

VOLUME LI — N.ºS 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



Coimbra Editora

2010

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
LI — N.ºs 1 e 2 - 2010

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- MESTRE PEDRO INFANTE MOTA
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

DISTRIBUIÇÃO

Coimbra Editora, S.A.

Ladeira da Paula, n.º 10
Antanhol — 3040-574 Coimbra
Telef. 239 852 650 — Fax 239 852 651
revistas@grupocoimbraeditora.pt

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Novembro de 2011

I Doutrina

	Págs.
<i>Robert Alexy</i> — Interpretação teleológica e vinculação à lei.....	9
<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i> — O paradoxo da Justiça Constitucional	17
<i>Jorge Miranda</i> — Divisão do poder e partidos políticos.....	25
<i>Jorge Miranda</i> — Democracia e Constituição para lá do Estado	33
<i>José Lamego</i> — O papel do kantismo na configuração disciplinar da filosofia do Direito.....	47
<i>José Melo Alexandrino</i> — O poder local na Constituição da República de Angola: os princípios fundamentais	61
<i>Ana Fernanda Neves</i> — Os direitos das pessoas com deficiência no Direito da União Europeia.....	93
<i>Luís Pedro Pereira Coutinho</i> — Justiça e Natureza na <i>República</i>	127
<i>Manuel A. Carneiro da Frada</i> — Relativismo, Valores, Direito	141
<i>José de Sousa e Brito</i> — O que é o positivismo jurídico. Como se autodefine e como se auto-suspende	193
<i>Otávio Luis Rodrigues Junior</i> — Propriedade, função social e constituição — Exame crítico de um caso de “constitucionalização” do direito civil	207
<i>Lenio Luiz Streck</i> — O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas.....	237
<i>Csaba Varga</i> — Goals and Means in Law.....	263
<i>Carl Friedrich Nordmeier</i> — Timor-Leste: Novo Direito Processual Civil Internacional	275
<i>Miguel Lopes Romão</i> — Novas tecnologias e inovação nos sistemas de justiça: a experiência portuguesa e o trabalho desenvolvido pela Conferência de Ministros da Justiça dos Países Ibero-americanos	281
<i>Rui Tavares Lanceiro</i> — The International powers of the Portuguese autonomous regions of Azores and Madeira	293

II Trabalhos de alunos

<i>Thiago André Pierobom de Ávila</i> — O controle penal da imigração em Portugal, Espanha e Itália: a face oculta do neorracismo europeu	323
<i>Luis Carlos Lopes Batista</i> — Uma análise económica das externalidades ambientais negativas — em especial, a solução dos tributos ambientais	403
<i>Ricardo Bernardes</i> — A auto-suspensão de direitos fundamentais — reflexões em torno da sua admissibilidade	455
<i>Marco Caldeira</i> — A “soberania popular” em Jean-Jacques Rousseau e em Benjamin Constant: duas visões (assim tão) diferentes?	527
<i>Francisco Rocha</i> — Da retenção sobre coisa de terceiro e sobre coisa própria	573

III Legislação

<i>Manuel Veiga de Faria</i> — Alteração de registo por mudança de sexo da pessoa registada em caso de transsexualidade	647
---	-----

IV Vida universitária

Acta n.º 3/2010 do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	665
Acta n.º 5/2010 do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	675
<i>José Duarte Nogueira</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque	681
<i>Adriano Moreira</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque	685
<i>Martim de Albuquerque</i> — Sessão de homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque	687
<i>Jorge Miranda</i> — Sessão de Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia	691
<i>Sérvulo Correia</i> — Sessão de Homenagem ao Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia	693
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta de atribuição a condecorações	697
<i>Jorge Miranda</i> — <i>Laudatio</i> do General António dos Santos Ramalho Eanes como Doutor <i>Honoris Causa</i> pela Universidade de Lisboa	699

	Págs.
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do <i>curriculum vitae</i> do Doutor Vladimir Augusto Correia de Brito em provas de agregação — II Parte — Uma obra em especial.....	703
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta de alteração ao plano de estudos.....	707
<i>Jorge Miranda</i> — Regulamento de Avaliação de Desempenho dos Docentes.....	711
<i>Dário Moura Vicente</i> — No XX Aniversário da Faculdade de Direito de Bissau...	717
<i>Dário Moura Vicente</i> — Alguns dados quantitativos sobre a actividade do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em 2010.....	721
<i>Nazaré da Costa Cabral</i> — Arguição da dissertação de Doutoramento da Mestra Elisa Rangel Nunes.....	727

