

O Conceito de Direito

67

DEDALUS - Acervo - FD



20400046109

FILOSOFIA E TEORIA
GERAL DO DIREITO
BIBLIOTECA

DIREITO (*) E MORAL**1. Direito Natural e Positivismo Jurídico**

Há muitos tipos diferentes de relação entre o direito e a moral e a relação entre eles não pode ser isolada com proveito para efeitos de estudo. Em vez disso, é importante distinguir algumas das muitas coisas diferentes que podem querer dizer-se através da afirmação ou negação de que o direito e a moral estão relacionados. Por vezes, o que se afirma é uma espécie de conexão que poucas pessoas, se é que algumas, negaram alguma vez; mas a sua existência incontroversa pode ser erradamente aceite como sinal de alguma conexão mais duvidosa ou mesmo confundida com esta. Assim, não pode seriamente discutir-se que o desenvolvimento do direito, em todos os tempos e lugares, tem de facto sido profundamente influenciado, quer pela moral convencional, quer por ideais de grupos sociais particulares, quer ainda por formas de crítica moral esclarecida sustentadas por indivíduos cujo horizonte moral transcendeu a moral correntemente aceite. Mas é possível tomar esta verdade de forma ilícita, como uma justificação para uma diferente proposição: a saber, que um sistema jurídico *deve* mostrar alguma conformidade específica com a moral ou justiça, ou *deve* repousar sobre uma convicção amplamente difundida de que há uma obrigação moral de lhe obedecer. De novo, embora esta proposição possa, em certo sentido, ser verdadeira, não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça.

Pode dizer-se que muitas outras questões, além destas, dizem

(*) No original inglês, "laws".

respeito às relações entre o direito e a moral. Neste capítulo discutiremos só duas delas, embora ambas envolvam a consideração, até certo ponto, de muitas outras. A primeira é uma questão que pode ainda ser descrita de forma esclarecedora como a questão entre o Direito Natural e o Positivismo Jurídico, embora cada um destes títulos tenha vindo a ser usado para uma série de teses diferentes acerca do direito e da moral. Aqui tomaremos o Positivismo Jurídico com o significado da afirmação simples de que não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito. Mas só porque os que perfilham este ponto de vista têm estado silenciosos, ou diferiam muito entre si no que respeita à natureza da moral, é necessário considerar duas formas muito diferentes por que o Positivismo Jurídico tem sido rejeitado. Uma destas é expressa muito claramente nas teorias clássicas do Direito Natural: afirma-se que há certos princípios de conduta humana, que esperam a descoberta pela razão humana, com os quais o direito feito pelos homens se deve conformar para ser válido. A outra adopta um ponto de vista diferente e menos racionalista da moral e oferece um relato diferente dos modos pelos quais a validade jurídica está ligada com o valor moral. Consideraremos a primeira destas formas nesta secção e na próxima.

Na vasta literatura, de Platão até ao presente, que é dedicada à afirmação, e também à negação, da proposição segundo a qual os modos por que os homens devem comportar-se podem ser descobertos pela razão humana, os contendores de um lado parecem dizer aos do outro: «Sois cegos se não puderdes ver isto», mas tão-só para receberem como resposta: «Tendes estado a sonhar». Isto é assim, porque a pretensão de que há princípios verdadeiros de conduta correcta, susceptíveis de descoberta por forma racional, não tem sido usualmente sustentada como uma doutrina separada, mas foi originalmente apresentada, e defendida por longo tempo, como parte de uma concepção geral da natureza, inanimada e viva. Esta concepção é, de muitas formas, antitética com a concepção geral da natureza que constitui a estrutura do pensamento secular moderno. Por isso é que, para os seus críticos, a teoria do Direito Natural tem parecido brotar de confusões profundas e antigas, das quais o pensamento moderno se tem libertado triunfantemente; enquanto que para os seus defensores, os críticos parecem apenas insistir em banalidades superficiais, ignorando verdades mais profundas.

Assim, muitos críticos modernos têm pensado que a pretensão de que a razão humana pode descobrir leis de conduta apropriada se

baseava numa simples ambiguidade da palavra «direito» e que, quando esta ambiguidade fosse denunciada, o Direito Natural receberia o seu golpe fatal. Foi deste modo que John Stuart Mill tratou Montesquieu, o qual no primeiro capítulo do *Esprit des Lois* se interroga ingenuamente por que razão é que, enquanto as coisas inanimadas, tais como as estrelas e também os animais, obedecem à «lei da sua natureza», o homem não o faz, mas cai em pecado. Isto, pensava Mill, revelava a confusão perene entre leis que formulam o curso ou as regularidades da natureza, e leis que exigem que os homens se comportem de certos modos. As primeiras, que podem ser descobertas pela observação e pelo raciocínio, podem designar-se como «descritivas» e cabe ao cientista, por isso, descobri-las; as últimas não podem ser assim determinadas, porque não são afirmações ou descrições de factos, mas são «prescrições» ou exigências de que os homens se comportem de certos modos. Por isso, a resposta à questão de Montesquieu é simples: as leis prescritivas podem ser violadas e contudo permanecerem como leis, porque tal apenas significa que os seres humanos não fazem aquilo que se lhes diz para fazerem; mas carece de sentido dizer das leis da natureza, descobertas pela ciência, que podem ser ou não ser violadas. Se as estrelas se comportarem de modos contrários às leis científicas que têm como objectivo descrever os seus movimentos regulares, estas não são violadas, mas perdem o direito a serem chamadas «leis» e devem ser reformuladas. A estas diferenças no sentido de «lei», correspondem diferenças sistemáticas no vocabulário associado a palavras como «ter de», «vinculado a», «ter o dever de» e «dever». Assim, deste ponto de vista, a crença no Direito Natural é redutível a uma falácia muito simples: a impossibilidade de perceber os sentidos muito diferentes que tais palavras impregnadas de direito podem assumir. E como se o crente não tivesse compreendido o sentido muito diferente de tais frases como «deves obrigatoriamente apresentar-te ao serviço militar» e «deve fazer um frio gelado, se o vento virar para norte».

