

Uma rápida análise do argumento da injustiça

Ricardo Tavares da Silva

Setembro de 2021

ricardo.silva@campus.ul.pt

Poder-se-á dizer que o problema principal (ou, somente, *o* problema) de Filosofia do Direito é o de conciliar duas características do Direito, que nos surgem, ambas, como evidentes. A primeira característica é a de o Direito ser originado por factos sociais e não por factos naturais (tem origem na sociedade, não na natureza). A segunda característica é a de o Direito ter um conteúdo vinculado a valores (é bom, não há arbitrariedade). Há (pelo menos aparentemente) incompatibilidade porque, infere-se, se o Direito é posto por instituições sociais, então o seu conteúdo também o é (e, como tal, já não estará vinculado a valores, pois passa a ser arbitrário) e porque, também se infere, se o conteúdo do Direito já não pode ser qualquer coisa, então a sua consagração já não pode estar, igualmente, na disponibilidade de uma qualquer instituição social (e, conseqüentemente, tem por fonte factos naturais).

Chama-se positivismo jurídico (*jus-positivismo*) à conjunção de duas teses: i) a tese da fonte social do Direito (o Direito é originado por factos sociais); ii) a tese da separação (o conteúdo do Direito é arbitrário, não está vinculado a valores).

Chama-se naturalismo jurídico (*jus-naturalismo*) à conjunção de duas teses: iii) a tese da vinculação (o conteúdo do Direito está vinculado a valores, não é arbitrário); iv) a tese da fonte natural do Direito (o Direito é originado por factos naturais).

O positivismo jurídico aceita a incompatibilidade entre as duas características acima descritas (não a tenta resolver) e fixa-se na primeira das inferências apresentadas: opta por considerar que a única característica do Direito é a de este ser posto por instituições sociais, pelo que tem de rejeitar que o seu conteúdo está vinculado a valores (passa a ser arbitrário)

O naturalismo jurídico também aceita a incompatibilidade entre as duas características acima descritas (não a tenta resolver) e fixa-se na segunda das inferências apresentadas: opta por considerar que a única característica do Direito é a da vinculação do seu conteúdo a valores, pelo que tem de rejeitar que o seu conteúdo está na disponibilidade de uma qualquer instituição social (tem por fonte factos naturais).

Radbruch defendeu uma terceira via (designação de Kaufmann), isto é, que não há incompatibilidade: o Direito é originado na sociedade (tese do facto social) e tem um conteúdo vinculado a valores (tese da vinculação).

Em rigor, a tese de Radbruch é mais particular do que esta compatibilidade geral, dados os

pressupostos filosóficos extra-jurídicos de que parte.

Radbruch aplica a teoria kantiana do conhecimento ao domínio do Direito mas influenciado pela crítica ao formalismo normativo kantiano efetuada pelo movimento da filosofia dos valores (um dos “ramos” do neo-kantianismo), representada por pensadores como Lotze, Windelband, Rickert e Scheler, entre outros.

As condições *a priori*, transcendentais, já não são as meras estruturas da razão mas, sim, os valores ou os conteúdos valiosos. Já as condições *a posteriori*, empíricas, são atos de vontade, nomeadamente, ordens. As normas jurídicas são, portanto, determinações da vontade cujo conteúdo está de acordo com os valores, já que tais determinações apenas podem ser designadas de ‘normas jurídicas’ se preencherem o ideal de aspiração à realização da justiça. Ao defender que o Direito tem por substrato determinações da vontade, está a defender a tese da fonte social. Ao defender que o conteúdo do Direito está de acordo com os valores, está a defender a tese da vinculação¹.

Radbruch admite que haja outros valores, para além da justiça, a ter em consideração: a mera existência das próprias determinações da vontade permite realizar o valor da segurança ou da paz social (previsibilidade). Em caso de conflito entre segurança e justiça, defende Radbruch que até prevalece a determinação com um conteúdo “injusto” (juridicamente desvalioso), mas só até ao ponto em que uma tal “injustiça” ainda seja tolerável².

Vamos focar-nos na tese da vinculação. Só há mesmo normas jurídicas – e não meras proto-normas – se o seu conteúdo for valioso/bom/justo? Só há dever ou obrigação jurídica se houver valor?³.

¹ “Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. Freilich: einen Wert führt schon jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft. Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit” (Radbruch, 1946, S. 4-5).

² “Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als “unrichtiges Recht” der Gerechtigkeit zu weichen hat” (*idem*, S. 5).

³ Os autores alemães formularam tradicionalmente o problema nos seguintes termos: as normas são meramente normas de determinação (imperativas) ou são, também, normas de valoração? Engisch, em *Introdução ao Pensamento Jurídico*, neste sentido, diz que:

O argumento de Radbruch (depois desenvolvido por Alexy) a favor da tese da vinculação, melhor, contra a tese da separação, é o chamado ‘argumento da injustiça’. Versão provisória: a tese da separação permite injustiças, como os acontecimentos associados ao regime nazi (premissa); logo, a tese da separação está errada (e a tese da vinculação está certa).

