

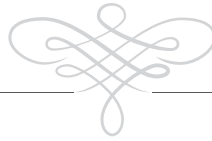
## Antinormativismo

Em geral, num sentido extraordinariamente vago e puramente abstrato, entende-se por antinormativismo uma posição que defende a inexistência objetiva de uma norma numa qualquer esfera da idealidade humana. Ora, se atendermos ao significado etimológico latino do termo “norma”, que aponta para um padrão ou uma regra, ou, mais precisamente ainda, para um esquadro de carpinteiro, utilizado para aferir a retidão dos ângulos, isso quererá dizer que um ponto de vista contrário ou oposto à norma é um ponto de vista que contraria ou se opõe ao reconhecimento e à utilização de determinações que sirvam de base a uma padronização da realidade. A ser assim, normal, normativo e normatividade serão apenas imprecisões linguísticas, conceitos ilusórios que remetem para a falsa possibilidade de prescrever um funcionamento típico (regular, preciso e definido) do real ou de um seu segmento. Quando falamos, *e.g.*, de um comportamento normal, remetemos, mesmo que apenas implicitamente, para um padrão de comportamento definido que serve uma distinção entre o que é habitual e conforme à regra e o que viola os parâmetros de uma ação compreensível (razoável); ou seja, faz-se apelo a uma medida, se quisermos ser mais exatos, medida essa que, para uma posição antinormativista, não existe, *i.e.*, não tem propriamente nenhum fundamento nem legitimidade prescritiva: enquanto construções, as normas não existem, ou melhor, existem única e exclusivamente enquanto variáveis integrantes de estruturas que as transcen-

dem e em relação às quais são incapazes de impor limites.

Posto isto, e num âmbito mais concreto e definido, atentemos no seguinte. Não obstante a existência, incipiente, de uma abordagem à linguagem e à linguística que se pode dizer antinormativista, o tratamento do antinormativismo estará aqui restrito à sua aceção jurídica ou filosófico-jurídica, que é, por assim dizer, aquela onde encontramos o seu sentido mais técnico e sistemático (e também próprio). Para o efeito, é necessário começar por apresentar, em traços largos, a que corresponde o normativismo a que o antinormativismo se opõe.

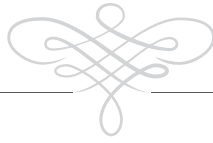
Tradicionalmente, no quadro da filosofia do direito, o chamado normativismo, ou positivismo, ou ainda positivismo legal, é a teoria que defende que, no que concerne à natureza da lei, não existe nenhuma relação de necessidade entre a lei e a moralidade, por um lado, nem a validade legal é determinada por outra coisa que não seja o conjunto de certos factos sociais, por outro. Assim, o direito positivo (o conjunto das ordenações jurídicas) é positivo porque é posto, quer dizer, o seu fundamento é tão-só o próprio direito ou o ato que determina o que é direito e o que não é, sem qualquer recurso a fundamentos de carácter transcendente ou valorativo (*i.e.*, suprapositivos). O seu aparecimento e a sua importância na história das ideias encontra as suas raízes no empirismo, no positivismo de Auguste Comte (1798-1857), na filosofia política de Thomas Hobbes (1588-1679) e na filosofia utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832); entre os seus defensores mais acérrimos, encontram-se John Austin (1790-1859), O. W. Holmes Jr. (1841-1935), H. L. A. Hart (1907-1992) e Hans Kelsen (1881-1973), o jurista austríaco, que pode ser considerado o seu representante máximo e merece alguma



atenção na apresentação da posição mais extremada do normativismo.

