

Data enia

Revista Jurídica Digital

Data Venia

Revista Jurídica Digital

Publicação gratuita em formato digital
ISSN 2182-8242

Ano 3 • N.º 04
Publicado em Dezembro de 2015

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

Administração:
Joel Timóteo Ramos Pereira

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.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

COMO GARANTE DA IDEIA DE DIREITO

Pedro Tiago Ferreira

Formador

Mestrando em Teoria do Direito na Faculdade de
Direito da Universidade de Lisboa

Sumário

O presente ensaio visa defender a tese de que os direitos fundamentais, em geral, e os direitos sociais, em particular, são criações de Direito positivo que têm como intuito defender três valores e um princípio derivados do Direito Natural. Os valores são a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. O princípio é o da igualdade na defesa e aplicação destes valores, tratando por igual o que é igual e por desigual o que é desigual.

O ponto da nossa argumentação é o de realçar que os direitos fundamentais, em geral, e os direitos sociais, em particular, são historicamente contingentes. Dito por outras palavras, não disputando a noção de que são o *meio mais eficaz* para proteger, igualitariamente, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, estamos em crer que não são o único meio para o fazer, razão pela qual consideramos que a outorga de direitos fundamentais não é *condição necessária* para qualificar determinado Estado como Estado de Direito. Os direitos fundamentais são uma questão jurídico-positiva e, como tal, a sua outorga, restrição ou revogação surge em consequência da acção política, encontrando-se, por isso, na disponibilidade do legislador. Quaisquer medidas tomadas, pelo legislador, no sentido de proteger os direitos fundamentais são, igualmente, resultado da acção política e, por conseguinte, medidas de Direito positivo; no entanto, a qualificação de um Estado como sendo um Estado de Direito não se encontra na dependência da corporização, através do Direito positivo, da acção política. O Estado de Direito é um Estado submetido ao

Direito que, independentemente das suas disposições de Direito positivo, se encontra adstrito a proteger, igualitariamente, a vida, a dignidade e a liberdade dos seus cidadãos.

Na secção 1, elaboramos um argumento segundo o qual a definição correcta do conceito de "Estado de Direito" envolve a consideração de aspectos formais e materiais que, quando co-existem numa ordem normativa, fazem com que essa mesma ordem normativa seja uma ordem jurídica. O Estado de Direito é, portanto, um Estado que se encontra submetido ao Direito, nos termos por nós aí desenvolvidos. A secção 1 deste estudo define e desenvolve os termos desta definição. Sem embargo, chega-se à constatação que o conteúdo do Direito, isto é, os seus aspectos materiais, não são imutáveis. Identificamos, como cerne da ideia de Direito, a protecção igualitária da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana. Saber o que isto significa em concreto, ou seja, apurar o que constitui defender a vida, a dignidade e a liberdade igualitariamente está, contudo, dependente de circunstâncias historicamente contingentes. Esta constatação poderá levar à observação paradoxal de que os aspectos materiais da ideia de Direito são puramente formais; o que quer que se entenda por vida, dignidade, liberdade ou igualdade deve ser protegido. Não negamos a conclusão de que o conteúdo dos aspectos materiais é mutável, o que negamos, isso sim, é a implicação de que isto os transforme em aspectos formais. Os aspectos formais, conforme desenvolvemos detalhadamente na secção 1.2 deste trabalho, ignoram o conteúdo. A existência de aspectos formais, numa ordem jurídica, equivale à constatação de que essa mesma ordem contém instituições dotadas da capacidade de criar e aplicar normas jurídicas coercivamente. Os aspectos materiais lidam com o conteúdo dessas normas, traçam um limite que, a ser ultrapassado, converterá a ordem jurídica numa ordem normativa onde se faz uso da mera força. Contudo, estes aspectos materiais não são, ao contrário do propugnado pelo jus-naturalismo, de conteúdo universal e imutável.

Na secção 3 propomos uma superação e integração das doutrinas jus-filosóficas tradicionalmente designadas por jus-naturalismo, positivismo e casuismo. O intuito desta análise é o de demonstrar que as normas jurídicas são inerentemente casuístas e positivas, razão pela qual a noção de que o Direito positivo é um sistema não entra em conflito com a filosofia segundo a qual as normas jurídicas devem ser produzidas caso a caso, e não *a priori*, de forma geral e abstracta. É nossa contenção, ao invés, que o sistema de Direito

positivo é construído a partir da resolução casuística de casos concretos. A secção 2, na qual desenvolvemos, de forma sumária, aquele que é, no nosso entender, o processo de formação de uma norma jurídica, tem por objectivo lançar os argumentos a partir dos quais nos baseamos para integrar o positivismo e o casuísmo. A secção 3 termina com a conclusão de que o Direito positivo, que é inerentemente casuísta, consiste num sistema cujo objectivo é assegurar e proteger o cerne da Justiça, derivado do Direito Natural, que tem que estar presente numa ordem normativa de forma a que esta seja considerada Direito.

Estas conclusões são aplicadas, na secção 4, aos direitos fundamentais, de forma a fundamentar a tese de que os mesmos, por serem historicamente contingentes, não têm valor intrínseco, pelo que a sua protecção é um efeito colateral da protecção igualitária dos valores vida, dignidade e liberdade da pessoa humana. Na secção 5, concluímos este estudo defendendo a ideia de que o modelo do Estado social deve ser preservado enquanto constitua o meio mais eficaz de concretizar a ideia de Direito, devendo, contudo, ser abandonado a partir do momento em que se constate que, da sua aplicação, resultem efeitos mais nefastos do que benéficos.

1. A ideia de Direito.

1.1 O Estado de Direito.

É nossa contenção que, por trás da afirmação de que determinado Estado é um Estado de Direito está a noção de que esse mesmo Estado se encontra submetido a uma certa concepção, ou ideia, de Direito, que pode ser caracterizada como uma ordem normativa coerciva dotada de aspectos formais e materiais. Entendemos, por aspectos formais, o estabelecimento de instituições tais como, por exemplo, tribunais, órgãos administrativos, ou órgãos de polícia, destinadas a criar e fazer cumprir, coercivamente, normas jurídicas.¹ Por aspectos materiais referimo-nos ao conteúdo das normas

¹ la Torre, pp. 97-134. MacCormick, pp. 31-60. Raz, Authority, pp. 37-52. Raz, Reason, pp. 123-148. Raz argúi que a existência de órgãos institucionais criadores de "normas jurídicas" (em relação ao que é, na nossa óptica, uma "norma jurídica" cf. *infra*, secção 2) não é essencial para a existência de um sistema jurídico. O que é essencial, na sua óptica, é a existência de instituições de aplicação de "normas", independentemente de qual seja a sua origem. Cf. a propósito desta ideia, Waldron, pp. 34-35. Também MacCormick defende que nem todas as "normas jurídicas" têm, necessariamente, que ser criadas por instituições. Cf. MacCormick, 11-20 e, a este respeito, cf. Ferreira, Princípio, pp. 5589-97. Por concordarmos com a posição de Raz, não incluimos a

jurídicas criadas e aplicadas pelos órgãos institucionais, que devem, necessariamente, concretizar três valores e um princípio. 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. Estes três valores, bem como este princípio, são manifestações da ideia de Justiça. Assim, de forma a ser considerada Direito, uma ordem normativa coerciva tem de englobar estes dois aspectos. 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.² De uma perspectiva formal, tem que criar as instituições que assegurem, de modo efectivo e igualitário, a protecção destes três valores, que emanam da Justiça. Se uma ordem normativa não se preocupar com estes valores e princípio materiais não poderá ser considerada Direito, mas somente força ilegítima. Se, por outro lado, não se encontrar em condições de assegurar, efectivamente, o respeito e concretização desses mesmos valores, de forma igualitária, através do aparelho estatal, então a ordem normativa não será, igualmente, Direito, mas sim uma ordem moral ou religiosa.³

O "Estado de Direito" é, portanto, na nossa óptica, o Estado que opera sob uma concepção de Direito nos termos acima definidos. Esta definição do conceito de "Estado de Direito" não parece, contudo, ser sufragada pelos autores especialistas em Direito Constitucional, Teoria do Direito ou Filosofia do Direito, na medida em que, nas suas tentativas de definição deste conceito, os autores consideram somente ou aspectos formais, ou aspectos materiais do mesmo, não apresentando uma definição que englobe ambos os aspectos. Jorge Reis Novais, por exemplo, interroga-se se, por "Estado de Direito", se deve

legislatura entre os órgãos institucionais que fazem, obrigatoriamente, parte dos aspectos formais integrantes de uma ideia de Direito, apesar de não concordarmos com o seu entendimento do conceito de "norma jurídica".

² Estes três valores podem não encontrar protecção em casos específicos; assim, um indivíduo pode ver-se privado da sua vida quando alguém age contra si em legítima defesa, ou numa situação em que outrem actue ao abrigo de um estado de necessidade desculpante. Por outro lado, uma condenação a pena de prisão efectiva consiste numa supressão, por parte do Estado, da liberdade do indivíduo. O ponto relevante é o de que a não protecção não se faça arbitrariamente, isto é, sem uma razão jurídica.

³ Estamos, nomeadamente, a pensar em ordens religiosas separadas do Estado. Se uma ordem religiosa fizer uso do aparelho coercivo estatal estaremos, então, perante uma ordem jurídica. É o caso, por exemplo, do Islão, cujas disposições são, em vários países, coercivamente aplicadas aos fiéis através das instituições estatais. Quanto à questão de saber se o Islão pode, a partir de um ponto de vista material, ser considerado Direito cf. o artigo de Kuran, cujas conclusões subscrevemos, embora discordemos das suas definições do conceito de "Estado de Direito", que oscilam ora entre aspectos formais, ora entre aspectos materiais, não os englobando numa única definição. (Cf. para as definições do conceito de "Estado de Direito", Kuran, p. 72)

entender que o Estado se encontra "fundado no Direito" ou se será, ao invés, "um Estado que tem como fim o Direito ou, ainda, que actua na forma do Direito?"⁴ As interrogações, contudo, não se ficam por aqui:

O essencial no Estado de Direito serão as técnicas formais de limitação do Estado ou os direitos individuais que se procuram garantir? E, dentro destes, estará o núcleo fundamental nos *tradicionais* direitos «contra o Estado» - sobretudo no direito de propriedade - ou, preferencialmente, nos direitos a prestações positivas por parte do Estado? Tratar-se-á de uma verdadeira limitação do Estado pelo Direito ou antes de uma autolimitação resultante do próprio processo de criação do Direito pelo Estado?⁵

Ao tentarem resolver estes problemas, apurando e refinando a definição do conceito de "Estado de Direito", os autores têm, sem embargo, colocado mais questões do que aquelas que têm resolvido. A tal não será alheio o entendimento de que

O Estado de Direito surge-nos como um conceito marcadamente polissémico, moldando-se aos contornos que lhe advêm da aplicação a realidades substancialmente diferentes e recolhendo as contribuições e diferenças de perspectivas dos autores que mais profundamente o analisaram.⁶

Ao partirem do pressuposto de que estamos perante um conceito polissémico, moldável consoante as circunstâncias em que é discutido e aplicado, segue-se, naturalmente, que os vários autores identifiquem "significados diferentes" do conceito de "Estado de Direito". Reis Novais cita três autores que fazem precisamente isto, a saber, Bluntschli, Sartori e Legaz y Lacambra:

(...) já no século XIX Bluntschli assinalava cinco significados diferentes do Estado de *Direito*, como sejam: a ideia de «que o Estado se destina simplesmente a proteger os direitos dos indivíduos»; «que o Estado deve ordenar os *direitos da comunidade* ao mesmo tempo que faz reconhecer os *direitos privados*»; «que ao Estado incumbe fornecer o bem público, mas fundando toda a coacção no direito»; a «negação do fundamento religioso do

⁴ Reis Novais, Contributo, p. 21.

⁵ *Idem*, pp. 21 e 22.

⁶ *Ibidem*, p. 22.

Estado e a afirmação do seu fundamento e limites humanos»; a «luta contra o poder *absoluto* e o *Estado patrimonial* [...] e a afirmação do direito de os cidadãos participarem nos assuntos públicos». ⁷

Quanto a Sartori, este

atribuía à expressão pelo menos quatro significados, descurando intencionalmente as variantes secundárias:

- 1) «como sinónimo (ou tradução) de *rule of law*;
- 2) como equivalente de Estado constitucional na acepção *garantista* do termo;
- 3) como Estado de justiça administrativa;
- 4) na acepção formalista para a qual Estado e Direito coincidem, sendo qualquer Estado um Estado de Direito». ⁸

Por último, Legaz y Lacambra,

Noutra perspectiva, tomando como critério a natureza das limitações que envolvem o Estado, (...) considera como variantes de Estado de Direito «o Estado submetido à limitação imanente pelo Direito positivo, à limitação transcendente-imanente pelos direitos individuais ou à limitação transcendente pelo Direito natural». ⁹

Tal como acima dito, o que pretendemos realçar, através da transcrição destas opiniões, é o facto de que os vários autores, na sua tentativa de definição do conceito de "Estado de Direito", oscilam entre os aspectos formais (actuação na forma do Direito, técnicas formais de limitação do Estado, relação de identidade entre Estado e Direito, simples protecção dos direitos dos indivíduos¹⁰) e os aspectos materiais (fundado no Direito, ter por fim o Direito, garantia dos direitos individuais,¹¹ autolimitação do Estado, Estado Constitucional garantístico) do mesmo, mas não oferecem qualquer definição que englobe ambos os aspectos.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, pp. 22 e 23.

⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹⁰ Cf. nota 13.

¹¹ *Idem*.

É importante, neste ponto, e de forma a evitar confusões de cariz terminológico, esclarecer que a mesma formulação do conceito de "Estado de Direito" pode ser usada, por diferentes autores, tanto de um ponto de vista formal como material, o que não significa, sem embargo, que o intuito desses mesmos autores seja o de apresentar uma definição que englobe, simultaneamente, ambos os aspectos. Quando se diz, por exemplo, que, num Estado de Direito, há uma "limitação do Estado pelo Direito", esta formulação pode ser entendida tanto de um ponto de vista formal como material. Será uma definição do ponto de vista formal se o autor que a use considerar que a actuação do Estado é juridicamente limitada sem se tomar em consideração o conteúdo dessas mesmas limitações. Assim, se, por exemplo, a limitação constitucional tiver um conteúdo material absurdo, não deixa de, por via disso, limitar formalmente o Estado. Um exemplo de uma situação deste tipo pode ser dado pelo caso *Dred Scott*, no qual o *Supreme Court* dos Estados Unidos da América considerou que qualquer lei, por parte do Congresso, que levasse à abolição da escravatura seria inconstitucional em virtude de tal competência não figurar entre as atribuições do Congresso descritas na Constituição.¹² Formalmente, o Estado, através do órgão Congresso, encontrava-se limitado pelo conteúdo do Direito. Esta limitação, no entanto, não tem em conta o conteúdo material do Direito. Limita-se a constatar, formalmente, o que pode, ou não, ser feito pelo órgão legislativo. Por outro lado, a formulação "limitação do Estado pelo Direito" será uma definição do ponto de vista material, se, por exemplo, um autor a utilizar para defender a ideia de que o Estado se encontra juridicamente vinculado a respeitar certos direitos fundamentais do cidadão, não podendo, por isso, restringir ou suprimir arbitrariamente, por exemplo, o seu direito à vida, à liberdade ou à propriedade.¹³

O ponto onde queremos chegar é o de que, ao utilizarem esta e outras formulações na definição do conceito de Estado de Direito, os autores apenas pensam ou no ponto de vista formal, ou no ponto de vista material; a análise da literatura especializada nesta matéria dá a entender que os autores,

¹² C.f. 60 U.S. 393 *Scott v. Sandford*, p. 452, <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/60/393>>; cf. US Constitution, Article I, Section 8 e 9. Cf. Rehnquist, p. 409.

¹³ Este raciocínio alastra-se a outras definições do conceito de Estado de Direito como, por exemplo, "simples protecção dos direitos dos indivíduos" ou "garantia dos direitos individuais" que podem, por conseguinte, ser tomadas quer a partir de uma perspectiva formal, quer a partir de uma perspectiva material. A opção efectuada *supra*, p. 9, em incluir a primeira expressão nos aspectos formais e a segunda expressão nos aspectos materiais tem como critério único a nossa interpretação do texto de Reis Novais, bem como a do dos autores por si citados, através da qual procuramos situar o sentido com que os autores usam as referidas expressões.

implicitamente, parecem considerar que existe uma *oposição* entre os aspectos formais e materiais da ideia de Direito, como se a consagração de um dos aspectos levasse, automaticamente, à exclusão do outro.