O QUE É O POSITIVISMO JURÍDICO. COMO SE AUTODEFINE E COMO SE AUTO-SUSPENDE

JOSÉ DE SOUSA E BRITO

1. DEFINIÇÃO DE POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico define-se pelo conjunto de teses que são necessárias e suficientes para considerar um autor positivista jurídico. Examinarei para este efeito quatro teses que para tanto foram propostas por Hart ⁽¹⁾ e por Ross ⁽²⁾. Escolho Ross e Hart porque trataram desenvolvidamente da definição do positivismo jurídico, sendo igualmente os últimos dos maiores positivistas jurídicos, a par de Bentham, Austin e Kelsen, que se podem considerar os anteriores clássicos desta corrente de pensamento. São igualmente os principais representantes no positivismo jurídico das duas escolas filosóficas que nutriram a maior parte dos positivistas jurídicos contemporâneos: o neopositivismo quanto a Ross, em que se incluem por exemplo Bobbio ⁽³⁾ e Bulygin ⁽⁴⁾, e a filosofia analítica postwittgensteiniana quanto a Hart, em que se incluem os seus discípulos Raz ⁽⁵⁾, Coleman ⁽⁶⁾ e Gardner ⁽⁷⁾. Critério do carácter definitório das teses não será, porém, o simples facto da sua geral aceitação, mas a sua importância e indis-

⁽¹⁾ Herbert L. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Sistema 36. Revista de Ciências Sociais*, mayo de 1980, "Postscript", *The Concept of Law*, 2.^a ed., Oxford, Clarendon, 1994, p. 238.

⁽²⁾ Alf Ross, "Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law", *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4, 1961, 46.

⁽³⁾ Norberto Bobbio, *Il Positivismo Giuridico*, Torino, Giappichelli, 1961 (reimp. 1979).

⁽⁴⁾ Eugenio Bulygin, "Normative Positivism vs. Theory of Legal Argumentation", *Law and Legal Cultures in the 21st Century. Diversity and Unity*, ed. Tomasz Gizbert-Stunicki, Jerzy Stelmach, Warszawa, Wolters Kluwer, 2007, p. 221.

⁽⁵⁾ Joseph Raz, "Legal Positivism and the Sources of Law" em *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon, 1979, p. 37.

⁽⁶⁾ Jules Coleman, "Authority and Reason", em Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford, Clarendon, 1996, 287; "Beyond the Separability Thesis: Moral Semantics and the Methodology of Jurisprudence", *Oxford Journal of Legal Studies*, 27, 2007, p. 581.

⁽⁷⁾ John Gardner, "Legal Positivism: 5½ Myths", *American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001, p. 199; "The Legality of Law", *Associations. Journal for Legal and Social Theory*, 7, 2003, Nr. 1, 89.

pensabilidade no sistema do positivismo jurídico. Uma tese, porém, que implique a exclusão de um dos clássicos mencionados, será inaceitável.

São estas as teses a examinar:

- a tese da separação conceptual do direito e da moral. O direito não depende ou não é determinado pela moral. Não há implicação ou necessidade conceptual do direito para a moral, nem tão pouco da moral para o direito, o direito pode ser injusto ou imoral.
- a tese das fontes sociais do direito. O direito depende apenas de factos sociais. O conteúdo do direito é determinado apenas pelo conteúdo de factos sociais, pelas fontes sociais do direito.
- a tese da discricionariedade judicial. Quando para preenchimento de uma lacuna são concebíveis diversas normas compatíveis com os critérios vigentes de preenchimento de lacunas, o juiz tem discricionariedade na escolha de qualquer delas.
- a tese da inexistência de direito natural. Todo o direito é positivo, não há direito natural, porque não há moral objectiva.

Tratarei primeiro das duas últimas teses, para as afastar.

Segundo Hart, em qualquer ordem jurídica há casos que não foram previstos pelo direito existente, as chamadas lacunas. Para preenchimento dessas lacunas, o direito prevê vários critérios, tais como a analogia e o recurso a princípios gerais de direito. Da aplicação dos critérios vigentes numa certa ordem jurídica pode resultar que uma e só uma norma é aplicável ao caso, ou pode resultar um espaço de indeterminação em que mais do que uma norma é compatível com os critérios até então reconhecidos. Nesta segunda hipótese, se o juiz é obrigado a decidir, não podendo remeter a sua decisão para um órgão legislativo, então ele cria discricionariamente direito novo, dentro dos limites que o direito lhe impõe e que simultaneamente aplica. Contra esta tese Dworkin sabidamente defendeu que também nesses “casos difíceis” só há uma solução objectivamente correcta, mesmo admitindo que só um juiz maximamente competente, um “juiz-Hércules”, a pode determinar com segurança. Pode parecer que a tese da discricionariedade resulta necessariamente da tese das fontes sociais do direito, uma vez que a norma aplicada ao caso nunca fora anteriormente positivada ou formulada por qualquer órgão da ordem jurídica. Mas deste último facto só resulta que a norma é nova, não que o juiz tinha o poder discricionário de aplicar uma outra. A existência de uma única melhor solução em cada caso é compatível com o primado das fontes sociais do direito — com a tese do seu carácter determinante em última análise —, mesmo que a melhor solução só seja positivada pelo reconhecimento posterior e pela não inversão da jurisprudência. Mas é também de algum modo positivada pelo próprio comportamento

das partes e dos juízes no processo, os quais discutem no pressuposto da melhor solução. A adição da tese da discricionariedade judicial não é, portanto, uma condição necessária de um autor ser considerado positivista. Além disso, tornaria o positivismo jurídico mais dificilmente defensável. Ora uma teoria só pode ser refutada se for discutida na sua forma mais forte. E uma definição do positivismo deve contribuir para a discussão de se é verdadeiro.

