

# O PROBLEMA FILOSÓFICO DO DIREITO

Ricardo Tavares da Silva, Outubro de 2022

## 1 – Tipos de problemas

Há problemas práticos e há problemas teóricos. E há problemas que aparentemente são práticos mas que, no fundo, são problemas teóricos.

Um problema prático é um obstáculo (transponível) à ação: por exemplo, mover um armário de um lugar para outro. Se queremos o armário num sítio que não aquele no qual se encontra, então temos de movê-lo, o que, se se tratar de um objeto pesado, como costumam ser os armários, não se afigura fácil. Mas não é impossível: e, por isso, é um problema (que pode ser resolvido). Para resolver esse problema, podemos simplesmente invocar as nossas mais recônditas forças; ou socorreremo-nos de um instrumento qualquer; ou pedir a ajuda de um vizinho.

Um problema teórico é um obstáculo (transponível) ao conhecimento. A noção de ‘enigma’ ou ‘*puzzle*’ pode bem ilustrar o que seja um problema teórico: não é que haja desconhecimento mas, dentro do que já se sabe, há algo que “não bate certo” ou que está em falta. Resolver o problema implica avançar alguma coisa no conhecimento mas com vista a “desatar o nó”.

É claro que os problemas práticos geram problemas teóricos (relacionados, precisamente, com a prática). No exemplo de mudar o armário de sítio, torna-se um problema saber como é que se pode fazer mover o armário. Descortinar um mecanismo engenhoso constitui uma solução teórica, cuja execução constitui a solução prática. Em rigor, se queremos mudar o armário de lugar, a pergunta é ‘Qual é a maneira certa de fazer mover este armário?’, e esta pergunta, quanto a um problema teórico, é uma pergunta normativa. Até podemos ser menos utilitaristas e perguntar, simplesmente, ‘Qual é a maneira certa de agir?’. Dada a relação entre este tipo de problemas teóricos e os problemas práticos, a teoria normativa tradicional considerou (erradamente) que os primeiros eram problemas práticos. Até há pouco tempo, a ética e a teoria normativa eram, mesmo, designadas de ‘filosofia prática’. Nos nossos dias, faz-se um esforço para distinguir o domínio da ação (dos problemas práticos) do domínio dos valores e das normas (dos problemas teóricos normativos).

## 2 – O que é um problema filosófico

Dentro dos problemas teóricos, destacaria dois tipos: os problemas científicos e os problemas filosóficos. Um problema científico será algo do género: constatamos uma determinada alteração na realidade e, admirados (espantados, diria Aristóteles) por isso ter acontecido, perguntamos pela sua causa. Falta alguma coisa: como pode aquilo ter acontecido? Não se conhece essa causa, não a constatamos também: é aqui que surge o problema.

Os problemas filosóficos são diferentes: o problema não é empírico (de investigação da realidade, com aquilo que temos experiência) mas conceptual (de como se relacionam as ideias que possuímos). De um modo algo vago, um problema filosófico é um problema de organização de ideias.

Mais concretamente, um problema filosófico caracteriza-se pelo seguinte: *i)* há uma ideia ou noção adquirida pelas vias cognitivas legítimas; *ii)* a essa ideia/noção estão associadas (pelos menos) duas propriedades/características e associadas também pelas vias cognitivas legítimas; *iii)* uma não se reduz à outra; *iv)* por fim, são (pelo menos aparentemente) incompatíveis (estão em conflito: não podem estar ambas associadas àquela ideia/noção).

O problema está nesta incompatibilidade: a assimilação do conceito em questão fez-se com essas duas propriedades/características integradas (como algo que lhe pertence intrinsecamente: sem qualquer uma delas, já não teríamos o mesmo conceito) mas elas não podem co-existir. Estamos perante (pelo menos aparentemente) um paradoxo.

