

“A direito é o estudo da liberdade e da sua modalidade”<sup>5</sup>, uma questão óbvia. A liberdade é um bens que é preciso garantir. “O direito é um instrumento de proteção ao direito ao livre exercício da liberdade, que é um princípio fundamental da liberdade humana. O direito é a liberdade dentro das fronteiras da lei, é a liberdade de fazer o que é permitido, é a liberdade de não ser feito o que é proibido. A liberdade é a liberdade de fazer o que é permitido” (Carrapato, 2009, p. 10). A liberdade é a liberdade de considerar que os direitos fundamentais são respeitados. A liberdade é a liberdade de fazer o que é permitido, é a liberdade de não ser feito o que é proibido. A liberdade é a liberdade de considerar que os direitos fundamentais são respeitados.

## Capítulo I

### O Direito como Ordem Normativa e como Saber: Problemas Fundamentais

Coordenação: ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS

Autoria: ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS,  
ANDRÉ VENTURA E ELIONORA CARDOSO<sup>6</sup>

#### 1. Direito, uma noção polissémica

“Estudo Direito” – responde um estudante a uns amigos que lhe perguntavam o que fazia na UAL. “Tenho direito a defender os meus direitos que penso estarem a ser violados por práticas administrativas ilegais?” – interrogação infelizmente frequente feita por alguém desesperado ao seu advogado. “O juiz, aplicando o direito vigente, condenou o Sr. Silva a uma indemnização a favor de um seu empregado” – informa o repórter no final de um julgamento. “Não há Direito...” – proclamou, à saída do Tribunal, o nosso Sr. Silva. “O direito anglo-saxónico é distinto do direito continental” – explica um professor nas suas aulas de Introdução ao Direito. “Todo o homem luta com mais bravura pelos seus interesses do que pelos seus direitos” afirmou um dia

<sup>6</sup> Embora partindo de textos individualizáveis (André Ventura, pontos 4 e 7, Elionora Cardoso, pontos 5 e 6, A. Carlos dos Santos, os restantes), a produção deste capítulo é essencialmente um trabalho coletivo.

Napoleão Bonaparte. “Nenhum homem recebeu da natureza o direito de mandar nos outros” – escreveu o filósofo iluminista Diderot.

Eis várias expressões em que a palavra *direito* surge com sentidos muito diferentes (e outros há, improprios, como direitos aduaneiros), embora possam existir conexões entre esses sentidos.

Assim, a frase “Estudo Direito” significa “frequento o curso de direito para ter uma licenciatura que me dê habilitações académicas para aceder a profissões jurídicas (advogado, juiz, notário, conservador, jurista, etc.). Mas ainda aí, a expressão comporta uma certa ambiguidade. Direito tanto pode designar o conjunto de disciplinas jurídicas a estudar a partir de uma metodologia específica, como a própria realidade normativa (as normas também fazem parte do real) a analisar (ou seja, o objeto de estudo propriamente dito). A questão remete, deste modo, para uma outra: que objeto de estudo é este que dá pelo nome de direito? Com que metodologia deverá ser estudado o direito para podermos afirmar que se trata de um estudo jurídico? De facto, este ponto é importante pois é possível estudar o mesmo objeto (o “direito”) sob perspetivas não jurídicas muito diversas (económicas, sociológicas, antropológicas, históricas, etc.). São, de facto, muitas as disciplinas não jurídicas que se debruçam sobre o direito, a partir de outras perspetivas, metodologias e técnicas. Por fim, uma questão muito debatida: será o estudo jurídico do direito um estudo científico?

Por sua vez, quando alguém fala em defender os seus direitos suscita implicitamente a questão de saber qual o fundamento e a legitimidade desses direitos. Direitos previstos em leis, incluindo na lei fundamental, a Constituição? Direitos da pessoa enquanto cidadã, enquanto contribuinte, enquanto trabalhador ou trabalhadora dependente, enquanto consumidor ou consumidora, enquanto pai, mãe ou criança? Direitos inerentes ao homem, à natureza ou à razão humana? E têm os animais direitos?

Quando se fala de aplicação do direito, a expressão remete essencialmente para o ordenamento jurídico em vigor num certo território (a ordem jurídica), a concretizar, após interpretação, por um órgão (em regra) judicial competente para o efeito. Isto é, para a visão mais comum de direito que a faz equivaler às leis, aos códigos, aos diplomas de origem estatal ou que o Estado recebe como seus.

Já quando dizemos “Não há direito!”, queremos dizer que não há justiça (a questão do direito injusto) ou que, num certo caso concreto, não foi feita justiça. Podem até ter sido observadas pelo julgador, no caso *sub judice*, a lei

e as metodologias de interpretação e aplicação das leis, mas é a própria lei que se afigura como injusta, aos olhos do cidadão que perde o litígio, ou de forma mais ampla, aos olhos de grupos de cidadãos, de um grupo social ou, de forma global e como situação limite, aos olhos da comunidade em geral.

Quando comparamos o direito anglo-saxónico com o direito romano-germânico referimo-nos a distintas famílias de ordens jurídicas. Muito embora atualmente essas famílias existam em formações socioeconómicas idênticas (v. g., a sociedade global inglesa não é substancialmente distinta da escocesa) ou similares, esses direitos distinguem-se pela importância atribuída, no primeiro caso, ao costume (o peso da tradição) e às decisões jurisprudenciais (a regra do precedente judiciário) e, no segundo, à lei em sentido amplo como expressão da vontade dos cidadãos, ponto que implica a consagração de um regime democrático.

Mais complexas são as frases de Napoleão e de Diderot. A primeira remete para a contraposição entre direitos e interesses, privilegiando, num assomo de *realpolitik*, estes perante aqueles. Veremos que a consideração dos interesses pelo direito é uma pedra de toque de juristas como Rudolf von Jhering (1812-1892) e Philipp Heck (1858-1943), defensores da chamada “jurisprudência dos interesses”. A segunda indica-nos que a relação assimétrica entre o direito de mandar e o dever de obediência não tem origem direta na natureza, mas no tecido social, em particular mediante a juridificação, a positivação dessa relação. Assim ocorre, por exemplo, em todos os casos em que na sociedade estamos perante a juridificação de uma relação de poder. Essa juridificação possui as duas faces de Janus: legitima e limita ao mesmo tempo as relações de poder (político, laboral, de género, familiar, etc). Subjacente à expressão de Diderot está a convicção, proveniente do iluminismo, que, de acordo com a natureza, os homens nascem livres e iguais.

Note-se que, em muitos dos casos explicitados, ressalta uma primeira noção de direito, que é também (em parte) a do senso comum: o direito como um conjunto de normas (englobando princípios e regras) existentes num determinado tempo e espaço que devem ser observadas pelos cidadãos, pelo conjunto dos grupos, pela sociedade global, pois que tal conjunto exprime, não o que é, o ser (*Sein*), mas o que deve ser (*Sollen*). Como bem nota Saraiva (2009: 13), esta noção é também aquela que decorre da etimologia dos vários termos que designam o direito: “O vocabulário português *direito* – do mesmo modo que o francês *droit*, o inglês *right*, o alemão *Recht*

– tem a sua primitiva origem na raiz *reg*, que traduz a ideia de movimento em linha reta". E acrescenta: "Direito seria pois, segundo o elemento etimológico, o que é conforme à linha reta, o que não apresenta desvio em relação a determinada linha ideal, a qual exprime o *que deve ser*." Isto não significa necessariamente que o mundo do *ser* e do *dever ser* sejam absolutamente distintos ou mesmo irremediavelmente contrapostos. Existe uma certa tensão e uma influência recíproca entre estes dois mundos.

Pode, contudo, quanto a nós retirar-se uma primeira conclusão, sublinhada, entre outros, por R. Siches (1961: 153 e ss.): uma norma jurídica, em si mesma, não é verdadeira nem falsa. Ela pode existir ou não e, existindo, ser válida ou inválida ou, consoante as perspetivas de análise, ser considerada como mais ou menos justa, correta, útil, adequada, praticável, eficiente ou eficaz. Pode ser observada ou violada, sem com isso deixar de ser uma norma jurídica. No limite, porém, pode ser letra morta ou cair em desuso.

Do mesmo modo, a linguagem jurídica, podendo fazê-lo, não tem pretensões de descrever o ser. Um animal para o direito é visto, antes de tudo, como uma coisa (tal como o era o escravo), isto é, como objeto de negócios (só recentemente se fala dos direitos dos animais), um filho biológico mas ilegítimo, nascido na constância do matrimónio, pode ser visto como filho do marido e não do pai natural, uma igreja ou um sindicato podem ser vistos, para o direito da concorrência, como empresas, alguém desaparecido, mas ainda vivo, pode ser considerado juridicamente como morto (o romeiro do *Frei Luís de Sousa*), e os exemplos poderiam continuar. O direito usa frequentemente ficções, conceitos indeterminados (bom pai de família, distorção de concorrência, etc.), recorre mesmo a mitos (por exemplo, a separação de poderes) como forma de facilitar a interpretação das normas, concedendo alguma flexibilidade (uma flexibilidade contida, não arbitrária) na sua aplicação. Muitas vezes os conceitos variam com o contexto ou segundo o ramo de direito, pois não têm natureza ontológica, mas sim natureza funcional. Isto é: têm por finalidade primeira prevenir ou resolver problemas ou litígios.