Os críticos que, como Bentham e Mill, mais ferozmente atacaram o Direito Natural, atribuíram muitas vezes a confusão dos seus oponentes sobre estes sentidos distintos do direito à sobrevivência da crença de que as regularidades observadas na natureza eram prescritas ou decretadas por um Governador Divino do Universo. Em tal visão teocrática, a única diferença entre a lei da gravidade e os Dez Mandamentos — a lei de Deus para o Homem — era, como Blackstone afirmou, essa diferença relativamente menor de que os homens, eles mesmos, antes de serem criadas, estavam dotados de razão e de

vontade livre; e assim, diferentemente das coisas, podiam descobrir as prescrições divinas e desobedecer-lhes. O Direito Natural, contudo, nem sempre tem estado associado à crença num Governador ou Legislador Divino do Universo, e mesmo quando tem estado, os seus princípios característicos não têm estado logicamente dependentes dessa crença. Quer o sentido relevante da palavra «natural», que entra na expressão Direito Natural, quer a sua visão geral que minimiza a diferença, tão óbvia e tão importante para os espíritos modernos, entre leis prescritivas e descritivas, têm as suas raízes no pensamento grego, o qual foi, para esta finalidade, perfeitamente laico. Na verdade, a reafirmação continuada de alguma forma da doutrina do Direito Natural deveu-se em parte ao facto de que o seu atractivo é independente, quer da autoridade divina, quer da humana, e ao facto de que, apesar de uma terminologia e de muita metafísica que poucos podem aceitar nos nossos dias, contém certas verdades elementares de importância para a compreensão não só da moral como do direito. Esforçar-nos-emos por arrancar estas verdades do seu enquadramento metafísico e reafirmá-las aqui em termos mais simples.

Para o pensamento laico moderno, o mundo das coisas inanimadas e vivas, dos animais e dos homens, constitui um teatro onde se desenvolvem espécies recorrentes de eventos e de mudanças que exemplificam certas conexões regulares. Os seres humanos têm descoberto pelo menos algumas destas conexões e têm-nas formulado como leis da natureza. Compreender a natureza consiste, neste ponto de vista moderno, em aplicar sobre certa parte dela o conhecimento dessas constantes. A estrutura das grandes teorias científicas não se espelha, claro, em qualquer facto, em acontecimentos ou mudanças, observáveis de um modo simples; frequentemente, na verdade, uma grande parte de tais teorias consiste em formulações matemáticas abstractas, sem nenhuma contrapartida directa em factos observáveis. A sua conexão com eventos e mudanças observáveis reside no facto de que, a partir destas formulações abstractas, podem deduzir-se generalizações que efectivamente se referem a eventos observáveis e podem ser confirmadas ou infirmadas por estes.

A pretensão de uma teoria científica de fazer avançar a nossa compreensão da natureza é, por isso, em última análise dependente do seu poder de predirer o que ocorrerá, poder que se baseia em generalizações do que ocorre regularmente. A lei da gravidade e a segunda lei da termodinâmica são, para o pensamento moderno, leis da natureza e não da natureza.

virtude da informação que fornecem respeitante às regularidades dos fenómenos observáveis.

A doutrina do Direito Natural é parte de uma concepção mais antiga da natureza em que o mundo observável não é apenas um palco de tais regularidades e o conhecimento da natureza não consiste apenas num conhecimento de tais regularidades. Pelo contrário, nesta visão mais antiga, cada espécie concebível de coisa existente, humana, animada ou inanimada, é pensada não só como tendendo a manter-se a si própria em existência, mas como dirigindo-se para um estado definido óptimo que é o bem específico — ou o *fin* (τέλος, *finis*) apropriado para tal.

Esta é a concepção teleológica da natureza que considera conter em si própria níveis de perfeição que as coisas realizam. Os estádios por que uma coisa de qualquer espécie dada progride para o seu fim específico ou adequado, são regulares e podem ser formulados através de generalizações que descrevem o modo característico de mudança da coisa, ou da sua acção ou desenvolvimento; nessa medida, o ponto de vista teleológico da natureza sobrepõe-se ao pensamento moderno. A diferença reside em que, do ponto de vista teleológico, os eventos que ocorrem regularmente quanto às coisas não são concebidos apenas como ocorrendo regularmente, e as questões sobre se efectivamente ocorrem regularmente e sobre se *deviam* ocorrer ou sobre se é *bom* que ocorram, não são encaradas como questões separadas. Pelo contrário (salvo quanto a algumas monstruosidades raras atribuídas à «sorte»), o que geralmente ocorre pode ser simultaneamente explicado e avaliado como bom ou como aquilo que devia ocorrer, através da respectiva apresentação como um passo em direcção ao fim adequado ou objectivo da coisa em causa. As leis do desenvolvimento de uma coisa deviam, por isso, mostrar, quer como ela devia comportar-se regularmente ou evoluir, quer como ela efectivamente se comporta regularmente ou evolui.

Este modo de pensar acerca da natureza parece estranho quando afirmado abstractamente. Pode parecer menos fantástico, se nos lembrarmos de alguns dos modos por que, ainda hoje, nos referimos, pelo menos, aos seres vivos, porque uma visão teleológica se reflecte ainda em modos comuns de descrever o seu desenvolvimento. Assim, no caso de uma bolota, a sua transformação num carvalho é algo que é não só conseguido regularmente pelas bolotas, mas distingue-se, diferentemente do seu envelhecimento (que é também regular), como um estado óptimo de maturidade, à luz do qual os estádios intermédios são simultaneamente explicados e julgados como bons ou

mudanças estruturais. É necessário o crescimento normal das folhas para se obter a humidade necessária ao «pleno» ou «adequado» desenvolvimento, e é «função» das folhas fornecê-la. Daí que pensemos neste crescimento e falemos dele como aquilo que «devia ocorrer naturalmente». No caso da acção ou dos movimentos de seres inanimados, tais modos de falar parecem muito menos plausíveis, a menos que sejam artefactos concebidos pelos seres humanos para uma finalidade. A noção de que uma pedra, ao tombar para o solo, está a realizar qualquer «fim» apropriado ou a voltar ao seu «lugar adequado», como um cavalo quando galopa de volta à cavalaria, é efectivamente algo cômica.