### 3 – Problemas cujo objeto é o Direito

Porque estamos a falar de normas (as normas jurídicas: vamos dar isto por garantido, embora os chamados ‘realistas’ defendam que o Direito nada tem que ver com normas), os problemas cujo objeto é o Direito são problemas teóricos relacionados com a prática (com problemas práticos). Isto, mesmo que o Direito tenha um carácter não tanto utilitarista mas, mais, eticista (há divergência). E há problemas científicos e problemas filosóficos cujo objeto é o Direito.

O problema científico do Direito consiste em encontrar a justificação (já não a explicação estritamente dita, portanto; também se pode falar em fundamento) para um determinado facto ou acontecimento. De um modo geral, procura-se a razão para um determinado facto concreto ser qualificado como ‘errado’, ‘incorreto’ ou ‘ilícito’, encontrando-se a resposta nas normas do sistema jurídico. Por exemplo, em Direito Penal, procura-se saber a razão de um

determinado facto concreto, como um homicídio, ser qualificado como ‘crime’ (ou de o encarceramento de alguém ser qualificado como ‘pena’). Aqui, remete-se para a tipificação legal dos crimes e das penas. Podemos ir mais longe e procurar a justificação meta, isto é, se há justificação ou não para a tipificação legal (conceito material de crime/pena; e a resposta terá de ser encontrada na Constituição).

O problema filosófico do Direito é caracterizado aplicando o que atrás foi dito quanto a qualquer problema filosófico. Assim, *i)* há uma noção, a de ‘normatividade jurídica’, parte do nosso acervo de ideias, que foi adquirida pelos meios cognitivos legítimos, *ii)* à mesma estão associadas duas propriedades, associação, essa, também operada pelos meios cognitivos legítimos, *iii)* nenhuma dessas propriedades se reduz à outra (tendo cada propriedade plena autonomia conceptual) e *iv)* as mesmas são aparentemente incompatíveis, ou seja, a associação de uma das propriedades à noção de ‘normatividade jurídica’ conflitua, pelo menos aparentemente, com a associação da outra à mesma noção.

#### 4 – Validade formal vs validade material

Que propriedades é que estão em conflito? Por um lado, há uma intuição legítima de que as normas jurídicas emanam ou são criadas pela (no interior da) sociedade. Qualquer pessoa, numa fase pré-filosófica, dirá indubitavelmente que o Direito é aquilo que se designa de ‘Direito positivo’. Por outro lado, também há uma intuição legítima de que as normas jurídicas possuem um conteúdo intrínseco, indisponível, de relevância, precisamente, jurídica. Qualquer pessoa ficará chocada se matar for considerado juridicamente obrigatório, por exemplo.

Há fatores a favor tanto de uma intuição como da outra. Podemos ficar pelo mero plano da linguagem: a palavra ‘Direito’ tanto desperta referências ao Direito positivo (ao produto das instituições sociais) como desperta referências à “justiça”, como quem diz, aos valores jurídicos (à bondade daquilo que é juridicamente obrigatório). Daí que, na linguagem comum, usemos, por um lado, os termos ‘Direito’ e ‘lei’ como sinónimos – intuição positivista –, o mesmo acontecendo com os termos ‘Direito’ e ‘justiça’ – intuição “axiologista”.

Portanto, as propriedades em conflito são *i)* a de ser um produto social (chamemos-lhe ‘propriedade da fonte social’) e *ii)* a de ter um conteúdo fixo, vinculado a valores próprios (chamemos-lhe ‘propriedade da vinculação jurídica’).

Usando terminologia mais próxima da linguagem jurídica, dir-se-á que a caracterização do Direito – da validade jurídica – passa tanto pela validade formal como pela validade material

e que o modo como se caracteriza o Direito ao nível da validade formal (validade jurídica = fonte social) é incompatível com o modo como se caracteriza o Direito ao nível da validade material (validade jurídica = vinculação aos valores jurídicos).