## 2. As experiências jurídicas

Quando se pergunta aos alunos do primeiro ano da licenciatura em Direito se já tiveram alguma experiência jurídica a resposta é, em regra,

negativa. Nunca foram aos tribunais, nunca consultaram um advogado, nunca foram interrogados pela polícia, muitos ainda não trabalham, são solteiros, não têm prole e, acrescentarão, não pagam impostos.

A percepção do fenómeno jurídico está, para a maioria das pessoas (dir-se-á: para o senso comum), quase sempre ligada à ideia de litígio, à sua faceta patológica, em especial sancionatória, ou então à realização de certos atos solenes (o casamento, a escritura de compra e venda de um imóvel, o registo de um filho, etc).

Esta percepção, em si mesma, não é errada, mas é manifestamente incompleta ou imperfeita. De algum modo, a experiência jurídica é, antes de mais, “uma concreta experiência de conflitos de interesses” (Picazo, 1973: 11), individuais ou de grupos, em que a sociedade, pretendendo que a sua (re)solução (ou a sua prevenção) não seja deixada à “espontaneidade da vida social” (*ibidem*), à autocomposição dos conflitos, toma partido, cria instâncias específicas para o efeito e estabelece critérios de decisão para dirimir os conflitos, de modo a restabelecer a convivência e um nível aceitável de paz social.

No entanto, a questão é mais complexa. O fenómeno jurídico está infiltrado silenciosamente no nosso quotidiano. Como nos ensina Cunha (1988: 34), o “Direito é essencialmente fisiologia, normal funcionamento e não patologia, perturbação no corpo social”, podendo nós acrescentar, nem especial solenidade ou formalidade, pois a maioria do direito é observado e cumprido porque, quase sempre, se limita “a estabelecer o que o comum das pessoas aceita como natural”, a aceitar os valores sociais dominantes, a crismar as práticas sociais do quotidiano. Os fenómenos sociais – e todos os fenómenos sociais são totais (na feliz expressão de Mauss) – estão de facto impregnados de uma “omnipresença discreta” (Cunha, 1988) do direito. Saímos de casa (que adquirimos ou tomamos de arrendamento), circulamos livremente pelas ruas (vendo garantida a nossa liberdade de circulação), apanhamos um transporte público (efetuamos um contrato de transporte), atravessamos uma portagem (pagamos uma taxa), tomamos um café (de novo, fizemos um contrato e pagamos IVA), frequentamos as aulas ou trabalhamos na universidade (cuja organização e funcionamento pressupõe um feixe de contratos e de outros atos jurídicos), etc. Todo o nosso quotidiano está imerso numa multiplicidade de atos jurídicos (contratos informais de aquisição de bens ou serviços, pagamentos de taxas e de impostos de consumo sem que deles tenhamos imediata consciência, uso

de bens de que somos proprietários ou locadores, regras que observamos quase automaticamente, como, por exemplo, conduzir pela direita, etc.).

Se abandonarmos o mundo das práticas sociais do nosso quotidiano, continuamos a verificar que parte substancial da vida social (incluindo a vida económica) é regulada juridicamente. A determinação e registo do momento do nascimento e do momento da morte (e, deste modo, a demografia e as próprias estatísticas), a transmissão de bens por morte, a constituição dos agregados familiares (casamento, união de facto), hoje mesmo a definição do género em certos ordenamentos jurídicos, como na Alemanha e na Índia (homem, mulher, terceiro género), a constituição das empresas (empresas individuais, sociedades, empresas públicas) e a realização de negócios, a responsabilidade pelo incumprimento de normas e contratos ou pela realização de atos ilícitos, a definição do que é e do que não é crime, do que é imposto, taxa ou contribuição, a vida política (eleições, financiamento dos partidos, constituição e poderes dos órgãos de soberania, etc.), militar, religiosa, médica, etc., são fenómenos sociais regulados pelo direito.

Seria, porém, exagerado dizer que o direito tudo regula: em princípio, fora da sua regulação ficam, por exemplo, as relações de amizade, as relações sentimentais ou afetivas, os nossos pensamentos ou convicções. Dito isto, não podemos esquecer que, quando observamos estes fenómenos mais de perto, vemos que, entre outras coisas, a reserva da intimidade da vida privada e familiar e o bom-nome e reputação das pessoas são objeto de proteção jurídica. E mesmo as esferas mais íntimas como as nossas intenções não são irrelevantes para a ordem jurídica: basta pensar a importância que tem, nos casos de violação de regras jurídicas, a existência ou não de dolo, de negligência, de boa-fé ou má fé, etc.

### 3. O direito, fenómeno humano, social e cultural

O que até agora foi dito mostra-nos que o Direito não é fácil de se deixar conhecer. Conhecer o Direito implica ancorarmo-nos em sólidos pontos de partida e, a partir daí, procurar responder a algumas interrogações sobre esse objeto plurifacetado.

A generalidade dos autores (quer juristas, quer cultores das ciências sociais) está de acordo sobre duas facetas do direito, estreitamente interligadas, uma apresentada pela negativa, outra pela positiva.

Primeira, o direito não é um fenómeno natural, não é um fenómeno da ordem da natureza. Segunda: o direito é um fenómeno humano e social (*ubi ius, ibi societas*), muitos acrescentando, um produto cultural, no sentido antropológico do termo.

Vejamos a primeira proposição. O homem é produto da natureza, nela tendo origem. O longo processo de hominização e de humanização implicou que o homem se destacasse dos restantes seres vivos, se agrupasse, organizasse e intervisse na natureza. O trabalho, a utilização de instrumentos para a caça, a pesca e agricultura, a aquisição da consciência das suas necessidades, poderes e limites e a aquisição da linguagem e da razão permitiram-lhe agir como se não fosse mero ser natural, contrapondo-se à natureza, dela se protegendo, dela se alimentando, dela retirando os meios que asseguram a sua sobrevivência. O homem torna-se um animal social ou, segundo Aristóteles, um animal político (de *polis*, cidade). A ordem jurídica e o seu conhecimento surgem aqui como integrando a esfera da cultura não material, isto é, a esfera da produção de crenças, valores, símbolos, normas de conduta, saberes, etc.

Nada de semelhante se passa com os animais, inclusive nas espécies mais evoluídas. Mesmo que, a propósito, se possa falar de ordem natural, esta é, como sublinha Ascensão (2005: 15), uma ordem da necessidade: “tem de existir tal qual, as suas leis não são substituíveis”. Há certamente constrangimentos externos de índole diversa (económicos, familiares, medo de sanções jurídicas, religiosas ou sociais, controlo social difuso, etc.) que condicionam largamente os comportamentos humanos. Podem verificar-se mesmo leis tendenciais relativas às ações dos homens no seu conjunto, como Durkheim demonstrou com o suicídio. Mas a ordem social (incluindo a económica) não é uma ordem de necessidade, mas sim de possibilidade, de caminhos alternativos. Questão que é clara, pelo menos no que toca aos comportamentos concretos de índole individual, os quais podem desviarse do comportamento normal (médio, mediano) ou do comportamento desejado pelos normativos jurídicos ou sociais.

Estes pressupostos estão prenhes de consequências. Se o Direito é um produto social e cultural, não é uma realidade intemporal, a-histórica, algo de independente das transformações que sofreram as sociedades humanas. Se assim fosse, o Direito ou não seria um produto humano, mas sim um produto divino (a sua fonte seria uma divindade, definida pela religião, ou melhor, pelas diversas religiões) ou não seria um produto cultural (seria

algo decorrente da natureza humana) ou, sendo um produto humano, cultural, seria a expressão da razão universal. É a este propósito que se fala, por vezes, de Direito Natural ou de jusnaturalismo. Mas o simples facto de existirem distintas versões do Direito Natural consoante a sua origem (direito divino, natural em sentido estrito ou racional) predominantemente afirmadas em distintas épocas históricas mostra-nos que mesmo esta forma de encarar o direito não é imune (longe disso) às transformações sociais operadas ao longo da história. Isso não significa, porém, que não existam elementos jurídicos que tendem a aparecer como constantes, como invioláveis, ainda que sob formas diversas, e preenchendo funções distintas em novos contextos.

Ao longo do processo histórico, e mesmo em algumas sociedades dos nossos dias, o direito confundia-se com a religião (ou em épocas mais remotas até com a magia). O direito decorria (decorre) então dos livros sagrados (da Bíblia, do Corão, da Tora, etc.) e o seu conhecimento e aplicação era mediado pela leitura dos sacerdotes. Mesmo em casos em que o direito era visto como um produto da vontade dos monarcas, esta era uma forma de exprimir, por delegação, a vontade da divindade na terra. O direito surgia assim amalgamado com concepções religiosas ou míticas, sem verdadeira autonomia, confundindo-se ou diluindo-se em outras ordens normativas, religiosas, éticas, mágicas, *folkways*, etc. No quadro deste conglomerado de normas ocorreu, pelo menos no Ocidente, um processo histórico de diferenciação e autonomização das diversas ordens normativas, para o qual contribuíram fenómenos económicos, políticos, tecnológicos e ideológicos (a transição do feudalismo para o capitalismo, as Revoluções francesa e americana, a Revolução Industrial, a emergência do Estado-nação, o aparecimento da imprensa, a laicização das relações sociais, o iluminismo, a evolução das ciências e a conceção liberal do mundo, etc.). Em qualquer caso, torna-se claro que o direito, produto social, histórico, cultural e mesmo geográfico (vigora num determinado espaço territorial), está eminentemente ligado a pré-compreensões filosóficas, a concepções do mundo, a valorações ético-sociais.