Na verdade, uma das dificuldades na compreensão de uma visão teleológica da natureza reside em que, tal como minimizava as diferenças entre afirmações do que acontece regularmente e afirmações do que devia acontecer, também minimiza a diferença, tão importante no pensamento moderno, entre os seres humanos com uma finalidade própria que conscientemente se esforçam por realizá-la e outros seres, vivos ou inanimados. Isto porque, na visão teleológica do mundo, o homem, como as outras coisas, é pensado como tendendo para um estado ou fim óptimo específico que está preparado para ele e o facto de que ele, diferentemente das outras coisas, pode para aí tender conscientemente, não é concebido como uma diferença radical entre o homem e o resto da natureza. Este fim humano específico ou bem é em parte, tal como o de outros seres vivos, uma condição de maturidade biológica e de capacidades físicas desenvolvidas; mas também inclui, como seu elemento humano distintivo, um desenvolvimento e uma excelência de espírito e de carácter manifestados no pensamento e na conduta. Diferentemente das outras coisas, o homem é capaz, através do raciocínio e da reflexão, de descobrir o que envolve o alcance desta excelência de espírito e de carácter e é capaz de o desejar. Contudo, mesmo assim, nesta visão teleológica, este estado óptimo não é o bem do homem ou o seu fim, porque ele o deseja; ao contrário, ele deseja-o porque é já o seu fim natural.

De novo, uma considerável parte deste ponto de vista teleológico sobrevive em alguns dos modos por que pensamos nos seres humanos e deles falamos. Está latente na nossa identificação de certas coisas como *necessidades* humanas que é *bom* satisfazer e de certas coisas feitas aos seres humanas ou por eles sofridas como *mal* ou *dano*. Por isso, embora seja verdade que alguns homens podem recusar-se a comer ou a descansar porque desejam morrer, consideramos a comida e o descanso como *alors mais do que a natureza humana*

fazem regularmente ou que lhes sucede simplesmente desejar. A comida e o descanso são necessidades humanas, mesmo se alguns os recusam quando deles precisam. Daí o dizermos, não só que é natural todos os homens comerem e dormirem, mas também que todos os homens deviam comer e descansar por vezes, ou que é naturalmente bom fazer estas coisas. A força da palavra «naturalmente», em tais juízos sobre a conduta humana, consiste em diferenciá-las, quer das apreciações que reflectem meras convenções ou prescrições humanas («Devia tirar o seu chapéu»), cujo conteúdo não pode ser descoberto pelo pensamento ou pela reflexão, quer das apreciações que se limitam a indicar o que se exige para alcançar certo objectivo concreto, o qual pode suceder que um homem porventura tenha num momento dado, e outro não. A mesma visão está presente na nossa concepção das *funções* dos órgãos do corpo e da linha que traçamos entre estas e as meras propriedades causais. Dizemos que é função do coração fazer circular o sangue, mas não que é função de um tumor canceroso causar a morte.

Estes exemplos grosseiros, apontados para ilustrar os elementos teleológicos ainda vivos no pensamento comum acerca da acção humana, são retirados da esfera inferior dos factos biológicos que o homem partilha com os outros animais. Poderá correctamente observar-se que aquilo que dá sentido a este modo de pensamento e de expressão é algo de inteiramente óbvio: é a assunção tácita de que o fim adequado da actividade humana é a sobrevivência, e isto repousa no simples facto contingente de que a maior parte dos homens deseja a maior parte do tempo continuar a existir. As acções de que nós falamos como sendo as naturalmente boas para fazer, são as que são exigidas para a sobrevivência; as noções de uma necessidade humana, de mal e da *função* dos órgãos do corpo, ou das mudanças repousam no mesmo facto simples. Certamente que, se parássemos aqui, teríamos só uma versão muito atenuada do Direito Natural: porque os expoentes clássicos desta visão pensavam na sobrevivência (*perseverare in esse suo*) apenas como no estrato mais baixo de um conceito muito mais complexo e de longe mais debatido de fim humano ou de bem para o homem. Aristóteles incluía nele o cultivo desinteressado do intelecto humano e São Tomás de Aquino o conhecimento de Deus, e ambos representam valores que podem ser e têm sido contestados. Contudo, outros pensadores, entre os quais se contam Hobbes e Hume, têm estado dispostos a baixar o seu olhar: têm visto no objectivo modesto da sobrevivência o elemento central e indiscutível que confere bom senso empírico à terminologia do Direito Natural. «A natureza humana não nada da forma atomista

subsistir sem a associação dos indivíduos: e a associação não podia nunca ter lugar, se não fosse pago tributo às leis da equidade e da justiça”¹.

Este simples pensamento tem de facto muito a ver com as características, quer do direito, quer da moral, e pode ser destrinchado dos pontos mais discutíveis da visão geral teleológica, em que o fim ou bem para o homem surge como modo específico de vida, acerca do qual os homens podem, de facto, estar em profundo desacordo. Além disso, podemos, ao referirmo-nos à sobrevivência, pôr de lado, como demasiado metafísica para os espíritos modernos, a noção de que tal é algo fixado antecipadamente, que os homens necessariamente desejam, porque é o seu objectivo ou fim apropriado. Em vez disso, podemos sustentar que é um facto meramente contingente, que podia ser de outro modo, os homens em geral desejarem de facto viver e que podemos não querer dizer coisa diversa, ao designar a sobrevivência como um objectivo ou fim humanos, do que os homens efectivamente desejarem-na. Contudo, mesmo se pensarmos nela deste modo próprio do senso comum, a sobrevivência tem ainda um estatuto especial em relação à conduta humana e no nosso pensamento acerca dela, o qual se acha em paralelo com a proeminência e a necessidade que lhe são atribuídas nas formulações ortodoxas do Direito Natural. Porque não se trata apenas de uma maioria esmagadora de homens desejar efectivamente viver, mesmo à custa de miséria hedionda, mas de isso se reflectir em todas as estruturas do nosso pensamento e linguagem, em termos das quais descrevemos o mundo e nos descrevemos uns aos outros. Não podemos subtrair o desejo geral de viver e deixar intactos conceitos como perigo e segurança, dano e benefício, necessidade e função, doença e cura; porque estes são modos de simultaneamente descrever e apreciar as coisas, por referência à contribuição que dão para a sobrevivência, a qual é aceite como um objectivo.

