

PROIBIÇÕES DE CONSCIÊNCIA: NORMAS AXIOLOGICAMENTE NEGATIVAS¹

JOÃO JOSÉ RODRIGUES AFONSO

Doutorando em Direito na Universidade Autónoma de Lisboa

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistemática da experiência jurídica; 2.1. As dimensões da experiência jurídica; 2.2. Distinção entre Direito e moral e a sua relevância na questão da imperatividade jurídica; 2.3. A norma jurídica; 2.3.1. Níveis dos comandos jurídicos; 2.3.2. Autonomia e heteronomia das normas de conduta; 2.3.3. A imperatividade no preceito legal; 3. Normas axiologicamente neutras e negativas; 4. Considerações finais.

Palavras-Chave: axiologicamente neutras e negativas; direito e moral; imperatividade; normas neutras.

Summary: *Introduction; 2. Legal Experience Systematized; 2.1. The scope of legal experience; 2.2. Law vs Morality and its relevance in legal binding; 2.3. Legal rules; 2.3.1. Levels of legal rules; 2.3.2. Autonomy and heteronomy of social rules; 2.3.2. The binding of legal provision; axiologically neutral and negative rules; 4. Final considerations.*

Key-Words: *axiologically neutral and negative rules, law and morality; binding; neutral rules*

¹ Este artigo corresponde ao relatório do curso de doutoramento em Direito para a unidade curricular **Problemas Cern da Ciência do Direito**, regida pelo PROFESSOR DOUTOR DIOGO LEITE DE CAMPOS.

1. Introdução

É comum dizer-se que a vida em comunidade implica necessariamente a existência de normas de conduta, arrematando-se com a ideia de que o Direito é corolário da sociedade. Esta concepção, de raiz positivista, parte de uma conhecida construção de que o homem é um animal social, esquecendo-se que, além de ser social, a pessoa humana é também, simultaneamente, um ser moral. A existência social e a existência individual são, pois, duas realidades inseparáveis que estão na base do Direito.

Se é certo que da vida em sociedade resulta a necessidade de regras jurídicas, não menos verdadeira se apresenta a afirmação de que «é da existência moral que resulta a noção de justiça, de dever, de bem e de mal, de obrigação e de responsabilidade, noções que existem na consciência, independentemente de o direito as declarar ou não, e que o direito declara porque eles já existem na consciência»².

É sabido que Direito e moral formam um emaranhado. A ordem jurídica evidencia claramente a posição que a face ética ocupa no seu seio, apresentando normas que se limitam a acolher em maior ou menor medida a inflexão das imposições morais.

A questão a que nos propomos é a de saber se, aquando da passagem ou transposição de uma norma moral para uma regra jurídica, a obrigatoriedade comportamental imanente na consciência se converte na noção de *imperatividade jurídica*, perdendo-se inteiramente a realidade espiritual. Ou se, pelo contrário, existem preceitos jurídicos que, pela valoração em que se fundam, preservam uma eminente dimensão moral, revestindo-se, por isso, de um carácter imperativo originária e essencialmente de natureza consciencial. Da resposta a esta proposição poderemos, então,

² JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*. 1.^a ed. Lisboa: Gradiva, 2009, p. 17.

verificar se a característica da *imperatividade*, tradicionalmente atribuída às normas jurídicas, é ou não verdadeiramente válida para toda e qualquer norma.

No tratamento do nosso mote, que ora se coloca no plano da filosofia do Direito, ora se transpõe para o plano da ciência e da dogmática jurídicas, procuraremos seguir um rumo de reflexão que nos permita compreender, com maior facilidade, a temática proposta.

Para o efeito, começaremos por delinear os diferentes campos da experiência jurídica, de modo a nos situarmos convenientemente aquando da argumentação apresentada. Tomaremos, ainda, a incontornável distinção entre Direito e moral, porquanto o tema surge na confluência destas duas realidades. Por fim, analisaremos, com um rigor delimitado, o conceito de norma jurídica, sem deixarmos, no entanto, de nos referirmos à natureza de outras normas de conduta. Neste aspecto, há que circunscrever, desde já, o nosso objecto de estudo.

Dentro do género *normas de conduta* interessa-nos abordar apenas as espécies *normas jurídicas* e *normas morais*. Não nos reportaremos às normas sociais (de cortesia e de civismo) por não servirem à argumentação da questão a que nos propomos. E dentre as normas jurídicas, interessam-nos especialmente os comandos imperativos negativos (proibições) e os imperativos positivos (normas permissivas ou obrigacionais). As normas dispositivas (que não impõem, nem proíbem) e as regras supletivas não entrarão na nossa discussão.

Um alerta deve ser feito; o prisma por via do qual abordamos o tema depende em muito do conceito de Direito de que partimos, pelo que, em rigor, devemos olhar para uma interrogação essencial na qual entroncam todas as discussões da axiologia do Direito e que, ao longo da humanidade sociabilizada, tem ocupado os grandes pensadores: afinal, qual a origem e o fundamento do Direito? Porque existe o Direito? Deriva da existência de Deus

que, depositando o poder para governar no príncipe³, lhe confere necessariamente o poder de criar o Direito? Existe porque, simplesmente, é corolário da sociedade e, portanto, a organização de uma comunidade pressupõe irremediavelmente a existência de regras de comportamento? É o resultado de uma experiência colectiva da sociedade, tornado necessário para a própria sobrevivência da organização social? É uma realidade imanente do espírito humano, que tem origem na natureza moral e racional do homem?

A abordagem proposta – seja partindo da ideia de Direito como sistema de regularidades factuais, seja como sistema de comandos, ou ainda como ordem normativa concretizada – deixa adivinhar uma tarefa que, quiçá, se nos apresentará de rude argumentação, por nos movermos num campo que muito tem para ser explorado. Como sugere RADBRUCH, «a naturalização do dever jurídico no âmbito da moral apresenta-se como um caso de um fenómeno geral ainda pouco pesquisado»⁴.

Importa, ainda, deixar claro que o pensamento aqui depositado vale sobretudo para o plano da ordem jurídico-penal, pois é aqui que os elementos ético-morais atingem a sua preeminência.

2. Sistemática da experiência jurídica

O ensaio a que nos propomos não pode ser feito sem antes nos situarmos na complexa sistematização que é dada ao estudo do Direito. Com efeito, para alcançarmos o entendimento pretendido da matéria tratada no nosso mote, somos forçados a uma análise prévia dos domínios que compõem o universo jurídico. Pela teoria

³ Entenda-se, o mandatário de Deus, quem detém o poder.

⁴ GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia do Direito*. Trad. de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 66.

tridimensional do Direito⁵ é-nos possível abordar o estudo com o rigor pretendido.

Da totalidade da experiência humana, há uma faixa que se destaca pela sua importância na organização de qualquer sociedade. Esse sector de que falamos (designado, por alguns autores, de experiência jurídica) é composto por regras de conduta de carácter específico, que são as regras jurídicas e que, pela obra de uma organização e sistematização normativa, compõem sistemas ou ordenamentos jurídicos mais ou menos complexos.

