

Data enia

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 2 • N.º 03 • Fevereiro 2015



Publicação gratuita em formato digital
Periodicidade semestral
ISSN 2182-8242

Ano 2 • N.º 03
Publicado em Fevereiro de 2015

Propriedade e Edição:
© DataVenia
Marca Registada n.º 486523 – INPI.

Internet: www.datavenia.pt
Contacto: correio@datavenia.pt

A Data Venia é uma revista digital de carácter essencialmente jurídico, destinada à publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de legal research e de legal writing, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da Data Venia nem do seu proprietário e administrador.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores.

A Data Venia faz parte integrante do projecto do Portal Verbo Jurídico. O Verbo Jurídico (www.verbojuridico.pt) é um sítio jurídico português de natureza privada, sem fins lucrativos, de acesso gratuito, livre e sem restrições a qualquer utilizador, visando a disponibilização de conteúdos jurídicos e de reflexão social para uma cidadania responsável.



O Direito

É NECESSARIAMENTE JUSTO?

PEDRO TIAGO FERREIRA

Tradutor e Formador

Mestrando em Teoria do Direito

SUMÁRIO:

O presente trabalho visa estabelecer uma diferença entre ordens normativas jurídicas e ordens normativas de mera força. Ambas têm as mesmas características essenciais (coercividade, eficácia e racionalidade), sendo que a sua distinção só pode ser feita através de um critério fundamental: as ordens jurídicas têm por finalidade administrar e realizar a Justiça. Nas ordens de mera força, a Justiça, a existir, não é o valor primordial do ordenamento.

À primeira vista, a distinção poderá não ter qualquer importância pragmática; com efeito, independentemente de um Estado se encontrar submetido ao Direito ou, ao invés, reger os seus assuntos internos através de uma ordem normativa de mera força, as regras estatais são igualmente obrigatórias. Em caso de incumprimento das mesmas, o infractor arrisca-se, tanto numa ordem jurídica como numa ordem de mera força, a ser sancionado. Sem prejuízo de as coisas se passarem assim, estamos em crer que a distinção é importante no sentido em que a mesma demonstra que há ordens normativas que são ilegítimas, na medida em que somente uma ordem normativa justa pode ser uma ordem normativa legítima. Um Estado que use uma ordem de mera força para reger os seus assuntos internos não é legítimo porque não coloca a protecção da vida, da dignidade e da liberdade dos seus cidadãos no topo da sua lista de tarefas. Quando tal ocorre, os cidadãos poderão fazer uso do direito de resistência de forma a mudar a situação.

O Direito

É NECESSARIAMENTE JUSTO?

PEDRO TIAGO FERREIRA
Tradutor e Formador
Mestrando em Teoria do Direito (FDUL)

A resposta à questão que serve como título deste estudo é afirmativa: o Direito é, necessariamente, justo. Esta asserção será justificada através da elucidação do que é uma "ordem normativa", objecto de análise da secção 2 deste trabalho, e de um argumento segundo o qual todas as ordens normativas que não sejam valorativamente neutras contêm, inerentemente, valores e princípios, que é desenvolvido na secção 3.

Existem ordens normativas naturais e sociais. As primeiras são compostas pelas denominadas "leis da natureza", que descrevem a forma como os processos naturais decorrem. As segundas são feitas pelo e para o Homem, tendo como objectivo regular a vida em sociedade. Existe uma diferença notória entre ambas, a saber, a de que as primeiras são descritivas, ao passo que as segundas são prescritivas.

Para o presente ensaio, são somente relevantes as ordens normativas sociais; assim, ao utilizarmos a expressão "ordem normativa" temos sempre em vista as ordens normativas que regulam o comportamento de seres humanos em sociedade.

O Direito é apenas uma de entre várias ordens normativas sociais valorativas e prescritivas; conforme procuramos demonstrar ao longo da secção 2, a Moral e a Religião inserem-se igualmente neste grupo. Estas três ordens normativas obedecem a um ideal de Justiça. Há dois tipos de ordens normativas que não o fazem: as ordens normativas valorativamente neutras

(e.g. os sistemas linguísticos), e os sistemas de governação por nós designados como "ordens normativas de mera força". Estes últimos contêm, tal como a Moral, a Religião e o Direito, valores e princípios que orientam o funcionamento do sistema. Contudo, tal como argumentamos na secção 3, a Justiça não é o valor primordial das ordens de mera força. Haverá, porventura, Estados autoritários e totalitários que utilizam, para reger os seus assuntos internos, uma ordem normativa de mera força na qual a Justiça seja um valor integrante. Todavia, estamos em crer que situações deste género são raras; em todo o caso, desempenhe ou não algum papel nas ordens de mera força, é seguro dizer que a Justiça não é, nestas mesmas ordens, o valor ao qual todos os outros valores e princípios se subordinam. O que distingue o Direito de ordens normativas de mera força é o facto de a Justiça ser o valor principal de um ordenamento jurídico.

