

Réplica a um argumento jus-positivista

Ricardo Tavares da Silva
Doutorado em Filosofia pela FLUL
Doutorando em Direito na FDUL
ricardo.silva@edu.ulisboa.pt
Setembro de 2023

O problema filosófico do Direito consiste em conciliar duas características que, intuitivamente, diz-se, associamos ao conceito de ‘Direito’ (e que fazem com que o Direito se distinga da Moral, da Política, etc.): *i*) as fontes do Direito são factos sociais (nomeadamente, atos de decisão); *ii*) a validade jurídica depende da correção do conteúdo normativo. O Direito tanto tem origem na *lei* como tem um conteúdo *justo*.

Há quem aceite o desafio e tente compatibilizar esses dois (supostos) aspetos do Direito (por exemplo, Radbruch, embora só em certa medida). Mas há quem argumente que as duas características apontadas são mesmo inconciliáveis: temos de optar por uma delas. O jus-positivismo defende que, como as fontes do Direito são factos sociais (nomeadamente, atos de decisão), então a validade jurídica não depende da correção do conteúdo normativo. A versão eliminativista afasta completamente a vinculação das normas jurídicas a valores; a versão paralelista aceita a vinculação mantendo que tal não afeta a validade jurídica (por exemplo, Bentham e Hart).

Os argumentos jus-positivistas visam mostrar que aquela proposição condicional, <como as fontes do Direito são factos sociais (nomeadamente, atos de decisão), então a validade jurídica não depende da correção do conteúdo normativo>, é verdadeira. Apresentarei uma réplica a um desses argumentos.

As Ciências explicativas, ditas naturais, procuram as causas dos factos (que nos surgem como evidentes). Os factos são estados de coisas que existem, que são o caso.

Há quem as designe, também, de ‘descritivas’, porquanto se limitam a descrever o que é (ser) e não a prescrever (dever ser). Esta distinção entre descrição e prescrição é, já por si, discutível.

Desde logo, quem descreve é o sujeito cognoscente e quem prescreve, se é que algum sujeito prescreve (se é que as normas são criadas por alguém), não é quem conhece a realidade. Quem prescreve, *determina* normas. Quem descreve, limita-se a constatar factos, e

é neste sentido que se deve entender a ‘descrição’: aquilo que é do domínio fáctico. A distinção em questão é a distinção entre factos e normas.

Mas a Ciência até nem se limita a constatar factos, pois visa estabelecer nexos causais entre eles. Daí ser preferível a expressão ‘Ciências explicativas’.

No seguimento, a distinção entre factos e normas também não é feliz porque, quando as normas existem, há factos relativos a normas, factos normativos: por exemplo, o facto de ser proibido matar outra pessoa. O argumento usualmente avançado contra factos (“descrições”) relativos(as) a normas é falacioso: pega-se na (correta) distinção entre estado de coisas que surge na norma como devendo existir e o mesmo estado de coisas como existente (facto) – e na impossibilidade de se derivar um do outro – e chega-se à conclusão (errada) de que as normas não existem nem deixam de existir, ou que tal é impossível (não há factos com normas) – confunde-se o âmbito curto da norma (o que se diz quanto ao seu conteúdo, perspectiva interna) com o seu âmbito longo (o que se diz da própria norma, perspectiva externa).

Dito isto, há um argumento jus-positivista que assenta na seguinte proposição tida por verdadeira: a Ciência do Direito é uma Ciência descritiva. Portanto, em função do que foi dito atrás, a reivindicação é a de que a Ciência do Direito é uma Ciência explicativa.

Resta saber se todas as Ciências normativas serão explicativas (“descritivas”) ou se é só, especialmente, a Ciência do Direito. Se for só esta, há que justificar, o que, usualmente, não se faz (sem incorrer numa petição de princípio). Alternativamente, as Ciências normativas serão um subconjunto das Ciências explicativas, em vez de constituírem um outro conjunto (complementar e exclusivo). Só receberão o título de ‘normativa’ em função do seu objeto, do que está a ser explicado: normas, melhor, factos normativos.