Essa dimensão normativa deve a sua existência à realidade social, ao mundo de experiências sociais que emergem das relações entre os homens (e as organizações) numa determinada comunidade, e a ela se reporta com a finalidade de disciplinar as relações intersubjectivas. A norma jurídica nasce assim do facto⁶ para, seguidamente, se lhe impor de acordo com um sistema de valores normalmente aceite, ou melhor dizendo, que se aproxime tanto quanto possível do justo, da justiça.

Temos então reunidas as três dimensões da experiência jurídica, de que nos ocuparemos seguidamente, cujo entrelaçamento é inevitável: o facto, a norma, o valor⁷.

⁵ A teoria tridimensional do Direito foi postulada de forma concisa, por Miguel Real. Porém, outros autores, como Gustav Radbruch, já haviam abordado a tridimensionalidade jurídica. Vide MIGUEL REALE – *Teoria Tridimensional do Direito*. 5.^a ed., São Paulo, 1994.

⁶ Como é evidente, nem toda a situação de facto tem correspondência numa situação de Direito. A este importa regular tão-somente as realidades que, em determinado momento duma sociedade, se manifestem como de interesse jurídico, face a circunstâncias de valoração moral ou de ressonância ética, ou em virtude de mera necessidade de disciplina jurídica duma dada matéria.

⁷ O facto enquanto realidade social (dimensão sociológica); a(s) norma(s) enquanto ordenamento jurídico (dimensão normativa); e o sistema de valores vigente numa sociedade (dimensão axiológica).

2.1. As dimensões da experiência jurídica: *facto*, *norma*, *valor*

Os domínios aqui tratados constituem realidades que, ontologicamente, são inseparáveis. Não obstante, a distinção é sempre possível fazer-se segundo uma perspectiva gnoseológica. Vejamos então.

No plano do conhecimento científico, todo o fenómeno jurídico é submetido ao estudo de várias ciências jurídicas. Com efeito, a complexa realidade jurídica constitui um objecto de estudo susceptível de ser apreendido por várias ciências, pese embora o *facto* de utilizarem um método não jurídico. A história do direito, o direito comparado, a etnologia jurídica são alguns exemplos destas ciências auxiliares, capazes de fornecer importantes contribuições ao legislador ou ao jurisconsulto. A respeito dos três aspectos da experiência jurídica de que aqui tratamos – *facto*, *norma*, *valor* – ser-nos-á útil ter presente que constituem objecto de estudo científico por parte, respectivamente, da sociologia jurídica, da ciência do Direito e da teoria da justiça.

Já no plano do conhecimento filosófico, aquelas dimensões são objecto de análise por parte da filosofia da história, da epistemologia do direito e da axiologia jurídica, respectivamente⁸.

No tocante ao nosso ensaio, interessa-nos especialmente compreender as especulações ou considerações relativas ao fundamento, à natureza e à finalidade do Direito, pelo que nos situaremos principalmente no campo da axiologia jurídica. De *facto*, quanto às normas de conduta de que nos ocuparemos, procuraremos, por referência à sua valoração ético-moral, identificar se a imperatividade de que se revestem é resultante duma (mera) imposição do Estado de Direito democrático (e, portanto, da sociedade, *per populum*) ou se irradia antes duma realidade imanente na consci-

⁸ Cfr. GIUSEPPE LUMIA – *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Trad. de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fonte, 2003, p. 4.

ência humana. Pelo exposto, fácil é concluir que deveremos fazer uma incursão na encruzilhada do Direito com a moral, de modo a salientar as questões filosóficas e doutrinárias fundamentais que respeitam à sua distinção.

Quanto à análise da estrutura da norma jurídica, isto é, dos seus aspectos meramente técnicos e formais, dela nos ocuparemos no plano do conhecimento científico, mais propriamente na arena da ciência e da teoria geral do Direito.

2.2. Distinção entre Direito e moral e a sua relevância na questão da imperatividade jurídica e da obrigação moral

Ao tratarmos duma determinada realidade que tenha merecido a atenção por parte do Direito, podemos, em princípio, identificar uma dimensão jurídica e, simultaneamente, um conteúdo moral. Direito e moral são, pois, dois planos reconduzíveis a uma mesma realidade, mas que não se sobrepõem. Se, por exemplo, nos reportarmos à norma que criminaliza o homicídio no nosso ordenamento jurídico, facilmente adivinharemos que tal preceito comporta uma eminente ressonância ético-moral na nossa sociedade e que, na consciência humana, podemos encontrar um impulso que nos leva, em princípio e naturalmente, à reprovabilidade (moral) de tal conduta e, conseqüentemente, a não matar outrem.

Assim, podemos identificar um dever jurídico – correspondente ao preceito legal – e um dever moral – que radica na consciência das pessoas, originariamente de ordem moral. Em ambos os casos, tratamos de normas de conduta.

A questão que pode então ser colocada, sem preocupação analítica imediata, é a de saber se os deveres de conduta existem porque representam a vontade do legislador ou se antes existem porque nascem na consciência da pessoa humana.

O problema atinge apenas o plano teórico, não relevando no contexto da realidade pragmática ou do direito substantivo, já que aqui interessa atender, tão-somente, à imperatividade da norma jurídica, pouco importando a fonte ou a raiz em que se funda a proibição ou obrigação imposta. Não obstante, a discussão revela-se de inegável importância para outras questões tão relevantes como a figura do *erro sobre as proibições* ou do *erro sobre a ilicitude*, dos art. 16.º e 17.º do Código Penal.

Não pretendemos distinguir Direito e moral numa perspectiva kantiana – ainda muito viva e à qual muitos juristas permanecem fortemente apegados – de diferenciação incisiva de conduta interna (que estaria sujeita à moral) e de conduta externa (sujeita ao domínio jurídico), tal como THOMASIIUS o havia feito, na base dum tópico de oposição: exterioridade do Direito, interioridade da moral⁹.

Antes pretendemos tomar a distinção entre Direito e moral para, a seu tempo, percebermos que há normas jurídicas cujo carácter de imperatividade lhe é dado pelo legislador – e, portanto, pode dizer-se de incorporado no preceito *ab initio* no momento da sua criação –, e outras cuja substância existe mesmo antes da sua existência formal, normas em que a imposição ou proibição de determinado comportamento humano existe e vigora *ante legem*.

⁹ É evidente que a nossa análise depende em larga medida das concepções de Direito que admitimos e abraçamos pessoalmente. Disso dependerá, logo, a metodologia empregue na abordagem do tema. Por exemplo, na óptica de KANT, o Direito não encontra o seu fundamento numa suposta ordem natural, mas na própria razão prática do homem e na sua liberdade exterior. Concebe o Direito não como uma manifestação externa das leis da natureza, que a razão simplesmente descobre, mas como uma lei interna da vontade humana, estabelecida interiormente pela razão. A teoria do conhecimento de KANT e o seu estudo epistemológico do Direito marcaram um golpe abismal contra o Direito Natural. Cfr. EMANUEL KANT – *Crítica da Razão Prática*. Trad. de Afonso Bertagnoli. [digitalização da edição em papel] Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo, 1959, eBooksBrasil.com, 2004.

