

# **A Ética e a Moral como limites ao exercício dos direitos subjectivos e das prerrogativas individuais dos sujeitos**

## I

A desobediência a uma norma da ordem moral tem a sua sanção específica ou castigo na desaprovação que os nossos semelhantes dão ao agente de tais actos. A atitude humana na base da ordem concertada, recebe dos nossos semelhantes, a aprovação.

O Homem, integrado numa família, num clã, numa tribo, aceita a ordem que nele se estabelece. Nesse sentido há sempre atitudes humanas na base da ordem concertada. Mas a hodierna eminência do indivíduo em detrimento da comunidade, tem-nos levado a verificar ou encarar a excepção com alguma regularidade. É assim que se ouve falar da *permissive society*, brandos costumes e, impressionantemente, em capitulação face ao anti-ético.

O Direito, que tem como sua função primária, reger as relações entre as pessoas, numa dada comunidade, de acordo com os valores desta, tem um papel, sobremaneira, importante, quanto a este assunto, pelo carácter coercitivo que lhe é insíto.

Como princípio o ser-humano é livre, mas esta deve ser entendida menos como um valor absoluto do indivíduo do que um instrumento para o

desenvolvimento do ser-humano na comunidade. Por exemplo, não repugna a ninguém que a liberdade de circulação nas ruas não chega ao ponto de conferir à pessoa o poder de propositadamente chocar contra os outros transeuntes. É neste sentido que o Direito traça limites ao exercício dos direitos subjectivos e às prerrogativas individuais, que confere às pessoas. Algumas vezes, a lei, define o alcance próprio de um direito subjectivo ou prerrogativa individual, noutras é fora do que é estritamente jurídico aonde devemos procurá-lo.

## II

O Direito e a Moral não são dois compartimentos estanques e isolados, antes se interpenetram reciprocamente. Quero dizer que inclusive o Direito, tal como hoje o conhecemos, como uma herança dos romanos da antiguidade, podemos dizê-lo com a firmeza de quem ronda uma tautologia, se constituiu na base da ordem concertada.

*Mos moris* era a palavra latina para significar as práticas que vinham dos mais velhos e que adquiriam na comunidade a convicção de obrigatoriedade, de tal forma que era esta a principal fonte de direito da Roma Antiga. Mais tarde, nos primeiros séculos da era cristã, *mos moris*, cristianizou-se e distinguiu-se do *consuetudo*, passando a significar apenas aqueles costumes que pelos valores cristãos se consideravam bons. A História do Direito ensina-nos que a um dado momento passou a ser a Lei, como a emanação da vontade do soberano, a ter o título de principal fonte do direito. Hoje, Moral, num modesto bosquejo, pode ser entendida como um valor que tem que ver com a relação entre os comportamentos dos seres-humanos e uma entidade superior, um *Big*

*Brother*, donde resultam normas, condutas, obrigatórias num sentido religioso - com a palavra 'religião' aqui entendida no seu significante amplo de 'religação'.

A lei refere-se directamente à Moral, por exemplo, no art. 128.º do Código Civil, mas a maior das vezes refere-se a ela pelo conceito de bons costumes.

Devido ao princípio constitucional da liberdade de religião, resultante da evolução da comunidade, a lei deve ser laica e a aplicação do Direito também. Então qual o critério que deve ser usado para se aferir dos bons costumes? Em resposta a esta pergunta, tem entendido a doutrina mais pertinente, que os bons costumes são uma noção variável com o tempo e o lugar, que abrange o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, correctas, de boa fé, num dado ambiente e numa determinada circunstância. Nesta revela-se a prevalência da concepção sociológica dos bons costumes, que, orientada pela lógica, procura o respectivo conteúdo do termo, na análise da opinião socialmente dominante que assim aceita a sua natureza variável e contingente, sobre a concepção idealista dos bons costumes, de cariz filosófico ou religioso, isto é, orientada por um ideal divino ou humano, oposta à mera aceitação das práticas usuais, reagindo sobre elas.