Ora, no nosso entender, tal como acima referido, se um Estado se encontrar, apenas e só, formalmente limitado, sem quaisquer considerações materiais, não se encontra vinculado a uma ideia de Direito; faz, isso sim, uso da mera força. Se, ao invés, apenas houver limitação de um ponto de vista material, não existindo instituições formais dotadas de poderes coercivos para aplicar as regras materiais, não estamos, igualmente, perante uma ordem jurídica, mas sim perante uma ordem moral ou religiosa. Desta forma, entendemos que uma limitação do Estado pelo Direito tem que ter em conta tanto os aspectos formais como os aspectos materiais de uma ideia de Direito. Negligenciar qualquer deles equivale a dizer que aquilo que limita o Estado não é Direito.

Em ordem a sustentar esta asserção, iremos dedicar as próximas duas subsecções deste estudo à análise, em separado, dos aspectos formais e materiais, por nós identificados, da ideia de Direito, justificando, simultaneamente, a razão pela qual consideramos *estes* aspectos como essenciais à ideia de Direito, e não outros.

1.2 Os aspectos formais da ideia de Direito.

De um ponto de vista formal, Hans Kelsen observa que o Direito é uma ordem normativa composta por um conjunto de "normas jurídicas" que "regulam a conduta humana"¹⁴ através da coacção, entendendo-se este termo no sentido de que a ordem jurídica reage "contra as situações consideradas indesejáveis, por serem socialmente perniciosas, (...) com um acto de coacção, isto é, com um mal (...) que é aplicado ao destinatário mesmo contra sua vontade, se necessário empregando até a força física."¹⁵ Tendo em atenção a premissa a partir da qual Kelsen desenvolve as suas ideias, - i.e. a de que este autor está interessado em formular uma "teoria pura do Direito", que "é uma teoria do Direito positivo - do Direito positivo em geral, não de uma ordem jurídica especial"¹⁶ - chega-se à conclusão de que, para o autor, todas as ordens jurídicas partilham as mesmas características formais, que são próprias de uma

¹⁴ Kelsen, Teoria Pura, p. 35.

¹⁵ *Idem*, p. 37.

¹⁶ *Idem*, p. 1.

ordem normativa identificada com o Direito positivo. Dito por outras palavras, o Direito tem *traços comuns, consubstanciados em aspectos formais, cuja existência se verifica, sem exceção, em todas as ordens jurídicas*. Desta perspectiva, o conteúdo material do Direito é irrelevante tanto para a sua existência como para a sua validade. É irrelevante para a sua existência porque, nas palavras de John Austin, "a existência do Direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito é outra. Saber se existe, ou não, é uma questão; saber se se conforma, ou não, com um determinado padrão, é outra questão. Uma lei, que exista na realidade, é uma lei, apesar de não gostarmos dela"¹⁷. É, por outro lado, irrelevante para a sua validade na medida em que "a validade de uma ordem jurídica positiva é independente da sua concordância ou discordância com qualquer sistema de Moral"¹⁸.

É preciso, no entanto, notar que autores como Kelsen, Austin ou Gustav Radbruch,¹⁹ por exemplo, partem, na elaboração das suas reflexões, de duas perspectivas jus-filosóficas habitualmente denominadas por "positivismo", a saber: 1) a que defende que as leis são comandos emanados por seres humanos, e 2) a que sustenta que não há uma ligação necessária entre o Direito e a Moral ou entre o Direito que é e o Direito que deve ser.²⁰ Este ponto de partida, conjugado com o facto de levarem em linha de conta, nas suas considerações, somente os aspectos formais da ordem jurídica, abstraindo dos materiais, obriga Kelsen e Radbruch a constatarem, enquanto conclusão lógica das premissas nas quais baseiam os seus argumentos, que a relação entre Estado e Direito não é de submissão por parte do primeiro em relação ao segundo, mas sim de identidade, o que é notório a partir do momento em que nos questionamos acerca de onde vem a legitimidade para a feitura das leis. Radbruch arguiu que o Estado, por um lado, é, através das leis por si criadas, a *única* fonte formal²¹ do Direito; por outro lado, a existência jurídica do Estado tem como pressuposto o Direito Constitucional, o que leva Radbruch a constatar que o Estado pressupõe o Direito estatal tanto quanto o Direito

¹⁷ O texto original é o seguinte: "The existence of law is one thing; its merit or demerit is another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry. A law, which actually exists, is a law, though we happen to dislike it." Austin, p. 157.

¹⁸ Kelsen, Teoria Pura, p. 77.

¹⁹ Do período antes do fim da II Guerra Mundial.

²⁰ Hart, Essays, p. 57, nota 25. Para um argumento a favor de uma relação necessária entre Direito e Moral cf. Ferreira, Relação, pp. 4211-24.

²¹ Para uma discussão acerca do conceito de fonte formal, cf. Gilissen, pp. 26-28.

estatal pressupõe o Estado. O aparente paradoxo, na óptica de Radbruch, é resolvido pelo próprio através da afirmação de que Estado e Direito estatal não são coisas distintas, não existindo, entre um e outro, qualquer relação de causa/efeito; Estado e Direito estatal são a mesma coisa, ligados entre si tal como um organismo se encontra ligado à sua respectiva organização.²²

Na mesma senda formalista/positivista, e em consonância com Radbruch, o pensamento de Kelsen vai no sentido de afirmar que o Estado, de um ponto de vista jurídico, "é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado como pessoa jurídica é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade."²³ O Estado surge, portanto, como personificação do Direito. À primeira vista, esta ordem de ideias poderia levar ao entendimento de que o Estado surge em consequência do Direito, isto é, como realização de uma determinada ideia de Direito. Esta não é, contudo, a posição de Kelsen, que argumenta que "[u]ma vez reconhecido que o Estado, como ordem de conduta humana, é uma ordem de coacção relativamente centralizada, e que o Estado como pessoa jurídica é a personificação desta ordem coerciva, desaparece o dualismo de Estado e Direito como uma daquelas duplicações que têm a sua origem no facto de o conhecimento hipostasiar a unidade (...) por ele mesmo constituída, do seu objecto."²⁴ Tal como defendido por Radbruch, Kelsen sustenta que Estado e Direito são a mesma coisa, o que é visível quando

penetramos a identidade de Estado e Direito, quando compreendemos que o Direito (o Direito positivo, que não deve ser identificado com a Justiça) é precisamente aquela mesma ordem de coerção que é o modo pelo qual o Estado se apresenta a um conhecimento que se não deixe prender a imagens antropomórficas mas penetre através do véu da personificação até às normas postas por actos humanos, então é absolutamente impossível justificar o Estado através do Direito.²⁵

O Estado, enquanto personificação do Direito positivo, funciona como ponto de origem de toda a subsequente criação normativa jurídico-estatal que,

²² Radbruch, *Ciência*, p. 45.

²³ Kelsen, *Teoria Pura*, pp. 261 e 262.

²⁴ *Idem*, pp. 345 e 346.

²⁵ *Idem*, p. 346.

a partir do momento da instituição do Estado, deriva toda a sua validade da Constituição.²⁶

Ao defender esta posição, Kelsen pretende rebater a visão tradicional, segundo a qual, no entender do próprio,

não é possível compreender a essência de uma ordem jurídica nacional (...) a menos que o Estado seja pressuposto como uma realidade social subjacente. Um sistema de normas, segundo essa visão, possui a unidade e a individualidade, que o faz merecer o nome de ordem jurídica nacional, exatamente porque está, de um modo ou de outro, relacionado a um Estado como fato social concreto, porque é criado "por" um Estado ou válido "para" um Estado. (...) Considera-se a relação entre o Direito e o Estado como sendo análoga à que existe entre o Direito e o indivíduo. Pressupõe-se que o Direito - apesar de criado pelo Estado - regula a conduta do Estado, concebido como um tipo de homem ou supra-homem, exatamente como o Direito regula a conduta dos homens. E, exatamente como existe o conceito biofisiológico de homem, acredita-se que existe um conceito sociológico de Estado ao lado de seu conceito jurídico, e, até mesmo, que ele seja lógica e historicamente anterior a este. O Estado como realidade social está incluído na categoria de sociedade; ele é uma comunidade. O Direito está incluído na categoria de normas; ele é um sistema de normas, uma ordem normativa. O Estado e o Direito, segundo essa visão, são dois objetos diferentes. A dualidade de Estado e Direito é, na verdade, um dos fundamentos da ciência política e da jurisprudência modernas.²⁷

Kelsen, com efeito, acredita que

esse dualismo é teoricamente indefensável. O Estado como comunidade jurídica não é algo separado da sua ordem jurídica (...). Uma quantidade de indivíduos forma uma comunidade apenas porque uma ordem normativa regulamenta sua conduta recíproca. A comunidade (...) consiste tão-somente numa ordem normativa que regulamenta a conduta recíproca dos indivíduos. O termo "comunidade" designa o fato de que a conduta recíproca de certos indivíduos é regulamentada por uma ordem normativa. (...)

²⁶ *Idem*, pp. 250-253, pp. 299-305.

²⁷ Kelsen, *Teoria Geral*, pp. 262 e 263.

Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de "Estado" é a "sua" ordem jurídica.²⁸

Conforme temos vindo a realçar, todos estes considerandos assentam em argumentos baseados nas características formais dos ordenamentos jurídicos; assim, onde quer que haja uma comunidade politicamente organizada que consiga, através de um governo central, estabelecer uma ordem jurídica coactiva, nos termos definidos por Kelsen, existe, simultaneamente, Estado e Direito. Não há, portanto, qualquer padrão contra o qual medir a justiça do conteúdo do Direito, até porque

Justiça é uma idéia formal. A duas questões ela não responde; ao contrário, toma-as como pressupostos incontestáveis. Entendida como tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, não nos diz 1. quem deve ser considerado igual ou desigual, nem 2. como devem ser tratados os iguais e os desiguais. A igualdade resulta sempre de uma abstração da desigualdade existente, pois as coisas e os homens neste mundo são tão diferentes entre si como "um ovo em relação a outro ovo".²⁹

Radbruch parece manter, deste modo, que o valor Justiça, apesar de ser "um valor absoluto", e de constituir "[a] pauta axiológica do Direito positivo, meta do legislador", não consegue, pelo facto de o seu cerne ser "a idéia de igualdade",³⁰ que, na sua óptica, é uma ideia meramente formal, funcionar como padrão contra o qual avaliar a validade do Direito. O Direito existe, e é válido, não só porque provém do Estado, mas também porque o Estado é a personificação do Direito; a Justiça é, neste domínio, um critério inoperante. De facto, a possibilidade de existir Direito injusto demonstra, para Radbruch e Kelsen, que os únicos critérios necessários para averiguar a existência de um "Estado de Direito", na acepção de Kelsen,³¹ são os critérios formais que temos vindo a analisar, o que os leva à conclusão de que Estado e Direito são idênticos, ou seja, são uma única e mesma entidade. Assim, deste ponto de vista, um Estado de Direito não seria um Estado submetido ao Direito, mas

²⁸ *Idem*, p. 263.

²⁹ Radbruch, *Filosofia*, p. 25.

³⁰ *Idem*, p. 24.

³¹ Kelsen, *Teoria Pura*, pp. 340 e 341.

sim um Estado onde as "normas jurídicas" fossem criadas de acordo com o estabelecido pela "norma" mais alta do ordenamento jurídico,³² aquilo que tanto Radbruch como Kelsen chamam "Constituição" que, por sua vez, na óptica de Kelsen, deriva a sua validade de uma norma pressuposta que este designa por "norma fundamental" (*Grundnorm*).³³

Assim sendo, os aspectos materiais do Direito seriam somente marginalmente relevantes; poderiam auxiliar na distinção entre diferentes ordens jurídicas, na medida em que serviriam de critério para decidir se determinada "norma" pertenceria, ou não, a determinado ordenamento jurídico, tal como é defendido por H.L.A. Hart na elaboração da sua tese acerca dos pontos de vista "interno" e "externo" das regras.³⁴ Contudo, do ponto de vista puramente formal subscrito por Kelsen e Radbruch, o critério decisivo seria o de saber *que* Estado criou determinada "norma jurídica", dada a relação de identidade entre Estado e Direito. Assim, por exemplo, de forma a saber se uma determinada "norma jurídica" *existe* e é *válida* no Direito português, bastaria analisar se a mesma foi posta pelo órgão ao qual a Constituição atribui poderes legislativos, de acordo com os trâmites por si definidos, razão pela qual a tese dos "pontos de vista interno e externo", propugnada por Hart, teria, na óptica de pensadores como Kelsen, muito mais utilidade na aferição da *eficácia* das "normas jurídicas" enquanto condição de validade das mesmas,³⁵ do que propriamente na análise da *pertença* a uma determinada ordem jurídica, que é um aspecto puramente formal.

Em suma, e apesar de não concordarmos com a identificação, efectuada por Kelsen e Radbruch, entre Estado e Direito, estamos em crer que uma ordem normativa só pode ser Direito se, conforme advogado por estes dois autores, for dotada de coercividade, o que advém da institucionalização de certos órgãos criadores e aplicadores do Direito. A discórdia entre o nosso ponto de vista e o destes autores prende-se com o facto de, na nossa opinião, os aspectos formais essenciais à identificação de determinada ordem normativa como sendo uma ordem jurídica serem insuficientes para efectuar essa mesma qualificação. Os aspectos formais, isto é, a coercividade e a institucionalização

³² *Idem*.

³³ Kelsen, Teoria Pura, pp. 51 e 52, 215-250. Kelsen, Teoria Geral, pp. 161-163, 168-178. Kelsen, Normas, pp. 326 e 327.

³⁴ Hart, Concept, pp. 88-99.

³⁵ Kelsen, Teoria Pura, p. 12, 103, 236-243. Kelsen, Teoria Geral, pp. 29-44. Kelsen, Normas, pp. 176-179.

de órgãos responsáveis pela criação e aplicação de regras positivas, não são, por si sós, suficientes para distinguir um sistema jurídico de um outro sistema normativo baseado na mera força. O fenómeno dos Estados falhados explica isto mesmo. Um Estado falhado é um Estado que contém, na sua estrutura organizativa, os mesmos aspectos formais, isto é, as mesmas instituições que se encontram em Estados de Direito. Não é, contudo, capaz de se manter como uma unidade política e economicamente governável, faltando-lhe legitimidade aos olhos da comunidade internacional.³⁶ As leis criadas pelo seu legislador, bem como as decisões dos seus órgãos jurisdicionais, contêm grande potencial para restringir ou suprimir os três valores por nós identificados como fazendo parte da concepção material de Direito, bem como para não tratar todos os destinatários de forma igualitária. De um ponto de vista formal, todos os Estados, sejam estes de Direito, autoritários, totalitários ou falhados são iguais, isto é, possuem instituições que desempenham funções de criação e aplicação de normas que detêm, para os seus destinatários, idêntica coercividade. Kelsen está ciente desta situação, de tal forma que afirma que "todo o Estado é um «Estado de Direito»".³⁷ Kelsen entende as implicações da sua posição, que encara como naturais do ponto de vista de uma *teoria pura* do Direito, que não se preocupa com a análise de aspectos materiais. Quanto a Radbruch, este acabou por mudar de posição, já que, após o fim da II Guerra Mundial, passou a sustentar que "o Direito é a vontade de alcançar a Justiça",³⁸ acabando por concluir que "[h]á princípios de Direito que são mais importantes do que qualquer acto jurídico-positivo, de tal forma que uma lei que os contrarie não terá validade."³⁹ Assim sendo, aquilo que distingue o Direito de outras manifestações coercivas de força não é a existência de um aparelho estatal. Esta é condição necessária, mas não suficiente para que se esteja diante de uma ideia de Direito. Apenas a sua conjugação com os aspectos materiais, que serão discutidos na próxima subsecção, poderá criar uma concepção, ou ideia, de Direito.

1.3 Os aspectos materiais da ideia de Direito.

³⁶ Griffiths, O'Callaghan e Roach, p. 108.

³⁷ Kelsen, Teoria Pura, p. 340.

³⁸ Radbruch, Fünf Minuten, terceiro minuto. O original é o seguinte: "Recht ist Wille zur Gerechtigkeit."

³⁹ *Idem*, quinto minuto. O original é o seguinte: "Es gibt also Rechtsgrundsätze, die stärker sind als jede rechtliche Satzung, so daß ein Gesetz, das ihnen widerspricht, der Geltung bar ist."