Com isto podemos então dizer que há proibições cuja existência não depende da penada do legislador, pelo menos enquanto se mantiverem intocáveis os valores absolutos duma determinada colectividade organizada, criadores de verdadeiras normas (morais) de conduta¹⁰.

Numa sociedade como a que conhecemos no nosso país, o respeito pela vida do *outro* – valor moral inscrito na (realidade espiritual da) consciência humana – pode ser convertido num imperativo negativo cuja validade é indiscutível, não carecendo de formalização normativa para que se reconheça a proibição de matar (ou para que se reprove ou censure tal comportamento). O mesmo se pode dizer em relação à fraude, à burla, ao roubo ou à violação sexual, em que a reprovação ou censurabilidade de tais condutas não deixaria de existir ainda que uma lei positiva as permitisse¹¹.

Mas a formalização normativa é imprescindível, com certeza, pois daqui há-de retirar-se a juridicidade essencial para que o aparelho próprio do Estado – a Justiça – possa agir nos casos de violação do preceito legal, impondo a sanção necessária pela via da coercibilidade. É que «as normas morais não dispõem de um sistema de imposição exterior, nem organizado nem por organizar: nascem na consciência, e a sanção para o seu incumprimento está igualmente na consciência»¹².

¹⁰ Em rigor, não existem valores absolutos. Lembremo-nos, p.e., de questões controversas, em certos ordenamentos jurídicos, na área do biodireito e da bioética, como a interrupção legal da gravidez, a eutanásia ou, mesmo, a ortotanásia, em que a eminente dignidade pessoal do visado conflitua com o princípio estadual de protecção da vida humana, fundado em valores éticos, religiosos, políticos ou sociais, como é exemplo o carácter sagrado da vida ou o juramento de Hipócrates. Mas não atenderemos a estas situações por nos lançar numa problemática distinta da que procuramos aqui analisar.

¹¹ Assim REINHOLD ZIPPELIUS – *Filosofia do Direito*. Trad. de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010, p. 66.

¹² JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, 1.ª ed., p. 187.

Face ao exposto, somos prontamente tentados a afirmar que Direito e moral são duas realidades bem distintas, e que nenhuma confusão ou alteração se pode colocar neste problema. Mas não cremos que assim seja.

Direito e moral não são realidades essencialmente diferentes. É certo que a distinção pode fazer-se num plano ontológico, mas desta diferenciação não se conseguirá obter uma separação entre as duas figuras.

No tocante a esta problemática, CABRAL DE MONCADA sustenta uma unidade essencial: «Eu não creio que exista uma separação absoluta entre a Moral e o Direito, num ponto de vista substancial e profundo. A Moral e o Direito distinguem-se, mas não se separam. O mundo normativo ético-jurídico é afinal um só na sua essência, embora seja constituído por várias províncias diferentes. Tudo aquilo que podemos dizer acerca da delimitação dessas províncias (ética, religiosa, ética social, juridicidade pura) é sempre necessariamente resultado de as olharmos através de pontos de vista muito incompletos e superficiais»¹³.

Destes ensinamentos de CABRAL DE MONCADA, podemos retirar preciosas lições para verificarmos que *facto, norma e valor* formam, com efeito, uma unidade inseparável. Basta pensarmos, a título de exemplo, que existem realidades internas (de consciência) que relevam decisivamente para a qualificação jurídica de uma conduta externa dum indivíduo: os tipos de culpa¹⁴, o erro sobre

¹³ LUÍS SOLANO CABRAL DE MONCADA – *Lições de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 18.

¹⁴ No tocante ao domínio penal em particular, será importante aqui notar que, considerando o sistema teleológico-funcional da Teoria do Crime, o dolo e a negligência relevam tanto ao nível da culpabilidade como ao nível da tipicidade. Ao nível da culpabilidade, estas figuras relevam como graus ou formas de culpa, servindo ao julgador para graduar a pena. E é com referência ao dolo da culpa que relevam os elementos especiais do tipo de culpa doloso (v.g. avidez, meio insidioso, frieza de ânimo, etc., que encontramos enunciados no art. 132º/2 do Código Penal).

as proibições ou a boa-fé. Desta feita, seria redutor, até mesmo do ponto de vista da ciência do Direito, desconsiderarmos por completo o plano interno das condutas.

Como é expectável, daqui retiramos a ideia segundo a qual a moral apresentar-se-á perante o instituto jurídico somente nos casos em que o facto tenha ultrapassado a sua simples representação na consciência, para dar lugar à efectiva realização da conduta antijurídica. Por outras palavras, para que nenhuma confusão se instale, dir-se-á que as meras representações volitivas constituem aspectos íntimos, puramente pessoais e não exteriorizados e, por conseguinte, são domínio exclusivo da ordem moral ou da ordem religiosa.

Já «a vida passiva dos impulsos é, por si mesma, moralmente irrelevante; moralmente relevante é apenas a vontade activa que com eles disputa»¹⁵.

Os dois planos da conduta (interno e externo) estão, deste modo, estreitamente relacionados, não existindo domínio algum destas realidades que não possa submeter-se tanto à valoração moral quanto à jurídica.

Verificada esta relação indissolúvel entre Direito e moral, há no entanto que alertar que não é função do Direito tutelar a moral, não havendo aqui qualquer espaço para uma confusão de tal natureza. É certo que o Direito procura sempre tutelar os bens jurídicos fundamentais da ordem social, a que correspondem valorações com maior ou menor ressonância ético-moral, mas a estas se reporta só mediatamente, por via de uma análise ou perspectiva moral da conduta humana.

A relação existente entre os domínios tratados demonstra, deste modo, que o Direito tem (ou, melhor, deve ter) a moral

¹⁵ GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, pp. 58-9.

como seu fim, já que apenas esta se apresenta justamente como fundamento da validade obrigatória das normas jurídicas¹⁶.

Perante isto, em rigor, não pode o legislador afastar-se, em demasia, das valorações que compõem a consciência social. Os critérios de justiça nos quais se devem inspirar as normas jurídicas (e, bem assim, os ordenamentos jurídicos) devem considerar o «sistema de ideias, de opiniões, de crenças e de preferências, concernente aos fins julgados essenciais para a vida em sociedade»¹⁷. Evidentemente, tal asserção depende, em larga medida, da concepção geral dos fins do Estado. «Assim, nos sistemas modelados sob a influência da filosofia racionalista e jusnaturalista, aquela projecção será necessariamente maior que nos sistemas impregnados da ideia de que o direito é apenas de natureza social»¹⁸.