Este problema reflete-se ao nível dos destinatários das normas jurídicas, assim como daqueles que com elas trabalham mais diretamente. Por exemplo: a bigamia é proibida/criminalizada no CP português – isto é, o tipo incriminador surgiu pela fonte legítima mas tem um conteúdo que não é merecedor de proteção jurídica. Dada a primeira propriedade, deveríamos estar perante Direito; pela segunda propriedade, não. É Direito ou não é? A bigamia é proibida ou não é? Devemos abstermo-nos ou não de um tal comportamento? Ou imagine-se que era acrescentada, no Código Penal, a proibição de salvar pessoas em perigo de vida: isto seria mesmo uma proibição (a incriminação seria válida) ou não? O juiz deveria ou não aplicar esta norma em julgamento?

## 5 – Fonte e conteúdo

Que incompatibilidade há no facto de a definição de ‘validade jurídica’ tanto se referir ao facto social originador da norma jurídica (perspetiva externa, das fontes) como se referir ao conteúdo da norma jurídica (perspetiva interna, dos valores)? Veja-se que à noção de ‘fonte social das normas jurídicas’ se opõe a noção de ‘fonte natural das normas jurídicas’ e que à noção de ‘vinculação a valores’ se opõe a noção de ‘separação dos valores’. O primeiro par de noções diz respeito à fonte ou origem das normas jurídicas; o segundo par de noções diz respeito ao conteúdo ou material das normas jurídicas. Como pode haver incompatibilidade se estamos a falar de coisas diferentes?

Mas atente-se à seguinte proposição condicional: se as normas são uma criação (social), então também o seu conteúdo é criado – a liberdade de *decidir* que há uma norma jurídica implicará a liberdade de *escolher* o seu conteúdo. Por outro lado, e esta é a condicional contraposta, se o conteúdo normativo não se encontra disponível ao legislador (é natural, neste sentido), então também não se encontra disponível a própria consagração da norma: se não há liberdade de escolha, então também não há liberdade de decisão. Portanto, havendo a propriedade da fonte social, não há a propriedade da vinculação aos valores jurídicos (ou outros; mas estes seriam os únicos candidatos credíveis); havendo a propriedade da vinculação aos valores jurídicos, não há a propriedade da fonte social.

## 6 – Compatibilismo e incompatibilismo

O desafio consiste em aceitar o problema filosófico e tentar resolvê-lo, mostrando que a incompatibilidade é, mesmo, aparente. No caso, há que mostrar que o Direito pode ter origem social e um conteúdo vinculado a valores. Esta é a via compatibilista.

Mas sempre se pode negar que estejamos perante um verdadeiro problema; sempre se pode defender que algum dos termos do problema está errado e, como tal, que a questão está mal colocada. Esta perspectiva aceita que, mantendo os termos originais do problema, há efetivamente incompatibilidade. Para obtermos uma compatibilidade, temos de mudar esses termos. Esta é a via incompatibilista.

Há uma terceira via, a niilista ou cética: o problema está bem colocado mas, simplesmente, não tem solução. No caso, dir-se-á que o conceito de ‘normatividade jurídica’ é irremediavelmente paradoxal. E, aqui, ou se aceita esse conceito paradoxal e “continua-se em frente”, ou não se aceita a existência de conceitos paradoxais e nega-se a legitimidade da noção de ‘normatividade jurídica’ (o Direito é inconcebível, afinal).

Adianto que considero a grande maioria dos problemas filosóficos tradicionais são verdadeiros problemas (costumo ser compatibilista) – até, diria, contrariamente à prática comum – mas que não digo o mesmo do problema filosófico do Direito: quanto a este, sou incompatibilista; mais especificamente, sou um jus-naturalista quase-compatibilista. Já explicarei o que isto é.

## 7 – Três tipos de incompatibilismo

Há três hipóteses de mudar os termos do problema de maneira a que “desapareça” a incompatibilidade.