Josef Esser escreve que "[o] Direito apenas é ordem (ordenamento) enquanto esta pode ser referida à ideia de Direito, enquanto aspira a realizar esta ideia", sendo que esta mesma ideia "exige uma ordem *com determinado sentido, uma ordem justa*."⁴⁰ Por este motivo, João Baptista Machado acrescenta que "nenhuma ordem jurídica se encontra que não leve inscrita em si, pelo menos, uma *pretensão de validade*, no sentido de pretensão de justiça. Donde resultará que toda e qualquer ordem jurídica deve ser confrontada (e entendida de acordo) com essa sua pretensão (postulação) intrínseca."⁴¹

Esser e Baptista Machado referem-se aos aspectos materiais da ideia de Direito, que derivam do valor Justiça. Em contraposição com os aspectos formais, que são facilmente identificados pelos autores discutidos na subsecção anterior, não existe, de um ponto de vista material, uma concepção unívoca de Direito, passível de ser universalmente aplicada e seguida. A maneira como o Direito, a partir desta perspectiva, é concebido é variável no tempo e no espaço, sendo que factores contingentes, de ordem histórica, sociológica, política, teológica, filosófica ou ética, entre muitos outros, influem na formação da concepção material de uma dada ideia de Direito. Existem, no entanto, certas características que fazem com que determinada ideia seja, precisamente, uma *ideia de Direito*, o que significa que, independentemente dos factores contingentes acima referidos a título de exemplo, bem como da era ou do local em que surja, uma ideia de Direito tem, necessariamente, que conter certos princípios e valores, de forma a poder ser qualificada *como* ideia de Direito, e não como mero uso da força por parte de quem detenha, circunstancialmente, o poder.⁴²

Na nossa óptica, conforme acima referido, os valores universais que emanam da Justiça, e que, quando objecto de protecção por parte de uma determinada ordem normativa lhe dão o qualificativo de "Direito", são a vida, a dignidade e a liberdade humanas, apoiados pelo princípio de que todos os seres humanos devem ser tratados igualmente pelo Direito. Com isto, não estamos a excluir a possibilidade de outros valores e princípios poderem emanar de uma determinada concepção de Justiça; o ponto onde pretendemos chegar é o de que *todas* as concepções de Justiça incluem, necessariamente, os

⁴⁰ Citação retirada de Machado, pp. 32 e 33.

⁴¹ *Idem*, p. 33.

⁴² d'Entrèves, pp. 3 e 4.

valores e o princípio por nós referidos. Todos os outros valores e princípios que derivem de determinada concepção de Justiça são contingentes e, por isso, variáveis no tempo e no espaço. Na medida em que uma ideia de Direito leva, em si mesma, o desiderato de alcançar a Justiça, o Direito tem que proteger, igualmente, os três valores primordiais da Justiça.

O Direito é, contudo, mais amplo do que a Justiça. Isto significa que, numa determinada ordem normativa, que será considerada Direito na medida em que respeite os valores e princípio por nós identificados como essenciais para a realização da Justiça, poderão existir normas jurídicas valorativamente neutras (v.g. conduzir pelo lado direito da estrada)⁴³ bem como algumas normas jurídicas injustas.⁴⁴ As últimas serão tão válidas quanto as normas justas, desde que a sua injustiça não suprima ou restrinja *arbitrariamente* a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. De um ponto de vista material, portanto, o Direito não tem que ser *totalmente* justo, o que é facilmente compreensível a partir do momento que se entenda que a administração da Justiça não é o único desiderato do Direito, apesar de, indubitavelmente, ser o mais importante. O Direito visa também garantir a segurança das pessoas, bem como a sua convivência em sociedade, o que, pontualmente, poderá implicar o sacrifício

⁴³ Contra a existência de normas jurídicas valorativamente neutras, António Pedro Barbas Homem, colocando-se em diálogo com Paulo Otero, argumenta o seguinte: "Com a ideia de neutralidade axiológica pretende sublinhar-se que existiriam normas jurídicas em que se não coloca a «possibilidade de um juízo de justiça ou de injustiça» (Paulo Otero). (...) Contudo, discordamos deste ponto de vista da neutralidade de algumas normas jurídicas, questão na qual ainda se detectam vestígios de uma mais ampla concepção da neutralidade axiológica do direito e da ciência do direito. Podemos contraditar com o exemplo em regra fornecido de uma norma neutra: a norma do Código da Estrada que determina que o trânsito se efectue pelo lado direito da via não expressaria nenhuma ideia de justiça, mas seria uma pura norma de direcção, sem transcendência em termos de justiça. A este raciocínio contraponho o seguinte: o condutor que no nosso país fosse autuado pelas forças policiais por guiar no lado errado da via não poderia invocar estar a violar uma simples norma sem conteúdo valorativo, para o efeito de se furtar a uma pena de prisão ou outra. Não é da sanção que a lei estabelece para o infractor de uma regra legal que podemos retirar o carácter valorativo das normas jurídicas, situação em que estaríamos a cair no puro arbítrio; pelo contrário, é do conteúdo valorativo de qualquer norma jurídica que podemos extrair a consequência da sua relevância em termos sancionatórios (...). Estas observações são igualmente válidas para as normais conceptuais (conceituais), que contêm a definição de conceitos jurídicos (...) Estas normas conceptuais encerram em si uma das tarefas principais da ciência do direito, pelo que admitir que se encontram desprovidas de dimensão axiológica pode ser entendido como recusar o papel da dogmática jurídica como limite ao arbítrio legislativo (...). Pelo contrário, entendemos que a dogmática jurídica constitui um limite essencial para o programa de acção de qualquer legislador e um limite à manipulação dos conceitos. Precisamente porque, e em síntese, não pode aceitar-se que existam normas indiferentes ao julgamento moral ou ao julgamento ético – nem ao julgamento científico." (Barbas Homem, p. 18, nota 20)

Apesar de subscrevermos o raciocínio desenvolvido por Barbas Homem a propósito das regras conceptuais, não concordamos com a asserção segundo a qual não existem, pura e simplesmente, regras jurídicas axiologicamente neutras e, por isso, não acompanhamos a análise feita pelo autor a regras semelhantes à do Código da Estrada, que é aqui referida a título de exemplo.

⁴⁴ Cf. *infra*, secção 2.

de certos valores e princípios emanados pela Justiça. Não poderá, no entanto, suprimir ou restringir, arbitrariamente, os valores e princípio por nós identificados. Se o fizer, a ordem normativa não será Direito, mas apenas força.

Creemos que a razão pela qual escolhemos os três valores, bem como o princípio, acima mencionados como constituindo o cerne da Justiça e, por conseguinte, de uma ideia de Direito, é óbvia: o Direito é um instrumento humano criado, primordialmente, com o propósito de administrar a Justiça e, portanto, de proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade humanas. Estamos em crer que, historicamente, as tentativas de definição gerais do conceito de Justiça têm contribuído para o exacerbamento de um debate supérfluo, na medida em que se tenta incluir na definição deste conceito, que se tem por universal, certos aspectos meramente contingentes e, portanto, não universais. Isto faz com que não exista concordância em relação ao conteúdo da ideia de Justiça, a tal ponto que Miguel Reale, após uma descrição histórica da evolução do conceito, chega à conclusão de que "é mister abandonar tanto o propósito de alcançar uma ideia universal de justiça como o de reduzi-la a um conjunto de perspectivas ou de requisitos formais, capazes de legitimar as relações jurídicas, pois ela é inseparável de sua concreta projecção na experiência."⁴⁵ Isto, contudo, só acontece, na nossa opinião, devido, precisamente, ao facto de se tentar enquadrar, numa definição *universal* de Justiça, princípios e valores contingentes que, por conseguinte, são inseparáveis da sua "concreta projecção na experiência". A partir do momento em que isto se faça, a concepção da Justiça passa, automaticamente, a ser historicamente contingente, o que leva a duas consequências, a saber: 1) os aspectos materiais da ideia de Direito podem variar no espaço; aquilo que é considerado justo, por exemplo, na Europa poderá não o ser no Médio-Oriente, e vice-versa. 2) O conceito de Justiça varia no tempo, pelo que, num dado local, aquilo que contemporaneamente é considerado justo poderá não o ter sido no passado, sendo possível que deixe de o ser no futuro. Deste ponto de vista, basear uma concepção de Direito na ideia de Justiça, conforme advogado por Esser e por Baptista Machado, revela-se uma fórmula vazia, na medida em que, potencialmente, a Justiça poderá ter qualquer conteúdo e, portanto, não funciona como limite do poder.

⁴⁵ Reale, p. 197.

Para obviar a estas dificuldades, é preciso identificar que princípios e valores não são historicamente contingentes; esses, estamos em crer, são os três valores, bem como o princípio, por nós acima referidos. A protecção da vida, da dignidade e da liberdade humanas, de forma igualitária, é algo que será *sempre* preciso fazer para que uma ordem normativa administre a Justiça e seja, por isso, considerada Direito. Sempre que um destes valores é descuidado, ou não é protegido segundo o princípio da igualdade - tratar o igual como igual e o desigual como desigual -, estaremos perante uma ordem normativa não jurídica, por muito coerciva que seja.

A este argumento apresenta-se uma objecção óbvia: certas instituições do passado, como, por exemplo, a escravatura ou a tortura, por muito injustas que sejam à luz dos padrões contemporâneos, não eram vistas, no passado, como tal pela grande maioria da população mundial, pelo que a sua prática era frequente e aceite, tanto moral como juridicamente. Uma de duas consequências aparentes advém, a partir da constatação deste facto, para o argumento acima exposto, a saber: 1) ou o argumento é incorrecto, ou 2) o argumento implica que, até à abolição da escravatura ou da tortura, as várias ordens normativas que existiram, até então, nos vários Estados, a nível mundial, não eram Direito, mas mera força, em virtude de não protegerem quer a dignidade, quer a liberdade de certas pessoas, assistindo-se a uma discriminação injustificada, violadora do princípio da igualdade.

Estas duas conclusões são, sem embargo, improcedentes pelo mesmo motivo: o que mudou não foi a protecção conferida aos três valores, ou o princípio do tratamento igualitário, mas sim o pensamento filosófico subjacente à condição do escravo enquanto pessoa, ou do arguido no processo penal. Em relação à escravatura, o escravo, no passado, estava numa posição, em certa medida, análoga àquela em que os animais se encontram no presente. Na actualidade, certos tipos de animais são "escravizados", isto é, são utilizados como bestas de carga na execução de certas tarefas. Outros são empregues na produção de alimentos ou de vestuário. Outros ainda são usados para fins de entretenimento - v.g. tourada, circo, etc. Se, por hipótese, no futuro, o pensamento filosófico subjacente à condição dos animais mudar e, através do Direito, o Homem lhes conferir uma protecção idêntica àquela que, actualmente, existe para o ser humano, tal evento não transformará, retroactivamente, as ordens normativas que, até então, se consideravam Direito, em ordens normativas onde se faz o uso da mera força. Segundo o

pensamento filosófico dominante contemporaneamente, os animais não merecem a mesma protecção que o ser humano porque, simplesmente, são *diferentes* do Homem, são considerados, para todos os efeitos, criaturas inferiores ou que, pelo menos, não têm a *mesma* dignidade. Este tipo de pensamento, que, actualmente, começa a ser desafiado por alguns filósofos,⁴⁶ leva, em nome do princípio da igualdade, a tratar de forma desigual o que é desigual. Ora, o escravo encontrava-se, no passado, numa situação desigual. Ou não era considerado uma pessoa ou, se o era, não seria uma pessoa igual ao seu dono, pelo que não era merecedora de uma protecção quer jurídica, quer moral, idêntica.

Quanto à tortura, conforme explica Beccaria, "uma crueldade consagrada pelo costume, na maior parte das nações, é a tortura do réu durante o processo".⁴⁷ O adjectivo "crueldade" é fruto do pensamento de Beccaria, que, conforme o próprio põe em evidência, está à frente do seu tempo, dado que o costume, na sua época, era o de utilizar a tortura no processo criminal. Isto revela que, antes do Iluminismo, não se considerava que a protecção da integridade física do indivíduo - que até poderia não ser criminoso, dado que a tortura fazia parte do processo, não sendo uma pena⁴⁸ - fizesse parte da sua dignidade, da mesma forma que não se considerava o escravo uma pessoa, ou, então, considerava-se uma pessoa inferior às pessoas livres. Sendo a tortura costumeira, vista como fazendo parte da tradição jurídica, tem que se chegar, forçosamente, à conclusão de que, no passado, não era encarada como uma ofensa à dignidade da pessoa humana. Este quadro de pensamento justifica a existência e utilização da tortura; aquilo que explica a sua abolição é a mudança do pensamento filosófico acerca desta matéria.

Instituições como a escravatura ou a tortura não invalidam, por conseguinte, o argumento de que uma ideia de Direito tem, necessariamente, que proteger igualitariamente a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Estes valores eram, mesmo no tempo da escravatura ou da tortura, protegidos de forma igualitária, visto que tanto o escravo como o arguido encontravam-se numa situação desigual e, portanto, eram tratados de forma desigual. O facto de esta forma de pensar ter mudado não converte,

⁴⁶ Cf. Singer, *Practical*, pp. 55-134, Singer, *Applied*, pp. 215-228, Regan, especialmente pp. 1-22 e pp. 91-122.

⁴⁷ Beccaria, p. 60. O original é o seguinte: "Una crudeltà consacrata dall'uso nella maggior parte delle nazioni è la tortura del reo mentre si forma il processo".

⁴⁸ *Idem*, pp. 60-66.

retroactivamente, as ordens normativas do passado de jurídicas para não-jurídicas, isto é, para ordens normativas onde apenas e só imperava a força. A ser assim, teríamos que admitir que um hipotético evento futuro, o de considerar os animais como equiparáveis aos seres humanos, mudaria, retroactivamente, a concepção que, contemporaneamente, temos do Direito. Por esta ordem de ideias, um evento futuro transformaria todas as ordens normativas que, na actualidade, são consideradas ordens jurídicas em ordens normativas onde se faz uso ilegítimo da mera força.

A alternativa seria considerar que a não protecção, de forma arbitrária, da vida, da dignidade e da liberdade é compatível com a ideia de Direito. Esta alternativa, contudo, cai nas posições formalistas de Kelsen e do Radbruch antes de 1945, e, por isso, deve ser rejeitada pelas razões acima deduzidas.

Os valores vida, dignidade e liberdade da pessoa podem ter um conteúdo variável no tempo e no espaço, passando-se o mesmo com a aplicação do princípio da igualdade. Com efeito, se se usasse os padrões de dignidade da Idade Média para analisar o mundo actual, chegar-se-ia à conclusão que, no século XXI, todos, sem excepção, vivemos uma vida digna. Conversamente, constatar-se-ia que, na Idade Média, muito poucas pessoas levariam uma vida digna, tendo em atenção os padrões contemporâneos. O mesmo pode ser dito da liberdade. A noção de que ser livre implica poder escolher, através de sufrágio universal, quem serão os indivíduos que representarão o povo num parlamento seria, até bem dentro do século XX, considerada ridícula - com efeito, ainda o é, em Estados onde, por exemplo, as mulheres não têm direitos políticos. A discussão acerca da possibilidade de se permitir a execução da eutanásia activa sobre doentes em estado terminal revela, por exemplo, que não há consenso acerca de se o "direito a morrer" é, ou não, uma emanção dos valores dignidade e liberdade humana. A própria vida é um valor cujo conteúdo poderá vir a ser reequacionado se, no futuro, for possível a realização de transplantes de cérebro.⁴⁹ Por último, a aplicação do princípio da igualdade, segundo o qual há que tratar o igual por igual, e o desigual por desigual, estará sempre dependente, de forma a aferir-se o seu conteúdo concreto, acerca do que, filosoficamente, é igual ou desigual. Questões como a comparação entre o escravo e o homem livre, o nascituro e a pessoa nascida, ou a pessoa humana e o animal, têm um conteúdo divergente no tempo e no espaço, pelo que aquilo

⁴⁹ McMahan, pp. 14-24 e 31-35.

que no passado foi desigual hoje em dia poderá ser igual, tal como aquilo que hoje é desigual poderá, no futuro, vir a ser igual.