No Direito português, a finalidade moral aparece como aspiração pretendida por todo o labor jurídico e como limite imposto ao Estado, na sua função de legiferação, isto é, na sua actividade geradora da lei¹⁹. Mas este ideal a atingir nem sempre se verifica.

Como é sabido, o Direito desempenha uma dupla posição: de justiça e de segurança. Para garantia desta última, não poucas vezes se produzem normas jurídicas neutras quanto à finalidade moral e, por isso, desvinculadas de qualquer valoração ético-social.

¹⁶ Cfr. GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, p. 66. Restringimos aqui, obviamente, o conceito de *validade*, entendido como obrigação moral de “non facere”, o que nos situa no campo das normas axiologicamente negativas. No sistema do “Direito garantido”, a *validade* é já entendida como a faculdade de o Estado impor o cumprimento das normas jurídicas pela via de um procedimento coactivo organizado, o que acontece com as regras jurídicas axiologicamente neutras, despidas de um mínimo ético. São simples *regras de imposição coactiva*, que não satisfazem, por vezes, as exigências de um mínimo de justiça. Quanto a este assunto, REINHOLD ZIPPELIUS – *Filosofia...*, pp. 23 e 66.

¹⁷ GIUSEPPE LUMIA – *Elementos...*, pp. 12-3.

¹⁸ JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, 1.ª ed., p. 102.

¹⁹ JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, 1.ª ed., p. 103.

A este propósito, importa referirmo-nos, desde já, a dois conceitos antagónicos no que respeita a ontologia (e axiologia) das proibições legais encontradas no Direito penal: os delitos naturais e os delitos artificiais, numa terminologia essencialmente usada em criminologia.

Quanto aos primeiros, reportam-se a imposições axiologicamente negativas que radicam na consciência humana de uma determinada sociedade organizada, tal como “não matarás”, “não roubarás”, pressupondo-se que são do conhecimento de todas as pessoas²⁰; e perante estas proibições de consciência, não resta ao Direito senão limitar-se a reconhecer-las e a positivá-las, pois a carga ético-moral de que se revestem é incomensurável. Não queremos, com isto, voltar à velha ideia dos direitos naturais inatos do jusnaturalismo, mas não deixamos, contudo, de reconhecer o carácter universal, de auto-obrigação e de incondicionalidade de certas regras de conduta, por força da sua inexcedível valoração moral ou, até mesmo, religiosa.

Quanto aos segundos, eles derivam da (mera) vontade do legislador, comportando uma valoração moral por vezes ínfima ou, mesmo, inexistente; as normas jurídicas correspondentes são tidas como axiologicamente neutras, pelo que a sua imperativa há-de fundar-se exclusivamente na juridicidade.

²⁰ Evidentemente, a consciência social varia no tempo e no espaço, mesmo em relação aos valores que hoje são tidos por fundamentais e intocáveis. A história parece tê-lo já demonstrado por diversas vezes: por exemplo, com o fenómeno da escravatura ou dos servos da gleba, antes da transição para o homem livre. «Nas épocas históricas em que a pessoa humana era vista como uma coisa – ou tratada como tal – admitia-se e praticava-se a escravatura em que um estava totalmente consagrado aos interesses de outrem que dele podia dispor livremente. A ponto de o escravo não ser considerado pessoa por lhe faltar não só a liberdade, como a faculdade de prosseguir a sua vida, o objectivo da sua felicidade pessoal». DIOGO LEITE DE CAMPOS – *As Relações de Associação – O Direito sem Direitos*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 59.

2.3. A norma jurídica

Quando se fala em norma jurídica, é frequente representar esse conceito como sendo o elemento mais simples em que se pode decompor o direito objectivo. Esta visão é típica do positivismo jurídico (em especial, da Escola da Exegese e do normativismo), que sempre procurou dissecar e reduzir o ordenamento jurídico ao seu elemento mais basilar, como forma de constituir uma teoria geral do Direito fundada naquilo que seria o *átomo* do Direito mas que, na realidade, mais não instituía do que uma verdadeira teoria da norma jurídica.

Esta concepção aparentemente simplista de ver o Direito é, em boa verdade, uma forma de servir convenientemente o Estado, um instrumento de poder capaz de favorecer os mais fortes da sociedade, desprezando os seres humanos mais desprotegidos. Com este sistema mecanicista afasta-se qualquer conteúdo ético; a norma encerra um valor em si mesma, justificando a sua validade através do próprio poder que institui, e, portanto, apresenta-se como independente à moral e a qualquer ideia de justiça²¹.

²¹ Estas concepções positivistas, que começaram a surgir essencialmente a partir do século XIX, procuraram afastar qualquer especulação filosófica e jusnaturalista que se pudesse introduzir no Direito. Com isto, ficou claramente marcada a independência do Direito em relação à moral e, mais ainda, a afirmação duma pessoa (titular dum direito) em relação ao *outro* (sujeitado ou subordinado à norma que atribui o poder àquela pessoa). As bases do contrato social – a liberdade, a igualdade e a fraternidade –, que tanto se afirmaram no final do século XVIII, pareciam ceder perante tais sistematizações normativas. «Na base deste *Direito* está a concepção iluminista/individualista da pessoa vista como uma mera partícula igual a todas as outras e portanto indiferente aos outros. E a recusa da ética substituída por leis físicas que só conhecem objectos e que só revelam a face da força. Acabando por negar a pessoa humana comum em benefício de poucos seres humanos superiores». DIOGO LEITE DE CAMPOS – *As Relações de Associação...*, p. 49.

Evidentemente, é hoje plenamente aceite que a ordem jurídica não se resume às leis, mas deve sim ser entendida como o conjunto das regras jurídicas complementadas pela elaboração científica e pela experiência judiciária, articuladas com os princípios gerais de Direito, completadas pelos elementos sistemáticos, pelas noções de finalidade da norma, pela força de tradições e de valores éticos, entre outros factores²².

Como não pretendemos – nem se nos afigura necessário no quadro da nossa análise – tomar o conceito no seu sentido mais amplo, limitar-nos-emos a considerar a noção de norma jurídica em sentido técnico, no seu sentido estrito de comando jurídico.

2.3.1. Os comandos jurídicos

Aos elementos normativos de um dado ordenamento jurídico que exprimem os *dever-ser* das condutas individuais essenciais para a organização da comunidade é comumente dado o nome de comando jurídico. Esse comando, que assenta numa proposição prescritiva, destina-se a influir no comportamento de uma pessoa para modificá-lo²³, sem aí se considerar a vontade humana.

A norma jurídica (como proposição prescritiva) obriga, assim, os destinatários a que se dirige, pelo que é também chamada de imperativo.

No quadro de todas estas noções, a nomenclatura aqui empreendida poderia ser equívoca se não tomássemos a explicação que se segue.

Os comandos jurídicos – que, como dissemos já, exprimem *deveres* – podem ser classificados em três planos: comandos-

²² Cfr. JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, pp. 29 e 180.