Ross entendeu que é razoável partir do modo como o termo “positivismo” é definido em filosofia geral para definir “positivismo jurídico”. Este seria uma abordagem dos problemas da filosofia e da doutrina jurídica baseada nos princípios de uma filosofia empirista e anti-metafísica. Ora estes princípios implicam, segundo Ross, que os princípios e juízos éticos e jurídicos não são a expressão de verdades, algo que possa ser descoberto e estabelecido objectivamente por certo processo cognitivo. Não há um direito natural objectivamente válido pela mesma razão que não há moral objectiva, porque não há verdade no direito e na moral. Esta concepção de positivismo jurídico, que vale para a teoria de Ross, bem como para a de Kelsen, não é, porém, aplicável a Bentham e a Austin, que consideravam o utilitarismo uma ética objectivamente válida, nem tão pouco a Hart, que não partilhava os pressupostos filosóficos do neo-positivismo e praticava uma filosofia moral e política de conteúdo material. Defendem uma espécie de direito natural no sentido de Ross. Mas eles próprios não se consideram jusnaturalistas. Estes autores também negam a existência de direito natural, mas num sentido e por razões diferentes das de Ross, dado que não são positivistas em filosofia geral. Ao contrário do que Ross pensa, nem só os positivistas em filosofia geral podem defender as teses do positivismo jurídico, nem o positivismo jurídico e o jusnaturalismo esgotam as posições possíveis em filosofia do direito. Há críticos do positivismo jurídico que são também críticos do direito natural, como é o caso de Dworkin. Tanto basta para afastar a tese de Ross de que a negação do direito natural é definitiva do positivismo jurídico.

2. A TESE DA SEPARAÇÃO CONCEPTUAL DO DIREITO E DA MORAL

A tese da separação conceptual do direito e da moral foi formulada por Bentham e por Austin como uma tese relativa aos critérios de determinação do que é direito: a conformidade com a moral não é um desses critérios. Uma coisa é determinar o que é direito, outra o que deve ser direito, a resposta dada à primeira questão não depende da resposta dada à segunda: o direito pode ser ou não como deveria ser se fosse conforme com a moral, há direito moralmente bom e direito moralmente mau, o mau direito ou direito injusto não deixa por isso de ser direito. É este o sentido da frase de Austin: “A existência do direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito outra”.

Hart prefere dizer que há conexões contingentes, mas nenhuma conexão necessária ou conceptual entre o direito e a moral, uma regra jurídica pode ter conteúdo idêntico ao de uma regra moral, mas isso é uma coincidência contingente, tal identidade nunca é condição necessária da sua validade.

Ross concorda, embora faça questão de esclarecer que validade aqui não pode querer dizer força obrigatória no sentido da moral ou do direito natural, com o que Hart certamente concordaria. Para Ross o conceito de validade neste contexto só pode querer dizer vigência, no sentido de existência do direito como facto empírico, e neste ponto discorda quer de Hart quer de Kelsen.

Mas esta discordância quanto à essência do direito não afecta o acordo de todos os clássicos do positivismo na tese de que a identidade de conteúdo com a moral nunca é condição necessária de uma norma ser de direito e no fundamento último desta tese, que é a tese das fontes sociais do direito. Para todos, a única condição necessária de qualquer norma ser de direito é a existência de certos factos sociais — embora divirjam entre si na precisa identificação deles — e, por isso, não é tal a conformidade com a moral. Por consequência, mesmo que se possa admitir que a conformidade com a moral é condição necessária da pertença de certa norma ao direito, como veremos que Hart admite, essa exigência não tem que aplicar-se a toda e qualquer norma, não exprime uma conexão conceptual. E quando se aplica, aplica-se por força de factos sociais — para Hart os factos do reconhecimento pelos juizes que condicionam as normas costumeiras de reconhecimento — que determinam no caso dessa norma a exigência da sua conformidade com a moral.

Deixei para o fim Kelsen, porque Kelsen diz a mesma coisa de uma maneira mais complicada. Para Kelsen a existência ou vigência de uma norma jurídica depende apenas inicialmente da norma que a autoriza e depois para se manter em vigor também do facto da sua própria eficácia, e em última instância da vigência da norma fundamental que é condicionada pela eficácia de todas as normas do sistema, a qual se mede pela existência dos actos de coerção que aplicam as sanções. Não pode depender, por isso, de nenhuma norma da moral.

Há que concluir que a tese da separação conceptual da moral e do direito é essencial ao positivismo jurídico, embora seja dispensável na definição deste, por ser implicada pela tese das fontes sociais do direito.

Coleman pretende a partir do positivismo jurídico rejeitar a tese da separação conceptual da moral e do direito. Distingue para isso uma formulação restrita e uma formulação lata.