Há, contudo, considerações mais simples, menos filosóficas do que estas, que mostram a aceitação da sobrevivência como uma finalidade que é necessária, num sentido mais directamente relevante para a discussão do direito humano e da moral. Nela estamos empenhados, como algo pressuposto pelos termos da discussão; porque a nossa preocupação reside nos arranjos sociais para conseguir uma existência continuada e não nos de um clube de suicidas. Desejamos saber se, entre estes arranjos sociais, há alguns que podem

ser esclarecidamente ordenados como leis naturais susceptíveis de descoberta pela razão e qual a sua relação com o direito humano e a moral. Para levantar esta ou outra qualquer questão respeitante ao modo como os homens deviam viver em conjunto, devemos partir do princípio de que o seu objectivo, falando em termos gerais, é viver. A partir deste ponto, o argumento é simples. A reflexão acerca de algumas generalizações bastante óbvias — na verdade, truismos — respeitantes à natureza humana e ao mundo em que os homens vivem mostra que, enquanto estas se mantiverem válidas, há certas regras de conduta que qualquer organização social deve conter, para ser viável. Tais regras constituem de facto um elemento comum no direito e na moral convencional de todas as sociedades que progrediram até ao ponto em que ambos são distinguidos como formas diferentes de controlo social. Com elas encontram-se, não só no direito como na moral, muitas coisas que são peculiares a uma sociedade concreta e que podem parecer arbitrárias ou uma pura questão de escolha. Tais princípios de conduta reconhecidos universalmente, que têm como base as verdades elementares respeitantes aos seres humanos, ao seu ambiente natural, e às suas finalidades, podem ser considerados o *conteúdo mínimo* do Direito Natural, em contraste com as construções mais grandiosas e mais controvertidas que têm sido frequentemente expressas sob aquele nome. Na próxima secção, consideraremos, sob a forma de cinco truismos, as características salientes da natureza humana sobre as quais se baseia este modesto mas importante mínimo.

2. O conteúdo mínimo do direito natural

Ao considerar os truismos simples que apresentamos aqui e a sua conexão com o direito e a moral, é importante observar que em cada caso os factos mencionados fornecem uma *razão* pela qual, uma vez admitida a sobrevivência como uma finalidade, o direito e a moral deviam incluir um conteúdo específico. A forma geral do argumento consiste simplesmente em dizer que, sem um tal conteúdo, o direito e a moral não podiam apoiar o desenvolvimento do propósito mínimo da sobrevivência que os homens têm, ao associar-se uns com os outros. Na ausência deste conteúdo os homens, tais como são, não teriam uma razão para obedecerem voluntariamente a quaisquer regras; e, sem um mínimo de cooperação dada voluntariamente por aqueles que consideram ser seu interesse submeter-se às regras, e

massem voluntariamente com tais regras. É importante acentuar a conexão especificamente racional entre factos naturais e o conteúdo de regras jurídicas ou morais nesta abordagem do problema, porque é simultaneamente possível e importante fazer averiguações sobre formas relativamente diferentes de conexão entre factos naturais e regras jurídicas ou morais. Por isso, as ciências ainda jovens da psicologia e da sociologia podem descobrir ou podem mesmo ter já descoberto que, a menos que certas condições físicas, psicológicas ou económicas sejam satisfeitas, por exemplo que as crianças de pouca idade sejam alimentadas e educadas de certos modos na família, nenhum sistema de leis ou código de moral pode estabelecer-se, ou que só podem funcionar com sucesso aquelas leis que se conformam com um certo tipo. As conexões desta espécie entre condições naturais e sistemas de regras não são mediadas por *razões*; porque não relacionam a existência de certas regras com as finalidades ou os propósitos conscientes daqueles a quem as regras se aplicam. O facto de se ser alimentado na infância de certo modo pode bem mostrar-se ser uma condição necessária ou mesmo uma *causa* do desenvolvimento de uma população ou da manutenção de um código moral ou jurídico, mas não é uma *razão* para que as pessoas o façam. Tais conexões causais não entram em conflito, claro, com as conexões que se baseiam em propósitos ou objectivos conscientes: podem na verdade ser consideradas mais importantes ou fundamentais que as últimas, uma vez que podem efectivamente explicar por que razão os seres humanos têm esses objectivos ou propósitos conscientes que o Direito Natural toma como seus pontos de partida. As explicações causais deste tipo não se baseiam em truismos, nem são mediadas por objectivos ou propósitos conscientes: cabe à sociologia ou à psicologia, como a outras ciências, estabelecer-las pelos métodos da generalização e pela teoria, com base na observação e, quando possível, na experimentação. Tais conexões são, por isso, de diferente tipo daquelas que relacionam o conteúdo de certas regras jurídicas e morais com os factos afirmados nos seguintes truismos:

(i) *Vulnerabilidade humana*. As exigências comuns do direito e da moral consistem, na sua maior parte, não em serviços activos a serem prestados, mas em abstenções, as quais são usualmente formuladas na forma negativa como proibições. Destas, as mais importantes para a vida social são as que restringem o uso da violência para matar ou causar ofensas corporais. A natureza fundamental de tais regras pode exprimir-se numa pergunta: se não houvesse estas regras, que sentido poderia ter, quanto a seres como nós próprios, o facto de termos regras de *analauer* outro tipo? A falta desta natureza está na natureza humana.

no facto de que os homens são simultaneamente levados a efectuar, de forma ocasional, ataques físicos e, normalmente, são vulneráveis a estes. Contudo, embora isto seja um truismo, não é uma verdade necessária; porque as coisas podiam ter sido diferentes e poderão sê-lo um dia. Há espécies de animais cuja estrutura física (incluindo os esqueletos externos ou a carapaça) os torna virtualmente imunes a ataques de outros membros da sua espécie e animais que não têm órgãos que lhes permitam desferir um ataque. Se os homens viessem a perder a sua vulnerabilidade face aos outros, desapareceria uma razão óbvia para o preceito mais característico do direito e da moral: *Não matarás*.