2. Ordens normativas

Segundo Neil MacCormick, determinada "ordem" é uma "ordem normativa" na medida em que

one can account for it by reference to the fact that actors are guiding what they do by reference to an opinion concerning what they and others ought to do.¹

Desta definição retira-se uma característica essencial a todas as ordens normativas, a saber, a coercividade. Para além disso, uma "ordem normativa" tem, igualmente, que ser eficaz, dado que, na realidade,

... [a]n elaborate set of patterns for human conduct is taken to be 'binding' on all persons within the ordered domain, and order prevails among the persons addressed *to the extent that they succeed in matching their conduct to the stipulated patterns.*²

No entanto, a coercividade e a eficácia não são as únicas características comuns a todas as ordens normativas, visto que

... [t]he possibility of orderliness arising out of conformity to such patterns depends, obviously, on the set of patterns amounting to a rationally intelligible

¹ MacCormick, p. 16.

² *Idem*, p. 11 (itálicos nossos).

totality. Therefore there is a postulated systematic quality about the supposed conduct-patterns or 'norms' that underlie the aspiration to order.³

Assim, as ordens normativas, para além de serem coercivas e eficazes, são racionais. Na medida em que a coercividade é a possibilidade de exercer coacção, i.e. de impor uma vontade alheia (v.g. a presente nas normas que compõem a ordem normativa), esta acaba por ter um papel reabilitador face à eficácia, visto que actua quando a conduta dos destinatários não corresponda, conforme MacCormick diz, "to the stipulated patterns". Dito por outras palavras, se as normas que compõem a ordem normativa não forem acatadas, os infractores sofrerão uma sanção. Por aqui se vê como estas duas características estão intimamente ligadas: por um lado, uma ordem normativa sem coercividade não consegue, pura e simplesmente, ser eficaz, dado que não existem elementos rectificadores da conduta desrespeitosa dos destinatários; por outro lado, uma ordem normativa totalmente ineficaz, entendendo-se por tal uma ordem normativa na qual os destinatários, sistematicamente, infringem as normas a que estão adstritos, perderá a sua coercividade em virtude de a possibilidade de exercer a coacção deixar de existir em relação à grande maioria dos casos. Uma ordem normativa tem, por conseguinte, que ser, simultaneamente, coerciva e eficaz; a ausência ou deterioração de uma destas características será suficiente para tornar a ordem normativa inoperante, o que fará com que a mesma deixe de ser uma "ordem".

Quanto à racionalidade, a mesma está necessariamente presente porque as ordens normativas configuram-se como "sistemas", i.e. um conjunto de normas que não sejam contraditórias entre si e que, no cômputo geral, façam sentido. A racionalidade é essencial para a eficácia da ordem normativa na medida em que permite aos destinatários dessa mesma ordem saber como se devem comportar. Um conjunto de disposições normativas irracionais, i.e. contraditórias ou aleatórias, não permitirá que os destinatários saibam que condutas devem adoptar porque neste caso haverá uma ausência daquilo a que MacCormick se refere como "stipulated patterns".

No entanto, a racionalidade não implica a Justiça. Com efeito, o grau de racionalidade hipoteticamente presente numa acção, ou em várias acções,

³ *Ibidem.*

que vise alcançar o Bem pode ser idêntico ao presente numa acção, ou grupo de acções, que vise infligir o Mal, passando-se o mesmo com acções valorativamente neutras. Por outras palavras, existe uma disjunção entre o intuito com que se pratica uma acção e o seu grau de racionalidade. Acções boas podem ser totalmente irracionais, ao passo que acções más podem ser completamente racionais, sendo o inverso, por maioria de razão, igualmente possível. Por conseguinte, uma ordem normativa, necessariamente coerciva e eficaz, será racional na medida em que as suas disposições formem um todo coerente, ausente de contradições e ao qual lhe subjaza um sentido, independentemente de os objectivos prosseguidos por essa mesma ordem normativa serem justos, injustos ou valorativamente neutros. Se, numa determinada ordem normativa, existir uma injunção nos termos da qual os membros da comunidade regida por essa mesma ordem têm que pagar, a título de imposto, uma verba correspondente a 90% dos seus rendimentos poderá, facilmente, qualificar-se tal obrigação como injusta, mas não como irracional, visto que terá, certamente, uma teleologia bem definida (financiar uma guerra, aumentar o pecúlio do soberano, impedir a possibilidade de existência de propriedade privada, etc.). A ideia de Justiça não faz parte da ideia de racionalidade; a racionalidade está presente tanto em ordens normativas orientadas por uma ideia de Justiça como em ordens normativas que posterguem toda e qualquer ideia de Justiça.