Durante a Idade Média e até à Idade Moderna, coexistiam, na Europa, vários ordenamentos jurídicos na mesma sociedade (pluralismo jurídico, direito múltiplo). Assim, como refere, entre outros, Hespanha (1998: 92-98), ao lado do direito criado pelos monarcas e pela burocracia centralizada dos Impérios e dos Reinos, havia o direito da Igreja, os direitos

locais tradicionais de índole consuetudinária, os direitos das corporações, o direito dos comerciantes, o direito dos grupos étnicos, os privilégios da nobreza e do clero, sem esquecer a importância do direito romano, reconhecido como fonte de direito e as opiniões dos jurisconsultos. A partir da Revolução Francesa e com a consolidação do Estado moderno, o direito passa a ser essencialmente visto como um produto das assembleias legislativas e, num outro plano, dos executivos, e, no mundo anglo-saxónico (da *common law*), essencialmente dos tribunais (monismo jurídico). O Estado (legislador ou julgador) passa a dispor do (quase) monopólio da produção do direito (o direito é ditado ou reconhecido pelo Estado), tendencialmente restringido à lei (em sentido amplo), com cada vez maior expressão nos diversos tipos de sistemas jurídicos modernos. A racionalização dos diversos tipos de direito até então existentes foi, em regra, efetuada sob o impulso das codificações (Áustria, Baviera), de que são protótipos os Códigos napoleónicos, Civil (1804) e Comercial (1850), verdadeiros instrumentos jurídicos de planeamento socioeconómico, destinados a perdurar no tempo. Nos sistemas continentais, afirma-se, no quadro do direito estadual, do direito positivo, a distinção entre direito privado e direito público. Ao lado da imperatividade e coercibilidade, a lei adquire as características da generalidade e da abstração, corolários do princípio da igualdade entre os cidadãos. A consolidação da democracia representativa, com a instituição do sufrágio direto e universal, e o aprofundamento da noção de Estado de Direito vieram a permitir a existência de mecanismos de deliberação e de controlo que procuram simultaneamente que o direito (ordem normativa) represente a vontade da maioria dos cidadãos e que estes sintam os seus direitos (e interesses legítimos) protegidos pela Constituição, pelas leis e por certos princípios e normas de validade tendencialmente universal. O problema da lei injusta, cuja máxima expressão surge em regimes como o nazi ou do *apartheid* (decisionismo do *Führer*, leis raciais), pode, porém, surgir igualmente em regimes democráticos. Será, por exemplo, o caso das leis que contemplem a pena de morte ou tolerem a tortura como forma de obtenção de confissões.

Hoje, em tempos pós-modernos, de globalização (na sua dupla face da realidade e de ideologia) e de afirmação de cânones económicos (competitividade, produtividade, concorrência institucional e entre jurisdições), o Direito estadual, permanecendo embora como a forma jurídica mais difundida, tende a perder a sua centralidade (reduzido muitas vezes a novo

instrumento da decisão económica ou da decisão tecnocrática, isto é, a um direito funcionalizado), e, cada vez mais, o seu carácter de monopólio estatal. Contribuem para tal a emergência de organizações supraestaduais como a União Europeia, com poderes normativos próprios, a concertação entre público e privado inerente à chamada *governança*, que se traduz num direito estadual negociado e no aparecimento de formas de direito flexível (*soft law*), como os códigos de conduta e de boas práticas, as recomendações, os memorandos de entendimento, etc., a crescente difusão de meios alternativos aos judiciais de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem, bem como de formas de auto-regulação acompanhadas da emergência de um direito desterritorializado, de produção privada institucionalizada (em regra, provindas de grandes escritórios internacionais de advogados), que se fundamenta não na coercibilidade (nem mesmo na esfera do dever-ser), mas na lógica da livre escolha e da adesão espontânea, adequada aos mercados e economias transnacionais (*lex mercatoria*). No limite, segundo a expressão de Cohen-Tanugi (1985), perfila-se um “direito sem Estado”. Ou, de acordo com o ensino premonitório de Orlando de Carvalho, uma “refeudalização” do direito.

A tudo isto acresce, em tempos recentes, um fenómeno assaz preocupante: o aparecimento de um *direito de crise*, decorrente de relações internacionais assimétricas, onde, para salvaguarda do interesse dos credores, são espelhadas em “programas de ajustamento” medidas jurídicas que implicam transformações da ordem económica e mesmo política (as chamadas “reformas estruturais”), que vão muito para além da mera garantia de satisfação dos créditos e que, não raro, têm como consequência a aprovação de normativos contrários aos princípios e valores do direito europeu, e aos direitos emanados das Cartas de Direitos, do direito internacional (v. g., da Organização Internacional do Trabalho) e do direito constitucional interno. O direito da crise é hoje a expressão mais visível da crise do direito.

#### **4. Leis normativas e leis físicas**

Em que medida se distinguem, de um ponto de vista conceitual e científico, as leis normativas (em particular as leis em sentido jurídico) e as leis físicas (v.g, a lei da gravidade) ou, de forma mais ampla, as leis físico-quí-

micas e naturais? E, em concreto, como fazer a destrinça entre as normas jurídicas e as restantes normas que integram o universo social?

A questão tem séculos de existência e tem produzido acesos debates na comunidade científica, assim como milhares de páginas mais ou menos apaixonadas sobre o assunto.

Desde os primórdios da história humana que a necessidade de normas regulatórias se faz sentir com maior ou menor veemência. De facto, os historiadores e os antropólogos têm, sobretudo a partir do século XIX com a reforçada atenção sobre os fenómenos coletivos e a evolução dos povos, sublinhado esta ineréncia ou imanéncia fundamental mesmo nas sociedades primitivas: onde há sociedade, há necessariamente regras. A questão põe-se então quanto à natureza destas regras, sendo esta, para uns, seguindo o brocardo "*ubi societas ibi jus*", jurídica (Ribeiro, 2013: 12), enquanto para outros estaríamos perante regras de convivência social indiferenciadas, de natureza sincrética.

Mas se, onde existe sociedade coexistem necessariamente leis normativas, devemos perguntar-nos qual a diferença fundamental entre essas leis e outras, de natureza física, que igualmente coabitam o léxico do universo científico. Esta é uma questão que entra em complexos problemas de índole filosófica: têm as leis físicas existência independentemente da ação humana ou são leis formuladas pelos homens de ciência a partir da observação e experimentação? Pertencem as leis físicas à ordem da natureza, exprimindo juízos de facto, e as leis normativas ao mundo social e cultural, exprimindo juízos de valor?

Uma das distinções mais habituais neste domínio prende-se com o facto de que as leis físicas enunciam ou descrevem factos ou cadeias de acontecimentos que se verificam de modo necessário e de forma previsível (sendo esta previsibilidade mais ou menos rigorosa), enquanto que as leis normativas, entre as quais as jurídicas, condensam um conjunto de factos ou comportamentos que podem ou não verificar-se, mas que, uma vez verificados, desencadeiam um conjunto de consequências. Se, dentro das leis normativas, nos cingirmos às jurídicas, basta pensar, por exemplo, na proibição do homicídio, cuja violação acarreta sanções penais (que podem ou não vir a ser aplicadas), ou na forma como as leis urbanísticas devem operar a produção de determinados efeitos jurídicos ou ainda, no caso de leis tributárias, nas regras de incidência fiscal sobre determinado rendimento ou nas regras que prevêem uma determinada forma proces-

sual de reagir perante uma liquidação da administração fiscal. Em todos estes casos, as normas jurídicas implicam efeitos quando violadas, em regra efeitos negativos (sanções de vários tipos). No entanto, a efetivação de um determinado comportamento previsto em lei pode desencadear igualmente efeitos positivos, como no caso da atribuição de benefícios fiscais.

Há, porém, alguns elementos que aproximam as leis físicas das normas jurídicas. Atentemos melhor no carácter hipotético das regras normativas, tradicionalmente apontado pela doutrina como um elemento fundamental: se algo ocorrer, se algum facto se produzir (visão da norma) então haverá lugar a determinadas consequências jurídicas ou à produção de determinados efeitos (estatuição). Ora, o mesmo se passa com as leis físicas: se um determinado objeto for lançado no ar (visão) será atraído para o núcleo da terra em função da lei da gravidade (estatuição).

Desta forma, devemos perguntar-nos em que consiste a diferença fundamental, do ponto de vista conceitual, entre ambas as ordens de regulação, as leis físicas e as normativas.