(ii) *Igualdade aproximada*. Os homens diferem uns dos outros na força física, na agilidade e, ainda mais, na capacidade intelectual. Seja como for, constitui um facto de muito grande importância para a compreensão das formas diferentes do direito e da moral a circunstância de nenhum indivíduo ser muito mais poderoso do que os outros, de tal modo que alguém seja capaz, sem cooperação, de dominar ou subjugar os outros por tempo superior a um período curto. Mesmo o mais forte tem de dormir de vez em quando e, quando adormecido, perde temporariamente a sua superioridade. Este facto da igualdade aproximada, mais do que qualquer outro, torra óbvia a necessidade de um sistema de abstenções mútuas e de compromisso que está na base, quer da obrigação jurídica, quer da moral. A vida social com as suas regras a exigir tais abstenções é, por vezes, penosa, mas é, de qualquer modo, menos desagradável, menos brutal e menos abrupta do que a agressão sem restrições, para seres assim aproximadamente iguais. É, claro, inteiramente compatível com isto e um truismo igual que, quando tal sistema de abstenções é estabelecido, haverá sempre alguns que desejarão explorá-lo, simultaneamente vivendo sob a sua protecção e violando as suas restrições. Isto é, na verdade — como mostraremos mais tarde — um dos factos naturais que torna necessária a passagem da simples moral para as formas organizadas e jurídicas de controlo. Mais uma vez, as coisas podiam ter sido de outro modo. Em vez de serem aproximadamente iguais, podia ter havido certos homens infinitamente mais fortes do que os outros e mais aptos a viverem sem descanso, quer porque alguns deles estariam, nestes aspectos, muito acima da actual média, quer porque a maior parte estava muito abaixo dela. Tais homens excepcionais podiam ter muito a ganhar com a agressão e pouco a ganhar com a abstenção mútua e o compromisso com os outros. Mas não necessitamos de recorrer à fantasia dos gigantes entre os

aproximada: tal é ilustrado da melhor forma pelos factos da vida internacional onde há (ou houve) grandes disparidades, em força e vulnerabilidade, entre os Estados. Esta desigualdade entre os membros do direito internacional é, como veremos mais tarde, uma das coisas que lhe deu um carácter tão diferente do direito interno e limitou a medida em que é capaz de operar como um sistema coercivo organizado.

(iii) *Altruismo limitado*. Os homens não são demónios dominados por um desejo de se exterminarem uns aos outros e a demonstração de que, por força apenas da finalidade modesta da sobrevivência, as regras básicas do direito e da moral são coisas necessárias, não deve ser identificada com o ponto de vista falso de que os homens são predominantemente egoístas e não têm uma preocupação desinteressada na sobrevivência ou no bem-estar dos seus semelhantes. Mas se os homens não são demónios, tão-pouco são anjos; e o facto de que estão a meio caminho entre estes dois extremos é algo que torna um sistema de abstenções recíprocas simultaneamente necessário e possível. Com anjos, nunca tentados a causar danos aos outros, as regras que exigem abstenções não seriam necessárias. Com demónios dispostos a destruir, independentemente dos custos para si próprios, seriam impossíveis. Sendo as coisas como são, o altruismo humano é limitado no seu âmbito e intermitente, e as tendências para a agressão são suficientemente frequentes para serem fatais relativamente à vida social, se não forem controladas.

(iv) *Recursos limitados*. Constitui um simples facto contingente que os seres humanos necessitem de comida, roupas e abrigo e que estes bens não existam à mão com abundância ilimitada, mas sejam, pelo contrário, escassos, tenham de ser cultivados ou arrancados à natureza, ou tenham de ser construídos pelo esforço e trabalho humanos. Estes factos tornam só por si indispensáveis certa forma mínima da instituição da propriedade (embora não necessariamente da propriedade individual) e a espécie distintiva de regra que exige respeito por aquela. As formas mais simples de propriedade háo-de ver-se em regras que vedam às pessoas em geral, diferentes do «proprietário», a entrada ou o uso de terra ou a apreensão ou o uso de coisas materiais. Para que as colheitas cresçam, a terra tem de estar protegida de incursões indiscriminadas e a comida tem de, nos intervalos entre o seu crescimento ou colheita e o consumo, estar protegida da apreensão pelos outros. Em todos os tempos e lugares, a própria vida depende destas abstenções mínimas. Mais uma vez, a este respeito as coisas podiam ter sido diversas do que são. O organismo humano evoluiu, por si só, constituído como se apresenta, como da

extrair alimento do ar, ou aquilo de que ele necessita podia ter crescido sem cultivo, com abundância ilimitada.

As regras que temos discutido até aqui são regras *estáticas*, no sentido de que as obrigações que impõem e a incidência destas obrigações não são susceptíveis de modificação pelos indivíduos. Mas a divisão do trabalho, que todos os grupos, à excepção dos mais pequenos, devem desenvolver para obter os recursos adequados, traz consigo a necessidade de regras que são *dinâmicas*, no sentido de que permitem aos indivíduos criar obrigações e fazer modificar a sua incidência. Entre estas, estão as regras que permitem aos homens transferir, trocar ou vender os seus produtos; porque estas transacções envolvem a capacidade de alterar a incidência daquelas direitas e obrigações inciais que definem a forma mais simples de propriedade. A mesma inevitável divisão do trabalho e a necessidade perene de cooperação são também factores que tornam necessárias na vida social as outras formas de regras dinâmicas ou criadoras de obrigações. Estas asseguram o reconhecimento das promessas como fonte de obrigação. Através deste expediente, os indivíduos encontram-se habilitados a, através de palavras faladas ou escritas, ficarem sujeitos a censuras ou a castigo por não terem agido de certos modos estabelecidos. Quando o altruismo não é ilimitado, exige-se um processo permanente destinado a regular os actos autovinculativos, com a finalidade de criar uma forma mínima de confiança no comportamento futuro dos outros e para assegurar a previsibilidade necessária à cooperação. Isto é mais obviamente necessário quando as coisas que se vão trocar ou planejar conjuntamente são serviços recíprocos, ou sempre que os bens objecto de troca ou venda não estão disponíveis ao mesmo tempo ou imediatamente.