Existem várias ordens normativas que regulam diferentes aspectos da vida em sociedade, sendo que algumas delas sobrepõem-se; contudo, todas têm em comum o facto de serem, tal como acima referimos, coercivas, eficazes e racionais. No entanto, a proporção da importância de cada um destes três aspectos é variável, isto é, nem todas as ordens normativas gozam, em proporção idêntica, de coercividade, eficácia e racionalidade, ao ponto de, por vezes, um ou outro destes aspectos ser, *prima facie*, indiscernível. Tomemos como exemplo os sistemas gramaticais das línguas naturais. Estamos, no nosso entender, perante ordens normativas sociais na medida em que sistemas deste género regulam o modo de comunicação dos membros de uma determinada sociedade. Os factores racionalidade e eficácia são facilmente discerníveis: de facto, os sistemas gramaticais das várias línguas naturais são extremamente racionais, todos eles fazem sentido e permitem que os seus falantes comuniquem. Estas ordens normativas são eficazes na medida em que, pese embora excepções pontuais de uso incorrecto, devido a

lapsos, conhecimento insuficiente no caso de se tratar de um falante estrangeiro, baixo nível cultural de um falante nativo, etc., a generalidade dos destinatários de cada uma destas ordens normativas, i.e. os falantes, adere ao prescrito pelas normas linguísticas, utilizando-as adequadamente. Todavia, o grau de coercividade presente nestas ordens normativas parece ser, *prima facie*, inexistente, o que, no entanto, não corresponde à verdade; alguns exemplos bastarão para apoiar o nosso argumento: na escola, o professor corrige os alunos quando estes cometem erros linguísticos através da aplicação de sanções, que podem ir desde o mero reparo até à atribuição de uma nota negativa. O uso incorrecto da língua poderá impedir a comunicação entre falantes, o que poderá gerar mal-entendidos com as inerentes sanções sociais daí decorrentes. O pedantismo linguístico poderá, em certas situações, levar a que os interlocutores do pedante desconsiderem as suas ideias, ou, no limite, a aliená-lo, o que configura, igualmente, uma sanção social.

Assim, uma ordem normativa como o sistema gramatical de uma língua natural, que, à primeira vista, parece ser desprovida de coercividade, tem, bem vistas as coisas, um grau de coercividade que não é, de todo, negligenciável, ainda que seja, sem dúvida, diminuto quando comparado com o grau de coercividade de outras ordens normativas. Esta linha de raciocínio é igualmente aplicável a outras ordens normativas como, por exemplo, a Moral, a Religião, o trato social ou o Direito. Todas as ordens normativas, sem excepção, têm um grau de coercividade, eficácia e racionalidade que, no entanto, pode estar presente em maior ou menor proporção.

Coercividade, eficácia e racionalidade são três características comuns a *todas* as ordens normativas; no entanto, cada ordem normativa tem características próprias que podem não ser partilhadas pelas demais. Assim, a Religião e o Direito, por exemplo, são ordens normativas institucionais, entendendo-se por "instituição"

a public system of rules which defines offices and positions with their rights and duties, powers and immunities, and the like. These rules specify certain forms of action as permissible, others as forbidden; and they provide for certain penalties and defenses, and so on, when violations occur. (...) An institution may be thought of in two ways: first as an abstract object, that is, as a possible form of conduct expressed by a system of rules; and second, as the realization in the thought and

conduct of certain persons at a certain time and place of the actions specified by these rules. (...) An institution exists at a certain time and place when the actions specified by it are regularly carried out in accordance with a public understanding that the system of rules defining the institution is to be followed.⁴

O facto de a Religião e de o Direito serem institucionais, i.e. de possuírem órgãos responsáveis pela criação e/ou aplicação de normas, aumenta o grau de coercividade em relação a ordens normativas como a Moral ou os sistemas gramaticais, que, por seu turno, não são institucionais, visto que não têm órgãos de criação e/ou aplicação das normas que compõem as respectivas ordens normativas. A institucionalização é, portanto, um exemplo de uma característica presente em certas ordens normativas, mas ausente noutras.