A formulação restrita é a de Hart que expusemos atrás. Coleman diz que ela lhe parece inobjectável, uma vez que, para ser verdadeira basta que haja um mundo logicamente possível em que a moralidade não é uma condição de juridicidade. "Se a 'necessidade' expressa na formulação de Hart é conceptual — diz Coleman —, então a tese da separabilidade fica de pé desde que expres-

sões como ‘direito moralmente mau, errado ou inaceitável’ sejam conceptualmente coerentes, e claramente são para um ouvido desprevenido”. Mas então a tese parece-lhe compatível com o jusnaturalismo. Penso que a tese de Hart vai mais longe do que Coleman julga. A tese diz que não há qualquer conexão necessária e, portanto, não só que a expressão “direito moralmente mau” é coerente, o que os jusnaturalistas podem aceitar, mas que a expressão “direito moralmente de todo insuportável” é coerente, o que eles geralmente negam.

A formulação lata diz que não há conexão necessária entre a regulação pelo direito (Coleman fala de *governance by law*, como ‘um modo distinto e sistemático de regular assuntos humanos, cuja natureza e contornos são o objecto material da doutrina jurídica’) e a afirmação de valor moral. Neste sentido a tese deve ser rejeitada, porque “o facto de que o direito dirige os nossos actos de certo modo determinado faz com que o conteúdo do direito possa ser correctamente descrito como uma exigência moral (ou uma autorização moral conforme seja o caso)”. Segundo Coleman, se bem o entendo, há “uma semântica moral do conteúdo jurídico” em virtude da qual o que o direito faz ao impor uma obrigação jurídica (ou ao dar uma autorização jurídica) pode ser também correctamente descrito como uma exigência ou uma autorização moral, na medida em que implica uma certa espécie de razão moral para agir de certa maneira. “Esse é o ponto de vista do direito — diz Coleman —, mas o direito pode estar errado”. Se o direito estiver errado, diria eu, é porque há outras razões morais contrárias que prevalecem. Em qualquer caso uma coisa é dar necessariamente uma razão moral para agir, outra coisa é pretender dar a razão moral de agir como o resultado da correcta ponderação de todas as razões morais de agir concorrentes. Na primeira tese não há qualquer implicação do direito para a moral, na segunda é difícil deixar de admitir que quando o conteúdo do direito é moralmente de todo insustentável ele não pode pretender dar a razão moral de agir. Então não pode ser correctamente descrito como uma formulação moral, não seria coerente chamar-lhe direito. Coleman teria então rejeitado o positivismo jurídico.

A tese das fontes sociais do direito

Segundo a tese das fontes sociais do direito, o que é direito determina-se necessariamente através de factos sociais. Esses factos são os actos de comando do legislador e de obediência dos súbditos para Bentham e Austin, os actos de cominação e os actos de aplicação coerciva de sanções para Kelsen, os actos dos juízes para Ross e para Hart, mais precisamente no caso de Hart, os actos de aplicação do direito pelos juízes que revelam as normas costumeiras de reconhecimento do que é direito que eles aplicam. Haveria que fazer aqui muitos desenvolvimentos para ser claro e exacto. Vou-me limitar a discutir duas

coisas: primeiro, se a tese das fontes sociais do direito implica que o positivismo jurídico deriva «dever(ser)» de «ser», violando a lei de Hume; segundo, se a mesma tese é compatível com as relações que efectivamente existem entre o direito e a moral nos Estados de direito contemporâneos.

Quanto à primeira questão, se o positivismo jurídico deriva “dever ser” de “ser”, vou limitar-me a discuti-la a propósito de Kelsen, que considero ser o primeiro positivista jurídico a retirar todas as consequências da lei de Hume. Daí não fazer ele uso da distinção «ser-dever (ser)» para separar o direito da ética ou da moralidade social. São sistemas normativos todos os três, a serem diferenciados somente por que cada um deles possui uma diferente fonte de validade, uma diferente norma fundamental. A distinção ser — dever ser assinala em Kelsen a diferença entre tais sistemas normativos e as leis causais, e, como uma consequência, entre a teoria do direito e, tanto a ciência natural, como a sociologia do direito. No seu livro póstumo a *Teoria Geral das Normas*, Kelsen, cujo pensamento não evoluiu certamente sob influência directa de Hume, mas certamente sob a de Kant, apraz-se em constatar o seu completo acordo com as ideias de Hume. Afirma: «No que respeita à relação entre «ser» e «dever ser» é Hume mais consequente do que Kant. Não existe para ele a razão prática.»⁽⁸⁾

Kelsen não teria sido um positivista se não tivesse feito o conteúdo do direito depender de factos. Mas fá-lo: «em assim ser estabelecido — através de actos humanos — e na eficácia como uma condição de validade reside a positividade da ética e do direito»⁽⁹⁾. São estes dois factos (*Seins-Tatsachen*), que são condições de validade de uma norma. Consiste a eficácia em ser a norma observada na maior parte dos casos ou, se não seguida, na maior parte dos casos aplicada, i.e., na maior parte dos casos ou fazemos aquilo que a lei pretende que façamos ou a sanção da não observância é aplicada. Mas Kelsen também afirma que a validade de cada norma depende da eficácia de todas as outras normas que constituem o sistema normativo⁽¹⁰⁾. Reúno agora estas condições de modo a fornecer uma formulação da norma fundamental de Kelsen: se as normas que foram estabelecidas num sistema normativo são eficazes, então cada norma do sistema é válida. Se toda e qualquer norma estabelecida num dado sistema jurídico deriva a sua validade da primeira constituição histórica, a norma fundamental pode igualmente ler-se: se as normas criadas pela primeira constituição histórica são eficazes, a primeira constituição histórica é

⁽⁸⁾ Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, p. 68.