(v) *Compreensão e força de vontade limitadas*. Os factos que tornam necessárias à vida social as regras respeitantes às pessoas, à propriedade e aos compromissos são simples e os seus benefícios recíprocos são evidentes. A maior parte dos homens é capaz de os ver e de sacrificar os interesses imediatos de curto prazo que a conformidade a tais regras pede. Podem na verdade obedecer, por uma variedade de motivos: uns a partir de um cálculo prudente de que os sacrifícios valem os ganhos; outros a partir de uma preocupação desinteressada pelo bem-estar dos outros; e ainda outros porque encaram as regras como merecedoras de respeito em si próprias e encontram os seus ideais na devoção a elas. Por outro lado, nem a compreensão do interesse de longo prazo, nem a força de vontade ou a rectidão desta, das quais depende a eficácia destes diferentes motivos da obediência, são necessariamente ilimitadas.

homens. Todos são tentados por vezes a preferir os seus próprios interesses imediatos e, na ausência de uma organização especial para a sua descoberta e punição, muitos succumbiriam à tentação. Indubitavelmente, as vantagens das abstenções reciprocas são tão palpáveis que o número e a força dos que cooperariam voluntariamente num sistema coercivo, serão normalmente maiores do que qualquer associação possível de malfeteiros. Contudo, excepto em sociedades muito pequenas e fortemente coesas, a submissão a um sistema de restrições seria loucura, se não houvesse nenhuma organização para a coerção daquelles que tentariam então obter as vantagens do sistema, sem se sujeitarem às suas obrigações. As «sanções» são, por isso, exigidas não como o motivo normal para a obediência, mas como uma *garantia* de que os que obedeceriam voluntariamente não serão sacrificados aos que não obedeceriam. Obedecer, sem isto, seria arriscar-se a ser posto irremediavelmente contra a parede. Dado este perigo constante, o que a razão pede é a cooperação *voluntária* num sistema *coercivo*.

Deve observar-se que o mesmo facto natural de igualdade aproximada entre os homens se reveste de crucial importância na eficácia das sanções organizadas. Se alguns homens fossem acentuadamente mais poderosos do que outros, e assim não dependentes das abstenções, a força dos malfeteiros poderia exceder a dos apoiantes do direito e da ordem. Dadas tais desigualdades, o uso de sanções não poderia ter sucesso e envolveria perigos, pelo menos tão grandes como os que essas sanções visavam suprimir. Nestas circunstâncias, em vez de a vida social ser baseada num sistema de abstenções reciprocas, sendo a força apenas usada intermitentemente contra uma minoria de malfeteiros, o único sistema viável seria aquele em que os fracos se submeteriam aos fortes nos melhores termos que pudessem arranjar e viveriam sob a sua «protecção». Isto levaria, em virtude da escassez dos recursos, a um número de centros de poder conflituantes, cada um agrupado à volta do seu «homem forte»: estes grupos podiam intermitentemente guerrear-se entre si, embora a sanção natural, nunca desprezável, do risco de derrota pudesse assegurar uma paz precária. Regras deste tipo poderiam então ser aceites para a regulação das questões sobre as quais os «poderes» não tencionavam bater-se. De novo, não precisamos de pensar em termos fantasiosos de pigmeus e gigantes em ordem a compreender a logistica simples da igualdade aproximada e a sua importância para o direito. A cena internacional, em que as unidades em causa têm diferido grandemente em termos de força, ilustra suficientemente essa situação. Durante séculos, as disparidades entre os Estados têm

resultado num sistema em que as sanções organizadas têm sido impossíveis, e o direito tem-se limitado a matérias que não afectavam questões «vitais». Resta ver até que ponto é que as armas atómicas, quando à disposição de todos, restabelecerão o equilíbrio do poder desigual e trarão formas de controlo semelhantes, de forma mais aproximada, ao direito criminal interno.

Os truismos simples que discutimos não revelam apenas o núcleo de bom senso na doutrina do Direito Natural. São de importância vital para a compreensão do direito e da moral e explicam por que razão a definição das formas fundamentais destes em puros termos formais, sem referência a nenhum conteúdo específico ou a necessidades sociais, se tem mostrado tão inadequada. Talvez o maior benefício para a teoria geral do direito desta visão reside na fuga que possibilita a certas dicotomias enganadoras, que frequentemente obscurecem as características do direito. Assim, por exemplo, a questão tradicional sobre se todos os sistemas jurídicos *devem* estabelecer sanções pode ser apresentada a uma luz nova e mais clara, quando dominamos a visão das coisas apresentadas por esta versão simples do Direito Natural. Não teremos já de escolher entre duas alternativas inadequadas, que frequentemente são consideradas como exaustivas: por um lado, a de dizer que isto é exigido «pelo» significado das palavras «direito» ou «sistema jurídico» e, por outro lado, a de dizer que é «apenas um facto» a circunstância de que a maioria dos sistemas jurídicos estatui efectivamente sanções. Nenhuma destas alternativas é satisfatória. Não há princípios firmados que proíbam o uso da palavra «direito» quanto a sistemas em que não há sanções centralmente organizadas e há boas razões (embora não seja obrigatório) para usar a expressão «direito internacional» relativamente a um sistema que não tem quaisquer sanções. Por outro lado, necessitamos efectivamente de distinguir o lugar que as sanções devem ter dentro de um sistema interno, para poderem servir os propósitos mínimos de seres constituídos do modo como os homens o são. Podemos dizer, dado o enquadramento dos factos e finalidades naturais, que aquilo que torna as sanções não só possíveis, como necessárias num sistema interno, é uma *necessidade natural*, e uma tal frase é necessária também para tornar compreensível o estatuto das formas mínimas de protecção das pessoas, da propriedade e dos compromissos, os quais são aspectos igualmente indispensáveis do direito interno. É desta forma que devemos responder à tese positivista de que «o direito pode ter qualquer conteúdo». Isto porque é uma verdade de certa importância a de que deve reservar-se um lugar para uma *teoria natural da afirmação* para a descrição

adequada não só do direito, mas de muitas outras instituições sociais, além das definições e das afirmações comuns de facto: trata-se das afirmações cuja verdade é contingente quanto aos seres humanos e quanto ao mundo em que vivem, embora mantendo as características salientes que têm.