²³ Cfr. GIUSEPPE LUMIA – *Elementos...*, p. 40.

valores, comandos-conceitos e comandos-regras, e todos eles se revestem de um carácter de imperatividade.

Os comandos-valores são os imperativos mais gerais que se encontram num dado ordenamento jurídico, encarnando os valores (ético-morais) fundamentais duma sociedade. Constituem os alicerces essenciais do ordenamento. Na arena da experiência jurídica, os comandos-valores constituem o objecto de estudo científico da teoria da justiça e, no plano filosófico, o objecto de cogitação da axiologia do Direito.

Os comandos-conceitos traduzem-se nos princípios gerais de Direito que formam as traves mestras que sustentam o ordenamento jurídico, bem como nas construções dogmáticas, nos institutos ou figuras jurídicas e, de um modo geral, reflectem-se em todos os conceitos jurídicos. Estes comandos-conceitos estão subordinados aos comandos-valores, pelo que a substância essencial destes há-de necessariamente transferir-se para os comandos-conceitos.

Quanto aos comandos-regras, eles são os imperativos que assumem maior importância sob o ponto de vista da efectivação prática do Direito. Constituem o conjunto de regras de conduta cuja observância é imposta a um universo de pessoas ou organizações. «É o conjunto dos comandos-regras que forma o direito positivo, e é a esse que os sujeitos de direito se encontram subordinados, é esse que os tribunais têm de aplicar»²⁴.

No quadro da experiência jurídica, os comandos-conceitos e os comandos-regras são objectos de análise científica por parte da ciência do Direito.

Verifica-se, deste modo, que o conceito de comando jurídico é mais amplo que aquele a que nos pretendemos reportar com mais rigor. Mas, em toda a nossa análise, deveremos ter sempre presente todas as noções que aquele conceito encerra, porquanto as normas jurídicas prescritivas (comandos-regras) devem vassalagem aos

²⁴ JOSÉ HERMANO SARAIVA – *O que é o Direito...*, p. 185.

comandos-valores e aos comandos-conceitos; a essência valorativa e conceptual destes encontra-se necessariamente naqueles, conduzindo à imprescindibilidade de considerar a unicidade das três dimensões normativas.

2.3.2. Autonomia e heteronomia das normas de conduta

Face ao que foi exposto, é fácil, por um lado, perceber que a conduta de uma determinada pessoa está, em princípio, sujeita a diferentes planos de imperatividade. Por outro lado, verifica-se que a construção de uma norma de Direito na forma de proposição prescritiva se erige a partir de valorações e concepções que se encontram em planos primevos, em realidades que lhe são anteriores.

Posto isto, importa esclarecer, agora, como se relacionam os planos da moral e do Direito nas condutas do ser humano, enquanto ser autónomo e ser social, para, desta forma, agilizarmos o nosso pensamento e situarmos as realidades de imperativos supra-identificados, que se podem desdobrar em proibições jurídicas e proibições de consciência²⁵. Vejamos então.

Na sua existência singular, enquanto *eu* afastado dos *outros*, o homem não identifica outra lei além da que reside na sua consciência. A pessoa surge «(...) como um ser moral, autodeterminado, portador de valores únicos e supremos e, portanto, essencialmente não-social»²⁶. A individualidade aparece, assim, como autónoma, não observando qualquer imposição que advenha do exterior. Todo o *dever* das suas condutas provém duma realidade interior que nasce no espírito – a consciência humana – e caracteriza-se por uma subordinação voluntária à regra moral de conduta.

²⁵ Note-se que consideramos, aqui, apenas os imperativos negativos (as proibições) e não os positivos (as obrigações).

²⁶ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *Nós – Estudos Sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 14.

Já na sua integração na sociedade, a pessoa cede parte da sua liberdade e da sua natureza como *ser-em-si*. Com efeito, como elemento integrante do tecido social, a pessoa deixa de ser autónoma, pelo que as suas acções não são mais espontâneas e incondicionadas. A sua liberdade física e moral é agora limitada e parcialmente alienada pela sua condição de *ser-em-função-dos-outros*, facto que o impele a obedecer a leis emanadas por um poder exterior, a ditames impostos pela sociedade em que se insere, que se sobrepõem à sua vontade e que, numa relação consistente, levam à substituição da autonomia pela heteronomia²⁷.

Como é evidente, sendo um ser naturalmente gregário, não é concebível, na realidade, reconhecer a pessoa humana como ser isolado, fora do mundo, pelo que a referência à autonomia do homem só releva intelectualmente. Mas revela-se de inegável importância para descortinarmos se as proibições de consciência (do ser autónomo) se convertem totalmente em proibições jurídicas (do ser heterónimo), perdendo-se por completo a realidade espiritual. Numa outra formulação, perguntaríamos se os *deveres* ditados pela lei do homem enquanto ser autónomo – a lei moral, emanada da consciência –, se convertem radicalmente em *deveres-ser* jurídicos no momento da sua passagem à vivência em comunidade, momento em que a autonomia se vê diminuída em função da heteronomia. A resposta a esta pergunta não se esgotará neste ponto.

Para a reflexão proposta, é vital reconhecermos uma premissa que, quanto a nós, se apresenta com toda a validade: a presunção de que cada ser é bom por natureza – *bonus quilibet praesumitur*.

É certo que a introdução de um dogma no nosso estudo enfraquece a sua legitimidade científica, mas fazemo-lo com

²⁷ Poderíamos aqui referir que a passagem do ser autónomo para a sociedade pode fazer-se sem qualquer alienação, mantendo a liberdade absoluta e, com isso, renegando qualquer norma que advenha de fora. E, de facto, é uma realidade possível mas que conduz ao anarquismo e, consequentemente, à negação do Estado.

despreocupação, por repudiarmos a ideia de *conatus* introduzida especialmente por HOBBS, a sua concepção de estado natural em que vivem os homens antes do seu ingresso no estado social, dotados de egoísmo e dum impulso original do movimento animal que o estimula numa *guerra de todos contra todos*²⁸.

Acreditamos que, numa sociedade organizada, qualquer que seja a forma de governo ou o regime político, o homem pratica o bem não porque lhe é imposto, mas porque ele o concebe no espírito e o deseja. Precipitarmos a pessoa humana para uma ideia de relações do *eu* com o *outro* sem (alguma) bondade e voluntariedade ou com total desespirtualização é «acreditar que existam relações que permitam ao homem relacionar-se com alguém sem amor; tais relações não existem»²⁹. É certo que a expressão apresentada procura a força para a sua validade na ideia alegórica de que todas as pessoas encerram um potencial para se relacionarem e agirem na base da bondade, da solidariedade e da generosidade, se bem que algumas o não façam.