⁽⁹⁾ *Op. cit.*, p. 114.

⁽¹⁰⁾ *Reine Rechtslehre*, p. 218; «Professor Stone and the Pure Theory of Law», *Stanford Law Review*, 17 (1965), p. 1139.

válida. E poderia continuar-se: ...e por isso também elas são válidas. Nas duas formulações a norma fundamental tem a forma de uma norma constitutiva, que estatui a validade de uma ou mais normas, sob a condição de se verificarem certos factos.

Falta a Kelsen um filosofia da linguagem capaz de conceptualizar adequadamente a norma fundamental. Senão teria dito, penso eu, que a norma fundamental é a síntese das regras constitutivas da ordem jurídica. Ao mesmo tempo ela fornece o conteúdo da regra semântica que explica o sentido das frases do tipo «deve (ser)» de um facto institucional tal como é o direito. Quando se diz que algo deve ser na prática do direito, estas palavras “deve ser” significam “deve ser segundo o direito”, isto é, “segundo a norma fundamental de certo direito positivo”.

As normas constitutivas tornam “existente” ou, mais exactamente, fazem vigorar, verificadas determinadas condições de facto, aquilo (a norma ou o conjunto de normas, a consequência jurídica ou o conjunto de consequências jurídicas) que estatuem. Por consequência, orientam o comportamento na medida em este pode realizar a condição sob a qual elas tornam “existente” ou fazem vigorar aquilo que estatuem. As normas regulativas orientam o comportamento na medida em que este pode realizar aquilo que estatuem. Sigo assim uma linha de pensamento que foi principalmente representada por Wittgenstein, que mostrou que as regras de um jogo constituem o jogo ⁽¹¹⁾. Na mesma linha estão Rawls ⁽¹²⁾, Austin ⁽¹³⁾, Grice ⁽¹⁴⁾, Searle ⁽¹⁵⁾ e Alston ⁽¹⁶⁾. As normas constitutivas não permitem passar de «é» a «deve» contra a lei de Hume, como dedução lógica de dever ser a partir de ser. Os factos constitutivos do direito não implicam logicamente o direito, são apenas uma condição da sua validade: se se verificam, as normas vigoram, devem ser aplicadas.

É certo que no caso da norma fundamental de Kelsen a norma constitutiva dá a mesma orientação de comportamento que a norma que confere à assembleia constituinte o poder de aprovar a constituição, pelo que poderia ser dispensada, a admitir-se tal norma que confere poder constituinte. Só que esta norma não

⁽¹¹⁾ Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, §§ 197, 205, 567 (kritisch-genetische Edition, ed. Joachim Schulte, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2001, pp. 858, 862, 959).

⁽¹²⁾ John Rawls, “Two Concepts of Rules” (1955), *Collected Papers*, ed. Samuel Freeman, Cambridge, Massachusetts, 1999, pp. 20 ss.

⁽¹³⁾ J. L. Austin, *How to do things with Words*, 2.^a ed., ed. J. O. Urmson, M. Sbisà, Oxford, Oxford University Press, 1976.

⁽¹⁴⁾ Paul Grice, *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1989.

⁽¹⁵⁾ John R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

⁽¹⁶⁾ William P. Alston, *Illocutionary Acts and Sentence Meaning*, Ithaca, Cornell University Press, 2000.

exprime a função normativa de fundar a validade de outras normas, que é comum à norma constitutiva que valida a constituição, dadas condições que se verificam posteriormente, e à norma constitutiva que valida o costume. A duplicidade de função normativa justifica a admissão analítica de duas normas de espécie diferente. Do mesmo modo, no caso da regra de reconhecimento de Hart, a diferente função normativa justifica na análise a admissão de uma regra diferente da regra costumeira de obrigação que obriga os juízes ao mesmo reconhecimento.