A Justiça é um valor que caracteriza a Religião, a Moral e o Direito, embora esteja ausente dos sistemas linguísticos, dado que estes são valorativamente neutros, e, por isso, não necessitam nem de aceitar, nem de afastar quaisquer concepções de Justiça. A maneira como a Justiça se manifesta e opera na Religião e na Moral cai fora do escopo deste ensaio e, por isso, não será aqui analisada. Quanto ao papel da Justiça no Direito, este é por nós longamente examinado em *Os direitos fundamentais como garante da ideia de Direito*; neste ensaio, arguimos que a Justiça é um aspecto material inerente à ideia de Direito, sendo que do valor Justiça emanam três valores e um princípio que têm que estar sempre presentes para que uma ordem normativa institucional seja considerada Direito:

Os valores prendem-se com a pessoa humana: inviolabilidade da sua vida, preservação da sua dignidade e respeito pela sua liberdade. O princípio é o de que todos os seres humanos merecem igualdade de tratamento na criação e aplicação do Direito. (...) Uma ideia de Direito tem, de uma perspectiva material, que ser justa, isto é, que proteger a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, concedendo a todas as pessoas tratamento igualitário.⁵

No entanto, há ordens normativas institucionais, utilizadas por determinados Estados para a governação interna dos seus assuntos, que têm

⁴ Rawls, pp. 47 e 48.

⁵ Ferreira, *Os direitos fundamentais*, p. 5. Cf. igualmente pp. 16-22.

um grau de coercividade, eficácia e racionalidade em tudo idêntico ao presente no Direito, mas que não protegem, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Estados contemporâneos como Cuba e a Coreia do Norte são exemplos disso mesmo, bem como o regime nacional-socialista que operou, na Alemanha, entre 1933 e 1945. Pode-se dizer que Estados como os aqui mencionados não operam sob uma concepção de Justiça, isto é, não protegem, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos seus cidadãos. Contudo, é comum, embora não unânime, a ideia de que, em Estados semelhantes aos mencionados, existe uma ordem jurídica. Joseph Raz diz, a este propósito, o seguinte:

I believe, for example, that there have been, maybe there are, viciously racist legal systems, which lacked all legitimate authority: that is, legal systems whose lack of legitimacy casts no doubt on their character as legal systems (and of course they did claim legitimate authority, and were thought to have such authority by many whose racism blinded them to the wickedness of their law). Those who maintain that the law inevitably enjoys legitimate authority will doubt not the existence of such political societies, but *the status of their system of rules and institutions as legal. They will deny that such societies have law, or they will insist that while we can call it law it is not really law in the full sense of the word.*⁶

Na medida em que a "autoridade legítima" advém da Moral,⁷ e tendo em atenção que a Moral se orienta por um ideal de Justiça, o Direito, ao reclamar, para si, autoridade moral, está, inerentemente, sujeito a um ideal de Justiça. Por aqui se explica a afirmação dos filósofos jus-naturalistas, historicamente atribuída a S. Agostinho e retomada no período escolástico da Idade Média por S. Tomás, de que "lex iniusta non est lex".⁸ Esta asserção está, por sua vez, na origem da conhecida querela entre o jus-naturalismo e um tipo de positivismo jurídico,⁹ a saber, a de se o Direito deve, ou não, respeitar a Moral. Esta querela não tem razão de ser, conforme arguimos

⁶ Raz, *Nature*, p. 113. Itálicos nossos.

⁷ Cf. *idem*, pp. 111 e 112. Cf. igualmente Raz, *Legitimate Authority*, pp. 3-27.

⁸ Cf. S. Agostinho, Livro I, Capítulo 5, nº 11 e S. Tomás, Parte I-II, Questão 95, artigo 2.

⁹ Hart, p. 57, nota 25.

noutro lugar,¹⁰ em virtude de formular as questões erradas: com efeito, existe uma *relação necessária* entre a Moral e o Direito ao nível da criação das fontes do Direito,¹¹ do acatamento do seu conteúdo por parte dos destinatários,¹² e da sua aplicação a casos concretos.¹³ A questão não é, portanto, a de se o Direito está, ou não, subordinado à Moral; embora sejam duas ordens normativas distintas, a Moral exerce, em certos domínios, uma influência sobre o Direito à qual este não se consegue eximir. A questão que deve ser colocada é a de saber se uma ordem normativa que infrinja quer a moral individual¹⁴ dos seus destinatários, quer a moral convencional¹⁵ da sociedade que visa reger, o que é normalmente conseguido através do desrespeito pelos três valores e princípio acima referidos como emanando da Justiça, pode ser considerada Direito. No nosso entender, a resposta é negativa. Assim, se um Estado utilizar uma ordem normativa institucional, dotada de coercividade, eficácia e racionalidade e que respeite e garanta a protecção da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana, de forma igualitária, seguindo assim um ideal de Justiça, poder-se-á dizer que esse Estado é um Estado que se encontra submetido ao Direito e que, portanto, tem uma ordem jurídica. Um Estado que use, para reger os seus assuntos internos, uma ordem normativa institucional que desrespeite o ideal de Justiça acima referido não terá uma ordem jurídica, por muito coerciva, eficaz e racional que esta mesma ordem normativa possa ser. Nestas circunstâncias, o Estado rege-se por aquilo que designamos por "ordem de mera força".