É de notar que, quando se diz que a Ciência do Direito é descritiva, até se está a aceitar, na tal perspectiva externa (âmbito longo da norma), a concebibilidade dos factos normativos – que ser proibido matar outra pessoa, por exemplo, também será um estado de coisas existente. A oposição entre ‘descritivo’ e ‘prescritivo’ surgirá, apenas, na perspectiva interna: o facto de ser proibido matar outra pessoa não se confunde com a (eventual) obrigação de que esse estado de coisas normativo (ser proibido matar outra pessoa) exista.

Por isso, e este é o argumento, à Ciência do Direito não interessará, enquanto Ciência explicativa, a qualificação do facto (normativo) como correto ou incorreto, certo ou errado, como, ele próprio, devido ou indevido. Essas avaliações serão irrelevantes para a Ciência, que só se preocupará com “descrições”. Como tal, estar-se-á a fazer Ciência do Direito ainda que a norma objeto (de explicação) seja incorreta. Transpondo para uma teoria acerca da

realidade, uma norma será uma norma, válida, existente, ainda que tenha um conteúdo errado e que seja criticável por isso. Quando muito, há o dever de a eliminar e produzir a norma correta. Mas isso é o que deve ser Direito, não o que é, de facto, Direito.

Esta noção de Ciência do Direito não pode estar certa. O que interessa à Ciência do Direito é, precisamente, a qualificação do facto (normativo) como correto ou incorreto, certo ou errado. Senão, não se distingue de Ciências como a Física e a Química. O paralelismo traçado com as Ciências que o são evidentemente não pode consistir numa identidade de objeto e, conseqüentemente, de tipo de “porquê”. Isto, porque tomar por objeto o facto normativo sem a sua qualificação como certo/errado é, ainda, adotar o objeto típico das Ciências naturais, reduzindo as Ciências normativas (Ciência do Direito incluída) às Ciências naturais. Ora, queremos perceber o que aquelas têm de ‘Ciência’ sem que percam o seu carácter distintivo.

Tendo perante nós um facto qualificado como correto ou incorreto, há dois tipos de “porquê” de um tal facto: há o “porquê” *explicativo*, que apela a *causas*, as causas do facto qualificado como correto/incorreto; há o “porquê” *justificativo*, que apela a *razões*, às razões da qualificação do facto como correto/incorreto. As Ciências explicativas ou naturais dedicam-se ao primeiro “porquê”. As Ciências justificativas ou normativas dedicam-se ao segundo “porquê”. E a Ciência do Direito é uma Ciência normativa, não uma Ciência natural.

Em ambos os casos, há Ciência porque se procura a explicação em sentido amplo do facto em sentido amplo. É o tal “porquê”. E também porque se recorre a um método que garante a verdade da proposta de explicação avançada. Mas o objeto específico é diferente: facto, numas; qualificação do facto, noutras. E, como tal, o tipo de “explicação” também é diferente: o que causou o facto, numas; a razão para a sua qualificação como correto/incorreto, noutras.

Se a Ciência do Direito procurasse a explicação para o facto de, por exemplo, ser proibido matar outra pessoa, acabaria por dar uma explicação do foro de uma qualquer Ciência explicativa, seja ela a Física, a Biologia, a Psicologia ou a Sociologia. Não teria autonomia; não haveria, genuinamente, uma Ciência do Direito.

Kelsen, que fez questão de notar essa autonomia da Ciência do Direito relativamente às Ciências explicativas, acabou por incorrer na mesma redução. Bem podemos dizer que a explicação para o facto de ser proibido matar outra pessoa está numa conjunção entre ato decisório e poder/competência para decidir. Ainda é da explicação do facto que se está a falar, não da razão para a sua qualificação como certo ou errado. Mesmo que se argumente que o poder/a competência é atribuído por uma norma, um tipo especial de norma: estar-

se-á a dar uma explicação especial a um facto especial, que é o facto normativo; mas ainda não se está a dar relevância à qualificação do facto normativo como correto/incorrecto (pois isso seria admitir que a qualificação interessa, o que Kelsen também quer negar). Ainda se está a pensar na validade formal (lado da explicação do facto normativo), não na validade material (lado da justificação da qualificação do facto normativo).