3. Validade jurídica e valor moral

As protecções e benefícios conferidos pelo sistema de abstenções recíprocas que subjaz, quer ao direito, quer à moral, podem, em diferentes sociedades, estender-se a categorias muito diferentes de pessoas. E verdade que a negação dessas protecções elementares a qualquer categoria de seres humanos, disposta a aceitar as correspondentes restrições, ofenderia os princípios da moral e da justiça que todos os Estados modernos prestam, em qualquer caso, tributo verbal^(*). A visão moral professada é, em geral, impregnada pela concepção de que, nestes pontos fundamentais, pelo menos, os seres humanos têm o direito de ser tratados de forma igual e que as diferenças de tratamento exigem, para as justificar, mais do que um apelo aos interesses dos outros.

Contudo, é claro que nem o direito nem a moral aceite pelas sociedades precisam de estender as suas protecções e benefícios mínimos a todos, dentro do seu âmbito, e frequentemente não o têm feito. Em sociedades escravagistas o sentido de que os escravos são seres humanos, e não meros objectos de uso, pode ter sido perdido pelo grupo dominante, muito embora tal grupo possa ser moralmente mais sensível para as pretensões e interesses uns dos outros. Huckleberry Finn^(**), quando lhe perguntaram se a explosão da caldeira do barco a vapor tinha ferido alguém, respondeu: «Não, senhora; matou um negro». O comentário da Tia Sally^(***) — «Bem, tiveram sorte, porque por vezes ficam feridas pessoas» — resume toda uma moral que tem prevalecido frequentemente entre os homens. Quando prevalece, como Huck descobriu à sua custa, o estender aos escravos a preocupação pelos outros, que é natural entre

(*) No original inglês, *lip service*.

(**) Personagem infantil muito conhecida, criada pelo escritor popular norte-americano Mark Twain (1835-1910); o seu nome abreviado é Huck, e surge em vários livros de aventuras. Essa personagem era o amigo de Tom Sawyer, outro herói infantil bem conhecido.

os membros do grupo dominante, pode bem considerar-se como um delito moral grave, o qual traz consigo todas as sequelas de culpa moral. A Alemanha nazi e a África do Sul mostram casos paralelos desagradavelmente próximos de nós no tempo.

Embora o direito de certas sociedades tenha ocasionalmente estado adiantado em relação à moral aceite, normalmente o direito segue a moral e o próprio homicídio de um escravo pode ser encarado apenas como um desperdício de recursos públicos ou como um delito contra o dono de quem aquele é propriedade. Mesmo onde a escravatura não é oficialmente reconhecida, as discriminações com fundamento na raça, cor ou crença podem produzir um sistema jurídico e uma moral social que não reconhecem que todos os homens têm direito a um mínimo de protecção dos outros.

Estes factos penosos da história humana são suficientes para rostrar que, embora uma sociedade, para ser viável, deva oferecer a *alguns* dos seus membros um sistema de recíprocas abstenções não necessita, infelizmente, de oferecê-las a todos. É verdade, como já temos acentuado na discussão da necessidade de sanções e da possibilidade respectiva, que, para um sistema de regras ser imposto pela força sobre quaisquer pessoas, deve haver um número suficiente que o aceite voluntariamente. Sem a cooperação voluntária deles, assim criando *autoridade*, o poder coercivo do direito e do governo não pode estabelecer-se. Mas o poder coercivo, assim estabelecido na sua base de autoridade, pode ser usado de dois modos principais. Pode ser aplicado só contra os malleiores que, embora lhes seja conferida a protecção das regras, todavia as violam de forma egoísta. Por outro lado, pode ser usado para subjugar e manter numa posição de inferioridade permanente um grupo dominado, cuja dimensão, relativamente ao grupo dominante, pode ser grande ou pequena, dependendo dos meios de coerção, solidariedade e disciplina à disposição do último e da impotência ou incapacidade de organização do primeiro. Para aqueles assim oprimidos, pode não haver nada no sistema destinado a suscitar a sua lealdade, mas apenas coisas a recear. São as suas vítimas, não os seus beneficiários.

Nos anteriores capítulos deste livro, frisámos o facto de que a existência de um sistema jurídico é um fenómeno social que sempre apresenta dois aspectos, a ambos os quais devemos atender, se a nossa visão dele pretender ser realista. Envolve as atitudes e comportamentos implicados na aceitação voluntária das regras e também as atitudes e comportamentos mais simples envolvidos na pura obediência ou aquiescência.

Por isso, uma sociedade com *Alguns* humanos...

suas regras de um ponto de vista interno, como padrões aceites de comportamento, e não apenas como predições fide dignas do que as autoridades lhes irão fazer, se desobedecerem. Mas também compreende aqueles sobre quem, ou porque são malfeteiros, ou simples vítimas impotentes do sistema, estes padrões jurídicos têm de ser impostos pela força ou pela ameaça da força; estão preocupados com as regras apenas como uma fonte de possíveis castigos. O equilíbrio entre estes dois componentes será determinado por muitos factores diferentes. Se o sistema for justo e assegurar genuinamente os interesses vitais de todos aqueles de quem pede obediência, pode conquistar e manter a lealdade da maior parte, durante a maior parte do tempo, e será consequentemente estável. Pelo contrário, pode ser um sistema estreito e exclusivista, administrado segundo os interesses do grupo dominante, e pode tornar-se continuamente mais repressivo e instável, com a ameaça latente de revolta. Entre estes dois extremos, podem encontrar-se várias combinações destas atitudes para com o direito, frequentemente no mesmo indivíduo.