3. Valores e princípios

Todas as ordens normativas que não sejam valorativamente neutras contêm, por definição, valores e princípios. É contra-intuitivo pensar que valores e princípios possam ser injustos ou imorais; com efeito, à ideia de que

¹⁰ Cf. Ferreira, *A Relação*.

¹¹ Cf. *idem*, pp. 4211-4214.

¹² Cf. *ibidem*, pp. 4214-4222.

¹³ Cf. *ibidem*, pp. 4222-4224.

¹⁴ Por "moral individual" entendemos "o conjunto de disposições morais que determinado indivíduo, a partir da sua própria perspectiva, considera válidas, e através das quais pauta a sua conduta." *Ibidem*, p. 4201.

¹⁵ Por "moral convencional" entendemos "o conjunto de normas morais segundo as quais uma determinada sociedade, globalmente considerada, se rege." *Ibidem*, pp. 4201-4202.

algo é um "valor", ou um "princípio", subjaz a noção de que esse algo é intrinsecamente bom, e, portanto, moral.

Seguindo esta linha de raciocínio, é inevitável a conclusão de que as ordens de mera força, que são ordens normativas, usadas por Estados autoritários ou totalitários para regerem os seus assuntos internos, incorporam valores e princípios que são inerentemente bons. Parece, desta forma, que estamos, à primeira vista, diante de um paradoxo: como pode uma ordem de mera força, que não é uma ordem jurídica na medida em que não respeita um ideal de Justiça, conter valores e princípios que são inerentemente bons, e, por conseguinte, morais?

O paradoxo é imediatamente dissolvido a partir do momento em que se constate que os valores e princípios, sendo, em si mesmos, bons, justos e morais, podem, sem embargo, ser utilizados de uma forma nefasta. Assim, por exemplo, os princípios marxistas, quer os originariamente desenvolvidos por Karl Marx, quer as interpretações de Kim Il Sung, de Vladimir Lenin ou de Mao Zedong, que deram origem, respectivamente, ao conceito *juche*, ao marxismo-leninismo e ao maóismo, são, em si mesmos, princípios legítimos de boa governação que visam garantir a independência do Estado e a prosperidade da sociedade. À primeira vista, nada haveria de errado em utilizá-los como princípios orientadores de uma ordem normativa justa, o que significa que os mesmos não são incompatíveis com uma ideia de Direito. Dito por outras palavras, nada há de incongruente em imaginar-se, em tese, um sistema jurídico, inerentemente garantidor, de forma igualitária, da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana, que fosse, simultaneamente, guiado pelos princípios marxistas ou pelos princípios seus derivados. Contudo, e independentemente das doutrinas políticas vigentes numa determinada sociedade, é inevitável a existência de conflitos entre o bem-estar da sociedade e o bem-estar do indivíduo, ou, para utilizar terminologia jurídico-política, entre o interesse público e o interesse privado. Aquilo que um Estado submetido ao Direito consegue fazer, nomeadamente através da consagração constitucional de um catálogo de direitos fundamentais, é assegurar-se que o interesse público, que tem, em condições normais, que sobrepor-se ao interesse privado, não oblitera, no entanto, o direito que os cidadãos têm a ver, de forma igualitária, a sua vida, dignidade e liberdade

preservadas.¹⁶ Isto significa que, quando exista um conflito entre um interesse público e um interesse privado do cidadão que afecte, para utilizar a terminologia de certas doutrinas que versam sobre a temática dos direitos fundamentais, o "núcleo, ou conteúdo, essencial" da sua liberdade ou dignidade, bem como a sua vida,¹⁷ o conflito deve ser decidido em prol do cidadão, e não a favor do Estado. Assim, poderá ser do interesse público confiscar bens que sejam propriedade privada dos cidadãos de forma a saldar a dívida externa, o que permitiria asseverar a independência (económica, política) do Estado. No entanto, tal medida ofenderia o núcleo essencial da liberdade e da dignidade do cidadão, dado que a propriedade privada permite às pessoas viverem de uma forma livre e digna.¹⁸

O pendor comunitário das ideias marxistas e neo-marxistas, ao não ser contrabalançado pela submissão do poder do Estado ao Direito, resulta, conforme a história o demonstra, no surgimento de Estados autoritários ou totalitários. Contudo, o problema não reside na adopção de princípios e valores comunistas; o que caracteriza um Estado como sendo autoritário ou totalitário é o facto de a ordem normativa utilizada por esse mesmo Estado para gerir os seus assuntos internos privilegiar a prevalência do interesse público, do interesse comunitário, do interesse estatal mesmo quando este interesse ofende os três valores e princípio por nós identificados como cerne da ideia de Justiça, à qual uma ordem normativa justa, como o Direito, está, pelas razões acima mencionadas, inerentemente adstrita.