DIOGO LEITE DE CAMPOS oferece-nos mesmo a concepção de que «(...) o Direito está em nós que somos capazes, naturalmente capazes, de caminhar no sentido da Justiça, de uma sociedade mais justa e filantrópica em que cada um se reconheça em todos os outros. Em que se procure o bem do outro, simultânea e inseparavelmente do bem de si mesmo»³⁰.

Ora, essa prática do bem é tanto mais genuína quanto maior for a valoração ético-moral que se dê à realidade sujeita à conduta humana. E como vimos já, quanto a um delito natural, a norma jurídica que impõe a proibição (o imperativo negativo) está carregada com um conteúdo axiologicamente negativo, pelo que é autêntica a espontaneidade com que os destinatários cumprem a

²⁸ *Homo homini lupus, bellum omnium contra omnes.*

²⁹ TOLSTÓI *apud* GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, p. 59.

³⁰ DIOGO LEITE DE CAMPOS – *As Relações de Associação...*, p. 47.

regra. Já no caso de um delito artificial, a conduta está sujeita a uma norma que suporta uma carga moral ínfima, um preceito jurídico axiologicamente neutro que procura influir no comportamento das pessoas, independentemente das manifestações de vontade.³¹

No primeiro caso (normas axiologicamente negativas), pode dizer-se que a conduta humana é regida e dominada por uma regra que reside originariamente na consciência individual, sem embargo para a existência da norma jurídica correspondente.

No segundo, à conduta humana impõe-se uma regra que parte essencialmente da sociedade, de um poder exterior. Ainda assim, cremos que «na grande maioria dos casos, as normas jurídicas são respeitadas espontaneamente por seus destinatários, e não pelo temor de incorrer nas sanções previstas para os que não as observam»³².

Desta aparente antinomia resulta que o Direito existe como concepção do espírito e, simultaneamente, como fenómeno social, não se podendo, pois, supor que qualquer destas realidades dispensa a outra. Autonomia (e moral) e heteronomia (e Direito) são, desta maneira, realidades que disputam mutuamente o domínio dum determinado espaço, mas que não se eliminam.

Não obstante, face à dimensão axiológica em presença, é inegável que ora à acção humana se impõe predominantemente a regra jurídica, ora se lhe impõem essencialmente os valores normativos ínsitos na consciência.

As considerações aqui empreendidas conduzem-nos, agora, à oportunidade de salientar, uma vez mais, os doutos ensinamentos de CABRAL DE MONCADA, para percebermos que existe «um

³¹ Quanto a isto, Kelsen fala-nos de um “comando despsicologizado”. «A conduta prescrita pela regra de Direito é “exigida” sem que nenhum ser humano tenha de “querê-la” num sentido psicológico». Kelsen, HANS – Teoria Geral do Direito e do Estado. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 49.

³² GIUSEPPE LUMIA – *Elementos...*, p. 33.

conjunto de preceitos, concepções e regras, altamente obrigatórios para a consciência, pelos quais se rege, antes e para além do direito, algumas vezes até em conflito com ele, a conduta dos homens numa sociedade»³³. Esse conjunto constitui a moral, que domina o ser autónomo e que prevalece, não poucas vezes, sobre o Direito que se impõe ao ser heterónimo, cunhando a norma jurídica com a sua marca hegemónica de imperatividade.

2.3.3. A imperatividade no preceito legal

Relacionando a matéria exposta até ao momento, facilmente definiremos a norma jurídica como o comando heterónimo, geral (dado que se reporta à existência social do homem no duplo aspecto da relação com os *outros* e da sua integração na sociedade), cuja observação é coercivamente garantida por sanções devidamente organizadas.

Desta asserção se retiram, então, as características da norma jurídica: a imperatividade, a heteronomia, a generalidade e a coercibilidade.

Concebermos a imperatividade jurídica como uma relação de subordinação da vontade humana a uma norma de Direito é uma ideia que se nos assemelha incorrecta, pelo menos em relação a certas realidades de vida.

Se é certo que um normativo legal contém um substrato obrigacional que exige do homem uma determinada conduta – um *querer* da norma face à pessoa que actua, criando um *dever-ser* –, não menos verdade se nos apresenta a afirmação segundo a qual a norma moral insere, na vontade humana, idêntico substrato. A

³³ LUÍS SOLANO CABRAL DE MONCADA – *Filosofia do Direito e do Estado* Coimbra: Atlântida Editora, Vol. II, 1966, p. 134.

diferença que aqui se poderá manifestar reside, tão-somente, na realidade sobre a qual incide a obrigacionalidade.

Se na regra jurídica o conteúdo obrigacional se reporta à conduta humana, procurando influenciar e ajustar o comportamento do indivíduo social na sua vida em comum com os *outros*, já na norma moral o substrato obrigacional radica originariamente na vontade humana, em consideração a valorações e sentimentos de *dever* que se lhe impõem no espírito. A norma moral tem na vontade – antecedente à conduta – um conteúdo de significação obrigacional, enquanto exigência da consciência; a regra jurídica (o comando heterónomo) impõe-se exclusivamente à acção humana, sem uma obrigação simultânea da vontade. Com efeito, ao preceito jurídico interessa, tão-somente, que a pessoa adopte um comportamento conforme à sua prescrição, independentemente da sua vontade.

Deste arremate parece-nos viável resolver a questão fundamental do nosso mote: a de que, ontologicamente, a *imperatividade* não apresenta a mesma essência para toda e qualquer norma jurídica.

Vimos já, num ponto anterior, que toda a norma é comando, reconhecendo-se, neste campo jurídico, várias estratificações que compõem uma espécie de hierarquia. Verificámos, ainda, que a substância da norma jurídica contém necessariamente um certo conteúdo dogmático, fundado em princípios gerais de Direito tidos como essenciais à construção do ordenamento jurídico. E, da mesma forma que se submete aos comandos-conceitos, o preceito jurídico deve vassalagem a valores fundamentais à existência social do homem numa determinada comunidade. São, como aferimos, os comandos-valores³⁴ que conferem à norma o carácter

³⁴ Que, como dissemos *supra*, encarnam valorações ético-morais vigentes numa determinada sociedade.

de validade obrigatória, que a modela num comando imperativo de disciplina colectiva, revestida de certo conteúdo axiológico.

Não obstante, certas normas recebem a sua validade por parte de comandos-conceitos; e estas não deixam, por isso, de ser imperativas, ainda que sejam neutras a qualquer valor moral.

Do exposto se verifica, por conseguinte, que nem todo o preceito jurídico é acompanhado dum substrato obrigacional que exija aos seus destinatários, simultaneamente, um *dever-ser* (exigência jurídica) e um *dever* (exigência imanente na consciência humana). E, no entanto, cremos que, em rigor, este sincronismo é essencial, pelo menos quanto às normas que visam garantir os mais altos valores duma sociedade, mormente as normas penais. Aliás, há quem considere que «pode-se falar somente de normas jurídicas, de dever ser jurídico, de validade jurídica e de deveres jurídicos quando o imperativo jurídico for abastecido pela própria consciência com a força de obrigação moral»³⁵.