Ao aceitarmos a concepção sociológica dos bons costumes, reportamo-nos menos à moral que se entende dever ser observada do que à moral que se observa e se pratica. É assim que, conseqüentemente, temos de falar da Ética.

A Ética é uma condicionante numa dimensão interior, que tem reflexos no exterior. Na definição de Del Vecchio, Ética é a apreciação subjectiva do como se deve agir, uma orientação interior que considera as actuações do Homem não como escravo da ordem dos motivos, Homem denominador empírico (*homo phaenomonous*) determinado pelas afeições ou paixões animais, mas como um ser racional, pensante.

A Ética, difere da Moral, ao revelar-se, precisamente, nas relações intersubjectivas *tout court*, ou seja, consubstancia-se em certos deveres para com a outra parte da relação que não incluem deveres para com uma entidade superior. É o que se verifica no anátema que se levanta contra quem viola uma norma moral e que não acontece, ou não é tão grave, contra quem viola um suposto dever ético. Por exemplo, omitir não é tão grave quanto mentir. Sendo o dever de lealdade um dever que se tem para com a outra parte e mentir uma proibição moral, que se encontra patente entre os Dez Mandamentos «*Não darás falso testemunho.*». A ligação existente entre a Ética e a Moral é que esta colhe daquela e a outra se alimenta com esta. Da Moral se molda a Ética e da Ética se vai criando Moral.

A lei não se refere directamente à Ética, mas fá-lo, indirectamente, por várias formas. Entre estas a que mais propriamente se integra na Ética é o conceito de boa fé. A doutrina mais pertinente afirma que está de boa fé quem ignora estar a lesar os interesses de outrém.

### III

O melhor dos exemplos da relação entre o que é estritamente jurídico, a Lei, e a Moral e a Ética, é a figura do abuso do direito que entre nós se encontra no art. 334.º do código civil. Para uns esta é a prova cabal de que o exercício dos direitos e das prerrogativas individuais carece de legitimidade ética e moral, para outros, como para o ilustre Fernando Cunha de Sá, "trata-se de uma válvula de segurança para as iniquidades a que as normas jurídicas, formuladas abstractamente, podem conduzir na sua aplicação a determinados casos concretos".

Esta figura deve ser entendida como uma figura dogmático-jurídica e não numa acepção tão ampla como a de correctivo de moralidade ou de tutela legal da ética e da moral. Não cabe ao que é estritamente jurídico moldar a comunidade.

Ao termos a noção de que a figura do abuso do direito é uma válvula de segurança para as iniquidades a que as normas jurídicas podem conduzir, lembramo-nos que o Direito não se basta com normas estritamente jurídicas, lembramo-nos das relações deste com a Ética e a Moral, lembramo-nos, também, que o Direito tem o seu fundamento nos valores comuns. Ou seja, o Direito não é, somente, uma estrutura lógico-formal, é-lhe inerente determinados valores que exorbitam o que é estritamente jurídico.

Toda a norma jurídica, além da sua estrutura lógica, a previsão e a estatuição, encerra uma componente axiológico-material, que a vivifica, num desenvolvimento que acompanha a mutabilidade dos valores da comunidade e que deve ser respeitada.

Assim se entende que, pelo art. 334.º, actua sem direito aquele que, embora, dentro dos limites lógico-formais da norma jurídica, ou seja, enquadrado na chamada previsão, tenha desrespeitado o valor, a componente axiológico-material, que serve de fundamento á norma. Verificando-se, então, que os valores ético-morais que se enquadram nos termos da boa fé e bons costumes são limites ao exercício dos direitos subjectivos e prerrogativas individuais dos sujeitos<sup>1</sup>, tais como, por exemplo, a autonomia conferida pelo art. 405.º.