¹⁶ É nossa contenção que os direitos fundamentais são apenas a *melhor forma* de garantir o respeito igualitário pela vida, dignidade e liberdade dos cidadãos. Não são, no entanto, a única forma de o conseguir, pelo que a sua consagração, pelo Direito positivo, não é estritamente necessária para defender a Justiça inerente à ideia de Direito. Isto leva a que todos os direitos fundamentais, como, por exemplo, a propriedade privada, o trabalho, a educação, etc. só tenham valor na medida em que possibilitem às pessoas que vivam dignamente e em liberdade. Os direitos fundamentais são, por conseguinte, *meios* para realizar a ideia de Justiça presente no Direito, e não *fins em si mesmas*. Logo, todos os direitos fundamentais são reconduzíveis aos três valores sempre presentes na ideia de Direito. Cf., para uma exposição completa deste argumento, Ferreira, *Os direitos fundamentais*.

¹⁷ Ao contrário do que acontece com outros valores, bem como com alguns princípios, a vida humana não pode ser delimitada através desta terminologia, dado que a vida não tem um "conteúdo essencial" por oposição a um "conteúdo periférico". A vida ou é preservada ou destruída, sendo, por conseguinte, insusceptível de ser meramente restringida.

¹⁸ Cf. Ferreira, *Os direitos fundamentais*, pp. 43-47.

Isto não significa que o Direito trate os valores vida, dignidade e liberdade da pessoa humana como sendo absolutos;¹⁹ existem razões válidas para, em certas circunstâncias, privar os cidadãos da sua vida, da sua dignidade ou da sua liberdade. A aplicação de penas de prisão ou da pena de morte é disso um exemplo. Quanto ao primeiro caso, é consensual que a aplicação de uma pena de prisão, que priva o condenado da sua liberdade e afecta, em grande medida, a sua dignidade, é essencial para proteger a vida, a dignidade e a liberdade dos restantes membros da comunidade. Argumentar o mesmo para a pena de morte é mais polémico, mas o facto é que o argumento de que a pena de morte serve pretensões de prevenção geral existe e não é descabido; com efeito, mesmo discordando da existência da pena de morte, que afasta as pretensões reabilitadoras de um sistema jurídico-penal, o que é facto é que temos que reconhecer que a existência da mesma é racional, na medida em que visa imprimir na comunidade a sensação de que certos comportamentos (v.g. homicídio) são intoleráveis. Por outro lado, priva o condenado da sua vida, o que, *prima facie*, equivale ao postergar do valor principal da Justiça. É um caso clássico onde o interesse público se sobrepõe ao interesse privado, não por factores económicos, mas sim com o intuito de dissuadir os cidadãos de se assassinarem mutuamente. Parece-nos claro que a aplicação da pena de morte a outros crimes que não o de homicídio seria uma violação clara da Justiça; uma ordem normativa que preveja tal situação não poderá ser considerada Direito. Será uma ordem de mera força. No entanto, o mesmo não pode ser dito de forma tão peremptória quando a pena de morte seja somente aplicável em casos de homicídio. Cremos que a elucidação completa desta questão passaria por debater se a ideia de Direito exige, ou não, um sistema penal reabilitador, ou se, por outro lado, será compatível com um esquema de justiça retributiva. Esta é uma discussão que não pode ser encetada aqui.

O ponto onde queremos chegar é o de que num Estado cuja ordem normativa seja uma ordem jurídica existe, em situações de conflito entre

¹⁹ Cremos que o princípio da igualdade não é susceptível de ser pensado quer em termos absolutos, quer em termos relativos, na medida em que o princípio implica somente que se trate o igual por igual e o desigual por desigual. Decidir o que é igual ou desigual é algo que é historicamente contingente, e, portanto, não pode ser absolutizado; por outro lado, o princípio da igualdade nunca colide com outros princípios; apenas diz que não pode haver discriminação aleatória, o que se compatibiliza com a existência, numa dada ordem normativa, de qualquer valor ou princípio. Assim, o princípio da igualdade pode ser respeitado ou infringido, mas é contra-intuitivo pensar-se que pode ser meramente restringido.