Diretamente influenciado por Rudolf Stammler (1856-1938), filósofo do direito de feição neokantiana, e pela Escola de Marburgo, Kelsen construiu um monismo normativista que adquiriu enorme preponderância. Em *Reine Rechtslehre* [*Teoria Pura do Direito*], obra publicada pela primeira vez em 1934, apresenta como seu escopo a libertação da ciência do direito de elementos que lhe sejam estranhos: trata-se de uma teoria pura do direito, porquanto procura simplesmente descrever a lei ou o direito e eliminar do objeto da sua descrição tudo o que não corresponda estritamente a isso. Para este autor (como para os positivistas do direito, em geral), todo o direito é respeitante às normas jurídicas de uma sociedade e nelas assenta. Todavia, para que assim seja, e porque mediante o argumento da regressão infinita é impossível justificar uma norma por meio de outra norma e assim sucessivamente *ad infinitum* – se uma tal regressão fosse possível, uma norma nunca teria justificação –, é necessário que se reconheça a existência de uma norma fundamental (*Grundnorm*) que tenha sido posta como alicerce de todas as que se lhe seguem e subordinam, hierarquizadas de acordo com a sua importância. A norma, enquanto norma, é considerada um esquema de interpretação, do qual deriva o sentido legal de uma ação humana que tem realidade no espaço e no tempo: uma ação, enquanto intervenção deliberada no espaço e no tempo (*i.e.*, que é concretizada no espaço e no tempo, e que, por isso, altera o próprio curso do espaço e do tempo e lhes atribui conotações que não tinham antes), não é legal ou ilegal em virtude da sua existência física, antes só o é em virtude da interpretação objetiva que sofre, interpretação essa que é normativa; é o ato de

legalização ou ilegalização de uma ação humana que faz daquela uma ação legal ou ilegal, é o ato de instituição da norma que faz com que a ação seja ou não conforme à legalidade, caso contrário a sua interpretação será somente uma interpretação causal. Na instituição da norma, está em causa a determinação de que algo deve ser ou acontecer, nomeadamente que um ser humano, na relação com os seus semelhantes, deve comportar-se de certa maneira – a norma ordena, permite e autoriza certos comportamentos em detrimento de outros. Ou melhor, a norma é o sentido de um ato mediante o qual um certo comportamento é ordenado, permitido e autorizado, sendo a resposta a esse sentido sempre um “devo”; e a norma fundamental é a pressuposição que estabelece a validade das normas de uma ordem moral ou jurídica. Nesse sentido, a norma não possui apenas um valor subjetivo, mediante o qual o sujeito reconhece que deve fazer qualquer coisa, mas um valor objetivo, independente do reconhecimento do sujeito; quer dizer, a norma é obrigatoriamente vinculativa para uma vontade. Além disso, a norma institui uma cisão entre o dever e o ser: um facto, enquanto facto, é apenas isso – um facto; e mesmo que um facto, no reino do ser, seja conforme à norma, isso não faz dele um dever, porquanto um dever é dever, e não ser. Nenhum facto, nada do que pertence ao reino do ser, pode dar origem a um dever; pelo contrário, é o dever que, ao valer por si, modifica o sentido do ser. As normas não são, então, e não poderiam ser nunca, a vontade ou o mandamento do legislador, quando se entende por vontade ou mandamento um ato de vontade psicológico, mas determinações jurídicas que permanecem e vigoram na sua validade muito para lá da iniciativa dos seus criadores: elas são o sentido de um ato de vontade, não um ato de



vontade ele próprio (ainda que os limites espaciais, temporais, pessoais e materiais da norma dependam do ato criador). A todos estes aspetos que caracterizam a existência da norma, importa acrescentar ainda mais um, que é o seguinte: os juízos de valor respeitantes a ações (integradas num quadro de realidade legal ou ilegal, de acordo com a determinação normativa de cada vez em causa) só são juízos de valor por causa da norma – é a norma que faz com que uma dada ação seja boa ou má, quer dizer, a norma é criadora de valores.

Como reação a este edifício formal do normativismo, encontramos o antinormativismo, relativamente ao qual cumpre fazer uma observação fundamental. Não obstante haver uma abordagem aos fundamentos do direito que se apresenta como resposta à teoria positivista do direito, e que tem que ver com a compreensão da lei ou do direito como instituição social ou prática social, a verdade é que há outra abordagem, mais original, que, apesar de não se apresentar primeiramente como resposta ao desenvolvimento do positivismo, ainda assim antecipa a sua exclusão – o jusnaturalismo ou a teoria do direito natural, que sustenta que o direito tem origem numa lei natural existente no Homem ou decorrente da natureza.

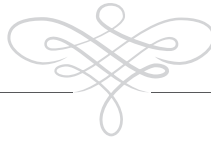
Sem ignorarmos a presença de ideias jusnaturalistas em outros autores mais antigos, o autor mais atestado para o seu desenvolvimento é Cícero (106-43 a.C.), que segue a escola estoica grega na tese de que a vida deve ser vivida de acordo com a natureza, o que implica, necessariamente, o exercício de uma *recta ratio* capaz de seguir a lei eterna e imutável. De maior importância é também, na Idade Média, o pensamento de S.<sup>to</sup> Agostinho (354-430) na defesa de que existe uma lei natural que é a marca da lei divina na



D.R.