Diz Kelsen que o sentido de dever ser e de ser não pode ser objecto de maior elucidação. Assim não é ele capaz de ver como a *Grundnorm* exprime não só a regra jurídica constitutiva da ordem jurídica, como a regra semântica que define a mesma ordem jurídica ⁽¹⁷⁾. É a irreconhecida definição do direito de Kelsen. Como positivista, contudo, não pode passar sem ela. Acaba, assim, nos seus últimos escritos por afirmar que é uma norma fictícia, uma norma emanada por uma autoridade não existente, uma auto-contradição: «a admissão de uma norma fundamental — como seja a norma fundamental de um sistema religioso: ‘devemos obedecer aos mandamentos de Deus’ ou a norma fundamental de um sistema jurídico ‘devemos fazer como diz a primeira constituição histórica’ contradiz não só a realidade, já que não existe uma tal norma como sentido de um acto real da vontade, mas é também autocontraditória, porque autoriza uma mais alta autoridade moral ou jurídica, e tem assim origem numa autoridade que está acima até da última — aliás apenas fingida.» ⁽¹⁸⁾ A norma fundamental, diz seguidamente Kelsen, é “uma ajuda do pensamento, de que uma pessoa se serve quando não consegue alcançar o fim do pensamento com o material dado. O fim do pensamento da norma fundamental é a fundamentação da validade das normas que formam uma ordem jurídica positiva”. Só que uma autocontradição nada pode fundamentar, sem exceptuar a validade. Desta forma, não só acaba Kelsen fazendo afirmações absurdas, como se esquece das suas próprias condições de validade, abstendo-se por momentos do positivismo. Não é capaz de explicar como uma mesma frase «A deve casar com B» (para usar um dos seus exemplos) significa uma norma diferente, consoante seja a consequência de uma promessa, uma conclusão moral, ou uma obrigação jurídica. Não vê, finalmente, a diferente relação aos factos que se verifica para o direito e outros factos institucionais, por um lado, e para a ética ou para a teoria da Justiça, por outro.

⁽¹⁷⁾ Divirjo assim de Felix Kaufmann, *Methodenlehre der Sozialwissenschaften* (1936), Wien, Springer, 1999, pp. 301 ss., e de Amedeo G. Conte, *Filosofia del Linguaggio Normativo*, II, 1995, p. 344, nota 40, que apenas reconhecem à *Grundnorm* uma função definitória ou eidética (nas palavras de Conte: é não *ratio essendi*, mas *ratio cognoscendi* da ordem jurídica).

⁽¹⁸⁾ *Allgemeine Theorie der Normen*, pp. 206-7.

Contudo, uma reformulação da teoria da norma fundamental em termos da contemporânea filosofia da linguagem, apresentando-a, assim, com um positivismo jurídico consequente, não a poderia salvar. Desde logo, como do lado do positivismo jurídico foi acertadamente visto por Hart, a validade depende de factos de acordo com o reconhecimento judicial das normas constitutivas do direito pelos tribunais e outros órgãos de aplicação do direito, e não de acordo com a eficácia externa das normas (ou só em parte de acordo com a eficácia, por ser esse o conteúdo do reconhecimento).

Também contra o que pensa Kelsen, e com ele todo o positivismo jurídico, a validade não depende apenas da eficácia, mas também da correcção, isto é, da justiça ou racionalidade do direito. Em que medida? Essa medida depende do reconhecimento. As normas constitutivas do direito evoluíram de um sistema de sujeição reconhecida — embora se possa argumentar que também sempre reconhecidamente limitada por uma forma qualquer de “direito natural” — para um sistema de racionalidade pública reconhecida. Num Estado de direito a validade de uma norma depende não apenas de factos, como os factos sociais da sua própria criação, segundo as fontes de direito, e ainda os factos da sua própria eficácia — sem a qual é revogada por costume revogatório — e da eficácia da ordem jurídica de que faz parte, mas também do seu conteúdo. Depende certamente do conteúdo das normas hierarquicamente superiores, com que tem de se conformar. Mas depende igualmente da correcção ou racionalidade do seu conteúdo e, portanto, em certa medida, da sua conformidade com a ética ou, pelo menos, com um mínimo de susceptibilidade de justificação ética. Isto é assim por causa do conteúdo das normas constitutivas que são reconhecidas na ordem jurídica. Mas é ainda assim, dentro de certos limites, mesmo sem reconhecimento e contra o reconhecimento.

Somos assim levados a discutir a segunda questão levantada sobre a tese das fontes sociais de direito de saber se é compatível com as relações que efectivamente existem entre o direito e a moral nos Estados de direito contemporâneos.

Podemos pensar o direito e a moral como espaços, campos ou esferas de argumentação. O direito é usado para justificar um acto ou um juízo. Um negócio jurídico, um acto do parlamento ou do tribunal são válidos, uma acção de um indivíduo é juridicamente ilícita ou lícita, na medida em há argumentos que o justificam. Se sabemos como caracterizar esses argumentos, podemos delimitar um espaço de argumentação, que é idêntico com o do direito. Actos morais e juízos morais são igualmente justificados ou criticados por argumentos, senão não podem ser considerados como tais. Assim também os argumentos morais constituem um espaço de argumentação. A palavra “moral” quer aqui dizer “ético”. Não estou aqui a falar de moral social mas de ética filosófica.