A distinção fundamental prende-se com a origem das normas: enquanto que as leis jurídicas são sobretudo leis socioculturais, vistas, em regra, como um produto da ordem social (v. g., os usos e costumes, o “direito achado na rua”) ou como um produto da vontade religiosa (de Deus) ou política (do Povo, do Monarca, do Chefe, do presidente, de um Parlamento consoante o sistema político em vigor), as leis físicas decorrem essencialmente de um mecanismo de observação da realidade. De facto, enquanto estas últimas descrevem sobretudo a forma como se desencadeiam e se relacionam, de forma articulada, os factos naturais (como surgem, como se desenvolvem, qual o impacto no ambiente ou contexto), as normas jurídicas não tendem a descrever o real (embora por vezes possam ter, também, um caráter descriptivo), mas procuram moldá-lo, transformá-lo, produzir efeitos até então inexistentes. Desta última característica advém a denominada *performatividade* (J. A. Austin, *performativity*) das normas jurídicas e dos próprios atos jurídicos, na medida em que ambos são constituídos por enunciados linguísticos que criam algo, que alteram a realidade (a emissão de uma lei, a leitura de uma sentença, o sim dos nubentes).

Por outro lado, enquanto que as normas jurídicas podem ser alteradas, respeitando um conjunto mais ou menos complexo de procedimentos jurídico-administrativos e não perdem, por isso, a sua validade, as leis

naturais não se encontram no mesmo grau de dependência de qualquer elemento volitivo. A lei da gravidade ou a teoria da evolução de Darwin não podem ser alteradas simplesmente porque a comunidade não concorda com os seus efeitos, sob pena de se transformarem em normas erróneas, desprovidas de validade científica. Podem ser refutadas (hoje sabe-se que o sol não gira em torno da terra ou que a natureza não tem horror ao vácuo, embora não exista o vácuo perfeito) pela experimentação que pode operar o aparecimento de um novo paradigma (Kuhn).

Um traço de distinção significativo entre estas duas realidades foi construído em pleno século XX, com a teoria tridimensional do direito. Segundo esta corrente de pensamento, ‘o direito é uma integração normativa de factos segundo valores’ (Real, 1982: 23). Ora, é neste processo integrativo que, segundo esta teoria, residiria a diferença substancial para com as leis naturais: enquanto que as leis jurídicas enquadram a realidade como um agente ativo, dotado de um padrão axiológico prévio que constitui uma ferramenta de transformação, as leis naturais procedem a essa mesma integração segundo critérios objetivos de análise, qualificação e mensuração. Aqui, o agente não é tanto um sujeito ativo na relação ontoconstrutiva, aproximando-se mais de um sujeito passivo observador dessa relação estrutural. No entanto, a mecânica quântica parece ter vindo relativizar esta distinção, ao permitir reequacionar o papel do observador.

Por último, estes dois tipos de leis distinguem-se ainda no âmbito das suas finalidades. A sua existência e formulação assentam em juízos autónomos cujos objetivos são estruturalmente diferenciados: enquanto que as leis jurídicas (como expressão mais abrangente do direito) visam essencialmente a regulação social tendo em vista a proteção do tecido social e a realização equilibrada de um “bem comum” a definir (Jesheck, 1915-2009), as leis naturais têm como objetivo apenas fornecer elementos de compreensão tão exatos e fiáveis como possível acerca do ambiente que nos rodeia. Este padrão distintivo remete, talvez, para as diferentes ordens axiológicas que subjazem a ambos os tipos de normas: enquanto que a ordem jurídica é essencialmente uma ordem de valores (uma ordem cultural), a ordem natural é essencialmente um conjunto de factos empírica e objetivamente enquadrados e articulados.

## 5. Pluralidade das ordens normativas nas sociedades

### 5.1. A ordem social

Vimos que o homem é um ser cuja natureza é essencialmente social. Com efeito precisa de viver em comunidade e de trocar as mais diversas experiências, das materiais às afetivas. A expressão latina *unus homo, nullus homo* traduz bem o lado social do homem. A prova de que isolado este nada será é-nos dada pela história do menino selvagem de Aveyron narrada por Lucien Malson e difundida no cinema por François Truffant.

O mundo onde o homem vive obriga-o a conviver com outros, e nessa convivência são postuladas regras, que procuram disciplinar a necessária relação do homem com outros. Estas regras corporizam desde logo a ordem social. No plano sociológico são igualmente um instrumento de controlo social e, muitas vezes, de dominação.

Esta ordem (não necessariamente consensual) cumpre funções muito importantes, desde logo a manutenção da coesão social, procurando prevenir ou resolver problemas e conflitos sociais e humanos. Ela implica a existência de estabilidade normativa de forma a permitir não só orientar os seus membros na prossecução de objectivos comuns, como equacionar, com segurança, o próprio planeamento do futuro.

As normas que integram a ordem social, que modelam ou organizam condutas, não se confundem, como se disse, com as leis físicas. Aquelas possuem natureza cultural e, mesmo que violadas, subsistem por referência a valores ou por se adequarem a fins socialmente pretendidos.

Sendo certo que para o nosso estudo nem todas as normas sociais (culturais) nos interessam, ocupamo-nos agora da análise, necessariamente breve, dos principais tipos de normas que se propõem orientar as relações humanas.

Esta análise permite distinguir melhor a ordem jurídica (o *direito* em sentido amplo) de outras ordens normativas que com ela coexistem nas sociedades (antigas e contemporâneas), sem contudo com ela se confundirem.

### 5.2. As normas religiosas

Existem e presumivelmente sempre existiram no mundo múltiplas religiões. A conduta religiosa decorre de normas que tutelam as relações

dos crentes com a divindade (Deus). Nas civilizações mais antigas, religião, magia e direito, como vimos, confundiam-se, não tendo o direito (a ordem jurídica) autonomia. Durante muito tempo, os detentores do poder político, monarcas ou não, procuraram impor aos seus súbitos a fé do império, da república ou do reino. A conduta dos homens em sociedade (na esfera económica, política, etc.) era largamente orientada por normas religiosas.

Com o Renascimento e a Revolução Francesa, a situação alterou-se, passando a divergir consoante as religiões tenham sido, mais ou menos, atingidas pelo movimento de secularização do Estado e da sociedade. O Catolicismo e o Protestantismo aceitam hoje a separação entre a Igreja e um Estado tendencialmente laico. No entanto, persistem resquícios de outras concepções: assim, existe uma fusão entre poder temporal e religioso no Estado do Vaticano, a rainha de Inglaterra é a chefe da Igreja Anglicana e o Estado espanhol, até há pouco, afirmava-se um estado confessional. A situação é, porém, bem distinta relativamente a religiões como o Islã-mismo e o Judaísmo, em que a separação Igreja-Estado não se verifica ou dificilmente se afirma (caso, v. g. da Turquia), havendo uma submissão do Estado e do Direito às normas e valores religiosos. O exemplo extremo é o de alguns países do Médio Oriente ou de grupos mais radicais (o Estado Islâmico), em que a religião comanda o essencial da vida social e legitima a guerra santa.

Subjacente a qualquer ordem religiosa está a ideia de que a religião, forma de ligação entre os crentes, é necessária para encarar a transitória vida terrena, que só alcança um sentido por adesão a valores eternos, transcendentais, projetados numa ideia de vida ultraterrena, sendo os homens julgados pela forma como viveram a sua própria existência.

Na civilização ocidental laicizada, em que a ordem religiosa tende a diferenciar-se da ordem jurídica, não pode afirmar-se que as normas religiosas estejam de todo ausentes das relações entre os homens tuteladas pelo direito, havendo muitos exemplos de juridificação de normas religiosas. Mas as normas religiosas, enquanto tal, partem de um ponto de vista diferente, elencando prioritariamente os deveres dos homens para com Deus ou para com a Igreja. A regulação indireta das relações entre os homens só interessa à religião na medida em que exprima a relação com Deus. Certas Igrejas, como a Católica e a Anglicana, possuem mesmo o seu próprio Direito, o Direito Canónico, voltado para a regulação da organização e funcionamento de uma comunidade religiosa.

A violação das normas religiosas pode, a exemplo da violação das normas jurídicas, levar à aplicação de sanções de ín dole *religiosa, terrenas*, como por exemplo a excomunhão, forma extrema de estigmatização social no seio da comunidade dos crentes ou *extraterrenas*, como a condenação ao inferno. Tais sanções repercutem-se no meio social com uma intensidade que tem vindo a variar ao longo da história.

A plena distinção entre as ordens normativas da religião e do direito fica demonstrada pela existência de numerosas normas jurídicas, cujo conteúdo é completamente irrelevante do ponto de vista religioso, e vice-versa.

Estamos assim perante realidades distintas, embora não indiferentes uma à outra. Portugal afirma-se um Estado laico e reconhece o pluralismo religioso, fundado na separação entre as Igrejas e o Estado. Há muito que o direito entre nós deixou de encontrar legitimação em qualquer origem divina. O que não significa indiferença da ordem jurídica perante a ordem religiosa: basta pensar no princípio constitucional e nas leis que garantem a liberdade religiosa, na Concordata entre a Santa Sé e o Estado português, no regime especial do casamento católico previsto no Código Civil ou em certos benefícios fiscais de que usufrui, entre outras, a Igreja Católica.