Portanto, sim, a Ciência do Direito confronta a qualificação do facto normativo (como o facto de ser proibido matar outra pessoa) como correto/incorrecto com um padrão externo de avaliação (curiosamente, nem tem de ser “natural”: pode ser uma Constituição, positiva). Este padrão é constituído por valores, os valores (“bens”) jurídicos. Se a norma estiver suportada por valores, é correta: tratando-se da correção de uma norma, diz-se que é válida (validade material). Se não for suportada por um valor, é inválida: não obriga/proíbe, não existe. Não existirão razões para a sua qualificação como correta e existirão razões para a sua qualificação como incorreta. A tese da vinculação (das normas aos valores) é inerente à Ciência do Direito (a qualquer Ciência normativa).

Mas, então, no facto normativo (mais especificamente, no facto jurídico), a qualificação não é o “normativo”? Não há a parte fáctica e a parte normativa? Não é a parte fáctica é explicada pelas Ciências naturais (ainda que num sentido muito específico de ‘natural’: as Ciências humanas têm aquele tipo de explicação muito próprio que é a compreensão) e a parte normativa justificada pelas Ciências normativas? Sem precisarmos de atender a demais qualificações, como ser correto/incorrecto? Não terá Kelsen, afinal, razão?

O facto que está aqui em questão, já que se começou pelas normas, é o facto normativo, todo ele. Esta é a “parte fáctica”. É o facto de ser proibido matar outra pessoa. Ou de ser proibido violar. Ou de ser proibido furtar. São os casos em que a norma existe. O “normativo” não é a qualificação que interessa às Ciências normativas: a qualificação relevante é qualificação como certo/errado, correto/incorrecto. Portanto, reitero o que disse atrás: explicar o facto normativo pertence às Ciências naturais; às Ciências normativas interessa a qualificação do próprio facto normativo.

É que já começámos num nível meta: começámos já no plano da norma jurídica, assumindo-a como existente. Isso ajuda à ilusão de que o objeto da Ciência do Direito é a parte normativa do facto normativo. Curiosamente, esta análise meta é aquilo que os jus-positivistas dizem querer afastar da Ciência do Direito: para eles, a análise meta é sinónimo de justificação de qualificações da norma como certa/errada e isto já não cabe ao jurista fazer. Mas são os próprios a começar por aí: é na perspectiva meta que se investiga a explicação para os factos jurídicos, algo que os jus-positivistas muito estimam, como se viu. A investigação

da razão de ser é, apenas, a outra das dimensões da análise meta. E uma dimensão que não se pode ignorar.

Mas, antes disso, há a análise de primeira ordem. Os juristas movem-se preferencialmente neste plano. O ponto de partida, o facto evidente que carece de explicação em sentido amplo, é um determinado comportamento. Uma pessoa matou outra. Ou furtou. Para as Ciências naturais, isto é o que basta: há um facto, que carece de explicação, e procurar-se-á as causas¹. Para a Ciência do Direito, relevante é a qualificação desse facto como certo ou errado. Agora, neste plano de 1.^a ordem, não se fala em validade/invalidade mas em licitude/ilicitude. O cientista do Direito, o jurista, investigará as razões para uma tal qualificação, por remissão para as normas jurídicas. É o ser obrigatório/proibido que justificará a qualificação como lícito/ilícito. Esta é a sua casa, este é o seu domínio.

A qualificação do comportamento é como correto/incorrecto, não como devido/indevido nem como bom/mau. Aquela qualificação é anterior a estas. Confirmando-se a correção do comportamento, ele é devido (ou não é indevido). Confirmando-se a correção do ser devido, ele é bom. E podemos continuar, num plano de 3.^a ordem (plano meta do plano meta): confirmando-se que é efetivamente bom, há um valor de origem que justifica aquela qualificação. Agora, em nenhuma altura surge o dever de tornar o comportamento devido. Isto simplesmente não tem sentido.