A primeira consiste em simplesmente eliminar uma das propriedades em discordância: não tem lugar no nosso sistema de ideias. O problema, dir-se-á, está numa das propriedades associadas à noção de ‘juridicidade’: para esta continuar a ser uma noção legítima, temos de largar, ou a propriedade da fonte social, ou a propriedade da vinculação do conteúdo aos valores jurídicos. Este é o incompatibilismo eliminativista (ou, apenas, eliminativismo).

A segunda consiste em reduzir uma das propriedades à outra. É o incompatibilismo reducionista ou a tese da identidade. Nega-se, portanto, a autonomia conceptual de uma das propriedades em conflito.

A terceira, o incompatibilismo em sentido estrito, consiste, não em eliminar uma das propriedades do nosso acervo de ideias (contrariamente ao eliminativismo), mas em rejeitar

que esteja corretamente associada à noção de ‘normatividade jurídica’.

## 8 – Eliminativismo em sentido estrito

O eliminativismo, como foi dito, considera que uma das propriedades é uma propriedade que não foi legitimamente integrada no nosso acervo de ideias: deve ser eliminada. É uma propriedade defeituosa logo à partida e, por isso, nunca poderia ser associada a uma noção legítima como a de ‘normatividade jurídica’.

O jus-positivismo (em sentido técnico, vá) considera que a propriedade a eliminar é a da vinculação aos valores jurídicos (a quaisquer valores). Desta maneira, aceita a verdade da condicional ‘como as normas são uma criação (social), então também o seu conteúdo é criado’: o jus-positivismo agrega a tese da fonte social e a tese da separação (entre norma e valor).

Já o jus-naturalismo (em sentido técnico, ainda) considera que a propriedade a eliminar é a da fonte social. Desta maneira, aceita a verdade da condicional ‘como o conteúdo normativo não se encontra disponível, então também não se encontra disponível a própria consagração da norma’: o jus-naturalismo agrega a tese da vinculação (aos valores jurídicos) e a tese da fonte natural do Direito.

Recuperemos os termos iniciais do problema: a caracterização do Direito – da validade jurídica – passa tanto pela validade formal como pela validade material mas o modo como se caracteriza o Direito ao nível da validade formal (validade jurídica = fonte social) é incompatível com o modo como se caracteriza o Direito ao nível da validade material (validade jurídica = vinculação aos valores jurídicos).

O jus-positivismo vai fazer a seguinte alteração: a caracterização do Direito – da validade jurídica – só passa pela validade formal, pois não tem sentido falar em validade material; assim, desaparece um dos conflituantes, ficando, somente, o modo como se caracteriza o Direito ao nível da validade formal (validade jurídica = fonte social).

Já o jus-naturalismo vai fazer a seguinte alteração: a caracterização do Direito – da validade jurídica – só passa pela validade material, pois não tem sentido falar em validade formal; assim, desaparece um dos conflituantes, ficando, somente, o modo como se caracteriza o Direito ao nível da validade material (validade jurídica = vinculação aos valores jurídicos).

## 9 – Reduccionismo

Tese de acordo com a qual definir a validade jurídica em função da validade formal é exatamente a mesma coisa que definir a validade jurídica em função da validade material. Como? Pensemos na legitimidade para uma determinada instância social criar as normas jurídicas: há quem considere que tal legitimidade está condicionada à proteção dos direitos individuais. Portanto, é um poder vinculado: só é poder porque há vinculação. Deste modo, a propriedade da fonte social fica reduzida à propriedade da vinculação aos valores jurídicos.

Há duas vias históricas pelas quais se defende esta identidade. De um lado, temos as teorias contratualistas, como a de Locke: o Estado (civil) resulta de um pacto pelo qual os indivíduos abdicam do poder que têm sobre si mesmos para que o Estado defenda os seus direitos naturais. Do outro lado, temos as teorias consequencialistas: a atribuição de poder ao Estado é uma função das consequências benéficas do exercício desse poder.