---

<sup>1</sup> O abuso do direito não é somente capaz de acontecer nos direitos subjectivos. No abuso do direito a pessoa não exerce o direito ela, apesar de estar dentro dos limites lógico-formais e aparentemente a exercer o direito, está fora dos axiológico-materiais que o mesmo direito encerra, logo, quando se abusa do direito está-se sem direito, não se exerce direito algum. Assim não impressiona que o abuso de direito ocorra em situações de gozo de uma prerrogativa individual. Diz-se abuso do direito porque o problema surgiu primeiro quanto aos direitos mas pode ocorrer também nas prerrogativas individuais dos sujeitos.

**BINHÃ, ADVOGADOS, R.L.**

Av. Bocage, 10A – CC Via Europa, Sl. 48

280-003 Barreiro

Telm. 967483602 \* Fax: 215812803 \* [marcobinha-50753L@adv.oa.pt](mailto:marcobinha-50753L@adv.oa.pt)

[www.marcobinha.com](http://www.marcobinha.com)

---

A natureza da sanção do ordenamento jurídico a quem viole os limites axiológico-materiais de uma norma jurídica, é um tema controverso: há quem consubstancie o acto abusivo do direito num acto ilícito material; há quem vá mais longe e parta do pressuposto de que existe o dever jurídico de não abusar do direito, porque ao abusar-se do direito, está-se, automaticamente, a correr o risco de estar a prejudicar alguém, sancionando especificamente o abuso do direito com a responsabilidade pelo risco, entendendo que a causa desta está menos no puro facto material danoso, do que na conduta através da qual o agente prossegue a actividade vantajosa; há quem veja no abuso do direito a violação de uma norma jurídica e que, portanto, a sanção aplicável é da mesma natureza daquela que se aplica a quem desrespeita uma norma jurídica imperativa, implicando a perda da posição dogmático-jurídica autónoma da figura do abuso do direito, confundindo-a com a violação de uma norma jurídica.

Marco Binã, 19.02.2003

---

**BINHÁ, ADVOGADOS, R.L.**

Av. Bocage, 10A – CC Via Europa, Sl. 48

280-003 Barreiro

Telm. 967483602 \* Fax: 215812803 \* [marcobinha-50753L@adv.oa.pt](mailto:marcobinha-50753L@adv.oa.pt)

[www.marcobinha.com](http://www.marcobinha.com)

---

Bibliografia:

- ↓ Pensar o Direito - II. da Modernidade à Post-modernidade, Paulo Ferreira da Cunha, Livraria Almedina, pgs. 260 e 261;
- ↓ Filosofia do Direito, Soarez Martinez, 2.ª Edição, Almedina, 1995, pgs. 32 e 101;
- ↓ Teoria pura do Direito, Hans Kelsen, Arménio Amado - Editora - Coimbra, 6.ª edição, tradução de João Baptista Machado, pgs. 48 e 53;
- ↓ Lições de Filosofia do Direito, Giorgio del Vecchio, 5.ª edição, Arménio Amado - Editor, Sucessor - Coimbra, pgs. 566 à 569;
- ↓ Abuso do Direito, Fernando Augusto Cunha de Sá, da Livraria Almedina - Coimbra, 1997;
- ↓ Lexicoteca, Moderno Dicionário Da Língua Portuguesa, Vol. II, da Círculo de Leitores, 1995, pag. 232;
- ↓ Código Civil Anotado, Abílio Neto, 11.ª edição, Ediforum, 1997, pg. 165;
- ↓ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 086020, de 24/10/95;
- ↓ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, n.º 072664, de 09/03/89;

**BINHÁ, ADVOGADOS, R.L.**

Av. Bocage, 10A – CC Via Europa, Sl. 48

280-003 Barreiro

Telm. 967483602 \* Fax: 215812803 \* [marcobinha-50753L@adv.ao.pt](mailto:marcobinha-50753L@adv.ao.pt)

[www.marcobinha.com](http://www.marcobinha.com)

---

↓ Constituição da República Portuguesa, de 1976;

↓ Código Civil, de 1966;