Assim sendo, o Direito não se pode desanexar do pensamento filosófico. Por muito que se afirme que uma ideia de Direito está adstrita à garantia da protecção igualitária da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana, o conteúdo concreto destes valores é contingente, estando dependente do progresso da técnica bem como do pensamento filosófico. A técnica permite que, contemporaneamente, se proteja a vida utilizando recursos que, no passado, não se encontravam disponíveis. Se, no futuro, a tecnologia que permite a transplantação de cérebro for criada será que fará sentido falar-se no direito à integridade pessoal como emanção dos valores vida e dignidade humana? Este conjunto de questões complexas apenas demonstra que o conteúdo dos valores que estão no cerne de uma ideia de Direito é, potencialmente, variável. Contudo, uma ideia de Direito protegerá sempre esses mesmos valores.

1.4 O papel dos direitos fundamentais na ideia de Direito.

Os argumentos delineados nas duas subsecções anteriores visam apoiar a tese, referida na subsecção 1.1, de que as várias definições do conceito de "Estado de Direito", apresentadas pela literatura especializada, são incompletas na medida em que se concentram ora em aspectos formais, ora em aspectos materiais, quando ambos os aspectos, na realidade, se complementam. Um Estado submetido ao Direito é um Estado que consegue assegurar, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos seus cidadãos através de instituições dotadas da coercividade necessária para criar e executar normas jurídicas que regulem o comportamento dos indivíduos em sociedade.

De entre as definições do conceito de Estado de Direito cujo foco assenta em aspectos materiais, aquela que, contemporaneamente, parece ser a mais consensual é a que defende, nas palavras de Reis Novais, ser "possível isolar, como componente essencial e determinante do conceito [de Estado de Direito], o núcleo constituído pela liberdade e direitos fundamentais do cidadão".⁵⁰ Com efeito, "independentemente da época, países ou condições de vigência, este [núcleo constituído pela liberdade e direitos fundamentais do

⁵⁰ Reis Novais, Contributo, p. 25.

cidadão] será o elemento sem o qual não haverá Estado de Direito."⁵¹ Por esta razão, Reis Novais considera "vantajoso colocar a tónica do conceito de Estado de Direito na função garantista individual (a da garantia dos direitos fundamentais)".⁵² Na nossa óptica, Reis Novais considera, incorrectamente, que o que o Estado submetido ao Direito visa proteger são os direitos fundamentais em si mesmos, não se apercebendo, por conseguinte, de que os direitos fundamentais são apenas um *meio* para proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Não obstante serem o *meio mais eficaz* para o fazer, a história demonstra que não são o *único meio* possível, razão pela qual uma ideia de Direito não precisa, *necessariamente*, que quaisquer direitos fundamentais sejam positivados pelo legislador. Na realidade, os direitos fundamentais são uma problemática de Direito positivo, o que significa que a sua consagração, restrição e supressão é resultado da acção política, e não manifestação da necessidade intrínseca que o Estado de Direito tem em proteger igualmente a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Os direitos fundamentais constituem o meio mais eficaz de conseguir este desiderato, mas não o único. A decisão sobre que meios utilizar para se conseguir um objectivo é inerentemente política.

As próximas três secções deste estudo serão dedicadas à análise e justificação das asserções acima efectuadas. Assim, na secção 2 analisaremos aquele que é, no nosso entender, o processo de formação de uma norma jurídica. As conclusões dessa análise servirão de base para justificar a nossa tese, explanada na secção 3, de que as filosofias jus-naturalista, positivista e casuísta não descrevem, quando consideradas isoladamente ou em oposição umas às outras, acertadamente, nem a essência, nem o modo de funcionamento do Direito. O funcionamento do Direito assenta na integração de certos aspectos destas três doutrinas jus-filosóficas. O Direito é, inerentemente, casuísta e positivo, tendo como função preservar os três valores emanados pelo Direito Natural, por nós identificados, respeitando o princípio da igualdade. Utilizaremos as conclusões extraídas dos argumentos delineados nas secções 2 e 3 para, na secção 4, desenvolvermos a tese de que os direitos fundamentais são, unicamente, produto do Direito positivo. A sua protecção é feita, somente, dentro dos quadros jurídico-positivos da ordem jurídica de um determinado Estado. A regulação, através de disposições constitucionais

⁵¹ *Idem.*

⁵² Reis Novais, Trunfos, p. 24.

positivas, da sua consagração, restrição ou supressão, que é feita em termos que sugerem, erradamente, que os direitos fundamentais são fins em si mesmos,⁵³ não implica que os direitos fundamentais sejam, por si só, protegidos pela ideia de Direito. O que uma ideia de Direito requer é que se proteja igualmente a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, sendo-lhe indiferente se tal é feito através da outorga de direitos fundamentais ou de qualquer outro método.

2. O conceito de "norma jurídica". As leis e as decisões judiciais "justas" ou "injustas".

Nesta secção, faremos um excuro no qual esclarecemos e justificamos aquilo que entendemos por "norma jurídica", avaliando, simultaneamente, até que ponto faz sentido adjectivar as leis e as decisões judiciais como "justas" ou "injustas". As conclusões a que chegaremos serão, na secção 4, aplicadas à problemática dos direitos fundamentais, e serão utilizadas como justificação da seguinte posição: os direitos fundamentais, tanto os de liberdade como os sociais, são preceitos jurídico-positivos, isto é, são *postos* pela comunidade, quer através do costume (situação algo rara nos dias de hoje), quer pelos representantes do povo, através da lei, na qual se inclui a Constituição enquanto Lei Fundamental. Nesta medida, não existe, entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, qualquer distinção prática ou conceptual. Ambos, enquanto direitos subjectivos positivos, são judicialmente exigíveis, sendo que o Estado, tanto no caso dos direitos de liberdade como no dos direitos sociais, poderá ser obrigado quer a abster-se de praticar certas condutas, quer a efectuar prestações aos cidadãos.⁵⁴ Os direitos fundamentais não são, todavia, mais do que meios, porventura mais eficazes do que quaisquer outros, de que o Estado dispõe para administrar, através do Direito, a Justiça, protegendo, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Procuraremos demonstrar, portanto, que os direitos fundamentais não têm, em si mesmos, qualquer valor; são somente um meio

⁵³ Dito por outras palavras, os direitos fundamentais poderão ser protegidos como fins em si mesmos dentro do quadro do Direito positivo. Não são, contudo, fins em si mesmos no quadro de uma ideia de Direito, da qual o Direito positivo é apenas uma parte.

⁵⁴ Quanto a estas três questões (exigibilidade judicial dos direitos fundamentais, obrigações negativas e obrigações positivas por parte do Estado) cf. Abramovich e Cortis, pp. 19-64. Contra a possibilidade de se qualificar os direitos sociais como direitos subjectivos cf. Atria.

para garantir os três valores e o princípio por nós identificados como cerne da Justiça. Positivar, restringir ou suprimir direitos fundamentais são, por conseguinte, opções políticas. Se a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos puder ser protegida, de forma igualitária, através de qualquer outro meio que não envolva a concessão de direitos subjectivos (fundamentais ou de outro cariz) aos cidadãos, não vemos por que razão tal não possa ser feito pelo Estado. De forma a justificarmos esta posição temos, contudo, que esclarecer, primeiro, o que se deve entender por "norma jurídica", e até que ponto faz sentido qualificar as leis e as decisões judiciais como "justas" ou "injustas".

Segundo os oponentes da utilização da ideia de Justiça como base da concepção do Direito e limite da arbitrariedade do poder, é inegável que certos preceitos jurídicos são injustos e, no entanto, a sua validade não é posta em causa. Mesmo que se concedesse, continuaria o argumento, que experiências como o nacional-socialismo ou a governação através da ideia *Juche* na Coreia do Norte⁵⁵ não são exemplos de governação estadual através de uma ideia de Direito, mas somente mera força, dada a brutalidade e injustiça flagrantes desses regimes, o que é facto é que, em Estados considerados Estado de Direito existem leis e decisões judiciais injustas que, sem embargo, são perfeitamente válidas e, por isso, coercivas, isto é, obrigatórias para os seus destinatários. Nestes casos, concluiria o argumento, demonstra-se que a existência e validade do Direito não depende exclusivamente de aspectos materiais; os aspectos formais - segurança jurídica fornecida pelo Direito positivo, através da conformação das decisões judiciais às leis e da execução coerciva das sentenças - bastam para conferir essa mesma existência e validade.

No entanto, num Estado de Direito, podem existir normas jurídicas injustas perfeitamente válidas, desde que a sua injustiça não se consubstancie numa supressão ou restrição arbitrária da vida, da dignidade ou da liberdade da pessoa humana. O que, nas linhas que se seguem, iremos fazer é apresentar um argumento no sentido de demonstrar que a existência de normas injustas num *ordenamento jurídico*, isto é, num Estado submetido a uma ideia de Direito, é uma ocorrência extremamente rara. Para tal, iremos explicar o que se deve entender por "norma jurídica".

É nossa contensão que adjectivar leis como sendo "justas" ou "injustas" é uma ilusão, se se tomar a lei como fonte do Direito. Com efeito, uma lei, que

⁵⁵ Ferreira, Juche.

mais não é do que um texto, escrito ou oral, que contém proposições linguísticas a que tradicionalmente se chamam "normas", pode ser tomada em si mesma ou enquanto fonte do Direito. Normalmente, é tomada em si mesma quando é objecto de uma análise histórica ou filosófica; é, por outro lado, tomada enquanto fonte do Direito se, durante o seu período de vigência, for utilizada para resolver um caso concreto. Assim, a Lei das XII Tábuas, por exemplo, só pode ser objecto de análises históricas (que expliquem, entre outras coisas, as razões do seu surgimento ou relatem o seu modo de aplicação efectiva) ou filosóficas (que analisem, por exemplo, os seus fundamentos ou a sua justiça); não pode, contudo, ser, na actualidade, utilizada como fonte do Direito, na medida em que não está em vigor em nenhuma parte do mundo.

Em *O princípio da legalidade e a segurança jurídica - um ensaio sobre interpretação e norma jurídica*, descrevemos aquele que é, no nosso entender, o processo de formação de uma norma jurídica.⁵⁶ Muito sucintamente, e tomando em consideração apenas aquilo que é relevante para este trabalho, uma norma jurídica surge em resultado da resolução de uma questão de Direito, dado que decidir um caso concreto é algo que

resulta da conjugação entre a interpretação do texto das fontes, os valores ou princípios que existam no ordenamento jurídico e os factos presentes num determinado caso concreto. A norma jurídica é, por conseguinte, sempre individual e concreta, visto que nunca nasce independentemente dos factos de um caso concreto. O facto de a maioria dos casos iguais ou semelhantes ser, durante um longo período de tempo, decidida da mesma forma acaba por criar a ilusão de que a "norma" já existe a partir do momento em que uma lei é promulgada ou um costume ganha a convicção de obrigatoriedade. Na realidade, o que sucede é que a questão de Direito torna-se suficientemente consolidada para que se consiga prever, com quase cem por cento de certeza, que norma jurídica será criada pelo juiz para pôr fim à disputa.⁵⁷

Na medida em que as normas jurídicas têm por função regular o funcionamento da sociedade e o comportamento dos indivíduos que a formam, é ilusório pensar que as mesmas podem ser postas através de proposições linguísticas gerais e abstractas contidas em leis (ou extraíveis do costume); conforme por nós defendido no ensaio acima citado, a interpretação de uma

⁵⁶ Ferreira, *Princípio*, pp. 5585-99.

⁵⁷ *Idem*, pp. 5598-9.

lei apenas revela o sentido linguístico dos vocábulos nela utilizados,⁵⁸ que, por sua vez, manifestam a intenção do seu autor,⁵⁹ sendo inadequada para, por si só, determinar a conduta dos indivíduos. Não existem, portanto, "normas jurídicas" plasmadas em leis. A norma jurídica só surge quando, perante os factos de um caso concreto, e tendo em atenção o conteúdo das fontes aplicáveis ao mesmo, bem como os valores e princípios presentes no ordenamento jurídico, o indivíduo, raciocinando por si próprio, através do aconselhamento de um jurista, ou por imposição de um juiz, é determinado a comportar-se de certa maneira.

Assim sendo, classificar uma lei como "justa" ou "injusta" só faz sentido a partir de uma análise histórica ou filosófica da mesma; enquanto fonte do Direito, tal classificação não faz sentido porque, aqui, a lei é apenas uma parte da decisão judicial. Poderá, consoante os casos, desempenhar um papel importante ou negligenciável, o que leva à constatação de que uma lei histórica ou filosoficamente "injusta" poderá não produzir uma decisão judicial injusta. A Lei das XII Tábuas, por exemplo, prevê que os credores, quando exista mais do que um, possam esquitejar o devedor em partes iguais, de forma a satisfazerem o seu crédito.⁶⁰ É uma lei filosoficamente injusta, dado que coloca o direito de crédito num patamar hierarquicamente superior ao valor vida humana. Contudo, enquanto fonte do Direito, não é justa nem injusta. A sua aplicação a um caso concreto demonstraria que a injustiça não se encontraria na lei, mas sim nos valores e princípios da ordem normativa na qual a lei se insere. Se uma ordem normativa colocar a vida humana como valor primordial do ordenamento, nenhuma lei com um conteúdo semelhante ao desta disposição da Lei das XII Tábuas se lhe pode sobrepor. Se, por outro lado, esta sobreposição ocorrer, tal significa que a ordem normativa não coloca o valor "vida humana" no topo da hierarquia normativa e, por conseguinte, não é uma ordem jurídica, dado que não se rege por uma ideia de Direito. Por esta perspectiva, a Lei das XII Tábuas, tal como todas as leis, não pode ser considerada "justa" ou "injusta", na medida em que "lei" não é senão a designação que é dada a um texto emanado da vontade soberana. Não é um acto que produza, por si só, efeitos na ordem do ser. Este mesmo texto terá, sem dúvida, o intuito de regular determinada situação jurídica, bem como o

⁵⁸ *Idem*, pp. 5572-85.

⁵⁹ Ferreira, *Contra as teorias*, pp. 1791-5 e 1813-42.

⁶⁰ Tábua III, número 9.

de conformar a conduta dos indivíduos. É, sem embargo, nossa contenção que este objectivo é inalcançável. Platão é um dos primeiros filósofos da história a constatar isto mesmo. No diálogo *Górgias*, Sócrates e Polo discutem o poder que a retórica poderá, hipoteticamente, conferir a um orador. Segundo Polo, a retórica conferirá ao bom orador poder análogo ao do tirano. Polo interroga-se se os oradores "[n]ão podem, como os tiranos, atirar para a morte quem eles quiserem, espoliar e exilar quem lhes apetecer?"⁶¹ Sócrates responde que não, visto que "os oradores e os tiranos são os homens menos poderosos, (...) atendendo a que, por assim dizer, não fazem nada daquilo que querem; admito, contudo, que fazem o que lhes parece melhor."⁶² A lei, enquanto designação do texto que corporiza a vontade do legislador, é uma manifestação de que os seus destinatários devem fazer aquilo que ao legislador lhe parece como sendo o melhor. Não é, sem embargo, uma manifestação daquilo que o legislador queira que aconteça, porque a efectivação desta vontade não depende, pura e simplesmente, exclusivamente do que o legislador possa querer fazer através da publicação de proposições linguísticas gerais e abstractas integrantes de um texto designado por "lei". Isto mesmo é demonstrado por Sócrates que, no seu diálogo com Polo, argumenta o seguinte:

Sócrates - Na tua opinião, os homens nas suas acções querem sempre a própria coisa que fazem ou aquela em vista da qual agem? Por exemplo, os que engolem um remédio que o médico lhes dá querem a coisa que fazem, engolir uma bebida repugnante, ou antes essa outra coisa, a saúde, em vista da qual bebem o remédio?

Polo - É evidente que querem a saúde.

Sócrates - De igual forma, os navegantes e outros mercadores quando se metem numa empresa não têm vontade de passar os trabalhos em que se vêem envolvidos. Que homem estará desejoso de travessias, de perigos e de confusões? O objecto do seu querer é o fim em vista do qual navegam, a riqueza, pois é para enriquecer que se navega.

Polo - É verdade.

⁶¹ *Górgias*, 466 c.

⁶² *Idem*, 466 d.

Sócrates - Não se passa o mesmo com tudo o mais? Quando alguém age em vista de um resultado, a coisa desejada é o resultado da acção e não a acção.