A experiência jurídica demonstra, assim, que a regra de Direito pode ser axiologicamente neutra ou axiologicamente negativa, ainda que possa contar, em ambos os casos, com a adesão espontânea dos seus destinatários.

3. Normas axiologicamente neutras e negativas

A distinta natureza axiológica das normas aqui retratadas conduz-nos à possibilidade de fazer ressaltar certas diferenciações (no domínio volitivo) nas condutas praticadas pelo homem.

Desde logo, podemos afirmar que uma norma axiologicamente neutra é susceptível de um acatamento forçado por parte dos destinatários, por se encontrarem esvaziadas de qualquer valoração moral. Estas condutas são, assim, potencialmente *actiones ex lege*,

³⁵ GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, p. 66.

reconhecendo-se, aqui, em bom rigor, um enfraquecimento da espontaneidade volitiva no seu acatamento.

A valoração e a imperatividade normativas são instituídas pela mão do legislador. A estas normas, ele pode dar o conteúdo que lhe aprouver, ainda que a validade do preceito esteja um tanto-quanto refém da efectividade da vida do povo e da aceitabilidade mínima que este lhe reconheça.

De facto, apesar de axiologicamente neutras, estas normas não podem afastar-se, em demasia, de determinados ideais de justiça, sob pena de nos conduzirem a leis arbitrárias, ou até criminosas. E mesmo que uma lei seja injusta, a violação da justiça não pode alcançar um grau de intolerabilidade, sob pena da regra tornar-se, na verdade, em ausência de Direito³⁶.

Poderíamos dizer agora, como já o fizemos há pouco, que, ainda que axiologicamente neutras, estas regras podem contar com a adesão espontânea dos seus destinatários. E podemos, de facto, mas isto não faz do comportamento humano um acto de verdadeira vontade, um imaculado *querer e agir*. Como vimos, o Direito contenta-se com a conduta exterior, estando sempre aberto à coação. Ainda que a pessoa adira espontaneamente à norma, não deixa por isso de submeter o seu comportamento à lei, por inexistir qualquer referência consciencial.

Já o comportamento moral não se obtém à força. O sentimento do *dever* e da responsabilidade são elementos essenciais para que se reconheça uma conduta incondicionada, que internamente nasça da personalidade moral. Perante normas axiologicamente negativas, age-se por respeito à lei moral, por causa da consciência e da noção de *dever*, ainda que se deva reconhecer que a sanção jurídica possa desempenhar o seu papel dissuasor quando a obediência da pessoa à ordem moral falhe.

³⁶ Cfr. GUSTAV RADBRUCH – *Filosofia...*, p. xi.

Quando todos os meios falham, entra então o poder de coação do preceito jurídico, umas vezes para garantia da sua imposição, outras vezes – por exemplo, quando o bem tutelado pelo Direito seja irreparável – para, simplesmente, exercer a aplicação da sanção.

Parece-nos, portanto, de grande conveniência guarnecer uma norma jurídica com um mínimo ético. Podemos, até, encarar a moral como uma realidade capaz de conferir mais força ao preceito jurídico, permitindo-se o cumprimento legal externamente e satisfazendo-se a conveniência de uma atitude de obediência interna (consciencial), de genuína vontade. É célebre a frase de KANT “*por sobre mim o céu estrelado; em mim a lei moral*”, que acabou em epitáfio no seu túmulo, e que expressava a sua paixão e o seu esforço em demonstrar que a moral (ao contrário da metafísica) assentava em boa parte na razão. «A lei moral, da qual temos consciência imediata (tão rapidamente como formulamos máximas da vontade) é a que se nos apresenta primeiramente (...)»³⁷.

Para uma fácil identificação do conteúdo técnico e do conteúdo ético duma norma jurídica, basta-nos encetar uma comparação entre o Direito penal e o Direito de viação.

No caso do Direito penal, poucos preceitos de direito substantivo encontramos que não sejam normas morais que o poder de legiferação acolheu e positivou. A quase totalidade dos delitos criminais decifra violações da lei moral.

O crime de homicídio, por exemplo, é certamente o expoente máximo do acolhimento dum comando moral. Uma pessoa abstém-se de ofender a vida de outrem não porque reconhece a imperatividade do preceito jurídico incriminador, mas porque obedece à ordem moral. Se esta obediência falhar, não será certamente a imperatividade jurídica que demoverá a pessoa de exercer o acto de homicídio. O que poderá demovê-la será, porventura, a sanção

³⁷ EMANUEL KANT – *Crítica da Razão...*, Livro I, Cap. I, § 6.º.

(coactivamente aplicável) que ela estatui, mas o receio da pena não se confunde com a questão da imperatividade normativa. São duas realidades distintas do sistema jurídico, que exercem a sua “autoridade” em momentos diacrónicos, por sucessão temporal.³⁸ Esta discussão levar-nos-ia, porventura, aos conceitos de norma primária e norma secundária de Kelsen, em que fazia depender a validade da previsão ou hipótese pela via da existência da estatuição³⁹.

Estamos certos, portanto, que uma norma que encerra um máximo ético só pode contar com a obrigacionalidade que advém da consciência humana na questão da demanda do comportamento adequado e desejado pela sociedade. Aliás, para melhor argumentação e entendimento da nossa discussão, bastaria imaginarmos o preceito que institui o crime de homicídio sem qualquer sanção, numa formulação normativa que contasse apenas com a previsão (ou hipótese) e, portanto, com a imperatividade, a heteronomia

³⁸ Com isto não cremos negar, contudo, a ideia muitas vezes realizada de que podemos levar à consciência social a irresponsabilidade e censurabilidade de certas condutas (v.g., a condução sob o efeito do álcool), despertando e reforçando o sentimento de reprovação destes comportamentos pela via da criminalização. Assim como uma penalização pode contribuir para consolidar a ideia de reprovação de uma conduta criminalizada, ainda que se reporte a uma proibição de consciência. *Cfr.* REINHOLD ZIPPELIUS – *Filosofia...*, pp. 70-71.

³⁹ Kelsen exemplifica mesmo: «não se deve roubar; se alguém roubar, será punido. Caso se admita que a primeira norma, que proíbe o roubo, é válida apenas se a segunda norma vincular uma sanção ao roubo, então, numa exposição jurídica rigorosa, a primeira norma é, com certeza, supérflua. A primeira norma, se é que ela existe, está contida na segunda, a única norma jurídica genuína. Contudo, a representação de Direito é grandemente facilitada se nos permitimos admitir também a existência da primeira norma. Fazê-lo é legítimo apenas caso se tenha consciência do fato de que a primeira norma, que exige a omissão do delito, depende da segunda norma, que estipula a sanção». HANS KELSEN – *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 86.

e a generalidade. Aqui se percebe melhor o esvaziamento total da força imperativa ou de comando da norma. Neste domínio, a sociedade pode contar, tão-somente, com a imposição da lei moral.