Os juristas há muito que identificaram a dupla dimensão fáctica e qualificativa na dicotomia “questão de facto/questão de Direito”. Ao jurista, o puro facto interessa no sentido em que interessa saber se o estado de coisas qualificado como certo/errado existiu mesmo, não se tratando de uma mera eventualidade. Só assim merecerá a qualificação (jurídica) e só assim valerá a pena indagar se essa qualificação tem uma razão de ser. Saber se o estado de coisas qualificado como certo/errado existiu mesmo, essa é a questão de facto. Saber se essa qualificação tem uma razão de ser, por remissão para o sistema de normas jurídicas, essa é a questão de Direito.

E os penalistas, em particular, também há muito que perceberam que a sua tarefa incluía os dois níveis de justificação, o de 1.^a ordem e o meta. Sem, com isso, deixarem de se

¹ Mesmo que estas tenham carácter mental, ainda é de falar em ‘causas’ e não em ‘razões’. É certo que as causas na causalidade mental são razões, mas são ‘razões’ num sentido subjetivo, significando o mesmo que ‘motivos’, enquanto as razões averiguadas pelas Ciências normativas são ‘razões’ em sentido objetivo, não tendo nada que ver com motivos. No máximo, podemos distinguir, dentro das Ciências explicativas, as Ciências físicas (“naturais”), que procuram a explicação em sentido estrito (causas físicas), das Ciências psíquicas (“humanas”), que procuram a compreensão dos factos mentais.

caracterizar como cientistas do Direito. A Ciência Criminal de 1.^a ordem consiste na Teoria da Infração, isto é, em justificar a qualificação dos comportamentos como comportamento criminosos (por remissão para as normas penais). A Ciência Criminal de 2.^a ordem consiste em discutir o chamado ‘conceito material de crime’: avalia-se a correção/incorreção da norma penal por remissão para um padrão meta, os valores jurídico-penais.

O nível meta da Ciência do Direito não tem que ver com Moral, Política Legislativa ou Filosofia do Direito. A Ciência Moral, enquanto Ciência normativa, tem exatamente as mesmas características da Ciência do Direito: procura justificações de qualificações, não explicações de factos; opera tanto a um nível de primeira ordem como a um nível meta. Já a Ética – reservando este termo para designar algo diferente da Ciência Moral –, procura a justificação para a qualificação de um facto como bom/mau, operando, sim, por natureza, a um nível meta (do nível meta). Mas é comum à Ciência do Direito e à Ciência Moral enquanto nível de terceira ordem. Não se está a confundir Direito e Moral ao integrar-se a Ética num dos níveis de justificação do Direito.

Quanto a este aspeto, lembro outro argumento (ou uma versão do mesmo; ou um sub-argumento) contra a tese da vinculação. Será assim:

1) Direito não é Moral

2) Moral é Ética

3) Logo, Direito não é Ética

4) Ética é vinculação a valores

Logo, Direito não é vinculação a valores

Estamos perante um exemplo da falácia semântica ou da ambiguidade: a palavra ‘Ética’ está a ser usada com dois significados diferentes (como se fosse sempre o mesmo). Quando é usada em 2), é usada com um significado idêntico a ‘Moral’: daí ser verdade o que é referido em 2). Quando é usada em 4), é usada com um significado diferente, precisamente, o descrito em 4). Portanto, porque é evidente que Direito não é Moral, também é evidente que Direito não é Ética mas entendida a palavra ‘Ética’ no mesmo sentido de ‘Moral’; porém, continuando a usar a palavra ‘Ética’ com o mesmo significado, como quem diz, eliminado 4), não se torna evidente que Direito não é vinculação a valores.

A Ciência Política também é uma Ciência normativa e, por isso, também procura justificações de qualificações. Mas tem o seu próprio domínio normativo. O nível meta da Ciência do Direito em nada se confunde com a Ciência Política, mesmo com a Ciência Política da Legislação Jurídica (resumindo, Política Legislativa). Direito e Política são duas

dimensões da normatividade social: as normas jurídicas são, na primeira frente, proibições (de ação); as normas políticas são, na primeira frente, obrigações (de ação). As obrigações jurídicas estão subordinadas às proibições e as proibições políticas estão subordinadas às obrigações².