Polo - É certo.⁶³

A lei não é, portanto, um fim em si mesmo, mas apenas um meio para se alcançar determinado resultado. O mesmo raciocínio tem, forçosamente, de ser aplicado aos direitos fundamentais, dado que estes se encontram no conteúdo de determinadas leis. Poder-se-á arguir que esta constatação não afasta a concepção de que as leis podem ser adjectivadas de "justas" ou "injustas", dado que, à primeira vista, nada se opõe a que se qualifique um meio como sendo "justo" ou "injusto"; assim é, na medida em que o meio se consubstancie num acto que produza resultados na ordem do ser. Se, por exemplo, um indivíduo matar um colega de trabalho com o intuito de afastar a sua concorrência no âmbito de um processo de promoção, a acção "matar o colega de trabalho" é um meio tendo em vista o fim "garantir a promoção". O meio utilizado pode ser qualificado como injusto porque é um meio fáctico, ou ontológico, nefasto. É uma acção que produz efeitos indesejáveis no mundo real e, por isso, o seu grau de justiça é avaliável. Tal não acontece, por outro lado, com as leis. As leis são textos que contêm proposições linguísticas gerais e abstractas que instruem os seus destinatários acerca de como se *devem* comportar. A lei opera, por conseguinte, ao nível do dever-ser, e não do ser. Parece-nos contra-intuitivo caracterizar uma proposição da ordem do dever-ser como sendo "justa" ou "injusta" quando essa proposição, tomada em si mesma, é insuficiente para produzir efeitos no mundo real. No caso específico da lei, um juiz, ao aplicá-la a um caso concreto, tem, conforme por nós acima referido, que ter em conta as circunstâncias próprias do caso bem como os princípios e valores do ordenamento jurídico sob cuja jurisdição o tribunal competente opera. Daqui resulta que a lei possa, no todo ou em parte, ser, por exemplo, inválida por ser inconstitucional. A lei pode, igualmente, ser inaplicável por, num determinado caso concreto e tendo em conta os princípios e valores do ordenamento jurídico, ser inexigível, ao seu destinatário, que se conforme com o preceituado no texto legal. Será, por exemplo, o caso de alguém que não entregue a sua declaração de IRS dentro do prazo previsto pela lei fiscal por se encontrar sequestrado. Num Estado de Direito, isto é,

⁶³ *Idem*, 467 c-d.

num Estado submetido a uma ideia de Direito enquanto ordem normativa coerciva dotada de aspectos formais e materiais, as hipotéticas coimas previstas pela lei fiscal em caso de não entrega da declaração de IRS dentro do prazo legalmente previsto não podem ser aplicadas numa situação de inexigibilidade como, por exemplo, a do sequestro, independentemente de o sequestro se encontrar, ou não, positivado como excepção à aplicação das mencionadas coimas. A lei fiscal, não sendo, em abstracto, inconstitucional, não seria, neste caso concreto, aplicável. Nenhuma lei é, por si só, abstraindo dos factos do caso concreto, dos princípios e dos valores do ordenamento jurídico no qual se insira, aplicável às situações da vida previstas nos respectivos textos legais.

Poder-se-ia, por outro lado, argumentar que a nossa caracterização da lei como meio insuficiente para atingir um determinado fim não decorre, exactamente, de propriedades intrínsecas da lei, ao contrário do por nós defendido no trabalho acima citado.⁶⁴ Dito por outras palavras, o facto de a lei não poder ser, por si só, aplicável às situações da vida por si previstas decorre somente da circunstância de se inserir numa ordem normativa que é uma ideia de Direito. Se a ordem normativa for, ao invés, efectivação de um poder que governe somente através da força - v.g. Estado autoritário ou totalitário -, então, continuaria o argumento, nada objectaria a que se afirmasse que a lei, tomada em si mesma, é aplicável às situações da vida por si previstas.

No entanto, mesmo nos casos em que um Estado não se encontra submetido a uma ideia de Direito, mas exerça o seu poder através da mera força, mantemos que a lei, por si só, é insusceptível de efectivar os desígnios do legislador. Platão, através do diálogo entre Sócrates e Polo, demonstra isto mesmo:

Sócrates - (...) quando matamos um inimigo (se isso nos acontecer), quando o exilamos ou o privamos dos seus bens é porque julgamos que é melhor para nós fazê-lo do que não o fazer?

Polo - Certamente.

Sócrates - De maneira que aqueles que praticam todas estas acções fazem-nas em vista de um bem?

Polo - Estou de acordo.

⁶⁴ Ferreira, Princípio, pp. 5572-85.

Sócrates - Mas, não reconhecemos nós que, quando fazemos uma coisa em vista de outra, a coisa desejada não é aquela que fazemos, mas aquela em vista da qual agimos?

Polo - Certamente.

Sócrates - Não queremos, pois, mandar matar pessoas, exilá-las, confiscar-lhes os bens pelo simples prazer de agir assim: sempre que isso for útil, queremos fazê-lo; se for prejudicial, não queremos. Pois queremos o nosso bem, como afirmas, mas não queremos nem as coisas indiferentes nem as más. Não é verdade? Achas que tenho razão, Polo, sim ou não? Porque não respondes?

Polo - Falas verdade.

Sócrates - Uma vez estabelecido este ponto, avancemos: se um homem tirano ou orador, condena um inimigo à morte, ao exílio ou ao confisco dos bens, julgando beneficiar com isso, e se acontece, pelo contrário, que tal lhe é desvantajoso, este homem evidentemente faz o que lhe agrada, não é verdade?

Polo - É.

Sócrates - Mas faz o que quer se, por acaso, o resultado for desvantajoso? Que dizes a isto?

Polo - Parece-me que ele não faz o que quer.

Sócrates - Poderemos então dizer que este homem é todo-poderoso no Estado, se a onipotência é, como admitiste, um bem?

Polo - Não podemos.

Sócrates - Eu tinha, pois, razão em afirmar que um homem pode estar em situação de fazer o que lhe agrada na cidade, sem ser por isso todo-poderoso nem fazer o que quer.⁶⁵

O efeito que uma lei tem na ordem normativa da qual faça parte, seja esta uma ideia de Direito ou mera força, não é controlável *a priori*, por não ser independente nem das circunstâncias dos casos concretos, nem de princípios e valores; o que acontece é que esses princípios e valores podem não caber por inteiro em qualquer concepção de Justiça sendo, portanto, próprios de Estados

⁶⁵ Górgias, 463 b - e.

autoritários ou totalitários. É o que acontece, por exemplo, com a maneira como o Comunismo é visto em certos Estados como, v.g. a ex-U.R.S.S., a China ou Cuba. Estes Estados, que são, no mínimo, autoritários, não vivem num vazio de princípios e valores. Regem-se, ao invés, pelos princípios e valores derivados das suas versões de Comunismo, que, tal como as leis e as circunstâncias dos casos concretos, são utilizados para resolver questões que surjam perante os tribunais. Estes Estados não se regem, contudo, através de uma ideia de Direito na medida em que o grau de protecção conferido ao princípio e valores, por nós identificados, que compõem o núcleo de qualquer ideia de Direito, não se sobrepõe ao grau de protecção acordado aos valores do Comunismo, tal como entendido nestes Estados. Contudo, apesar desta desprotecção, o legislador, ao utilizar a lei como meio para fazer o que lhe agrade, não está em posição de conseguir obter o que queira. Dito por outras palavras, é perfeitamente possível que o legislador tenha o intuito de criar uma lei que, tomada em si mesma de uma perspectiva histórica ou filosófica, seja injusta para os destinatários, mas que, quando aplicável a um caso concreto, produza um resultado justo, e vice-versa. Assim, uma lei que impeça os cidadãos de exercerem mais do que uma actividade profissional poderá ser filosoficamente justa na medida em que, teleologicamente, vise garantir emprego para todos, o que seria mais facilmente conseguido se nenhum cidadão pudesse ter dois empregos, dado que, se o fizesse, estaria a retirar emprego a um outro cidadão. Contudo, se, num determinado caso concreto, o cidadão, por não poder obter um segundo emprego, entrar numa situação de dificuldade extrema (passar fome, ficar desalojado por não pagar a renda, ser-lhe impossível sustentar a sua família), a lei passaria, enquanto fonte do Direito, a contribuir para a criação de uma norma injusta. O raciocínio inverso é igualmente possível. Uma lei que regule e estabeleça a aplicação de medidas de segurança a inimputáveis em razão de anomalia psíquica é, de um ponto de vista filosófico, injusta. Será injusta se, por um lado, fundar a aplicação da medida de segurança na mera perigosidade do (putativo) agente, que, assim, se veria privado da sua liberdade sem, previamente, ter cometido um facto ilícito. Será igualmente injusta se, por outro lado, fundar a aplicação da medida de segurança na circunstância de o agente ter cometido um facto ilícito porque, neste caso, o agente ver-se-á privado da sua liberdade apesar de agir sem culpa. A aplicação de uma lei com este teor poderá, sem embargo, ser sumamente justa numa miríade de casos concretos, dado que permite afastar o agente da vítima - ou da hipotética vítima, no caso de a medida de segurança se fundar

na mera perigosidade -, evita a continuação do alarme social, e permite que, ao inimputável, lhe seja prestada a ajuda necessária para que possa adquirir controlo sobre si próprio, o que é consentâneo com a protecção da dignidade e liberdade da sua pessoa. Leis com este teor podem ser encontradas tanto em Estados de Direito, como em Estados que se regem pela mera força, o que indica que o conteúdo das leis, tomado em si mesmo, não é suficiente para caracterizar o Estado em cujo sistema as mesmas se insiram.

Em suma, se se utilizar a lei enquanto fonte do Direito, isto é, como instrumento destinado a resolver casos concretos, não faz sentido qualificá-la como "justa" ou "injusta"; apenas fará sentido qualificar uma lei como tal de um ponto de vista histórico ou filosófico. Enquanto fonte do Direito, as leis são proposições de dever-ser; isto, aliado ao facto de terem que ser usadas tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, bem como os princípios e valores presentes na ordem normativa, seja esta, ou não, uma ideia de Direito, faz com que a qualificação histórica ou filosófica seja irrelevante na decisão de um caso concreto. O problema da existência de preceitos jurídicos injustos não poderá, portanto, ser colocado ao nível do conteúdo das leis.⁶⁶

A objecção da existência de preceitos jurídicos que, apesar da sua injustiça, são válidos mesmo em Estado de Direito estende-se à jurisprudência. Na medida em que a jurisprudência produz normas jurídicas individuais e concretas,⁶⁷ que serão aplicadas a indivíduos e situações jurídicas já identificados, é possível qualificá-las como "justas" ou "injustas", visto que produzirão directamente efeitos no mundo real. A este nível, se o indivíduo não se comportar, voluntariamente, consoante o conteúdo da decisão do tribunal, determinada consequência recairá sobre ele - execução forçada do património, detenção, com recurso à força, para cumprimento de pena de prisão, etc. Não obstante o facto de as normas jurídicas definidas pelas decisões dos tribunais serem proposições de dever-ser, não se distinguindo, por este prisma, das proposições linguísticas contidas em textos legislativos, o facto é que, ao contrário das leis, as sentenças dos tribunais são o produto de uma ponderação entre fonte aplicável, princípios e valores existentes no

⁶⁶ Este argumento implica que, num Estado autoritário ou totalitário, as leis não podem, igualmente, ser consideradas como "justas" ou "injustas", exactamente pelas mesmas razões pelas quais não podem num Estado de Direito. Subscrevemos esta implicação. O cerne do nosso argumento é o de que a Justiça não se encontra plasmada nas leis.

⁶⁷ Que são, na realidade, o *único* tipo de normas jurídicas que existem. Cf. Ferreira, Princípio, pp. 5585-604.

ordenamento jurídico, e circunstâncias do caso concreto, o que lhes permite, tal como é função das normas jurídicas, regular, efectivamente, a conduta dos destinatários. Na medida em que o destinatário sabe, exactamente, o que deve fazer - ao contrário do que sucede através da análise isolada de enunciados normativos -, a determinação do tribunal pode ser adjectivada como sendo "justa" ou "injusta", pese embora o facto de ser, tal como o conteúdo da lei, uma proposição de dever-ser. A diferença reside, por conseguinte, na margem de manobra que é deixada ao destinatário. O destinatário de uma lei tem, de forma a apurar o conteúdo da norma jurídica que regula o seu comportamento, de a conjugar com os princípios e valores da ordem normativa, bem como com as circunstâncias particulares da sua situação concreta. O destinatário de uma decisão judicial vê, ao invés, o juiz efectuar este exercício, confirmando ou substituindo os resultados do exercício efectuado pelo próprio, ou pelo seu mandatário, extrajudicialmente.

Uma decisão judicial pode ser considerada "justa" ou "injusta" a partir de dois prismas, a saber: 1) relação entre a matéria de facto dada como provada e os factos que, na realidade, aconteceram. 2) Relação entre a decisão que, tendo em consideração a lei ou o costume aplicável, os princípios e os valores do ordenamento jurídico, e as circunstâncias do caso concreto, deveria ter sido alcançada e aquela que, efectivamente, é.

O primeiro prisma não se debruça sobre um problema exclusivamente jurídico; não se põe em causa a asserção de que o Direito se deve preocupar com a verdade material. Contudo, não há, juridicamente, muito a fazer se as testemunhas não comparecerem em audiência de julgamento, apresentarem uma versão dos factos diferente do que realmente aconteceu - independentemente de essa adulteração ser intencional ou inadvertida -, ou se, pura e simplesmente, não existirem testemunhas. Em certas circunstâncias é, genuinamente, impossível apurar, integralmente, a verdade material. Quanto isto acontece, não há dúvida de que a decisão judicial será injusta, dado que o resultado a que se chega é baseado em matéria de facto falseada. Contudo, esta injustiça não é nem moral, nem jurídica. Não é moral porque o responsável pela decisão, o juiz, não cometeu a injustiça intencionalmente; limitou-se a decidir tendo em atenção os factos que, validamente, chegaram ao seu conhecimento. Da sua perspectiva, não há qualquer injustiça.⁶⁸ Não é, por

⁶⁸ Para um argumento a favor da concepção de que não existe Moral em abstracto, mas somente a partir de uma determinada perspectiva, cf. Ferreira, Relação, pp. 4199-211 e 4221-24.

outro lado, jurídica porque, tendo em atenção os factos dados como provados, o Direito que *é* efectivamente aplicado corresponde ao Direito que *deveria* ser aplicado se os factos apurados fossem verdade. Este último aspecto leva-nos ao segundo prisma, segundo o qual a injustiça ocorre quando, dados os factos apurados, e levando em linha de conta os princípios e valores da ordem normativa, bem como as leis ou os costumes aplicáveis, a decisão do juiz não corresponde à decisão que *deveria* ter sido alcançada. Isto pode acontecer, cremos, em três grandes grupos de situações: 1) casos em que o juiz actua sob coacção. 2) Casos em que o juiz actua tendo em vista interesses próprios - v.g. corrupção. 3) Casos em que há uma avaliação errada do Direito por parte do juiz.

Compete ao Direito positivo decidir, em cada ordenamento jurídico, como lidar com os casos descritos em 1) e 2). A solução poderá variar entre diferentes ordens jurídicas. Será necessário, contudo, na medida em que a ordem normativa seja Direito, que o sistema permita que as decisões alcançadas nos casos onde 1) e 2) se verifiquem sejam invalidadas. É possível, contudo, que não o sejam por, v.g. não se provar que o juiz foi subornado. Assim, teríamos uma ocorrência onde uma decisão injusta seria válida num Estado de Direito. É, contudo, preciso notar que esta injustiça ocorre a partir do primeiro prisma por nós analisado, i.e. o de que, no julgamento em que o juiz seria arguido por crime cometido no exercício das suas funções, haveria uma discrepância entre a matéria de facto dada como provada e a verdade material. Pelas razões aí aduzidas, este tipo de injustiça não é, contudo, nem moral nem jurídica.

Quanto aos casos em que há uma avaliação errada do Direito efectuada pelo tribunal de última instância na hierarquia jurisdicional de determinada ordem jurídica, constata-se a existência de uma decisão judicial injusta que transitará em julgado. Figuras como o direito de resistência ou a cessação do dever de obediência por parte de funcionários e agentes poderão, nestes casos, ser usadas para impedir a execução da decisão judicial injusta transitada em julgado. Pese embora a consagração destas figuras em várias constituições modernas,⁶⁹ não nos parece que esta seja uma solução de Direito positivo, dado que estas duas figuras seriam juridicamente legítimas mesmo que não se encontrassem positivadas, enquanto meio de garantir a protecção igualitária

⁶⁹ Cf. o artigo 21.º e o número 3 do artigo 271.º da Constituição da República Portuguesa (CRP).

dos três valores ínsitos na ideia de Direito, cerne da Justiça. É, todavia, necessário frisar que o direito de resistência, bem como a cessação do dever de obediência, só podem ser legitimamente utilizados na medida em que procurem, precisamente, defender o cerne da Justiça, não podendo, portanto, ser usados para, legitimamente, desobedecer a normas jurídicas cuja injustiça não suprima ou restrinja, arbitrariamente, o núcleo da Justiça, protegido pela ideia de Direito.