Um caso narrado na imprensa diária (jornal *O Público* de 1 e 2 de julho de 2014) centra-se na relação existente entre as duas ordens. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos considerou legítima a proibição do uso do véu integral em França introduzida por uma lei de 2010, segundo a qual “ninguém pode, no espaço público, envergar uma peça de vestuário destinada a dissimular o rosto”. Uma jovem francesa de 24 anos contestou essa proibição em nome, entre outras coisas, da liberdade religiosa. O tribunal, porém, não lhe deu razão, decidindo que tal norma não é contrária à Convenção Europeia dos Direitos Humanos. O Estado francês havia invocado que a lei não era anti-religiosa, uma vez que dizia respeito a todas as formas de ocultação do rosto.

### **5.3. As normas morais**

A moral, segundo Cabral de Moncada (1966, vol. II: 134ss.), é constituída por um conjunto de conceções, regras e preceitos, obrigatórios para com a consciência, pelos quais esta rege a conduta do(s) homem(ns) em sociedade e que se situam muito para além do Direito e, às vezes mesmo,

entram em conflito com este. A norma moral pressupõe assim a consciência de um dever, duma conduta que deve ser observada.

A ordem moral carateriza-se pois pela natureza interior (íntima), absoluta e espontânea do dever moral, sendo a sua esfera de aplicação imensa, indo até onde pode chegar a consciência humana.

No plano histórico, a relação entre a moral e o direito sempre esteve presente, muitas vezes de forma indiferenciada. Hoje, à ordem jurídica interessam fundamentalmente os atos da vida de relação, ou seja, as ações humanas exteriorizadas, que afetem positiva ou negativamente a ordem social, ao contrário da ordem moral, à qual interessa o processamento interior, por via do pensamento e da consciência (Amaral, 2004: 97ss.).

A moral carateriza-se pela autovinculação e pela importância primordial que acaba por atribuir à motivação das condutas. Já o direito (que se fundamenta numa determinada conceção da moral) acentua a imposição heterónoma das suas normas e os aspectos externos ou sociais da conduta humana que constituem o foco da sua atenção. Como refere Latorre (2002: 31), fixa “autoritariamente norma válidas para todos, sejam quais forem as suas opiniões pessoais”.

Por outras palavras: o direito ordena o que é necessário ao fim temporal do(s) homem(ns), enquanto a moral afeta o que de mais íntimo há na pessoa. Segundo alguns, porém, a moral gozaria de uma superioridade que lhe permitiria intervir na própria criação, interpretação e aplicação do direito, nela se baseando a imposição de regras formais, como o caráter de generalidade, a publicidade, a não retroatividade e a clareza das normas jurídicas. Segundo outros, competiria ao direito a imposição de modelos éticos de conduta e convivência humana.

Resumindo: sendo distintas quanto ao fundamento do dever-ser e quanto ao tipo de sanções existentes, as normas morais e as jurídicas têm pontos de contacto ou elementos comuns. Assim, por exemplo, ambas tendem a cristalizar-se em sistemas normativos, isto é, conjuntos de regras de conduta dirigidas aos seres humanos, informais e inorgânicos os primeiros (os sistemas morais), formais e de produção orgânica, oficial, os jurídicos; as normas morais, quando partilhadas, estão na base da moral social ou coletiva que recobre frequentemente o mesmo campo de aplicação das normas jurídicas (por exemplo, a proibição do incesto, ou do assassinio). Mas existem também importantes clivagens: embora ambas tenham natureza coativa e sejam garantidas por sanções, estas são de índole muito diversa;

acresce que, sendo as sociedades compostas por grupos, estratos, classe sociais distintas, nelas não existe apenas um critério moral, um único sistema, mas vários muitas vezes conflituais entre si. O denominador comum entre estes distintos critérios morais constitui o “mínimo ético” que a ordem jurídica tende a impor, mesmo contra a vontade de alguns dos seus membros, caso tal se mostre necessário.

#### 5.4. As normas de trato social

A ordem de trato social (*Sitte*) é constituída por normas que são também denominadas de usos sociais, regras de etiqueta, de cortesia ou de boa educação, ou seja, de regras destinadas essencialmente a tornar a convivência mais agradável.

Tais regras influenciam ou dirigem a maioria dos nossos atos, como a forma de vestir, de comer, de saudar ou responder a uma saudação, a oferta de presentes a certas pessoas, a retribuição de uma visita. São normas dotadas de vinculatividade, pois impregnam práticas sociais normalmente observadas (são impessoais) ou impõem-se pela pressão que é exercida pelo grupo social a que se pertence (são coativas: a sua violação dá origem a sanções de estigmatização social). Algumas vezes são escritas, constando de documentos com forma de diploma (normas de *soft law*, como os códigos de boas práticas ou certo tipo de protocolos). Outras vezes são acolhidas pela ordem jurídica, transformando-se em verdadeiras normas jurídicas, como ocorre, no direito militar, com a obrigação de fazer a continência aos superiores hierárquicos ou, no processo criminal, com a obrigação de o réu se levantar na presença do juiz.

Embora a ordem de trato social apresente semelhanças com as ordens jurídica e moral, há, no entanto, significativas diferenças entre elas.

Assim, enquanto a ordem jurídica prevê e quantifica as sanções que se aplicam a condutas ilícitas e institui órgãos específicos e procedimentos adequados para a sua aplicação, as sanções por violação das normas de trato social são em regra difusas, inorgânicas e informais (reprovação social), podendo, porém, assumir formas como a expulsão do grupo social. Acresce que as normas jurídicas possuem uma estrutura bilateral (obrigam e facultam), enquanto as de trato social são unilaterais (obrigam mas não facultam). Por outro lado, estas últimas também não se confundem com as

normas morais, porque, apesar do seu carácter coativo, as normas de trato social não exigem a retidão da intenção que motiva a conduta externa.

Deste modo, as normas de trato social não podem ser confundidas nem com normas jurídicas, nem com normas morais. São puros usos ou práticas decorrentes de convenções sociais, com pretensão de imperatividade, na medida em que exercem uma pressão sobre os membros de uma determinada sociedade.

A ordem jurídica não é contudo indiferente às normas de trato social. Por vezes acolhe-as (certas gorjetas são entre nós, consideradas como rendimentos do trabalho dependente para efeitos fiscais), outras vezes, quando cerceiam a liberdade humana para além do socialmente aceitável ou impõem amarras que constrangem o desenvolvimento humano, limitá-las (por exemplo, as dívidas de jogo, que são consideradas obrigações naturais) ou, quando põem em causa a vida humana, proíbe-as (o duelo resistiu, apesar de a lei o proibir, até épocas bem recentes). Por vezes, os usos transformam-se em costume ou em lei, chegando esta a impor mesmo novas formas de trato social.

Refira-se, por fim, que o nosso Código Civil estabelece (art. 3º) que os usos que não forem contrários aos princípios da boa-fé são juridicamente atendíveis quando a lei o determine.

## 6. As normas jurídicas e a ordem jurídica nas sociedades modernas

### 6.1. A ordem jurídica e o direito objetivo

Segundo Max Mayer (*apud* Hart, 1996: 18) “até agora não houve um jurista nem um filósofo do Direito que tenha acertado a formular uma definição unanimemente aceite”. De facto, podemos dizer que é tarefa impossível compreender e explicar as diversas formas em que o direito se manifesta numa única fórmula.

Por isso, autores há que não partem da análise do “direito”, mas de um universo mais amplo onde o “direito” se insere. Ou seja: dada a ambiguidade do termo “direito”, muitos autores falam de *ordem jurídica* (ou ordenamento jurídico) como objeto de estudo mais vasto que o sistema de regras e tendem a analisar este sistema com um dotado de unidade e coerência (sistema jurídico). Assim, por exemplo, Ascensão (2005: 38) diz-nos

que a ordem jurídica de uma sociedade é uma noção englobante em que se inscrevem as instituições, os órgãos, as fontes de direito, o sistema das regras, as situações jurídicas e a própria vida jurídica, reconhecendo, porém, que o estudo escolar do “direito” (visto como incluindo o sistema de regras e as situações jurídicas) tem como elemento nuclear este sistema das regras (sistema normativo ou sistema jurídico).

É neste quadro que surge a distinção, comum no seio dos juristas, mas não isenta de dificuldades, entre direito em sentido objetivo e direito em sentido subjetivo.

O *direito objetivo* é, numa primeira aproximação, constituído por um conjunto de normas jurídicas correlacionadas e harmónicas entre si, gozando de estabilidade num certo tempo (Justo, 2012: 36ss.). Integrando a ordem jurídica, a este sistema de normas vigentes num determinado tempo e espaço, podem ser apontadas sumariamente seis características principais, algumas inerentes à própria ideia de norma social ou de norma ética, outras mais específicas da norma jurídica. Sendo tema a desenvolver posteriormente, aqui limitamo-nos a dar conta, de forma breve, de tais características:

- a) Necessidade e alteridade, decorrente da natureza social do homem. Precisando de comunicar, produzir e consumir bens e de se reproduzir, os homens realizam-se pela e na convivência com os outros. Todas as sociedades necessitam de um conjunto de preceitos que disciplinem este comportamento. Nas sociedades primitivas, estes preceitos existiam como um amálgama (sincretismo). Nas sociedades modernas as regras jurídicas tenderam a autonomizar-se das restantes e a constituírem-se em sistema. De qualquer modo, o direito não disciplina a conduta de um homem isolado (do indivíduo), mas do homem ser social em relação com outros, vivendo e convivendo em sociedade.
- b) Exterioridade. As normas jurídicas disciplinam os comportamentos que se manifestam para o exterior. A consciência pode determinar motivos, mas uma mera intenção, sem manifestação externa, não provoca direito.
- c) Imperatividade. Tradicionalmente tem-se entendido que as normas jurídicas são imperativas, isto é que, na sua essência, está um dever-ser que aspira à sua obediência incondicional, como se não

houvesse possibilidade de escolha entre o seu cumprimento e a sua inobservância.