interesse público e interesse privado que incidam sobre a vida, a dignidade ou a liberdade dos cidadãos, uma presunção em prol destes últimos. Esta presunção é elidível: se, para assegurar o interesse público, for necessário expropriar um cidadão da sua propriedade privada, tal poderá ser feito através da atribuição de uma compensação justa. Em circunstâncias como a descrita, o direito fundamental à propriedade privada é suprimido, mas a restrição imposta à dignidade e à liberdade da pessoa do proprietário não é insustentável. O interesse público prevalece normalmente, mas não incondicionalmente. É precisamente neste ponto que se distingue uma ordem jurídica de uma ordem de mera força. Numa ordem de mera força, o interesse estatal prevalece mesmo em situações de conflito com a vida, a dignidade ou a liberdade dos cidadãos. O poder do Estado não conhece limites jurídicos precisamente porque o Estado não se encontra submetido ao Direito, o que nos leva a concluir que, em Estados autoritários ou totalitários, não existem ordens jurídicas; existe somente força. É uma força coerciva, eficaz, racional, sistemática e que obedece a valores e princípios, mas que não coloca a Justiça numa posição hierarquicamente superior à dos restantes valores e princípios que integrem essa ordem normativa de mera força.

4. Conclusões

Poder-se-á objectar que a distinção introduzida neste trabalho entre ordens normativas jurídicas e ordens normativas de mera força é meramente terminológica, carecendo de qualquer alcance prático. No fundo, ambas as ordens normativas seriam ordens jurídicas, com a diferença de que umas seriam justas, ao passo que as outras não. Existe, no entanto, uma diferença importante ao nível do funcionamento de uma ordem jurídica e de uma ordem de mera força. Esta diferença poderá ser irrelevante de um ponto de vista prático, mas não o é de um ponto de vista filosófico, e prende-se com a legitimidade de cada um dos sistemas que, por sua vez, se liga à legitimidade do exercício do direito de resistência. Partindo da assumpção de que as teorias contratualistas descrevem adequadamente, de um ponto de vista filosófico, a origem do poder, isto é, pressupondo que o poder originário reside no povo, que, através de um contrato, o delega num soberano, ou numa assembleia de representantes, estamos em crer que a principal cláusula deste contrato é a de que o poder seja exercido, por parte do soberano ou dos

representantes, através do Direito, ou seja, com Justiça. Deste ponto de vista, utilizar um sistema de mera força equivale a um incumprimento contratual, o que legitima, por parte do povo, o exercício do direito de resistência. Logo, depor o poder que governa o Estado através do uso da mera força não é uma conduta antijurídica, na medida em que o sistema deposto não era um sistema jurídico. Assim, estamos em crer que a distinção por nós introduzida não é meramente terminológica. É uma distinção entre a natureza do Direito e a natureza de outros sistemas institucionais que gozam de igual coercividade, eficácia e racionalidade, mas que não são legítimos por postergarem o valor Justiça, que é inerente a toda e qualquer concepção de Direito.

Bibliografia

(Ferreira, A Relação)

FERREIRA, Pedro Tiago, "A relação necessária entre o Direito e a Moral", in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, 2014 (nº6), pp. 4193-4227.

Disponível em:

<http://www.idb-fdul.com/modo1_cat.php?sid=52&ssid=118&cid=57>

(Ferreira, Os direitos fundamentais)

FERREIRA, Pedro Tiago, *Os direitos fundamentais como garante da ideia de Direito*, 2014.

Disponível em: <<http://www.keepandshare.com/doc20/4660/os-direitos-fundamentais-como-garante-da-ideia-de-direito-pdf-497k>>

(Hart,)

HART, H.L.A, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983 (reimpressão 2001).

(MacCormick)

MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law - An Essay in Legal Theory*, Oxford University Press, 2007 (reimpressão 2009).

(Rawls)

RAWLS, John, *A Theory of Justice - Revised Edition*, Harvard University Press, 1999.

(Raz, Nature)

RAZ, Joseph, "On the Nature of Law", in *Between Authority and Interpretation - On the Theory of Law and Practical Reason*, Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011).

(Raz, Legitimate Authority)

RAZ, Joseph, "Legitimate Authority", in *The Authority of Law - Essays on Law and Morality*, 2ª ed., Oxford University Press, 2009 (reimpressão 2011).

(S. Agostinho)