Se examinarmos as formas de argumentação que geralmente se consideram correctas na prática jurídica e as compararmos com as que geralmente se consideram correctas na discussão ética, notamos que as primeiras apresentam

limites ou restrições que não existem na ética. Quer isto dizer que há argumentos éticos que se admitiriam numa discussão ética mas que não são permitidos em direito. Quando falo aqui de ética e de argumentos éticos uso as palavras num sentido amplíssimo, fazendo coincidir o domínio da ética com o do raciocínio prático, ou da *praxis*, de Aristóteles, que abrange a justificação das acções em vista de todos os fins possíveis. O domínio da ética coincide assim com o das razões de agir, o que não implica naturalmente que todas as razões de agir são éticas, mas apenas que todas podem ser consideradas pela ética. Também não se implica que a tarefa de justificação das acções em vista de todos os fins possíveis seja resolúvel, nem que seja eticamente justificado fazer depender as acções dessa resolução. Qualquer outra delimitação do domínio da ética poderia revelar-se afinal insuficiente para a delimitação entre si das razões ética, jurídica ou democraticamente relevantes.

A argumentação jurídica é desde logo limitada pela obrigação de referência às fontes do direito, nomeadamente à lei, ao costume e à jurisprudência. Um argumento juridicamente correcto terá que se justificar perante a totalidade das fontes. Qualquer frase da linguagem das fontes que esteja logicamente relacionada, de modo positivo, com a questão a decidir, tem de ser integrada no argumento total que fundamenta a decisão jurídica dessa questão. Ora, essa integração deve reconhecer a autoridade e conseqüente hierarquia das fontes. As frases da linguagem das fontes não têm apenas na argumentação jurídica a prioridade lógica das premissas relativamente à conclusão. As fontes do direito estão entre si relacionadas hierarquicamente, prevalecendo em caso de contradição as de superior hierarquia: a constituição está acima das leis e estas acima dos regulamentos, por exemplo. Entre fontes do mesmo nível hierárquico, que sejam contraditórias entre si, prevalecem as posteriores sobre as anteriores.

Todas as frases da linguagem das fontes têm uma autoridade ou força de que carecem quaisquer outras frases com que se combinam num argumento. Essa autoridade dá-lhes uma prioridade hermenêutica: há que partir delas na argumentação e demonstrar a cada passo a compatibilidade com elas do sistema lógico construído a partir delas. A prioridade hermenêutica não é uma prioridade lógica: as frases da linguagem das fontes podem não ser princípios ou axiomas do sistema lógico que permite resolver o caso, poderão ter servido apenas de ponto de partida na descoberta de um sistema lógico de justificação da decisão. A prioridade hermenêutica é um caso do que Rawls chama ordem de apoio (*order of support*) e que contrapõe à ordem de dedução⁽¹⁹⁾: as razões de apoio a uma concepção normativa dependem da força dessas razões e não do lugar que ocupam num conjunto de raciocínios.

⁽¹⁹⁾ *Ob. cit.* (*supra*, n. 101), p. 242, n. 31.

Outros limites da prática da argumentação jurídica, e estou falando da prática da argumentação jurídica correcta, como ela deve ser, derivam das regras processuais da deliberação e da decisão no direito. Assim, por exemplo, no processo legislativo das assembleias legislativas — e outras particularidades tem o processo de produção normativa no Governo, nas autarquias locais, etc. — a iniciativa legislativa está reservada aos deputados — em Portugal também aos grupos parlamentares, ao Governo e às assembleias legislativas regionais —, que só podem intervir nos debates em tempo limitado segundo a dimensão das respectivas representações partidárias. Nos processos judiciais é um regime complexo que limita também as pessoas que podem intervir na discussão aos interessados, aos seus representantes e ao juiz, não podendo por vezes intervir os interessados senão através dos representantes. No processo podem ainda intervir outras pessoas, como as testemunhas e os peritos, mas apenas quanto a certas questões. Segue-se uma ordem fixa de intervenções, que são em número limitado, que são limitadas não apenas no tempo quando orais, mas também pelo tempo, perdendo-se a possibilidade de intervir depois de certo prazo. Pode, em certos casos, renovar-se o processo deliberativo através de recurso, que envolverá a intervenção de outras pessoas, quer na preparação da nova decisão — como seja outro representante do Ministério Público —, quer na decisão — novos juizes, no todo ou em parte. Há também regras sobre o conteúdo obrigatório das intervenções e proibições de conteúdo, como quando se restringe a discussão apenas à questão de direito, ou quando se faz depender a admissão de um recurso da invocação de uma de entre um número limitado de disposições legais ou partes delas. Outras regras regulam a prova, quer quanto ao modo da sua produção, que no processo penal terá que fazer-se na audiência, quer quanto à própria espécie de prova, não sendo admitidas provas obtidas ilicitamente, etc.

Estas limitações que o direito impõe ao raciocínio prático e que permitem distinguir a prática jurídica da prática da ética — da *praxis* aristotélica — não são, porém, contrárias à ética. Fundam-se, mesmo, em razões éticas, que o direito incorpora, fazendo-as suas, como razões do regime jurídico. Assim, a primazia das fontes funda-se num Estado de direito democrático no próprio princípio democrático, que tem, como veremos, fundamento ético, e, em geral, as limitações processuais fundam-se nos valores jurídicos da paz, da segurança e da utilidade das decisões, que têm igualmente uma base ética. As mesmas limitações são, por outro lado, limitadas por razões éticas, que são de novo incorporadas pelo direito através do direito de desobediência, do direito de resistência e da teoria jurídica da revolução. Trata-se, então, de formas extremas de solução de conflitos ético-jurídicos, já que tais conflitos se resolvem normalmente dentro do sistema através do regime da inconstitucionalidade.