## 10 – Compatibilismo

Aqui, não se aceita as condicionais atrás apresentadas: uma norma positiva pode ter um conteúdo indisponível (e vice-versa). Esta é a tese de Radbruch, apelidada de ‘terceira via’ por Kaufmann (por não ser incompatibilista jus-positivista nem incompatibilista jus-naturalista). Assim, o Direito só o é se for legislado mas também só é Direito se estiver de acordo com certos valores. Podemos dizer que há duas condições necessárias do conceito de ‘Direito’: sem qualquer uma delas, não há Direito. A validade jurídica consiste tanto na validade formal como na validade material.

## 11 – Quase-compatibilismo

Como referi anteriormente, defendo um jus-naturalismo quase-compatibilista. Isto é: só a intuição vinculativista/naturalista está certa mas não se pode desprezar totalmente a intuição separatista/positivista.

Começo por dizer que o Direito é natural e está vinculado aos valores jurídicos. Mas precisamos, de modo a evitar o caos social, de padrões comuns, de referências únicas, mesmo quanto a que seja o Direito ao qual estamos sujeitos. Precisamos de saber com o que contar, quais as normas aplicáveis. Mas isto é uma mera exigência de conhecimento: para ir ao encontro desta necessidade/exigência, basta que se ficcione que o que provém das fontes sociais é Direito, sem que o seja mesmo. O que é “positivo” é uma ficção de Direito, não o próprio Direito. E a exigência de ficcionar que é Direito e, como tal, de cumprir como se

fosse o próprio Direito, é uma exigência do Direito (natural). Em caso de divergência entre o Direito ficcionado e o Direito real, estamos, em rigor, perante um conflito de deveres dentro do Direito natural, que se resolve como qualquer conflito de deveres (vence o mais vinculativo, tendo como critérios a hierarquia dos valores tutelados, a urgência da intervenção, etc.).

Já o jus-positivismo quase-compatibilista defende que Direito é o Direito positivo, podendo ter qualquer conteúdo, e que o Direito natural, com a sua vinculação aos valores, surge, somente, como um padrão crítico do verdadeiro Direito. É o Direito que deve ser, mas não o Direito que é. O Direito positivo pode ser criticado no seu conteúdo com base na desconformidade com o Direito natural, podendo, inclusivamente, justificar-se uma reforma legislativa. Mas só pode ser Direito o Direito positivo, não o padrão crítico.

## 12 – Pragmatismo

A perspetiva até agora seguida é uma perspetiva intelectualista, seguindo um termo cunhado pelos pragmatistas. Os que lidam com definições e tentam compatibilizar propriedades associadas a um conceito são intelectualistas. Para se perceber o que se quer dizer com ‘intelectualismo’, contraponhamos essa atitude à atitude pragmatista: para o pragmatismo, o significado das palavras deve ser aferido em função dos seus efeitos práticos; a palavra *p* tem o significado *s* se e só se for o que melhor resulta na prática.

No domínio do Direito, os pragmatistas defendem, então, que o conceito de ‘Direito’ é aquele com o qual melhor se opera na prática. Pensando na prática de advogados e juízes, essa noção gira em torno das decisões dos tribunais: os advogados querem ganhar a causa e, pelo menos na cultura jurídica anglo-saxónica, a estratégia para tal passa, em grande medida, por antecipar as decisões dessas causas.

É isto mesmo que defende Oliver Wendell Holmes. Para Holmes, só abusivamente utilizamos linguagem normativa, emprestada da moral, no Direito. Esta abordagem pragmatista não deixa de distinguir Direito de moral; mas, agora, aquele deixa de constituir um conjunto de normas, sendo este estatuto reservado para a moral.

Dado este afastar o Direito das normas e ancorá-lo na realidade (na realidade não-normativa, há que dizer), uma tal posição é designada de ‘realismo jurídico’. Servirá a mesma proposta para culturas jurídicas de base legalista? Bem, nestas, os advogados (e agentes semelhantes) continuam a delinear a estratégia, em grande medida, em função da antecipação das decisões dos tribunais.