Num outro extremo, surgem os raros – mas existentes – preceitos criminais depauperados de um mínimo ético.

No quadro da criminalização e punição das actividades delituosas contra a economia nacional, surgem alguns exemplos destes preceitos. Esta área do Direito penal, que procura atender essencialmente à reprovação das condutas em si mesmas lesivas dos valores fundamentais do ordenamento socio-económico, não contém, nalguns casos, um fundamento ético sólido para a construção das suas normas. Aliás, veja-se que, porque careciam de verdadeira dignidade penal – face à ressonância ético-moral reconhecida por parte da sociedade –, despenalizaram-se certos tipos de infracções então presente no Decreto-Lei n.º 41 204, de 24 de Julho de 1957, que normalmente revestiam a natureza de contravenções, englobando-se os comportamentos respectivos no direito de mera ordenação social⁴⁰.

No âmbito destas imposições legais – que, como vimos já, são usualmente chamadas de crimes artificiais –, a conduta da pessoa submete-se essencialmente à imperatividade jurídica, restando pouco espaço no domínio da moral para submeter a pessoa ao comportamento almejado pela sociedade. Veja-se até que, perante o desconhecimento destas regras de Direito, dificilmente se encontra um sujeito que adeque a sua conduta à norma legal pela simples via do reconhecimento dum valor moral.

A título de exemplo, um indivíduo que desconheça o crime de abate clandestino⁴¹ dificilmente encontrará na ordem moral um comando que lhe imponha a proibição de abater um ovino fora de um matadouro e de vender a carne a pessoas que lhe são próxi-

⁴⁰ Cfr. preâmbulo do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

⁴¹ Art. 22.º do Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de Janeiro.

mas. A adequação do seu comportamento à regra jurídica exige o conhecimento desta, pois daqui se há-de retirar a referência da proibição imposta, ou seja, da imperatividade jurídica.

Nos crimes artificiais, não poucas vezes se não tem consciência do crime que se comete – *conscientia sceleris* –, daqui que as construções dogmáticas jurídico-penais da matéria do erro sobre a ilicitude do facto sejam distintas para os delitos naturais e os delitos artificiais⁴².

No Direito de viação, dificilmente se consegue uma explicação, por referência à moral, para grande parte dos seus preceitos legais. Só com algum artifício se conseguirá, indirectamente, aproximar o conteúdo técnico das normas a um conteúdo moral difuso, para assim se lhe reconhecer um mínimo ético. Poder-se-á sempre sustentar que toda a regulamentação jurídica da circulação rodoviária se reconduz à ideia de respeito pela vida humana e à garantia do direito de todos poderem usufruir das mesmas vias de trânsito, mas só mediatamente se conseguirá tal aproximação⁴³.

Daqui que, o acatamento destas regras por parte da sociedade é conseguida, fundamentalmente, por via da imperatividade jurídica que elas encerram.

A sinalização de manobras, a manutenção da distância segura entre veículos em circulação, as regras de ultrapassagem ou de inversão do sentido de marcha, e tantas outras, são exemplos de normas de conduta que não apresentam uma face ética.

⁴² Cfr. art. 16.º/1 e 17.º do Código Penal.

⁴³ Nesta linha de ideias, JOSÉ HERMANO SARAIVA, – *O que é o Direito...*, p. 91-2.

4. Considerações finais

O Direito nem sempre se deduz de leis positivas resultantes de circunstâncias de oportunidade de política legislativa. Muitas vezes, o Direito deve ser buscado numa outra fonte, nos axiomas inscritos na razão prática do homem. É neste sentido que podemos anunciar a moral como fonte valorativa das normas jurídicas, uma fonte em constante mutação ao longo do tempo por referência a correntes ideológicas ou intelectuais dominantes e por via da consciência ético-social da época.

A lei jurídica impositiva de condutas, enquanto *dever*, só manifesta declaradamente a sua imperatividade no caso das normas axiologicamente neutras. Nas normas axiologicamente negativas, o comando traduz-se, na essência, num dever moral. Na proposição “Se A é, deve ser B” (Se matas deves ser punido), o imperativo negativo (proibição) emanado não radica no preceito legal, mas originariamente na moral. A imperatividade jurídica das normas axiologicamente negativas incorpora o comando moral. É este que confere a substância valorativa e o conteúdo obrigacional ao preceito legal, pelo que a imperatividade jurídica, nestas circunstâncias, é uma mera mas incontornável necessidade formal, um reflexo da obrigacionalidade consciencial, sem a qual se apresentaria despida de qualquer essência.

Entender que, no tocante às normas de conduta axiologicamente negativas, a essência da imperatividade reside no preceito jurídico, é crer que o homem é, por natureza, um ser imoral ou que nele reside um predominante potencial de *guerra de todos contra todos* (HOBBS – *omnes lupus*). A ser assim, teríamos que olhar para uma norma axiologicamente negativa e para a sanção nela estatuída como encerrando uma função essencialmente dissuasória ou como instrumento intimidatório de controlo social face à natural maldade dos homens.

A transfiguração dum comando moral para uma norma jurídica é mera circunstância da indispensabilidade incontornável da institucionalização da sanção e da coercibilidade para os casos de violação da norma, face à impotência física da moral nesta arena quando a imposição de consciência não alcança o seu ofício, e, bem assim, para conferir o carácter de juridicidade ao preceito. É que, se a norma de conduta visar apenas a ordem moral, ela não é jurídica.

De todo este labor pode levantar-se a percepção de que a distinção feita não tem relevância ou mesmo validade científica, mas comporta, indiscutivelmente, um significado ideológico.

5. Bibliografia

CAMPOS, DIOGO LEITE DE – *As Relações de Associação – O Direito sem Direitos*. Coimbra: Almedina, 2011.

_____, *Nós – Estudos Sobre o Direito das Pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

LUMIA, GIUSEPPE – *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. Tradução de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MONCADA, LUÍS SOLANO CABRAL DE – *Lições de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1995.

_____, *Filosofia do Direito e do Estado*. Coimbra: Atlântida Editora, Vol. II, 1966.

KANT, EMANUEL – *Crítica da Razão Prática*. Tradução e Prefácio de Afonso Bertagnoli. [digitalização da edição em papel] Edições e Publicações Brasil Editora S.A., São Paulo, 1959, eBooksBrasil.com, 2004.

KELSEN, HANS – *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RADBRUCH, GUSTAV – *Filosofia do Direito*. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____, *Introdução à Ciência do Direito*. Tradução de Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, MIGUEL – *Teoria Tridimensional do Direito*. 5.^a ed., São Paulo, 1994.

SARAIVA, JOSÉ HERMANO – *O que é o Direito? A crise do direito e outros estudos jurídicos*. 1.^a edição, Lisboa: Gradiva, 2009.

ZIPPELIUS, REINHOLD – *Filosofia do Direito*. Tradução de António Franco e António Francisco de Sousa. Lisboa: Quid Juris, 2010.