Hans Kelsen (1881-1973).

consciência (na esteira de S. Paulo e da sua lei escrita nos corações), e de que é essa lei que deve estar na base na elaboração das leis das nações; e o de S. Tomás de Aquino (1225-1274), que, ao firmar a diferença entre quatro tipos de lei (eterna, natural, divina e humana), faz derivar a lei positiva da lei natural – a lei justa, no quadro tomista, é a lei que segue as exigências da lei natural, ordenada que deve estar ao bem comum. Do Renascimento para a frente, destacam-se Francisco Suarez (1548-1617), Hugo Grotius (1583-1645), Samuel Pufendorf (1632-1694) e William Blackstone (1723-1780). Mais recentemente, são incontornáveis os nomes de Jacques Maritain (1882-1973), de pendor aristotélico-tomista, numa reformulação da teoria da lei natural pensada como originária da lei divina, e John Finnis (n. 1940), que estabelece uma conexão necessária e natural entre a existência da lei e a obtenção dos bens fundamentais da vida humana, possuidores de valor intrínseco e evidentes por si. Por outro lado, no âmbito da nova vaga naturalista – que pensa a lei e a sua elaboração, os sistemas legais e as normas individuais

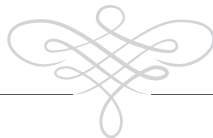


a partir de uma avaliação moral que lhes será sempre subjacente, sem recurso a quaisquer fundamentos derivados da natureza humana –, existem dois autores que protagonizam a reação ao positivismo. Em primeiro lugar, Lon Fuller (1902-1978), que protagonizou o chamado debate Hart-Fuller (fevereiro de 1958), com um artigo publicado na *Harvard Law Review*, intitulado “Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart”, em que apresenta uma réplica antinormativista a um artigo de Hart, também publicado naquela revista, e intitulado “Positivism and the separation of law and morals”. Para Fuller, a lei, à qual reconhece uma moralidade interna, tem de obedecer a oito requerimentos: deve ser geral; deve ser conhecida por todos, quando promulgada; não deve ser aplicada retroativamente; deve ser compreensível; não deve ser contraditória na sua formulação; não deve exigir uma conduta que fique para além das capacidades daqueles a quem se aplica; deve permanecer a mesma ao longo do tempo; e deve haver congruência entre o seu anúncio e a sua efetiva aplicação. Em segundo lugar, Ronald Dworkin (1931-2013), protagonista do chamado debate Hart-Dworkin, que, no seu ensaio “The model of rules” (1967), onde faz um ataque geral ao positivismo, escolhe a versão de Hart como alvo.

O normativismo sofre ainda oposição por parte das chamadas ciências sociais, bem como por parte do marxismo, que pode ser considerado um dos expoentes máximos da oposição ao normativismo. Com efeito, na mundividência marxista, a separação entre o ser e o dever ser preconizada pela teoria normativista não faz qualquer sentido, porque a normatividade abstrata do direito se encontra sustentada pelo ser concreto das relações sociais que se estabelecem entre os homens: não é o dever ser que institui o ser e a sua va-

loração, mas é o ser que dá ao dever ser o seu conteúdo. A norma, construída e instituída pela teoria normativista, mais não é do que a expressão da visão burguesa da vida, e, por conseguinte, a tentativa de a legitimar por meio do direito. Ou seja, o direito, e em particular o direito positivo, é uma reprodução abstrata das relações de poder estabelecidas pelo capital; os seus valores (ou os valores que o direito cria mediante a instituição da norma) são valores burgueses, logo, profundamente particulares e interessados na manutenção das estruturas de poder existentes (da chamada superestrutura), na distância abissal a que existe da base. Nenhum direito pode ser universal e igualitário se assente nas dinâmicas inerentes ao materialismo dialético; pelo contrário, apenas pode ser particular e desigualitário, ao favorecer a ideologia burguesa e a sua tomada de posição unilateral face à realidade (e a um seu segmento muito particular, que é o dos meios de produção). Dois nomes representam o antinormativismo marxista: Pyotr Stutchka (1865-1932) e Evgeni Pachukanis (1891-1937), juristas russos que, além de serem personalidades marcantes do séc. xx, se destacaram pela sua produção intelectual. Refira-se que Pachukanis, em especial, chegou a ler e criticar textos de Kelsen; a sua obra *A Teoria Geral do Direito e o Marxismo* (1924) é particularmente relevante no quadro destas discussões, pois trata-se de um texto que pretende pôr em evidência que o normativismo abre um fosso intransponível entre o mundo das normas e o mundo das relações concretas.