Mesmo quando há interseção, não há confusão entre Política Legislativa e nível meta da Ciência do Direito. Primeiro, os critérios de correção da ação legislativa (eliminar, criar ou mudar as normas jurídicas) não são os critérios de correção das normas jurídicas: pode existir um dos tipos de correção sem o outro. Isto decorre do que disse quanto à diferença de domínios, que implica diferença de critérios. Por exemplo, sendo o combate ao crime uma exigência dirigida ao Estado, ficará politicamente justificada a criação de legislação penal mais dura (provando-se a sua adequação, necessidade e proporcionalidade no combate ao crime). No entanto, se as normas jurídico-penais resultantes conflituarem com os bens jurídico-penais, serão inválidas. Assim como podem ser válidas as normas pré-existentes, embora o Estado esteja em falta do ponto de vista de ação política. Os penalistas expressam esta dualidade de critérios/perspetivas através da diferenciação entre *dignidade penal* da norma jurídica (objeto da Dogmática Jurídico-Penal) e *carência penal* da sua consagração legal (objeto da Política Criminal, com o auxílio da Criminologia)³.

Depois, os objetos de qualificação são diferentes. O que é politicamente correto ou incorreto em Política Legislativa é a produção de normas jurídicas. Foi correto consagrar legislativamente determinada norma jurídica, foi incorreto eliminar outra, etc.. Mas o que é

² Se o Direito proíbe que se retire a vida a outra pessoa, já a Política obriga (o Estado, fundamentalmente) a promover (através de medidas políticas, precisamente) a vida humana. A obrigação jurídica de evitar a morte só surge se existir o perigo de desaparecer uma vida humana. A proibição política de não evitar a promoção da vida humana só surge se medidas de promoção estiverem em andamento. A perspetiva do Direito é a de que um determinado estado de coisas está bem como está e não se deve mexer nisso, a não ser que já se tenha mexido nisso. A perspetiva da Política é a de que um determinado estado de coisas está mal como está e tem de se mexer nisso, a não ser que já se tenha mexido nisso.

³ O entendimento atual maioritário em Direito Penal (que vem desde Roxin) é o de fazer depender a própria validade (material) das normas penais de considerações de Política Criminal. Ainda assim, não desaparece a distinção entre dignidade penal e carência penal nem a possibilidade de haver uma sem a outra (nem de haver carência penal sem validade penal: a correção político-criminal não esgota a validade penal).

juridicamente válido ou inválido é a própria norma jurídica, que, seguindo esta perspectiva positivista, é o *produto* do ato legislativo. Este é a fonte (a causa), não é a própria norma.

Por fim, o objeto também é diferente noutro sentido, visto que o tipo de qualificação é diferente. As considerações de Política Legislativa em questão são considerações de 1.^a ordem, enquanto as considerações relativas à validade do Direito são considerações meta. Legislar (juridicamente) numa ou noutra direção será certo ou errado no sentido de que será lícito ou ilícito de um ponto de vista político. Já as normas jurídicas estarão certas ou erradas no sentido de que serão válidas ou inválidas⁴.

Quanto à Filosofia do Direito e à Filosofia Normativa em geral, a sua função é distinta da função da meta-Ciência do Direito. Em vez de confirmar a qualificação, por referência aos valores jurídicos, de uma norma jurídica como válida ou inválida, o filósofo do Direito, entre outras coisas, diz qual é o critério (certo) pelo qual o jurista aferirá a validade do Direito. Dirá, antes de mais, se é necessário recorrer a um tal critério, dependendo do que considerar ser a validade jurídica, e, caso seja, qual é.