- d) Coercibilidade. Esta traduz-se na susceptibilidade de aplicação coativa (pela força, se necessário for), a quem violar uma norma jurídica, dos diferentes tipos de sanções prescritas pelo direito. Deste modo, não cumpre apenas uma função de reprimir condutas juridicamente indesejáveis ou nocivas, mas também uma função preventiva ou pedagógica. A coercibilidade é frequentemente apontada pela doutrina positivista como um elemento essencial do direito e pela doutrina que busca a “essência” do direito para além do seu concreto “existir”, como um elemento necessário, mas exterior à ideia de direito. Para os primeiros, o direito depende da força. Para os segundos, o direito, na sua essência, confunde-se com a ideia de justiça. A primeira posição tende a esquecer que a norma jurídica funda-se na legitimidade da ordem jurídica em que se integra e que esta não existe apenas pela imposição do recurso à força, mas implica a afirmação da hegemonia do poder político dominante. Neste sentido, a juridicidade de uma norma não pode resultar da mera coercibilidade, uma vez que a própria coercibilidade tem que ser legitimada e esta só o é, pelo menos em democracia e num Estado de direito, por via da emanação de normas jurídicas legítimas. A segunda tende a projetar uma determinada ideia de justiça (a “essência” do direito) na ordem jurídica, ideia essa que, as mais das vezes, não é senão uma construção idealizada dos próprios autores ou uma forma de explicitação da visão hegemónica de um dado grupo social. Mesmo o brocardo “dar a cada um o que é seu” (*suum cuique tribuere*) pressupõe resolver a questão de saber qual o critério de distinção entre o teu e o meu e este critério, fundamento da “ideia de justiça”, pode revelar-se, na realidade, profundamente injusto (no fundo reflete a visão de que o ser é o que deve ser). O recurso a um exemplo pode ajudar a esclarecer a questão da coercibilidade: um imposto é imposto porque é imposto. Se não fosse imposto, não era imposto, mas dom (contribuição voluntária). O que não significa que o imposto (coercivamente aplicado) seja necessariamente um imposto justo. Mas significa que quanto mais justo for o imposto, maiores probabilidades tem de ser acatado voluntariamente pelos cidadãos.

- e) Estadualidade. Alguns autores, na esteira de Kelsen, defendem que, em rigor, não existe distinção entre Estado e Direito, uma vez que o Estado nada mais seria que a ordem jurídica (Kelsen, 1962: 163ss). Outros defendem que as normas jurídicas são criadas exclusivamente pelo Estado (monismo jurídico). Hoje estas posições tendem a ser superadas, admitindo-se que Direito e Estado são realidades articuladas entre si, mas distintas, e que nem todo o direito é de produção (e aplicação) estatal. Para além da coexistência de outras ordens jurídicas num mesmo território (o direito internacional, o Direito da União Europeia, o direito canônico), e da maior ou menor persistência do direito consuetudinário, existem outras realidades normativas, por vezes em conflito ou tensão com as estatais, às quais começa a ser reconhecido, por muitos, o estatuto de normas jurídicas (pluralismo jurídico). A questão extrema é a da coexistência de duas ordens jurídicas distintas e conflituais com pretensão de vigência no mesmo território (v. g. o direito estatal e a *sharia*).

De qualquer modo, a maioria das normas jurídicas vigentes num Estado moderno tem origem estatal (na função legislativa do Estado) ou reconhecimento estatal ou é oficialmente aplicada por órgãos do Estado (administração pública, tribunais).

É no quadro do direito estatal (do direito positivo) que se fala, em regra, de direito objetivo (*law*) para designar “o corpo ou complexo de regras gerais e abstratas que organizam a vida em sociedade sob os mais diversos aspectos e que, designadamente, definem o estatuto das pessoas e regulam as relações entre elas” (Machado, 1983: 64). E é a propósito do direito objetivo que, como se verá mais tarde, é usual tratar da macroestrutura do sistema jurídico, analisando os ramos de direito público e de direito privado que integram este sistema.

## 6.2. O(s) direito(s) subjectivo(s)

O direito objetivo (*law*) tem prioridade, pelo menos lógica, sobre o direito subjetivo (*right*). Aquele é uma realidade objetiva existente fora e acima dos indivíduos que pretende regular; o outro traduz, na linguagem

de Baptista Machado (*ibidem*, p. 64) “aqueelas posições de privilégio (direitos), faculdades ou poderes que, por *aplicação* das regras de direito objetivo, são atribuídas a pessoas determinadas, uma vez verificados certos eventos (factos jurídicos em sentido lato) previstos naquelas mesmas regras”.

Pense-se por exemplo nas normas constantes do Código Civil. Elas constituem direito objetivo, porque são totalmente exteriores aos indivíduos, traduzindo um conjunto de preceitos abstratos, que comandam a conduta dos particulares e disciplinam os seus conflitos de interesses. Ao invés, o direito de um proprietário sobre uma coisa é um direito subjetivo que a ele é atribuído face a terceiros, os quais ficam adstritos ao dever de não perturbar o uso, fruição e poder de dispor legítimos da coisa que àquele pertence.

A distinção entre direito em sentido objetivo e subjetivo não é, porém, absoluta, pois ambos os sentidos não deixam de transmitir uma visão da mesma realidade observada por dois ângulos distintos.

A atribuição da titularidade de um direito subjetivo a alguém tem como contrapartida a consagração de um dever jurídico (obrigação) ou, pelo menos, de um estado de sujeição (correspondente a um direito potestativo), por parte de outra(s) pessoa(s).

Poderíamos assim classificar o direito subjetivo como a faculdade ou o poder, reconhecido pela ordem jurídica, de uma pessoa exigir ou pretender de outra um determinado comportamento positivo ou negativo, ou de, por ato da sua livre vontade, só por si ou integrado por um ato de autoridade pública (decisão judicial) produzir determinados efeitos jurídicos que inevitavelmente se impõem a outra pessoa (Justo, 2012: 37).

O direito subjetivo traduz assim a exigência lógica duma conceção do mundo consistente com o individualismo liberal.

## **7. Fundamentos e fins da ordem jurídica**

### **7.1. Fundamentos**

Este tópico – os fundamentos da ordem jurídica ou, noutra linguagem, a sua legitimização – remete para um problema de natureza essencialmente filosófica. É no entanto importante compreender que estamos a referir-nos a uma realidade filosoficamente mutável e não a um substrato fixo

(Peczenik, 1984: 394): o fundamento da ordem jurídica – assim como a noção material de crime, por exemplo – é histórica e geograficamente mutável. As diversas comunidades humanas encontraram, ao longo da história, diferentes fundamentos para a constituição da sua própria ordem normativa. Aqui não será indiferente a milenar questão que opõe o pensamento jusnaturalista e positivista em matéria de ordem jurídica (questão a desenvolver em próximo capítulo), na medida em que esta espelha, de certa forma, os próprios conflitos e a evolução histórica da cultura jurídica ocidental. Tudo isto não invalida que as sociedades conheçam certos tabus (como o da proibição do incesto) que são comuns a diversas culturas, pelo menos a partir de certo nível do processo de evolução humana.

Assim, enquanto que, na Alta Idade Média, Deus (ou a Santíssima Trindade) aparece como fundamento último da ordem terrena e, consequentemente, também da ordem jurídica – é esse o pensamento de S. Agostinho, por exemplo, na *Cidade de Deus* – após a consolidação do humanismo racionalista e a emergência das diversas concepções iluministas na Europa, o fundamento da ordem jurídica desloca-se progressivamente para o próprio Homem, conceito que, no entanto, será entendido de modo significativamente diferente desde finais do século XVII até ao século XX. Um exemplo fidedigno do novo pensamento antropocêntrico dominante é-nos oferecido pela Constituição norte-americana de 1787, ao iniciar o texto normativo com um expressivo “*We, the People*”, expressão inequivocamente caraterizadora de um fundamento da ordem jurídico-constitucional centrado na vontade popular, independentemente da forma como esta será organizada e canalizada através dos mecanismos políticos de representação e decisão.