S. AGOSTINHO, *De libero arbitrio*, Turnhout Brepols Publishers, 2010.

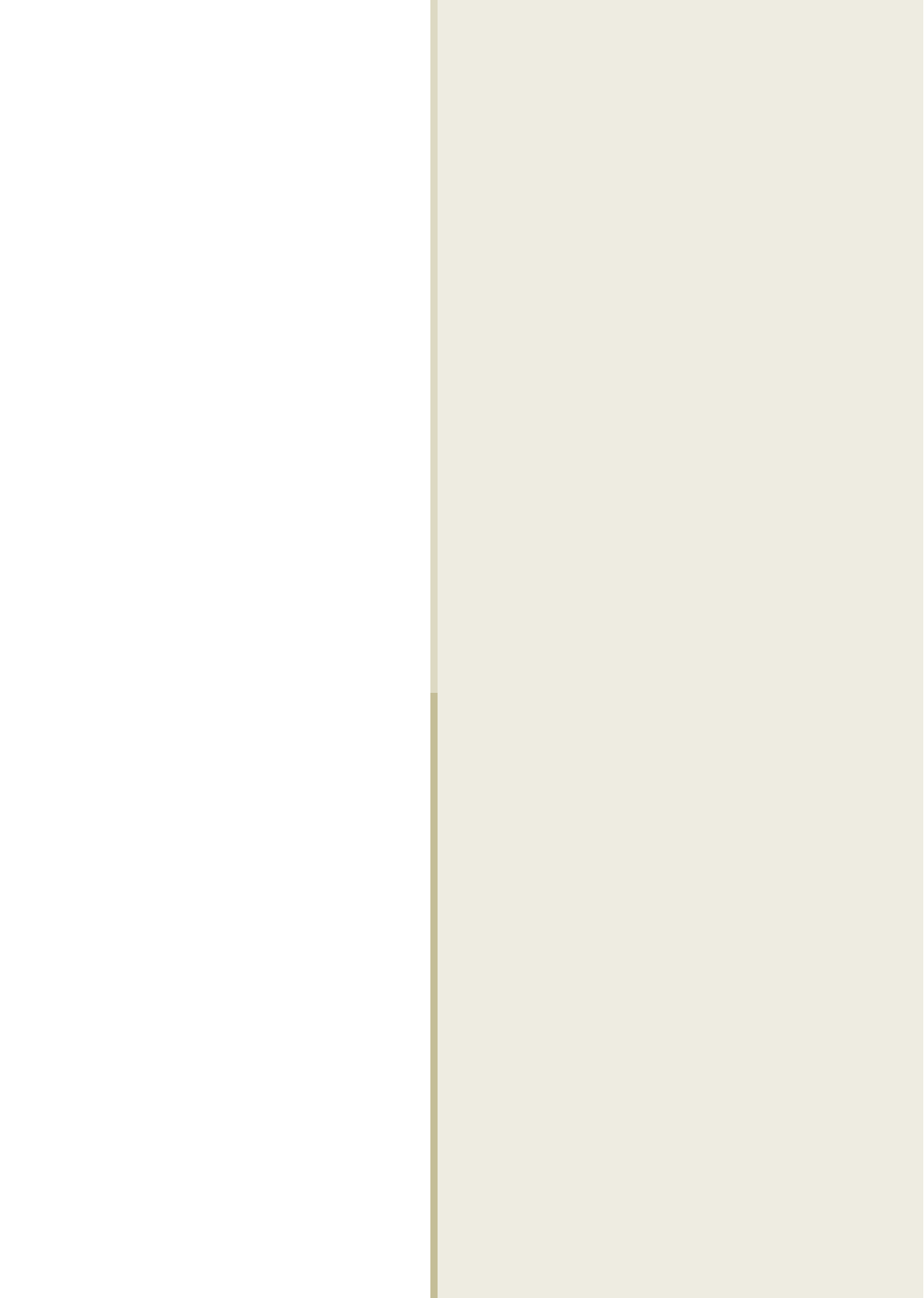
(S. Tomás)

S. TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, Aquinas Institute for the Study of Sacred Doctrine, Lander, Wyoming, 2012. ■

PEDRO TIAGO FERREIRA
Formador
Mestrando em Teoria do Direito.

NOTA BIOGRÁFICA:

Pedro Tiago Ferreira, licenciado em Línguas e Literaturas Modernas - Estudos Ingleses e Espanhóis, pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (2007), e em Direito, pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012), mestre em Políticas Europeias com a tese *O impacte do Acórdão Bosman na estrutura desportiva europeia* (2009), e em Teoria da Literatura com a tese *Contra as teorias da interpretação no Direito e na Literatura* (2012), pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, é actualmente mestrando no Mestrado Científico em Teoria do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, encontrando-se a preparar a sua tese de mestrado intitulada *Existe uma relação entre o princípio da legalidade e a segurança jurídica?*. Para além disso, é actualmente doutorando no Programa em Teoria da Literatura da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa, encontrando-se a preparar a sua dissertação de doutoramento intitulada *Dois soluções para dois problemas: "curadoria" e "revogação" - o caso Pessoa*. Profissionalmente, é tradutor e formador de língua inglesa, espanhola e Direito. Principais publicações: "O Direito como limite da acção política"; "A relação necessária entre o Direito e a Moral"; "O princípio da legalidade e a segurança jurídica - um ensaio sobre interpretação e norma jurídica"; "Revogar "o dia triunfal"".



Data  **enia**

Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 2 • N.º 03 • Fevereiro 2015

