violar uma regra de conduta, serem *apenas* usadas ameaças de castigo físico ou de consequências desagradáveis como argumento para o dissuadir, então seria impossível considerar tal regra como parte da moral da sociedade, embora tal não constituísse qualquer objecção para a tratar como fazendo parte do seu direito. Na verdade, pode considerar-se correctamente que a forma típica de pressão jurídica consiste em tais ameaças. Relativamente à moral, pelo contrário, a forma típica de pressão consiste em apelos ao respeito pelas regras como realidades importantes em si mesmas, o que se presume ser partilhado pelos respectivos destinatários. Assim, a pressão moral é exercida de forma característica, embora não exclusiva, não através de ameaças ou de apelos ao medo ou ao interesse, mas sim através da lembrança da natureza moral da acção encarada e das exigências da moral. «Isso seria mentir», «isso seria violar a tua promessa». No pano de fundo surgem de facto as analogias morais «internas» do medo de castigo; porque se presume que os protestos despertarão nos seus destinatários um sentimento de vergonha ou de culpa: podem ser «castigados» pela sua própria consciência. Claro que tais apelos caracteristicamente morais são por vezes acompanhados de ameaças de castigo físico ou de apelos ao interesse pessoal comum; os desvios do código moral são objecto de muitas formas diferentes de reacção social hostil, as quais vão desde expressões relativamente informais de desprezo até ao corte de relações sociais ou ostracismo. Mas a lembrança carregada de ênfase do que as regras exigem, os apelos à consciência e a confiança no funcionamento da culpa e do remorso são as formas características e mais salientes da pressão usada para apoiar a moral social. Que esta seja apoiada precisamente destas maneiras, constitui uma consequência simples da aceitação das regras e padrões morais, como realidades que é suprema e obviamente importante manter. Os padrões que não fossem apoiados destes modos não poderiam ter na vida social e pessoal o lugar distintivo da obrigação moral.

morais são qualidades que consistem na aptidão e na disposição de levar avante, para além da extensão limitada exigida pelo dever, a espécie de preocupação pelos interesses dos outros ou o sacrifício do interesse pessoal que efectivamente exige. A benevolência e a caridade são exemplos disso. Outras virtudes morais como a temperança, a paciência, a coragem ou a rectidão são, num certo sentido, subordinadas: são qualidades de carácter mostradas na devoção excepcional ao dever ou na prossecução de ideais morais absolutos perante uma tentação ou perigo excepcionais.

As outras ramificações da moral levam-nos por diferentes caminhos, para além dos limites das obrigações e ideais reconhecidos em grupos sociais concretos, até aos princípios e ideais utilizados na crítica moral da própria sociedade; contudo, mesmo aqui mantêm-se importantes conexões com a forma social primordial de moral. É sempre possível, quando vamos examinar a moral aceite, quer da nossa própria sociedade, quer de qualquer outra, que encontremos muitas coisas para criticar; pode parecer, à luz dos conhecimentos correntemente disponíveis, desnecessariamente repressiva, cruel, supersticiosa ou não-esclarecida. Pode restringir a liberdade humana, especialmente na discussão e na prática da religião ou na experimentação de formas diferentes de vida humana, mesmo quanto tal atitude assegura benefícios irrelevantes para os outros. Acima de tudo, a moral de uma dada sociedade pode estender a sua protecção contra o mal apenas aos seus próprios membros, ou mesmo só a certas classes, deixando uma classe de escravos ou de hilotas à mercê dos caprichos dos seus senhores. Está implícita neste tipo de crítica, à qual (mesmo que pudesse ser rejeitada) seria certamente atribuído o reconhecimento como crítica «moral», a presunção de que o ordenamento da sociedade, incluindo a sua moral aceite, deve satisfazer duas condições formais, uma de racionalidade e outra de generalidade. Assim, está implícito em tal crítica, em primeiro lugar, que o ordenamento social não deve repousar nas crenças que se pode demonstrar serem erróneas, e, em segundo lugar, que a protecção contra o mal que a moral assegura de forma característica, através das acções e omissões que exige, deve ser estendida, pelo menos, a todos os homens que são capazes de observar tais restrições e estão dispostos a fazê-lo. Desse modo, tal crítica moral da sociedade, bem como a consagrada em palavras de ordem^(*) como liberdade, fraternidade e igualdade e prossecução da felicidade retira a sua natureza moral do facto de convidar a reformas, quer em nome de um valor ou

(*) No original inglês. «watchwords».

conjunto de valores já reconhecidos (embora, talvez, numa dimensão inadequada) em todas as morais sociais existentes, quer em nome de uma concepção destes, refinada e ampliada, de forma a satisfazer as duas exigências de racionalidade e generalidade.

Evidentemente, do facto de a crítica da moral aceite ou de outros ordenamentos sociais, em nome da liberdade ou da igualdade, ser em si mesma reconhecida como crítica *moral*, não se segue que a sua rejeição em nome de outros valores não possa também ser moral. A denúncia das restrições à liberdade pode ser contrariada pela pretensão de que o sacrifício da liberdade à igualdade económica e social e à segurança era em si mesmo justificado. Tais diferenças de peso ou de ênfase postas em diferentes valores morais podem vir a demonstrar-se como sendo inconciliáveis. Podem significar concepções ideais radicalmente diferentes da sociedade e formar a base moral de partidos políticos opostos. Uma das grandes justificações da democracia reside em que permite a experimentação e uma escolha susceptível de revisão entre tais alternativas.

Por último, nem todos os prolongamentos da moral para além das obrigações e dos ideais geralmente reconhecidos numa sociedade dada têm necessidade de tomar a forma de crítica social. É importante recordar que a moral tem os seus aspectos privados, mostrados no reconhecimento pelo indivíduo dos ideais que ele não tem necessidade nem de partilhar com os outros, nem de considerar como uma fonte de crítica dos outros e, muito menos, da sociedade como um todo. Há vidas que podem ser regidas pela dedicação à prossecução de ideais heróicos, românticos, estéticos ou intelectuais ou, de forma menos agradável, à mortificação da carne. Aqui também podia sustentar-se que, se falamos de moral, fazemo-lo assim porque os valores desse modo prosseguidos pelos indivíduos são, pelo menos, análogos a alguns dos valores reconhecidos na moral da sua própria sociedade. Porém, a analogia não é certamente uma analogia de conteúdo, mas de forma ou função. Isto porque tais ideais desempenham na vida dos indivíduos o mesmo papel que a moral desempenha na sociedade. São considerados como ideais supremamente importantes, de tal forma que a sua prossecução é sentida como um dever a que devem sacrificar-se outros interesses ou desejos; embora sejam possíveis os casos de conversão, a noção de que tais ideais podiam ser adoptados, alterados ou eliminados por uma escolha deliberada é fruto de uma quimera; e, finalmente, os desvios de tais ideais são «punidos» pela mesma consciência, por idêntica culpa e pelo mesmo remorso que aqueles a quem a moral social faz primariamente apelo.