De forma necessariamente sintética, apresentamos de seguida os fundamentos da ordem jurídica tal como analisados pela historiografia jurídica contemporânea:

#### *a) Fundamentos teocêntricos:*

- Deus como fundamento directo da ordem jurídica (ex: As Ordenações Portuguesas);
- A Natureza, o outro nome da divindade, como fundamento da ordem jurídica, que assim deverá tornar-se um ‘espelho’ fiel da ordem natural prévia ou de valores imanentes à natureza humana (ex: muitos defensores do pensamento jusnaturalista);

- O Monarca absoluto, intermediário divino, como fundamento da ordem jurídica vigente, o Papado no Sacro Império ou ainda o regime vigente em alguns Estados islâmicos totalitários, governados pelos ‘emissários de Deus’, seus intermediários na decisão justa (Comellas, 2005: 321).

**b) Fundamentos antropocêntricos:**

- A vontade popular (coletivamente entendida) como fundamento da ordem jurídica (ex: o pensamento leninista revolucionário da primeira metade do século XX em que os conceitos de ‘vontade popular’ e ‘vontade revolucionária’ tendiam a confundir-se);
- A vontade popular (individualmente considerada, sobretudo através do voto) como fundamento da ordem jurídica;
- A Constituição como fundamento da ordem jurídica (ex: as democracias representativas contemporâneas);
- A consulta direta ao povo como fundamento das normas jurídicas vigentes (ex: a democracia direta suíça);
- A dignidade humana como fundamento da ordem jurídica, substanciando-se num elemento misto de jusnaturalismo e juspositivismo. A ordem jurídica fundamenta-se no Homem enquanto elemento ativo da relação jurídico-ontológica, mas não apenas na sua vontade, que se encontra assim fortemente limitada pela dignidade da pessoa humana e as derivações axiológicas, dogmáticas e valorativas daquele princípio. (Ex: as Constituições europeias do pós-II Guerra Mundial como a Constituição federal alemã e a própria Constituição portuguesa de 1976).

## 7.2. Os fins

A temática dos *fins* da ordem jurídica pode ser vista numa ótica essencialmente filosófica, interligada com os fundamentos do sistema normativo, ou numa ótica mais sociológica, coincidente com a análise das funções dessa mesma ordem. Cingindo-nos aqui à primeira, e em termos necessariamente breves, poderíamos dizer que é da caracterização dos fundamentos que se poderá compreender as finalidades da ordem jurídica. Se, tal como atrás se enunciou, o direito é a integração dos factos segundo uma ordem de

valores, o preenchimento deste elemento axiológico é necessariamente uma categoria aberta, cuja densificação se ficará a dever, materialmente, aos fundamentos da ordem jurídica.

As finalidades da ordem jurídica constituem, assim, um dos seus mais importantes elementos caracterizadores, atrás referido: a *performatividade (performativity)*. A ordem jurídica tem como objetivo moldar o real, transformá-lo de acordo com um conjunto pré-ordenado de valores, sejam estes de natureza imanente ou transcendente.

Ora, é na caraterização desse conjunto de valores originais que as várias correntes de pensamento se distinguem entre si quanto às finalidades da ordem jurídica. Enquanto que para os juristas medievais como Bártole e S. Agostinho a ordem jurídica deveria empenhar-se na reprodução da ordem divina, fazendo assim corresponder a cidade terrena e a cidade celestial, para os pensadores iluministas como Voltaire o direito deveria traduzir-se numa ordenação racional da sociedade, promovendo a resolução pragmática dos vários problemas segundo uma ordem de racionalidade compreensível pelos cidadãos.

As diversas correntes derivadas do marxismo têm como denominador comum a ideia de que a ordem jurídica tem como finalidade primeva a sustentação e reprodução da ordem económica, política e ideológica vigentes e respetiva dominação da classe: assim, a ordem jurídica do modo de produção capitalista assentaria essencialmente na garantia da propriedade privada dos meios de produção, na liberdade contratual, sustentáculo da esfera da circulação e dos mercados, e no direito à herança. A superação do capitalismo implicaria, neste modo, a superação das instituições jurídicas construídas pela ordem política e cultural burguesa, não apenas no âmbito estrito do Estado-nação, mas numa lógica de internacionalização. As divergências entre estas correntes surgem quanto às vias políticas de superação do capitalismo (revolução proletária, aliança operário-campesina, revolução popular, frentes populares, vias reformistas num quadro democrático) e quanto ao recurso às instituições jurídicas burguesas para a superação (conceito distinto do de aniquilamento) da sociedade burguesa ou para a consecução de fins anticapitalistas.

Por sua vez, segundo o pensamento liberal clássico, a ordem jurídica (do capitalismo) deveria restringir-se à regulação mínima da sociedade (em particular da ordem económica), permitindo que os indivíduos e as empresas coabitassem e prosperassem, tanto quanto possível,

num ambiente pacificado e estabilizado. Nesta linha, a ordem jurídica deveria sobretudo garantir a ‘paz social’ para que os indivíduos, as famílias e as empresas pudessem desenvolver-se de forma autónoma e concorrencial.

Como quer que seja, o imaginário da história jurídica ocidental não se contenta com uma visão neutra, instrumental ou formal do direito, atribuindo-lhe essencialmente dois fins relacionados entre si, a segurança e a justiça.

O valor *segurança*, tributário em larga medida do liberalismo, impregna o conceito de Estado de direito e implica paz social interna e externa, segurança nas relações jurídicas e nas transações, segurança dos indivíduos perante o poder político estatal, dela decorrendo a necessidade de o direito ser público, não arbitrário e certo. Hoje, a estas dimensões da segurança outras acresceram, como a proteção da segurança na existência humana, de forma a, minimizando-se os males sociais (desemprego, exclusão social, doença, invalidez, etc.), garantir-se a todos uma vida condizente com a dignidade humana.

Mais difícil é porventura aceder a um conceito universal de *justiça*, pois esta é uma noção que tem evoluído com o tempo e manifesta-se de várias maneiras (por exemplo, justiça comutativa, justiça distributiva). Várias são as teorias modernas da justiça (Rawls, Nozick, Sen, Dworkin, Waltzer, entre outros) com fundamentos filosóficos distintos. Sem esquecer os contributos dados pela psicologia para a análise do desenvolvimento da noção de justiça nas crianças. Em geral, no direito, a ideia de justiça anda ligada à ideia de igualdade em sentido material, à ideia de devida proporção. Mas este é tema que será desenvolvido em capítulo posterior.

Resta aqui concluir que hoje é inegável que as conceções mais radicais ou unilaterais quanto às finalidades do ordenamento jurídico têm dado lugar, progressivamente, a concepções híbridas, com a doutrina dominante a colocar a tónica na regulação da sociedade e na proteção dos bens jurídicos fundamentais (em ordem à preservação e manutenção do tecido social), segundo uma relação hierárquica constitucionalmente definida, embora temperada com a necessidade de manutenção dos laços formais/institucionais que caracterizam os Estados de Direito contemporâneos. Se a busca da justiça material é hoje uma orientação relativamente consensual, é bom não esquecer que, como expressava convictamente Rudolph von Jhering, “*a forma é irmã gémea da liberdade e inimiga jurada do arbítrio*”.

## 8. A ordem jurídica como objeto de conhecimento

### 8.1. O saber jurídico no concerto das ciências sociais e humanas

Ninguém põe em causa a existência de um saber especificamente jurídico. Muitos põem, porém, em causa que esse saber tenha caráter científico.

Posta assim a questão, ela implica ultrapassar a ambiguidade do termo “direito”, que, como se disse, tanto é usado para referir o saber jurídico, como o objeto desse saber. Clarificado isto, a resposta à questão atrás enunciada depende em larga medida do que se entende por ciência. E aqui a epistemologia (ou teoria do conhecimento científico) pode dar-nos uma ajuda. Se pensarmos na classificação das ciências operada por Jean Piaget, não há dúvida de que os saberes jurídicos não integram os grupos das ciências lógico-matemáticas, das ciências físicas e das ciências biológicas. A questão é pois a de saber qual o seu lugar no concerto das chamadas ciências sociais e humanas. Ora também estas são, segundo o mesmo autor, susceptíveis de serem agrupadas em quatro grupos: para além do grupo das ciências jurídicas propriamente ditas, Piaget refere-se às ciências nomotéticas que procuram desvendar a existência de leis sociais, isto é, de regularidades ou tendências observáveis (economia e sociologia, entre outras), às ciências históricas, que procuram atingir a complexidade e originalidade irredutível de cada processo social concreto que se desenvolve ao longo do tempo, e às disciplinas filosóficas. Representando a filosofia uma tomada de posição racional em relação à totalidade do real, ela será contudo mais uma sabedoria que um saber científico, uma *sagesse* que um *savoir*, muito embora algumas disciplinas filosóficas, como a lógica (formal e informal, simbólica e matemática), possam ser muito relevantes para o desenvolvimento das Ciências matemáticas, físicas, biológicas e das próprias ciências sociais e humanas.

O estudo desse objeto do conhecimento a que chamamos “direito” é efetuado por disciplinas de qualquer destes grupos: temos assim, por exemplo, ao lado das disciplinas especificamente jurídicas, ciências nomotéticas que analisam a faceta jurídica dos fenómenos económicos, sociais e culturais, como a Economia do Direito e a Análise Económica do Direito, a Sociologia do Direito (das instituições, das práticas e das representações jurídicas) e a Antropologia do Direito; ciências históricas como a História

do Direito, das Instituições e da Cultura Jurídica e disciplinas filosóficas, como a Filosofia do Direito.