Em Portugal, o jusnaturalismo passou por diversas fases, desde o jusnaturalismo escolástico e renascentista, até cerca do séc. xviii, altura em que entraram em cena o jusracionalismo iluminista, o jusnaturalismo sensista e utilitarista, e o jusnaturalismo krausista, até aos movi-



mentos de reação contemporâneos ao utilitarismo e ao positivismo.

Contribuíram para a primeira fase autores como Álvaro Pais (1330-1390), com as obras *Speculum Regum* e *De Statu et Planctu Ecclesiae*, inspiradas pela obra *De Regimine Principium*, de Egídio Romano, na defesa da tese de que as sementes da justiça se encontram gravadas por natureza no coração humano; D. Duarte (1391-1438), com *O Leal Conselheiro*; Fr. João Sobrinho, que dá a lume em 1843 a sua *De Justitia Commutativa*, em que mantém a distinção tomista entre as quatro leis e a tese de que a lei é obra da razão e está ordenada ao bem comum; Diogo Lopes Rebelo (m. 1498), com a *De Republica Gubernanda per Regem*; Fr. António de Beja (1493-1517), com a sua *Breve Doutrina e Ensinança de Príncipes*; Fr. Heitor Pinto, com a sua *Imagem da Vida Cristã*; Jerónimo Osório (1506-1580), com a sua *De Regis Institutione et Disciplina*; Manuel de Góis (1543-1597), que faz um comentário jusnaturalista à *Ética a Nicômaco* de Aristóteles; e Duarte Ribeiro de Macedo (1618-1680).

No quadro do jusnaturalismo iluminista, Luís António Verney (1713-1792) é figura de peso, ao afastar-se do teocentrismo vigente na filosofia do direito até aí estudada e aproximar-se de um jusnaturalismo iluminista “de base sensista e empirista” (TEIXEIRA, 1983, 54), em que a (boa) razão humana é fonte de direito. Tomás António Gonzaga (1744-1810), por sua vez, não é menos relevante, ao construir um pensamento no qual o direito natural é o conjunto de leis infundido por Deus no Homem “para o conduzir ao fim para que foi criado”, “por meio do raciocínio e da razão” (*Id., Ibid.*, 42); para ele, a necessidade do poder ordenador tem a sua causa no pecado original e no subsequente obscurecimento da lei natural, o qual tem de poder ser superado

(no âmbito de uma certa leitura comum da queda adâmica). Nesse contexto, Deus aparece como necessário enquanto princípio das leis, ao qual se juntam o livre-arbítrio e a imputabilidade; ainda de acordo com este autor, o direito positivo consiste nas disposições não necessárias e provenientes da vontade de quem legisla. Merecem ainda referência Teodoro de Almeida (1722-1804), e António Soares Barbosa (1734-1801), o qual, curiosamente, e contrariamente àquele, volta a substituir a luz da razão enquanto fundamento do direito por uma fonte transcendente, a saber, a revelação divina que dá a conhecer ao Homem a lei moral.

Entre 1840 e 1870, a adoção da versão krausista do idealismo alemão conduziu a inflexões diferentes. Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886) assumiu uma reflexão ontocosmológica da lei e do direito: no pressuposto de que o Homem tem duas naturezas e é um fim em si mesmo (*i.e.*, é pessoa), o direito deve ocupar-se das condições internas e externas que promovem a liberdade humana, numa tentativa de resolução da cisão entre ser e dever ser, que passam a estar reunidos num único ente atravessado pelas esferas empírica e racional. José Maria da Cunha Seixas (1836-1895) considerou que, objetivamente, o direito é “a ciência dos princípios relativos às condições manifestadas exteriormente, dependentes da liberdade e necessárias para o nosso fim”, ao passo que, subjetivamente, é “a faculdade ou poder de praticar ou deixar de praticar os atos da vida moral e social”, no contexto de um “pluralismo monadológico” eventualmente inspirado pela filosofia leibniziana (*Id., Ibid.*, 78-79). Joaquim Maria Rodrigues de Brito (1822-1873) assentou os pressupostos do direito na ideia de bem inscrita no Homem, cujo fim depende das várias relações que estabelece com a realidade em virtude da sua natureza.