Em suma, há, em Estados de Direito, normas jurídicas que, apesar de injustas, são válidas e, portanto, obrigatórias para os seus destinatários. Estas não são, no entanto, frequentes, para além de que os requisitos que permitem a sua qualificação como válidas impõem que sejam de importância negligenciável. As normas jurídicas não se confundem, contudo, nem com as leis impostas pelo legislador, nem com o costume formado pela comunidade, razão pela qual é ilusório falar-se da "justiça" ou da "injustiça" de uma lei. As normas jurídicas surgem após a aplicação de uma fonte do Direito às circunstâncias de um caso concreto, tendo em atenção os princípios e valores vigentes no ordenamento jurídico. Todos os ordenamentos jurídicos protegem o valor vida, dignidade e liberdade da pessoa humana com respeito pelo princípio da igualdade, razão pela qual uma norma jurídica injusta só pode considerar-se válida se não suprimir ou restringir, arbitrariamente, estes valores. Deste ponto de vista, a "injustiça" é a contraparte da ideia de "justiça" que engloba aspectos contingentes; é, portanto, uma "injustiça" não universal, o que nos leva a arguir que o desvalor Injustiça, no seu sentido universal, só se verifica quando, arbitrariamente, se suprime ou restringe a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, o que só pode ser feito, facticamente, através da mera força, e não através de normas jurídicas.

3. Superação e integração do jus-naturalismo, do positivismo e do casuísmo.

Tendo em atenção o exposto nas secções 1 e 2, estamos em condições de arguir que os direitos fundamentais, por si sós, não são nem normas, nem princípios, nem valores jurídicos. Esta posição não se consubstancia numa mera divergência de cariz terminológico em relação ao que é defendido pela grande maioria dos autores que pensam acerca destas questões. Assenta, isso sim, numa diferença de perspectiva que ajuda a explicar a conclusão a que

pretendemos chegar,⁷⁰ e que, uma vez mais, é esta: os direitos fundamentais não são fins em si mesmos, e, como tal, carecem de qualquer valor intrínseco. Podem, por isso, ser livremente positivados, restringidos ou suprimidos. Esta asserção, que é, à primeira vista, contra-intuitiva, fica mais clara a partir do momento em que se entenda os direitos fundamentais por aquilo que realmente são: um meio para assegurar a protecção da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana, de forma igualitária. Todos os direitos fundamentais, sem excepção (incluindo, portanto, os direitos sociais, vistos, tradicionalmente, como pretensões comunitárias), visam assegurar este desiderato. O que uma ordem jurídica, o que um Estado submetido ao Direito visa proteger são estes valores, com respeito pelo princípio da igualdade. Não visa proteger a existência de direitos fundamentais em si mesmos, que mais não são do que construções do Direito positivo destinadas a assegurar, igualmente, os referidos valores.

A perspectiva jus-filosófica a partir da qual baseamos o nosso raciocínio é a seguinte: é nossa contenção que as três grandes escolas do pensamento jus-filosófico, a saber, o jus-naturalismo, o positivismo jurídico e o casuísmo, ou decisionismo, não fornecem uma explicação adequada da essência e do funcionamento do Direito, na medida em que partem de um pressuposto falso: o de que são, entre si, mutuamente excludentes. Pese embora as várias versões do Direito Natural desenvolvidas ao longo da história, cremos que a ideia jus-naturalista mais impressiva e recorrente nos escritos dos vários autores é a de que, nas palavras de S. Agostinho, "não parece ser lei o que não é justo",⁷¹ secundadas, quase mil anos depois, pelas de S. Tomás, que diz que "se algo está em desacordo com a lei natural, já não é lei, mas sim corrupção da lei."⁷² Desta forma, o raciocínio dos autores jus-naturalistas pode ser formulado a partir de um silogismo, cuja premissa maior seria, nas palavras de Cícero, "o Direito é a razão mais alta, ínsita na natureza, que prescreve o que deve ser

⁷⁰ Alexy, por exemplo, usa os termos "norma", "princípio" e "valor" em sentidos substancialmente diferentes dos nossos porque formula as suas teses a partir de uma perspectiva jurídico-positiva. Conforme ficará claro no final desta secção, bem como após a análise das considerações efectuadas na próxima, a perspectiva jus-filosófica a partir da qual formulamos a nossa tese integra certos aspectos do jus-naturalismo, do positivismo e do casuísmo, o que nos leva a conclusões bastante díspares em relação às de Alexy.

⁷¹ S. Agostinho, Livro I, Capítulo 5, nº 11. O original é o seguinte: "non videtur esse lex, quae iusta non fuerit."

⁷² S. Tomás, Parte I-II, Questão 95, artigo 2. O original é o seguinte: "Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio."

feito, proibindo o contrário."⁷³ O Direito Natural é, portanto, a razão da natureza. A premissa menor seria a de que o Homem, enquanto produto da natureza, é dotado de razão. A conclusão, por conseguinte, seria a de que o Homem, quando faz leis, fã-las racionalmente. Todas as leis levam inscritas a razão humana e, portanto, estão em consonância com a razão ínsita na natureza, com o Direito Natural. Quando o Homem, sob a pretensão de estar a fazer uma lei, está a criar algo injusto, e, portanto, irracional, na medida em que a injustiça é contrária à natureza e, por conseguinte, desprovida de razão, então o produto da sua actividade não é uma lei, mas sim uma corrupção da lei, algo que meramente se parece com a lei, sem o ser.

A grande questão que os filósofos jus-naturalistas nunca conseguiram resolver satisfatoriamente, sem embargo, é a de determinar o conteúdo exacto do Direito Natural. A filosofia jus-naturalista é, paradoxalmente, formalista, dado que limita-se a constatar que os actos legislativos humanos conformes ao Direito Natural são leis, ao passo que os desconformes não o são. Fica, no entanto, por explicar, satisfatoriamente, o que é que, em concreto, é conforme ao Direito Natural. Com isto, não queremos dizer que os autores não tenham, ao longo da história, avançado com várias hipóteses (v.g. dar a cada um o que é seu, distribuir o bem e o mal pelas pessoas, a busca da felicidade, etc.); o que se constata é que essas mesmas hipóteses não determinam o conteúdo exacto que as leis humanas devem ter de forma a serem conformes ao Direito Natural.

É precisamente neste ponto que a tese, por nós propugnada, da complementaridade entre o Direito Natural e o Direito positivo melhor explica, na nossa óptica, a essência do Direito. O Direito não é criação da natureza. O Direito é criação humana. Todas as normas jurídicas, entendidas nos termos explanados na secção 2, são postas por seres humanos, e, por conseguinte, são positivas. A contribuição que o Direito Natural faz para a ideia de Direito prende-se não com questões de conteúdo concreto, mas sim com pressupostos: o garante igualitário da vida, da dignidade e da liberdade de todos os seres humanos. Saber como é que, em concreto, isto se faz não é, em bom rigor, uma preocupação jus-naturalista, pelo que estamos em crer que é errado considerar que a "injustiça" das leis humanas as converte em mera *parecença* com leis que, segundo a doutrina jus-naturalista, têm que ser sempre conformes ao Direito Natural. Pelas razões aduzidas na secção 2, não faz

⁷³ Cícero, pp. 18 e 19. O original é o seguinte: "lex est ratio summa, insita in natura, quae iubet ea, quae facienda sunt, prohibetque contraria".

sentido qualificar as leis como "justas" ou "injustas", visto que estas, por si só, não são nem conformes, nem antagónicas ao Direito Natural. Por outro lado, as várias tentativas de definição do conteúdo do Direito Natural, por muito pouco satisfatórias que sejam, dado que pecam por mais não serem do que fórmulas vazias (o que é, em concreto, a felicidade?), têm, pelo menos, a virtude de demonstrar que assentam nos valores e no princípio por nós identificados como cerne da ideia de Direito, como emanação da Justiça. O que quer que se entenda por felicidade, por justa distribuição dos bens, ou por repartição do bem e do mal pelos homens, só é concretizável se se respeitar, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade de cada um. Estes valores, bem como o princípio da igualdade, actuam como *pressupostos* do hipotético conteúdo do Direito Natural. Este mesmo conteúdo nunca foi satisfatoriamente esclarecido, nem o poderá vir a ser, porque é, tal como as normas de Direito positivo, historicamente contingente. É preciso não esquecer que, de um ponto de vista secular, o Direito Natural é uma criação filosófica tão humana quanto o Direito positivo, isto é, existe somente no pensamento humano. Dizer que os valores e princípios do Direito Natural se encontram inscritos na razão ínsita da natureza só pode ser encarado como uma metáfora para transmitir a ideia de que, sem a concretização de certos valores e princípios, a convivência entre seres humanos não é possível. As várias doutrinas do Direito Natural tiveram o mérito de tornar claro que os valores e o princípio transversais a todas as sociedades, que podem, nesse sentido, ser designados de "naturais", são aqueles por nós identificados neste trabalho. Não conseguiram identificar o conteúdo concreto das normas jurídicas que regulam as relações entre seres humanos porque este sempre foi, é e será historicamente contingente, pelo que esta tarefa não cabe à filosofia jus-naturalista. Cabe ao Direito positivo.

O Direito positivo não se contrapõe, desta forma, ao Direito Natural. Existe, isso sim, uma complementaridade entre ambos. O Direito Natural traça objectivos: assegurar a vida, a dignidade e a liberdade de todas as pessoas. Ao Direito positivo cabe descobrir a melhor maneira de realizar estes desideratos. É um facto que, segundo esta linha de raciocínio, o Direito Natural actua como limite do Direito positivo; tal não significa, sem embargo, que todas as normas jurídico-positivas injustas careçam de validade jurídica. O Direito pode ser injusto e, simultaneamente, válido e coercivo. A injustiça só impede a qualificação como "jurídicas" de normas que restrinjam ou suprimam,

arbitrariamente, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. Só neste sentido se pode considerar que o que é injusto não é Direito, mas sim mera força.

A partir do exposto na secção 2 deste estudo, retira-se a conclusão óbvia de que todas as normas jurídicas são, para além de positivas, casuísticas. O positivismo e o casuísmo não se excluem *per se*, mas há, na realidade, uma corrente positivista muito forte que advoga a favor da ideia de que o Direito é um sistema.⁷⁴ Segundo esta perspectiva, a ideia de sistema é antagónica à concepção de casuísmo; na medida em que o Direito positivo se tem vindo a cimentar como um sistema, argui esta corrente positivista, o espaço para uma elaboração do Direito efectuada caso a caso desaparece.

O argumento delineado na secção 2 permite entender que o antagonismo entre o Direito positivo e o casuísmo é puramente ilusório; as normas jurídicas são inerentemente casuístas, visto que parte importante do seu conteúdo advém das circunstâncias dos *casos concretos*. As normas jurídicas não compõem exclusivamente o Direito,⁷⁵ mas são, seguramente, uma sua parte substancial, visto que é através das normas que os indivíduos ficam, concretamente, a saber como conformar a sua conduta perante o resto da sociedade. O casuísmo inerente à norma e, por conseguinte, a uma parte substancial do Direito não constitui, sem embargo, qualquer óbice à concepção do Direito como um sistema.⁷⁶ O sistema não é construído através de proposições linguísticas gerais e abstractas contidas em documentos denominados como "lei", ou extraíveis do costume. O sistema é alicerçado na "tradição formada por uma corrente jurisprudencial, ou seja, o facto de questões de Direito iguais ou muito semelhantes entre si serem sempre resolvidas da mesma maneira."⁷⁷ Longe de afastar o casuísmo, o sistema *exige* o casuísmo, visto que se desenvolve a partir da resolução de casos concretos. Com o passar do tempo, as situações jurídicas ficam de tal forma consolidadas que *parece* que podem ser resolvidas, *a priori*, por leis. As leis, contudo, mais

⁷⁴ Cf. especialmente o prólogo de Don Manuel Durán y Bas à obra de Savigny, onde é dito, a propósito da obra, o seguinte, na sua versão original: "la vasta concepcion del plan compite con la perfeccion de su desenvolvimiento, y su superioridad científica rivaliza con su utilidad práctica cuando el casuismo cede, como es debido, su lugar á los principios. Cf. igualmente Savigny, pp. 70-80, Larenz, pp. 621-697, Kelsen, Teoria Geral, pp. 161-168 e 181-233, Kelsen, Teoria Pura, 250-306.

⁷⁵ As tradicionais fontes do Direito, como a lei, o costume, a jurisprudência (antecedente à do caso concreto), a doutrina, o Direito Internacional, etc., também fazem parte do Direito; o nosso ponto é somente o de que as fontes, por si sós, não têm a capacidade de regular a conduta dos indivíduos.

⁷⁶ Ferreira, Princípio, pp. 5599-604.

⁷⁷ *Idem*, p. 5601.

não fazem do que positivar correntes jurisprudenciais que já cimentaram uma tradição através da criação uniforme de normas jurídicas que decidem casos iguais ou semelhantes tendencialmente da mesma forma. Esta noção está, aliás, bem presente no pensamento jurídico contemporâneo, o que é demonstrável através do carácter "experimental" de certas leis, ao qual se faz referência nos respectivos preâmbulos. Quando a lei pretende apresentar uma solução nova, o legislador frequentemente alude ao carácter experimental da mesma, comprometendo-se, bastas vezes, a rever o diploma após determinado período de vigência, o que se explica em virtude do reconhecimento de que a lei, *por si só*, não resolve questões de Direito. Nestas circunstâncias, o legislador mais não faz do que reconhecer, implicitamente, que a lei está fora do sistema, e que a sua integração no mesmo processar-se-á ao longo do tempo, através da criação, *caso a caso*, de normas jurídicas para resolver questões de Direito, para as quais a lei nova fará a sua contribuição. Desta forma, as soluções apresentadas pela lei ajudarão, juntamente com os factos de cada caso, bem como com os valores e princípios do ordenamento jurídico, a formar uma tradição jurisprudencial. As situações que a lei nova visa regular passarão a ser, tendencialmente, resolvidas de maneira uniforme, propiciando-se, assim, a sua integração no sistema. É por isto que dizemos que o casuísmo, longe de ser antagónico à ideia de sistema, está, ao invés, na sua base.

A nossa perspectiva não se identifica, portanto, com qualquer uma das três doutrinas jus-filosóficas acima analisadas. Limitamo-nos a defender que os diversos autores, ao desenvolverem estas mesmas doutrinas, tentam separar elementos que são, na realidade, inseparáveis. Direito Natural e Direito positivo não se excluem, complementam-se *necessariamente*. Sistema de Direito positivo e casuísmo não estão em pólos opostos; ao invés, o casuísmo é a base do sistema de todas as ordens normativas dotadas de aspectos formais e materiais que, na medida em que assegurem os três valores e princípio fornecidos pelo Direito Natural, e por nós identificados neste trabalho, são consideradas Direito.

4. Os direitos fundamentais.

4.1 Força vs Direito.

No momento constituinte, uma de duas coisas pode acontecer, sendo que, em ambos os casos, tal será o resultado de acontecimentos históricos recentes:

1) O legislador, que poderá ter chegado ao poder através de várias formas (democraticamente, por usurpação, vencendo uma guerra, etc.), pretende impor uma determinada ideologia que não assegura, efectivamente, a concretização igualitária da vida, da dignidade e da liberdade da pessoa humana. Nem todas as ideologias são iguais; certas ideologias poderão descartar estes três valores e princípio completamente, outras poderão respeitá-los em certa medida mas, sem embargo, não lhes conceder a máxima protecção possível dando, v.g. prioridade a outros valores e princípios ideológicos quando os mesmos colidam com a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. De forma a implementar esta hipotética ideologia, o legislador criará uma ordem normativa dotada de órgãos legislativos, administrativos e judiciais. Os órgãos legislativos criarão leis com o intuito de proteger e fomentar a ideologia, os administrativos estarão incumbidos de pô-las em prática e os jurisdicionais de julgar os diferendos entre particulares, ou entre particulares e o Estado. Os órgãos administrativos terão, igualmente, a seu cargo a tarefa de executar as decisões dos tribunais.