Se há divergências, não há menos coincidências entre razões jurídicas e razões éticas. E não apenas coincidências ocasionais de conteúdo entre regras

ou princípios jurídicos e regras ou princípios de ética. Estas coincidências resultam muitas vezes historicamente de o direito ter por vezes importado um corpo inteiro de doutrina ética, como acontece com as declarações de direitos do homem, com partes consideráveis do direito penal, como grande parte dos princípios da justificação (assim a doutrina da legítima defesa), da exclusão da culpa (assim a doutrina do erro ou do estado de necessidade), dos fins das penas, etc.

Há dois processos fundamentais de inclusão da ética no direito. Temos, primeiro, normas remissivas do direito para ética. Há normas jurídicas que dispõem que certas questões devem ser resolvidas através do recurso às normas da ética, como quando dizem que a solução deve ser encontrada segundo a boa fé, os bons costumes, os princípios de direito natural ou a solução que o juiz encontraria se fosse legislador. Mas além de remissões explícitas, há remissões implícitas através do uso nas normas jurídicas de conceitos éticos fundamentais. Assim, quando se refere a dignidade da pessoa humana ou a culpa como critério normativo, está-se de facto a acolher princípios éticos fundamentais. Estas remissões implícitas articulam-se logicamente com corpos inteiros de disposições legais, como sejam os relativos aos direitos fundamentais no caso da referência à dignidade da pessoa humana, e toda a parte geral da doutrina do crime no caso do princípio da culpa, que passam, por consequência, a ter a pretensão de serem aplicações da ética e a medirem os seus desenvolvimentos interpretativos pelos critérios da ética. Desenvolve-se assim um sistema de dedução da ética a partir do direito, além das remissões normativas.

O positivismo jurídico divide-se quanto à interpretação que dá destes vários modos de incorporação da moral no direito.

Segundo o positivismo exclusivo, a moral só se incorpora no direito quando há um facto social histórico de incorporação, um reconhecimento prévio. Fora disso há criação do direito, discricionariedade judicial, judge made law. Esta descrição não corresponde, porém ao modo como os juízes e, em geral, os participantes na prática jurídica vêem as coisas num moderno Estado de direito. Num Estado de direito a validade de uma norma depende não apenas de factos, como os factos sociais da sua própria criação, segundo as fontes de direito, e ainda os factos da sua própria eficácia — sem a qual é revogada por costume revogatório — e da eficácia da ordem jurídica de que faz parte, mas também do seu conteúdo. Depende certamente do conteúdo das normas hierarquicamente superiores, com que tem de se conformar. Mas depende igualmente da correcção ou racionalidade do seu conteúdo e, portanto, em certa medida, da sua conformidade com a ética ou, pelo menos, com um mínimo de susceptibilidade de justificação ética. Isto é assim por causa do conteúdo das normas constitutivas que são reconhecidas na ordem jurídica. Mas é ainda assim, dentro de certos limites, mesmo sem reconhecimento e contra o reconhecimento. Vimos

atrás que há no direito remissões para a ética, que caracterizam o Estado de direito. Quando a dignidade humana ou a culpa são consagradas na Constituição como critérios normativos, introduzem-se na ordem jurídica princípios éticos com imensas consequências. Tais remissões implícitas são desenvolvidas em sistemas dogmáticos, como o sistema dos direitos do homem ou a teoria geral do crime. Estes sistemas pretendem ter fundamento racional ou correcção ética e o seu desenvolvimento na aplicação do direito é justificado e aceite ou contraditado com argumentos racionais ou éticos, que podem inverter julgamentos anteriores. Quando o direito positivo reconhece validade normativa a critérios de racionalidade a sua positividade e o próprio reconhecimento como critério de validade ficam suspensos. Na esfera de racionalidade assim criada as normas da razão ética podem contradizer as normas positivas e prevalecem sobre elas por superioridade lógico-normativa e hierárquica. Poderá assim haver, inclusivamente, normas constitucionais inconstitucionais.

Esta maneira de ver as coisas só é compatível com o positivismo inclusivo da moral ou positivismo *soft*, mas a um preço considerável. Do que antecede resulta que o reconhecimento, sem contradição, se auto-suspende parcialmente no Estado de direito. Deste modo também o positivismo, na medida em que se baseia no reconhecimento, se tem que suspender a si próprio no Estado de direito. Não se contradiz a si próprio, auto-refutando-se, mas mantém-se coerente ao auto-suspender-se parcialmente.

Resta perguntar se ao suspender no Estado de direito a tese das fontes sociais de direito o positivismo jurídico não se afastou tanto dos seus autores mais representativos que a identidade de nome se tornou mais um obstáculo que uma ajuda à compreensão das coisas.