No séc. XIX, Amorim Viana (1822-1901), Sampaio Bruno (1857-1915), Oliveira Martins (1845-1894), Antero de Quental (1842-1891) e Manuel Ferreira Deusdado (1860-1918) reagiram ao positivismo de Comte, que, como vimos, teve influência na forma moderna de pensar o direito.

No séc. XX, apareceram as respostas ao normativismo. Cabral de Moncada (1888-1974), neokantiano, desenha o direito natural como sendo constituído por “ideais éticos e [...] princípios morais de valor universal, existentes *a priori* na consciência, e por aquela ideia e sentimento inato de Justiça sempre presentes na consciência”; e como uma forma que, em cada época, recebe “um conteúdo material próprio” (*Id., Ibid.*, 115), dependente das circunstâncias histórico-sociais. Um dos seus discípulos, António Ramos de Almeida (1912-1961), criticou o normativismo kelseano na obra *A Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen*. Delfim Santos (1907-1966) eliminou a distinção entre direito natural e direito positivo ao defender que só existe direito natural; para ele, qualquer norma, em sentido técnico, consubstancia-se como expressão de um imperativo que tem a sua origem no interior do Homem; ao seguir uma linha existencialista (Heidegger, Sartre), pensa o Homem como existência, não como essência, e conclui, por isso, que o direito não pode ser objeto de raciocínios indutivos ou dedutivos, edificado em abstrações normativistas. João Baptista Machado (1927-1989) é outro crítico de Kelsen, mais precisamente no ponto que diz respeito à natureza lógica da norma: como esta não pode senão derivar da experiência subjetiva do sujeito que conhece, o erro do normativismo é um vício de sub-repção – para utilizar uma expressão marcadamente kantiana – entre o domínio da razão pura e o domínio da ra-

zão prática. António Castanheira Neves (n. 1929), por fim, vê o direito como uma intenção valorativa capaz de imprimir validade à norma, em que a “intencionalidade normativa” é “transpositiva” (*Id., Ibid.*, 132), ou seja, depende da impossibilidade de atribuir um preço à pessoa humana, que é detentora de dignidade. Apesar de considerar que o direito natural não é objetivamente reconhecível, concorda que depende de qualquer coisa (a intenção normativa) de transcendente às circunstâncias finitas.

**Bibliog.:** BEIRNE, Piers, e SHARLET, Robert (orgs.), *Pashukanis: Selected Writings on Marxism and Law*, London, Academic Press, 1980; DWORKIN, Ronald M., “The model of rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, n.º 1, 1967, pp. 14-46; FULLER, Lon L., “Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart”, *Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, fev. 1958, pp. 630-672; HART, H. L. A., “Positivism and the separation of law and morals”, *Harvard Law Review*, vol. 71, n.º 4, fev. 1958, pp. 593-629; KELSEN, Hans, *Pure Theory of Law*, Clark, The Lawbook Exchange, Ltd., 2005; MACCORMICK, Neil, e WEINBERGER, Ota, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, D. Reidel Publishing Company, 1992; PATTERSON, Denis (org.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, s.l., Wiley-Blackwell, 2010; SHAPIRO, Scott J., *The “Hart-Dworkin” Debate: A Short Guide for the Perplexed*, Public Law and Legal Theory Working Paper Series, University of Michigan Law School, working paper n.º 77, mar. 2007; SOARES, Moisés Alves, e PAZELLO, Ricardo Prestes, “Direito e marxismo: entre o antinormativo e o insurgente”, *Revista Direito e Práxis*, vol. 5, n.º 9, 2014, pp. 475-500; TEIXEIRA, António Braz, *O Pensamento Filosófico-Jurídico Português*, Lisboa, Instituto de Cultura e Língua Portuguesa/Ministério da Educação e Cultura, 1983; *Id.*, *História da Filosofia do Direito Portuguesa*, Lisboa, Caminho, 2005.

ÁLVARO ALMEIDA