É natural que, estatisticamente falando, as normas produzidas pelos tribunais de tal Estado sejam, na sua maioria, justas, por não ofenderem arbitrariamente a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Contudo, será frequente, dado o teor da legislação em vigor, bem como os valores e princípios próprios deste ordenamento normativo submetido à hipotética concepção ideológica deste exemplo, que, perante os factos de um determinado caso concreto, os tribunais produzam normas injustas, na medida em que dêem primazia aos valores e princípios da ideologia sobre os três valores e princípio de toda e qualquer concepção de Direito. Um Estado que se sirva, nas suas operações, de uma ordem normativa instituída nestes termos não se rege por uma ordem jurídica, não se encontra submetido a uma ideia de Direito e, por isso, não é um Estado de Direito. É um Estado cuja ordem normativa é mera força. É coercivo mas não é jurídico.

2) O legislador, que terá, igualmente, chegado ao poder através de uma das formas referidas na situação anterior, pretende que o seu Estado se reja por uma ideia de Direito. Isto significa que, independentemente das suas opções políticas, contemporâneas ou futuras, o legislador terá que assegurar o respeito igualitário pela vida, dignidade e liberdade da pessoa humana. Isto não preclui o legislador de, se assim o desejar, tentar implementar uma qualquer concepção ideológica no seu Estado. Sem embargo, quando entre em conflito

com a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, não as tratando de forma igualitária, os preceitos ideológicos terão que ser relegados para segundo plano. Esta é, em termos conceptuais, a grande diferença entre o Estado que se rege pelo Direito e o Estado que se rege pela mera força. Num Estado de Direito, o Direito é a "ideologia" dominante, é aquela que prevalece em todas as situações de conflito com quaisquer outras hipotéticas ideologias que possam surgir no mesmo espaço político.

O legislador criará, portanto, uma ordem normativa dotada de órgãos legislativos, administrativos e judiciais. A história repete-se em relação à situação 1), com uma diferença importante: na criação de normas jurídicas, os tribunais têm que assegurar o respeito igualitário pela vida, dignidade e liberdade das pessoas. Só assim as suas normas merecerão o qualificativo de "jurídicas".

4.2 Os direitos fundamentais enquanto meio para assegurar a efectividade de uma ideia de Direito.

Ao afirmarmos, *supra*, que os direitos fundamentais são um *meio* para assegurar a protecção dos valores e princípios que compõem o cerne da ideia de Direito, e que, por isso, não têm, em si mesmos, qualquer valor intrínseco, não quisemos, naturalmente, dizer que a importância dos direitos fundamentais é nula. O que quisemos, isso sim, foi transmitir a ideia de que os direitos fundamentais não merecem, quando tomados em si mesmos, qualquer tipo de protecção, visto que a sua função é, precisamente, a de proteger, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, e não o de assegurarem a sua própria protecção. No entanto, os direitos fundamentais são um meio extremamente útil de assegurar que um Estado que comece na situação 2), acima mencionada, não caia na situação 1), isto é, que não se transforme, de Estado de Direito, em Estado que faça uso da mera força. O inverso também se verifica: um Estado na situação 1) que, por qualquer vicissitude, se queira transformar em Estado de Direito deverá consagrar certos direitos fundamentais, com o intuito de garantir e proteger a vida, a dignidade e a liberdade, de forma igualitária, dos cidadãos.

Esta nossa posição é fruto de um olhar sobre a história: com efeito, até aos séculos XVII e XVIII, a ideia da existência de certos direitos humanos inalienáveis, indisponíveis, universais e, por isso, fundamentais, não fazia parte

quer do pensamento político, quer do pensamento filosófico da humanidade. Não fazia, pelo menos, nos mesmos termos em que passou a fazer após as ideias de pensadores como Hobbes, Locke, Rousseau ou Kant,⁷⁸ por exemplo, terem sido difundidas e, em grande medida, positivadas nas declarações de direitos e nas constituições após as Revoluções Americana e Francesa. O Iluminismo trouxe consigo a ideia de que o cidadão precisava de se proteger contra o poder político e, por isso, o Estado, com o intuito de se reger sob uma ideia de Direito, atribuiu ao cidadão certos direitos que, historicamente, passaram a ser conhecidos por direitos fundamentais de liberdade.⁷⁹ Isto não significa, todavia, que, antes das Revoluções Americana e Francesa não existisse uma ideia de Direito, ou Estados submetidos ao Direito. O conceito de Estado de Direito é, seguramente, "algo de novo na História das ideias e acontecimentos políticos, localizado histórica e politicamente no liberalismo do século XIX."⁸⁰ Mas a ideia de Direito, contendo no seu cerne a protecção dos três valores e princípio emanados da Justiça, por nós identificados neste ensaio, tem sido trabalhada desde Platão e Aristóteles, passando, entre outros, por Cícero, S. Agostinho e S. Tomás. Dito por outras palavras,

costuma fazer-se um *corte histórico* no processo de desenvolvimento da ideia de direitos fundamentais, conducente a uma separação absoluta entre duas épocas: uma, anterior ao *Virginia Bill of Rights* (12-6-1776) e à *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* (26-8-1789), caracterizada por uma relativa *cegueira* em relação à ideia dos direitos do homem; outra, posterior a esses documentos, fundamentalmente marcada pela chamada *constitucionalização* ou *positivação* dos direitos do homem nos documentos constitucionais.⁸¹

Daqui resulta que o desiderato de assegurar a vida, a dignidade e a liberdade humanas, de forma igualitária, *através* da concessão de *direitos* é relativamente recente, é historicamente contingente. É um facto que antes do final do século XVIII não havia direitos fundamentais; mas já existiam concepções de Direito. Já existia a noção de que o Direito serve para proteger, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas. Tal não era, contudo, feito através da concessão de direitos. A positivação de direitos fundamentais é uma medida *útil* para que o ordenamento jurídico cumpra a

⁷⁸ Para uma análise do pensamento destes autores cf. Abramson, pp. 169-278.

⁷⁹ Cf. a este propósito, Gomes Canotilho, pp. 380-385. Miranda, pp. 83-91.

⁸⁰ Reis Novais, Contributo, p. 29.

⁸¹ Gomes Canotilho, p. 380.

na sua função; não é, contudo, uma medida *necessária*, no sentido em que não é, conforme a história o demonstra, a única alternativa possível para garantir, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas.

4.3 Os direitos sociais.

Tendo em atenção o acima exposto, estamos em condições de afirmar que um direito fundamental pode ser livremente revogado, ou nem sequer chegar a ser outorgado, sem que, por isso, se ofenda a concepção de Estado de Direito. O que tem que ser garantido, na medida em que um Estado se reja por uma ideia de Direito, é a vida, a dignidade e a liberdade, de forma igualitária, dos cidadãos, e não a manutenção de quaisquer direitos.

Este argumento poderá, à primeira vista, parecer contra-intuitivo; no entanto, se se analisar melhor a diferença que existe entre um direito fundamental e o valor que esse mesmo direito visa proteger, cremos que a nossa posição parecerá mais clara. Atente-se, por exemplo, nos direitos fundamentais sociais ao trabalho e respectiva retribuição, que se encontram inerentemente conectados. Estes direitos fundamentais, tal como todos os outros, visam assegurar a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Visam assegurar a vida porque permitem que a pessoa se sustente, isto é, ganhe dinheiro para adquirir bens essenciais à preservação da vida, como, por exemplo, comida e vestuário. Possibilitam a realização de uma vida digna porque, através do trabalho, a pessoa pode, se assim o desejar, dar um rumo à sua vida, construindo uma carreira, permitindo-lhe, por conseguinte, a elaboração de um projecto de vida do qual se possa orgulhar. Para além disso, o salário permite adquirir certos bens, como, entre outros, casas, livros, televisões, automóveis, etc. que facultam uma vivência com um grau de conforto adequado à realização de uma vida digna. Por último, estes direitos concedem ao indivíduo mais liberdade do que a que ele teria sem eles, dado que lhe é possível, entre outras coisas, viajar ou aceder a certos tipos de serviços, como ir ao teatro, ao cinema ou ao futebol. O trabalho e o salário dão ao indivíduo uma liberdade tanto de movimentos como de realização de acções que, de outro modo, lhe estariam vedadas.

Este raciocínio é válido, sem excepção, para todos os direitos fundamentais. A única diferença que se poderá constatar reside no grau de concretização dos três valores, que poderá variar de direito fundamental para

direito fundamental. Assim, por exemplo, o direito fundamental cultural ao ensino não é, em rigor, essencial para proteger a vida humana;⁸² é, no entanto, importantíssimo enquanto concretização dos valores dignidade e liberdade. Ter direito a aprender aquilo que se deseje é uma manifestação de dignidade, na medida em que permite lançar os alicerces necessários para a construção de projectos de vida, tanto de um ponto de vista puramente pessoal como profissional. É, igualmente, uma manifestação de liberdade, cuja concepção não se resume ao direito que um indivíduo tem em não estar limitado nos seus movimentos; ter a liberdade de escolher como orientar a sua vida é, igualmente, uma manifestação da liberdade do indivíduo.

Imagine-se uma situação em que os direitos fundamentais sociais ao trabalho e à retribuição eram revogados. Segundo a nossa posição, tal não constituiria um problema desde que o Estado continuasse a assegurar, de forma igualitária, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Note-se, uma vez mais, que estamos totalmente de acordo com as ideias que defendem que os direitos fundamentais são importantíssimos para a realização dos valores inerentes à ideia de Direito; concedemos, igualmente, que são o meio mais eficaz para realizar esses mesmos valores. Destas concessões resulta que as alternativas hipoteticamente apresentadas para a realização dos três valores, de forma igualitária, seriam muito mais ineficientes do que a concessão e manutenção dos direitos revogados. Mas o que é facto é que as funções do salário poderiam ser preenchidas por subsídios, concedidos pelo Estado, em substituição do direito à retribuição. Tal solução seria extremamente ineficiente porque, em pouco tempo, o Estado tornar-se-ia financeiramente inviável. Não tão ineficiente, mas, ainda assim, muito menos eficaz do que a outorga destes direitos fundamentais, seria uma atitude abstencionista do Estado; com efeito, se o Estado não conceder o direito fundamental ao trabalho e à retribuição sem, contudo, os proibir,⁸³ não impedirá que as pessoas continuem a viver de uma forma digna e livre. Naturalmente, com o passar do tempo, as desigualdades sociais acentuar-se-iam, o que obrigaria o Estado a intervir, dado que, se não o fizesse, infringiria o princípio da igualdade deixando, por conseguinte, de se reger por uma ideia de Direito.

⁸² O que não significa que não tenha importância; o ensino contribui para a obtenção de emprego, que, por sua vez, visa garantir, conforme acima referido, a vida humana. Todos os direitos fundamentais visam garantir os três valores. Esta garantia, no entanto, não tem o mesmo grau de intensidade em todos eles.

⁸³ O que ofenderia claramente a ideia de Direito, dado que as proibições de trabalhar ou de receber um salário afectariam a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos.

A única conclusão que, sem embargo, extraímos desta linha de raciocínio é a de que o Estado não pode, de forma a garantir igualmente a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos, limitar-se a ser inactivo. Dito por outras palavras, um Estado de Direito está obrigado a conceder prestações positivas. Esta obrigação, contudo, é fruto da ideia de Direito, não de direitos subjectivos "naturais", ou inalienáveis, das pessoas. Isto significa que o Estado não está adstrito a proteger igualmente a vida, a dignidade e a liberdade humanas através da concessão de direitos. O Estado tem, sem embargo, de actuar, tanto positiva como negativamente, de forma a permitir que as pessoas possam, lícitamente, conseguir fontes de rendimento que lhes permitam viver uma vida digna e livre, em condições de igualdade perante os outros membros da comunidade.

4.4. Direitos fundamentais: uma questão jurídico-positiva.

Os direitos fundamentais apresentam-se, portanto, como uma questão cuja problemática cai no âmbito do positivismo jurídico. Enquanto direitos subjectivos positivos, a sua consagração depende de opções políticas. A partir do momento em que sejam outorgados, detêm força jurídica, o que acarreta, entre outras coisas, a possibilidade de os seus titulares exigirem, judicialmente, a sua efectivação, característica própria de um direito subjectivo positivo; o facto de estarem, muitas vezes, consagrados num catálogo inserido na Constituição formal do Estado aumenta as suas garantias de efectivação, visto que a sua revogação está sujeita a um processo de revisão constitucional que, em muitos casos, implica a obtenção de uma maioria qualificada. Para além disso, em certos sistemas, como o português, há "**um regime geral dos direitos fundamentais**, que é aplicável a todos os direitos fundamentais", e "**um regime específico dos direitos, liberdades e garantias**".⁸⁴ Quanto a este último, "a Constituição contém regras e princípios que, na sua globalidade, consagram uma *disciplina jurídico-constitucional específica* para esta categoria de direitos fundamentais."⁸⁵ Os direitos sociais beneficiam deste regime na medida em que "constituam direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias".⁸⁶ De entre os traços caracterizadores deste

⁸⁴ Gomes Canotilho, p. 415. Para um desenvolvimento do regime geral, cf. pp. 416-433.

⁸⁵ *Idem*, p. 437.

⁸⁶ *Idem*, p. 403.

regime destacaríamos a aplicabilidade directa dos direitos, a vinculatividade de entidades públicas e privadas, bem como as garantias de que as leis que restrinjam estes direitos estão sujeitas ao respeito pelo princípio da proporcionalidade, não podendo ser retroactivas.⁸⁷

Os direitos fundamentais podem, por isso, ser qualificados como uma espécie de direitos subjectivos positivos de "valor reforçado", visto que a sua aplicação, exigibilidade, modificação, revogação e restrição obedece a regimes não aplicáveis aos direitos subjectivos positivos não consagrados como fundamentais. Estes últimos podem, portanto, ao contrário dos primeiros, ser livremente restringidos ou suprimidos.

Enquanto direitos subjectivos positivos, a outorga, revogação ou restrição dos direitos fundamentais está, portanto, na disponibilidade do legislador. No entanto, no momento constituinte de muitos dos modernos Estados de Direito, o legislador, para além de os consagrar na Constituição, decidiu, igualmente, criar regimes especiais para tutelar estes direitos. Assim, na ordem jurídica portuguesa, para além dos regimes de protecção dos direitos fundamentais acima referidos, o legislador constituinte instituiu, através da imposição de limites materiais de revisão, a proibição de revogar certos direitos fundamentais.⁸⁸ É, no entanto, preciso notar que esta é uma proibição de Direito positivo. Tal como argumentamos ao longo deste estudo, o Direito positivo é apenas uma parte do Direito, para além do Direito Natural. Para além disso, como demonstrámos *supra*, a parte mais importante do Direito positivo é casuística, pelo que saber até que ponto é que um direito fundamental pode ser restringido ou suprimido depende sempre do caso concreto.

Partindo destas premissas, é nossa contenção que, na medida em que se revelem como o *meio* mais eficaz de assegurar a ideia de Direito, os direitos fundamentais devem ser outorgados ao cidadão e, como tal, têm que ser protegidos, não como um fim em si mesmo, mas de forma a impedir que, através da sua revogação ou restrição arbitrária se atinja a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. Como tal, faz todo o sentido que, através do Direito positivo, o legislador constituinte os consagre na Constituição e, de forma a preservá-los, crie regimes especiais de protecção como, por exemplo, os existentes na ordem jurídica portuguesa (regime geral, regime específico e

⁸⁷ *Idem*, p. 437. Para um desenvolvimento do regime específico, cf. pp. 438-461.

⁸⁸ Cf. as alíneas d), e), h), i) e l) do artigo 288.º CRP.

limites materiais de revisão constitucional). Tudo isto não significa, todavia, que o legislador constituinte esteja, no momento constituinte, obrigado a outorgar direitos fundamentais, sejam estes quais forem, nem, se decidir outorgá-los, a criar regimes especiais para a sua protecção. Aquilo que o legislador constituinte tem de fazer, se optar por instituir uma ideia de Direito para reger o seu Estado, é garantir, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos desse mesmo Estado. Prosseguir este objectivo poderá - e, na actualidade, certamente é - ser feito mais eficazmente através da concessão e protecção de direitos fundamentais. O legislador constituinte não está, sem embargo, obrigado a conceder quaisquer direitos fundamentais, dado que fazê-lo é uma pura opção política.