Em qualquer caso, as disciplinas especificamente jurídicas (Teoria do Direito, Dogmática Jurídica, ramos do saber jurídico) preocupam-se, a exemplo das ciências sociais nomotéticas, com normas, valores e signos (Santos, 1986).

A questão do tipo de conhecimentos (ciência, arte ou técnica?) diz essencialmente respeito às disciplinas especificamente jurídicas, nomeadamente aos chamados ramos de direito. Para além da questão de saber se é possível uma ciência normativa, põe-se ainda a questão do estatuto de uma ciência eminentemente prática?

## 8.2. O saber do jurista prático

Vejamos a ótica do jurista prático. Ao prático, seja advogado, juiz, conservador, notário, funcionário, consultor, etc., interessa sobretudo resolver as questões com que são confrontados no seu trabalho quotidiano. Para tal, perante a multiplicidade de factos que lhes são apresentados num caso concreto, os juristas práticos têm que determinar quais são os factos relevantes e quais são os factos irrelevantes no plano jurídico (a chamada “questão de facto”). Têm, em seguida, que se debruçar sobre a “questão de direito”, em particular a questão de saber como qualificar juridicamente os factos: por exemplo, a entrega de bens móveis produzidos ou montados sob encomendas, quando a totalidade dos materiais seja fornecido pelo sujeito passivo que os produziu ou montou é, para efeitos de IVA, qualificada como transmissão de bens ou como prestação de serviços? Da multiplicidade das normas existentes, os juristas selecionam as que se afiguram aplicáveis, no tempo e no espaço, à situação a resolver (*heurística jurídica*), ordenando-as segundo uma determinada hierarquia (hierarquia das fontes). Tais normas constam hoje, na grande maioria dos casos, de diplomas escritos, estruturados segundo a técnica do articulado (as “leis” em sentido amplo), diplomas que se apresentam sob a forma de códigos, estatutos ou leis avulsas. Os artigos são enunciados linguísticos, constituídos por palavras e frases gramaticais. O discurso das leis exige pois a sua interpretação. Para tal, os juristas socorrem-se de métodos e técnicas de interpretação (*hermenêutica jurídica*) que têm evoluído ao longo dos

tempos, variando, no limite, entre o total apego à letra da lei (exegese) e a total liberdade interpretativa (direito livre). Neste processo interpretativo podem os juristas detetar contradições entre normas, por vezes tão graves que podem conduzir à não consideração de algumas delas. Outras vezes, por não conseguirem encontrar qualquer norma aplicável ao caso concreto, terão de recorrer à analogia que, segundo Baptista Machado (1983: 326), representa “a espinha dorsal do discorrer jurídico”, de forma a suprir a lacuna encontrada. Como se verá no capítulo próprio, o Código Civil de 1966 vai, porém, mais longe, no art. 10, nº 3, ao estipular que, na falta de caso análogo, a situação deve ser resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema.

Mesmo usando os cânones interpretativos acolhidos consensualmente pela comunidade jurídica, as interpretações das normas podem levar a resultados distintos, bastando pensar que qualquer texto pode ter, pelo menos, duas interpretações distintas, a do autor (legislador), e a do leitor (intérprete). Havendo decisão em tribunal, o juiz, após fixar os factos juridicamente relevantes que foram dados como provados, ponderará as interpretações apresentadas pelas partes (contraditório) e formulará a sentença, da qual, muitas vezes, haverá recurso para instâncias judiciais superiores. A sentença não é um puro exercício de lógica, embora a lógica jurídica seja importante, nem de linguística jurídica, embora esta seja igualmente importante, mas um exercício de prudência, de equilíbrio, de balanceamento de interesses e valores. Os recursos funcionam, neste quadro, como um mecanismo de potencial racionalização e uniformização das decisões judiciais (redução da incerteza).

A atividade do jurista prático não se esgota aqui. Participa em negociações (comerciais, políticas, diplomáticas, etc.) em que o conhecimento do direito funciona como mecanismo de prevenção de ilicitudes, redige contratos e outros documentos jurídicos, certifica actos, dá pareceres, frequentemente faz formação profissional em matérias de sua especialidade (direito do trabalho, direito fiscal, direito dos contratos, etc.). Se for advogado, pode instaurar ações em tribunal, redigir peças judiciais, fazer alegações (para as quais é importante o domínio da retórica), etc.

A atividade do jurista prático assemelha-se, na resolução de um caso concreto, à do cirurgião. É simultaneamente uma técnica e uma arte. Mas uma técnica e uma arte que convocam para o seu exercício vários saberes, internos e externos ao mundo do direito. Neste sentido, o exercício das

funções jurídicas, a ser ciência, é ciência prática que alia o conhecimento dos factos ao conhecimento das proposições normativas.

### 8.3. Dogmática Jurídica e Teoria do direito

Dada a ambiguidade do termo direito, muitos juristas que se dedicam à produção teórica falam de sistema jurídico, sublinhando a unidade e coerência que a totalidade das normas jurídicas. Alguns falam ainda de *ordem jurídica* (ou ordenamento jurídico) como objeto de estudo mais vasto que o sistema jurídico. Assim, por exemplo, como se referiu, Ascensão (2005: 38) afirma que a ordem jurídica de uma sociedade é uma noção englobante em que se inscrevem as instituições, os órgãos, as fontes de direito, o sistema das regras, as situações jurídicas e a própria vida jurídica, reconhecendo, porém, que o estudo escolar do direito tem como núcleo o sistema das regras (sistema normativo ou sistema jurídico).

A questão que se põe é então a de saber se o estudo do sistema jurídico, atendendo aos métodos que usa e aos objetivos que se propõe atingir, pode ser ou não qualificado como ciência. É a este propósito que em regra se fala de Ciência do Direito (em sentido estrito) ou, expressão mais usual, Dogmática Jurídica ou teoria positiva do direito positivo (Reale, 1982: 317).

O exemplo mais acabado de proposta da construção de uma teoria científica do direito, formulada autonomamente, sem concessões a derivas históricas, económicas, sociológicas, metafísicas, axiológicas (como o valor *justiça*), etc., é a de Hans Kelsen (1881-1973), na sua obra *Teoria Pura do Direito*, centrada numa questão de ordem exclusivamente formal, a da validade/invalidade das normas jurídicas, pois apenas esta ótica poderia fundar a pretensão de um estudo científico do direito universalmente válida. Segundo Kelsen, que, diga-se de passagem, não ignorava a importância dos contributos das outras disciplinas para o estudo do direito, o ordenamento jurídico está construído como uma pirâmide abstrata, em que as normas inferiores devem estar em harmonia com as normas superiores que, por sua vez, devem derivar e ser compatíveis com a *Grundnorm* ou norma hipotética fundamental (vista, mais tarde por Kelsen como a norma de direito internacional “*pacta sunt servanda*” e, por muitos outros, como a Constituição). Neste caso, o direito tornar-se-ia sobretudo um sistema normativo formal e lógico-científico, de relações de imputação ou implicação,

de derivações lineares, sendo a coerência a grande finalidade insita a todo o sistema jurídico. Hoje, porém, pode afirmar-se com T. Ferraz Jr. (1988: 96), que “os sistemas elaborados pela Dogmática jurídica, embora mostrem uma coerência, não são rigorosamente lógicos, no sentido da lógica formal, como o é um sistema matemático”. A aglutinação das partes ou elementos do sistema num todo coerente deriva, não de um princípio, de um axioma ou conjunto de axiomas, mas sim da existência de um problema, “uma dúvida permanente para a qual existe um dogma (a lei, a decisão judicial, o contrato), que, se não acaba com a dúvida, ao menos fornece um ponto de partida para que ela seja decidida”.

Muitos negam o caráter científico da Dogmática jurídica, uma vez que as soluções dela advenientes são incertas e mesmo arbitrárias, que o direito é mutável, efémero e contingente, dependente da vontade do legislador, que dele é impossível extrair leis gerais, que se trata de um saber que não permite uma acumulação progressiva de novos conhecimentos nem se projeta positivamente no progresso geral ou na vida dos povos. O Direito, como disciplina seria arte, técnica, mas não ciência. Só como metáfora a atividade dos juristas poderia receber o nome de ciência. O modelo de ciência subjacente a estas críticas é o das chamadas ciências exatas ou duras, proveniente do positivismo científico. Este modelo está, porém, hoje em crise, por razões que não compete aqui analisar. Daqui resulta uma conceção de ciência mais aberta à problematização da noção de ciência, uma ideia mais modesta do que a ciência é. Por outro lado, o desenvolvimento das ciências sociais nomotéticas e históricas permitiu estabelecer pontes entre as duas culturas, a cultura científica (das ciências duras) e a chamada “cultura literária” (de que falava C. P. Snow). Acresce que toda a interação social implica a existência de normas, valores e signos, abrindo pontes no campo das relações entre as disciplinas que as estudam, a ciência jurídica e as ciências sociais. Por fim, muitos autores falam de Ciências Hermenêuticas, nas quais se incluiria, ainda que com especificidades, a Ciência Jurídica (Machado, 1993: 374).