Sempre se pode avançar com argumentos positivos a favor da tese da vinculação (das normas aos valores), em vez de só se rebater argumentos contra. O primeiro baseia-se na individuação das proposições normativas. Uma proposição normativa distingue-se de outra, não só pelo modo normativo ser o de obrigação ou o de proibição, mas, também, pelo conteúdo normativo, ou seja, pelo estado de coisas (outra proposição, não-normativa) que surge como obrigatório ou proibido (como devendo/não devendo existir). A proposição normativa <é obrigatório matar outra pessoa> é diferente tanto da proposição normativa <é proibido matar outra pessoa> como da proposição normativa <é obrigatório cantar na rua> (e, até, da proposição normativa <é obrigatório evitar a morte de outra pessoa>). Independentemente de serem verdadeiras ou falsas, são distintas umas das outras. Não tem sentido dizer que uma norma poderia ter outro conteúdo: já não seria a mesma norma. Não tem sentido referir uma norma independentemente do seu conteúdo: ele vem anexado à mesma, como sua parte essencial ou intrínseca. Não tem sentido dizer que uma norma é válida (existe) independentemente do seu conteúdo, como se este fosse separável daquela (pudesse existir norma sem o seu conteúdo).

⁴ A distinção mantém-se ainda que se considere as conclusões de Política Criminal como determinantes para a validade jurídica: uma norma penal inútil, desnecessária ou desproporcional (no combate ao crime) é *extrinsecamente* inválida (isto é, atendendo aos seus efeitos), ainda que possa ser *intrinsecamente* válida (isto é, em si mesma, atendendo ao seu conteúdo).

O segundo argumento baseia-se na distinção entre deveres incondicionais (categóricos) e deveres condicionais (hipotéticos). A estrutura de qualquer um deles é a mesma, a estrutura normativa, que é uma estrutura condicional, e de condicionalidade necessária: sem p , não há q . A normatividade é um caso de indispensabilidade: no caso da obrigatoriedade, é preciso que ocorra p para que ocorra q , sendo p aquilo que é obrigatório. Agora, dependendo do que seja q , há o verdadeiro obrigatório e há o mero necessário: se q não é um qualquer outro estado de coisas mas a realização do bem, então há obrigatoriedade; se q é um outro qualquer estado de coisas, então há mera necessidade. Por exemplo: <é preciso ajudar as outras pessoas para que o bem se realize> constitui uma obrigação propriamente dita; <é preciso ajudar as outras pessoas para que elas ajudem de volta> é uma mera necessidade. Como se observa, as verdadeiras obrigações caracterizam-se por integrarem, no consequente, a realização do bem; referem-se a valores. Sem isso, não passam de meros deveres condicionais, que não são genuínos deveres.

Mas, mesmo que a condicional <como as fontes do Direito são factos sociais (nomeadamente, atos de decisão), então a validade jurídica não depende da correção do conteúdo normativo> fosse verdadeira, reduzir a Ciência do Direito à explicação (“descrição”) do facto normativo não assegura (não significa nem implica) a defesa da tese das fontes sociais do Direito (tal como encaminhar a Ciência do Direito para a justificação da qualificação do facto normativo não assegura a defesa da tese das fontes naturais do Direito), ficando por demonstrar a tese da separação (das normas face aos valores). O facto normativo terá outro facto como causa: é isto que se exige com a sua explicação. Mas nada mais se exige: esse facto pode ser “social” – uma decisão criadora – ou pode ser “natural” – um outro tipo de acontecimento. Aliás, um ato de criação dificilmente se pode enquadrar, ainda, na noção de ‘causa’ (falta-lhe a causalidade material: faz-se surgir a partir do nada). E, não passando as normas de proposições (normativas), e porque as proposições não são artefactos, também não o são as normas.

Face ao exposto, em suma, entendo o seguinte. Não há qualquer incompatibilidade entre o carácter criado do Direito e a correção do seu conteúdo, supostos aspetos essenciais do conceito de ‘Direito’. É perfeitamente possível ser verdade que o Direito é produto de um ato legislativo e, simultaneamente, ser verdade que tem um conteúdo correto. Cada um dos aspetos foca-se numa dimensão da validade jurídica – validade formal, relativa às fontes do Direito; validade material, relativa ao conteúdo do Direito – e o conjunto de ambos não torna a validade jurídica incoerente. Simplesmente, não é verdade que o Direito seja produto de um ato criador, tanto diretamente criador – lei – como indiretamente criador – costume.