Isto é muito fácil de rebater: não se trata de um argumento contra a tese da separação porque é isso mesmo que esta defende, a não vinculação do conteúdo jurídico aos valores (à justiça). Não se mostra que está errada, apenas que não se concorda com a mesma (que tem de haver vinculação à justiça). Como disse Hart (que até defende um positivismo quase compatibilista⁴), os tais acontecimentos associados ao regime nazi ocorreram porque o povo

“não vamos no entanto esquecer que a vontade imperativista do legislador não é uma vontade desvinculada (incondicionada), um mero arbítrio. (...) Tem inteira razão o moralista FR. JODL quando afirma que ‘todo o imperativo já pressupõe necessariamente o juízo de que aquilo que se exige tem um valor particular, um valor próprio, e é por isso mesmo que é exigido’. Com igual razão se exprime o criminalista E. MEZGER: ‘O Direito, enquanto ‘normas determinativa’ (= imperativo) não é de modo algum ‘pensável’ sem o Direito enquanto ‘norma valoradora (...)’. (...) Nestes termos, por exemplo, o aborto não é proibido por acaso, mas porque se considera ou estima aquele ser vivo em gestação como sagrado e intocável e se reconhece a necessidade de lhe conceder protecção jurídica (...)’” (Engisch, 1956, pp. 35-36).

⁴ Em *Positivism and the Separation of Law and Morals*, no seguimento do que Bentham diz no prefácio de *A Fragment on Government*: “(...) to the province of the *Expositor* it belongs to explain to us what, as he supposes, the Law is: to that of the *Censor*, to observe to us what he thinks it ought to be. The former, therefore, is principally occupied in stating, or in enquiring after facts: the latter, in discussing reasons” (Bentham, 1776, Preface).

A tese da vinculação socorre-se da seguinte linha de ideias: é concebível o Direito bom e o Direito mau e, como tal, um padrão de crítica do Direito, que não seja o próprio Direito (senão não é padrão crítico); ser o padrão crítico exterior implica ser condição de validade material (o Direito só é válido se o seu conteúdo estiver de acordo com valores); logo, o Direito só é válido se o seu conteúdo estiver de acordo com valores. A tese da separação socorre-se da seguinte linha de ideias: não é concebível o Direito bom e o Direito mau e, como tal, um padrão de crítica do Direito, que não seja o próprio Direito (não tem sentido falar no que deve ser o Direito, ele já é o dever ser); ser o padrão crítico exterior e ser condição de validade material é exatamente a mesma coisa; logo, não há qualquer condição de validade material do Direito.

Já Hart vai dizer o seguinte: é concebível o Direito bom e o Direito mau e, como tal, um padrão de crítica do Direito, que não seja o próprio Direito (senão não é padrão crítico); há incompatibilidade

alemão permitiu, quando podia (e devia, de acordo com a moral – não com o Direito) tê-los evitado. A sociedade dispõe de instrumentos para evitar a injustiça; não se pode é atribuir uma tal função ao Direito.

A partir da objeção de Hart já podemos aperfeiçoar o argumento da injustiça. A melhor versão é esta: uma das funções do Direito (porventura, a principal) é, precisamente, a de evitar injustiças, como os acontecimentos associados ao regime nazi (primeira premissa); a tese da separação permite injustiças, como os acontecimentos associados ao regime nazi (segunda premissa); logo, a tese da separação está errada (e a tese da vinculação está certa). Como se observa, teve de se adicionar uma premissa ou, melhor, torná-la “visível” (estava “escondida” na versão provisória).

E é essa primeira premissa que se torna imprescindível discutir, já que a segunda é evidentemente verdadeira (todos a aceitam, vinculativistas e separatistas). Se for verdadeira, a conclusão segue-se; se não for, a conclusão já não se segue (e não se consegue demonstrar que a tese da vinculação está certa).

O que Radbruch quer fazer sobressair no interlocutor é a intuição de que é redutor do conceito de ‘Direito’, precisamente, reduzir as suas funções à função de promoção da previsibilidade das relações sociais. Retira-lhe o que tem mais nobre, a ligação à justiça: se há alguma coisa com a função de evitar injustiças, como os acontecimentos associados ao regime nazi, é o Direito; não sobra mais nada.

entre vinculação e crítica, ou seja, o padrão crítico exterior não pode ser condição de validade sob pena de deixar de ser um padrão crítico exterior (deixa de determinar o que deve ser Direito para determinar o que é, de facto, Direito); logo, não há qualquer condição de validade material do Direito. A conclusão é a tese da separação. Mas, tal como na tese da vinculação, começa-se por aceitar que um padrão de crítica do Direito. O que há de único é a rejeição de que esse padrão seja condição de validade: servir de padrão crítico é uma coisa, servir de condição de validade é outra (tanto a tese da separação mais radical como a tese da vinculação confundem conceitos/funções).

Referências bibliográficas

- . Bentham, Jeremy (1776). *A Fragment on Government*. Ross Harrison (Ed.) (2012). Cambridge: Cambridge University Press
- . Engisch, Karl (1956). *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Tradução de Baptista Machado (1977). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian
- . Hart, H.L.A. (1958). “Positivism and the Separation of Law and Morals”. *Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4
- . Radbruch, Gustav (1946). “Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht”. *Süddeutsche Juristenzeitung* 1, S. 105-108. Zitiert nach dem Neuabdruck in: *ders.*, Rechtsphilosophie, 8. Aufl., hrsgg. von Erik Wolf/Hans-Peter Schneider, 1973, S. 339-350 (345 f.). Texto disponível online em https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUK Ewjn_a-njvXeAhXqp4sKHbLMBQ4QFjACegQICBAC&url=http%3A%2F%2F77752f504b82f1d2.jimcontent.com%2Fdownload%2Fversion%2F1317456360%2Fmodule%2F2832625710%2Fname%2FRadbruch%2C%2520Gesetzliches%2520Unrecht.pdf&usg=AOvVaw2zjzv1FmQhrMsiWh-NKo3j (último acesso em Setembro de 2021)