Isto mesmo pode ser constatado através do facto de que o catálogo de direitos fundamentais varia, nos casos em que existe, entre ordens jurídicas diferentes sem que, devido a tal, se possa afirmar que determinado Estado, por não reconhecer dado direito fundamental, não se rege por uma ideia de Direito. Assim, na ordem jurídica portuguesa, por exemplo, o direito que os interessados têm em ser ouvidos após a conclusão da instrução de um procedimento administrativo⁸⁹ não está positivado, na Constituição, como um direito fundamental. Existe, contudo, uma querela doutrinária que tem por objecto de discussão apurar se este mesmo direito é, ou não, um direito fundamental inominado,⁹⁰ que seria reconhecido pela Constituição, como tal, através do disposto no número 1 do seu artigo 16.º. O ponto onde queremos chegar é o de que a qualificação do Estado português como sendo um Estado de Direito não seria afectada na eventualidade de se chegar à conclusão de que o direito que os interessados no âmbito de um procedimento administrativo têm em ser ouvidos não é um direito fundamental, isto porque tal putativo direito fundamental não é, tal como, aliás, nenhum direito fundamental o é, *necessário* para proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana. É indubitável que o direito à audiência dos interessados é um meio eficaz para combater a arbitrariedade da Administração, permitindo, simultaneamente, que os interessados se manifestem de uma forma mais visível do que através da simples apresentação de um requerimento inicial; contudo, está longe de ser necessário. Se o acto administrativo for ilegal, existem outras soluções, como, por exemplo, o recurso hierárquico ou o intentar de uma acção

⁸⁹ Artigo 100.º do Código do Procedimento Administrativo.

⁹⁰ Cf. Freitas do Amaral, pp. 360-361. Sousa e Matos, pp. 171-172.

judicial, que são independentes da outorga de um direito, fundamental ou não, à audiência dos interessados. Deste modo, é perfeitamente possível que direitos como o da audiência dos interessados sejam, nalgumas ordens jurídicas, considerados direitos fundamentais, ao passo que noutras não, sem que tal afecte a caracterização do respectivo Estado como sendo, ou não, um Estado de Direito.

Estas observações demonstram que os direitos fundamentais são uma problemática que se insere nos limites do positivismo jurídico. Na medida em que o Direito positivo pode ter qualquer conteúdo, desde que assegure, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, facilmente se conclui que a outorga, bem como a manutenção, de direitos fundamentais não passa de uma solução *possível*, mas não *necessária*, para se alcançar o desiderato de protecção igualitária dos três valores que constituem o cerne da ideia de Direito.

O facto de os direitos fundamentais constituírem uma problemática que pertence ao Direito positivo é implicitamente reconhecido por Robert Alexy, que defende que se podem formular teorias de direitos fundamentais históricas, filosóficas, sociológicas ou jurídicas, entre outras.⁹¹ Estas distinções pressupõem, precisamente, o facto de os direitos fundamentais divergirem no tempo e no espaço. Assim, as análises de cariz histórico debruçam-se sobre os direitos fundamentais vigentes no passado em determinado lugar,⁹² as considerações filosóficas prendem-se com a sua fundamentação,⁹³ e as descrições sociológicas atêm-se ao papel social desempenhado por esses mesmos direitos.⁹⁴ Quanto às teorias jurídicas, estas podem incidir sobre os direitos fundamentais em geral, sobre os direitos fundamentais de determinada Constituição, - o objecto do estudo de Alexy são os direitos fundamentais da Lei Fundamental de Bona - ou sobre os direitos fundamentais de outros Estados que não o Estado Federal alemão.⁹⁵ Estas diferentes perspectivas demonstram que há possibilidade de escolher a que direitos fundamentais será conferida juridicidade, o que, por sua vez, demonstra que os direitos fundamentais não podem constituir o núcleo do conceito de Estado de Direito.

⁹¹ Alexy, pp. 27 e 28.

⁹² *Idem*, p. 28.

⁹³ *Ibidem*, p. 27.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 28.

Se o fizessem, os direitos fundamentais teriam que ser transversais a todas as ordens jurídicas positivas regidas por uma ideia de Direito. Conforme o demonstra as ideias de Alexy, bem como o exemplo do direito à audiência dos interessados, não existem os mesmos direitos fundamentais em todas as ordens jurídicas e, por isso, estes direitos não podem constituir o núcleo do conceito de Estado de Direito.

5. O futuro do Estado social.

Uma das interrogações políticas mais prementes do momento que a sociedade contemporânea atravessa, especialmente no Ocidente, é a de saber qual o futuro do Estado social.

As considerações levadas a cabo ao longo deste estudo têm o intuito de chamar a atenção para o facto de a questão, não obstante a sua importância, ser exacerbada. Com efeito, o Estado social surgiu em resposta ao "agudizar da chamada *questão social* na segunda metade do séc. XIX",⁹⁶ na qual o fenómeno do trabalho subordinado merece particular destaque:

Efectivamente, por esta época em que o trabalho fabril é já um fenómeno de massas, por força de uma industrialização crescente e suportada pelo êxodo das pessoas para os centros industriais, extremam-se também os abusos dos empregadores sobre os trabalhadores em matéria de tempo e de condições de trabalho e as condições de vida do operariado sofrem uma deterioração sem precedentes. Fica assim demonstrada a fraqueza do dogma da liberdade contratual quando esta é exercitada por sujeitos com um poder económico muito diferente.⁹⁷

O que se constata, portanto, é que a questão social começou a ser sentida após a Revolução Industrial. A ilação que daqui retiramos é a de que houve necessidade, após o fim da II Guerra Mundial, de se positivar, nas constituições modernas, direitos sociais, ao lado dos direitos de liberdade, de forma a lidar, eficazmente, com um problema que se vinha fazendo sentir desde a segunda metade do século XIX. O Estado social surge, por conseguinte, em resposta a um conjunto de questões delineadas no tempo. Estas questões, bem como a necessidade da sua resolução, são historicamente

⁹⁶ Palma Ramalho, p. 43.

⁹⁷ *Idem*.

contingentes. O Estado social faz sentido neste contexto. A consagração dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais peca por tardia porque, antes de tal acontecer, nenhum meio se revelou adequado para enfrentar a questão social. Na actualidade, o Estado social continua a fazer sentido. A concessão de direitos aos cidadãos, com a correspondente imposição de deveres (quer ao Estado, quer a certas entidades privadas), como, por exemplo, a segurança no emprego, a limitação da jornada de trabalho, o garante de um salário mínimo, o subsídio de desemprego, o direito à saúde, entre uma miríade de outros direitos e deveres económicos, sociais e culturais garante, de uma forma eficaz e equilibrada, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, de forma igualitária. O ponto que temos vindo a realçar, ao longo deste estudo, é o de que, não obstante a sua importância, o Estado social não é algo que deva ser mantido e protegido a todo o custo; deve ser mantido e protegido enquanto for o meio mais eficaz de proteger, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Pese embora o momento difícil que o Estado social atravessa no Ocidente, cremos que, todavia, o seu modelo ainda não está esgotado e que, por conseguinte, deverão ser feitos todos os esforços para ultrapassar a crise e manter os direitos fundamentais que os cidadãos, na actualidade, gozam. Este objectivo, sem embargo, só deve ser prosseguido tendo em vista a protecção igualitária da vida, da dignidade e da liberdade do cidadão. A partir do momento em que o modelo do Estado social se torne inoportuno para a sobrevivência do Estado e para a efectivação da ideia de Direito, isto é, se a sua aplicação começar a provocar desigualdades sociais e a afectar, ao invés de garantir, a vida, a dignidade e a liberdade das pessoas, o que pode acontecer, nomeadamente, através do aumento desenfreado e desregrado de certas medidas de austeridade,⁹⁸ então deverá ser abandonado, e deverá ser implementado, no seu lugar, um modelo mais consentâneo com

⁹⁸ Como, por exemplo, o aumento exacerbado das taxas de imposto sobre o salário da população activa de forma a garantir subsídios e pensões outorgados a membros da população que não se encontrem no mercado de trabalho. É um facto que a diminuição dos montantes das prestações pecuniárias concedidas a reformados, por exemplo, poderá ser qualificada como "injusta", na medida em que estes não terão uma reforma consentânea com as contribuições por si efectuadas quando faziam parte da população activa. Sem embargo, manter o direito social à reforma poderá fazer implodir o Estado social numa situação em que o número de reformados seja superior ao dos trabalhadores no activo. Numa sociedade extremamente envelhecida, a manutenção do direito fundamental social à reforma não seria uma medida adequada a proteger a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos. Num caso tão extremo, a realização da ideia de Direito passaria por arranjar uma solução que permitisse a todos os cidadãos, tanto aos que se encontram na vida activa como aos reformados, continuar a viver, igualmente, uma vida digna e livre. Soluções deste cariz poderiam envolver a restrição ou supressão de certos direitos fundamentais sociais positivos, o que poderá ser moralmente injusto, não sendo, todavia, juridicamente injusto, visto que, mais importante do que o princípio da protecção da confiança, é garantir, igualmente, a vida, a dignidade e a liberdade de todos.

as necessidades actuais, mesmo que esse modelo implique uma revogação importante do Direito positivo vigente que afecte, porventura, o núcleo essencial de certos direitos fundamentais, nomeadamente os de cariz social. Fundamental será, sempre, em qualquer circunstância, assegurar a preservação da vida, da dignidade e da liberdade humana, de forma igualitária. O melhor método para o fazer terá que ser apurado a cada momento histórico. Caso contrário, modelos como o Estado social poderão converter-se em "presentes envenenados", dado que, se os direitos fundamentais sociais forem protegidos como fins em si mesmos, ao invés de serem entendidos como meros meios para se proteger a ideia de Direito, poderão tornar o Estado inviável e comprometer, gravemente, a vida, a dignidade e a liberdade dos cidadãos.

REFERÊNCIAS

Obras e artigos:

(Abramovich e Courtis)

ABRAMOVICH, Victor, e COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

(Abramson)

ABRAMSON, Jeffrey, *Minerva's Owl - The Tradition of Western Political Thought*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2009.

(Alexy)

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

(Atria)

ATRIA, Fernando, "¿Existen derechos sociales?" in *Discusiones: Derechos Sociales*, número 4, 2004, pp. 15-59.

(Austin)

AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, editado por Wilfrid E. Rumble, Cambridge University Press, 1995 (reimpressão 2001).

(Barbas Homem)

BARBAS HOMEM, António Pedro, *O Justo e o Injusto*, A.A.F.D.L., Lisboa, 2001 (reimpressão 2005).

(Beccaria)

BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, edição de Alberto Burgio com prefácio de Stefano Rodotà, 10ª ed., Giangiacomo Feltrinelli, Milão, 2005.

(Cícero)

CÍCERO, *De legibus*, Berolini, 1883.

(d'Entreves)

D'ENTREVES, Alexander Passerin, *The Notion of the State - An Introduction to Political Theory*, Clarendon, Oxford, 1967 (reimpressão 1969).

(Ferreira, Contra as teorias)

FERREIRA, Pedro Tiago, "Contra as teorias da interpretação no Direito e na Literatura", in *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 1, nº 2, 2015, pp. 1787-1852

Disponível em

http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1787_1852.pdf

(Ferreira, Juche)

FERREIRA, Pedro Tiago, *A contradição base na ideologia Juche e o seu inerente culto de personalidade*, edição de autor, 2012.

Disponível em

<http://www.keepandshare.com/doc20/4666/a-contradi-o-base-na-ideologia-juche-e-o-seu-inerente-culto-de-personalidade-pdf-255k?da=y>

(Ferreira, Princípio)

FERREIRA, Pedro Tiago, "O princípio da legalidade e a segurança jurídica - um ensaio sobre interpretação e norma jurídica", in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 3, nº 8, 2014, pp. 5561-5605.

Disponível em

<http://www.keepandshare.com/doc20/4664/o-princ-pio-da-legalidade-e-a-seguran-a-jur-dica-um-ensaio-sobre-interpreta-o-e-norma-jur-d?da=y>

(Ferreira, Relação)

FERREIRA, Pedro Tiago, "A relação necessária entre o Direito e a Moral", in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 3, nº 6, 2014, pp. 4193-4227.

Disponível em

<http://www.keepandshare.com/doc20/4667/a-rela-o-necess-ria-entre-o-direito-e-a-moral-pdf-275k?da=y>

(Freitas do Amaral)

FREITAS DO AMARAL, Diogo, *Curso de Direito Administrativo - Volume II*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2013. (2ª reimpressão)

(Gilissen)

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, 5ª ed. Tradução de A.M. Hespanha e L.M. Macaísta Malheiros, Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

(Gomes Canotilho)

GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2003. (14ª reimpressão)

(Griffiths, O'Callaghan e Roach)

GRIFFITHS, Martin, O'CALLAGHAN, Terry e ROACH, Steven C., *International Relations - The Key Concepts*, 2ª ed., Routledge, 2008.

(Hart, Essays)

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

(Hart, Concept)

HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Clarendon Law Series, Oxford University Press, Oxford, 1994.

(Kelsen, Normas)

KELSEN, Hans, *Teoria Geral das Normas*. Tradução de José Florentino Duarte, Fabris, Porto Alegre, 1986.

(Kelsen, Teoria Geral)

KELSEN, Hans, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, 3ª ed.. Tradução de Luís Carlos Borges, Martins Fontes, São Paulo, 2000.

(Kelsen, Teoria Pura)

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, 2ª ed., 1960. Tradução de João Baptista Machado, 7ª edição da tradução portuguesa, Almedina, Coimbra, 2008.

(Kuran)

KURAN, Timur, "The Rule of Law in Islamic Thought and Practice: A Historical Perspective," in *Global Perspectives on the Rule of Law*, ed. Robert Nelson, Londres: Routledge, 2009, pp. 71–89.

(Larenz)

LARENZ, Karl, *Metodologia da ciência do Direito*, 3ª ed.. Tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

(la Torre)

LA TORRE, Massimo, *Law as Institution*, Springer, 2010.

(MacCormick)

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

(Machado)

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, 21ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2013.

(McMahan)

MCMAHAN, Jeff, *The Ethics of Killing: Problems at the Margins of Life*, Oxford University Press, 2002.

(Miranda)

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional - Tomo I*, 7ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

(Palma Ramalho)

PALMA RAMALHO, Maria do Rosário, *Tratado de Direito do Trabalho - Parte I - Dogmática geral*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

(Górgias)

PLATÃO, *Górgias*. Tradução de Margarida Leão, análise e comentários de Marcello Fernandes e Nazaré Barros. 4ª ed., Lisboa Editora, Lisboa, 1999.

(Radbruch, Fünf Minuten)

RADBRUCH, Gustav, "Fünf Minuten Rechtsphilosophie", in *Rhein-Neckar-Zeitung*, Heidelberg, 12 de Setembro de 1945.

(Radbruch, Ciência)

RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Ciencia del Derecho*. Tradução de Luis Recasens Siches e prólogo de Fernando de los Ríos, Madrid, 1930.

(Radbruch, Filosofia)

RADBRUCH, Gustav, *Introdução à Filosofia do Direito*. Tradução de Jacy de Souza Mendonça.

(Raz, Reason)

RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2ª ed., Oxford University Press, 1999 (reimpressão 2002).

(Raz, Authority)

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

(Reale)

REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito; Teoria da Justiça; Fontes e Modelos do Direito*, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2003.

(Sousa e Matos)

REBELO DE SOUSA, Marcelo, e SALGADO DE MATOS, André, *Direito Administrativo Geral - Tomo III*, 2ª ed., D. Quixote, 2009.

(Regan)

REGAN, Tom, *Animal Rights, Human Wrongs - An Introduction to Moral Philosophy*, Rowan & Littlefield Publishers, 2003.

(Rehnquist)

REHNQUIST, William H., *The Notion of a Living Constitution*, 54 Texas Law Review, 693, 1976.

(Reis Novais, Contributo)

REIS NOVAIS, António Jorge Pina dos – *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Almedina, Coimbra, 2006 (reimpressão 2013).

(Reis Novais, Trunfos)

REIS NOVAIS, António Jorge Pina dos – *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Almedina, Coimbra, 2006.

(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.

(Savigny)

SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual - Tomo I*. Traduzido do alemão por M. Ch. Guenoux, vertido para castelhano por Jacinto Mesía e Manuel Poley, com prólogo de Don Manuel Durán y Bas, F. Góngora y Compañía, Madrid, 1878.

(Singer, Applied)

SINGER, Peter (editor), *Applied Ethics*, Oxford University Press, 1986.

(Singer, Practical)

SINGER, Peter, *Practical Ethics*, 2ª ed., Cambridge University Press, 1993.

(Waldron)

WALDRON, Jeremy, *Law and Disagreement*, Clarendon, Oxford, 1999 (reimpressão 2004).

Jurisprudência:

60 U.S. 393 Scott v. Sandford.

Pedro Tiago Ferreira

Formador

Mestrando em Teoria do Direito
na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.



Data  **enia**
Revista Jurídica Digital

ISSN 2182-6242

Ano 3 • N.º 04 • Dezembro 2015