A reflexão sobre este aspecto das coisas revela uma verdade tranquilizante: a passagem da forma simples de sociedade, em que as regras primárias de obrigação são o único meio de controlo social, para o mundo jurídico com o seu poder legislativo, tribunais, funcionários e sanções, todos organizados de forma centralizada, traz ganhos apreciáveis, com um certo custo. Os ganhos são os da adaptabilidade à mudança, certeza e eficiência, e são imensos; o custo é o risco de que o poder organizado de forma centralizada bem possa ser usado para a opressão dum número de pessoas, sem o apoio das quais ele pode passar, de um modo que o regime mais simples das regras primárias não podia. Porque este risco se tem materializado e tal pode acontecer de novo, a pretensão de que há outro modo pelo qual o direito *deve* conformar-se com a moral para além do que apresentámos como o conteúdo mínimo do Direito Natural, necessita de análise muito cuidadosa. Muitas de tais afirmações, ou não conseguem tornar claro o sentido em que a conexão entre o direito e a moral é afirmada como sendo necessária ou, submetidas a exame, revelam querer dizer algo que é simultaneamente verdadeiro e importante, mas que é muito confuso apresentar como uma conexão necessária entre o direito e a moral. Terminaremos este capítulo examinando seis formas desta pretensão.

(i) *O poder e a autoridade.* Diz-se frequentemente que um sistema jurídico deve basear-se num sentido de obrigação moral ou na convicção do valor moral do sistema, uma vez que não se baseia e não pode basear-se no mero poder do homem sobre o homem. Acentuámos

nós próprios, nos capítulos anteriores deste livro, a inadequação das ordens baseadas em ameaças e em hábitos de obediência para a compreensão dos fundamentos de um sistema jurídico e da ideia de validade jurídica. Não somente exigem estes para a sua elucidação a noção de uma regra de reconhecimento aceite, como sustentámos detalhadamente no Capítulo VI, mas também, como vimos neste capítulo, constitui uma condição necessária da existência de poder coercivo o facto de que alguns, pelo menos, devem cooperar voluntariamente no sistema e aceitar as suas regras. Neste sentido, é verdade que o poder coercivo do direito pressupõe a sua autoridade aceite. Mas a dicotomia do «direito baseado apenas no poder» e do «direito que é aceite como moralmente vinculativo» não é exhaustiva. Não só pode grande número de pessoas ser coagido por leis que não considera como moralmente vinculativas, mas nem mesmo é verdade que aqueles que aceitam voluntariamente o sistema devam considerar-se como moralmente vinculados a aceitá-lo, embora o sistema possa ser baseada em considerações muito diferentes: cálculos acerca de interesse a longo prazo; preocupação desinteressada quanto aos outros; atitude não crítica, herdada ou tradicional; ou o mero desejo de fazer como os outros fazem. Não há na verdade qualquer razão pela qual os que aceitam a autoridade do sistema não devam examinar a sua consciência e decidir que, moralmente, não deviam aceitá-lo, muito embora continuem a fazê-lo por várias razões.

Estes lugares comuns podem ter-se tornado obscuros pelo uso geral do mesmo vocabulário para exprimir, quer as obrigações jurídicas, quer as morais, que os homens reconhecem. Aquelles que aceitam a autoridade de um sistema jurídico, encaram-no do ponto de vista interno e exprimem o sentido das suas exigências em afirmações internas formuladas na linguagem normativa que é comum, quer ao direito, quer à moral: «eu (tu) tenho (tens) o dever de», «eu (ele) tenho (tem) de», «eu (eles) tenho (têm) uma obrigação». Contudo, não estão por tal circunstância vinculados a um juízo *moral* de que é moralmente certo fazer o que o direito exige. Indubitavelmente, se nada mais se disser, há uma presunção de que aquele que falar deste modo das suas obrigações jurídicas ou das dos outros, não pensa que há qualquer razão moral ou outra contra o respectivo cumprimento. Isto, contudo, não demonstra que algo não pode ser reconhecido como juridicamente obrigatório, a não ser que seja aceite como moralmente obrigatório. A presunção que mencionámos baseia-se no facto de que será frequentemente desprovido de sentido reconhecer ou admitir uma obrigação jurídica se o autor da

afirmação tiver razões concludentes, de natureza moral ou outra, para objectar ao seu cumprimento.

(ii) *A influência da moral sobre o direito.* O direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral social aceite, como também de ideais morais mais vastos. Estas influências entram no direito, quer de forma abrupta e confessada, através de legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial. Em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos da validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos; noutros sistemas, como em Inglaterra, em que não há restrições formais à competência do poder legislativo supremo, a sua legislação pode, contudo, de forma não menos escrupulosa, ser conforme à justiça ou à moral. Os outros modos por que o direito espelha a moral são plúrimos, e ainda insuficientemente estudados: as leis podem ser uma mera carapaça jurídica e exigir pelos seus termos expressos que sejam preenchidas com recurso a princípios morais; o elenco de contratos tutelados juridicamente pode ser limitado por referência a concepções de moral e de equidade^(*); a responsabilidade pelos ilícitos cíveis e criminais pode ser ajustada aos pontos de vista prevalentes de responsabilidade moral. Nenhum «positivista» poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se tal for o que se quer dizer com a expressão conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida.

(iii) *A Interpretação.* As leis exigem interpretação, se quisermos aplicá-las aos casos concretos, e uma vez removidos os mitos que obscurecem a natureza dos processos judiciais através de estudo realista, torna-se patente, como mostrámos no Capítulo VI, que a textura aberta do direito deixa um vasto campo à actividade criadora que alguns designam como legislativa. Os juizes não estão confinados, ao interpretar, quer as leis, quer os precedentes, às alternativas de uma escolha cega e arbitrária, ou à dedução «mecânica» de regras com um sentido pré-determinado. A sua escolha é guiada muito frequentemente pela consideração de que a finalidade das regras que estão a interpretar é razoável, de tal forma que não se pretende com as regras criar injustiças ou ofender princípios morais assentes. Uma decisão judicial, especialmente em questões de alta importância constitucional, envolve frequentemente uma escolha entre valores

morais e não uma simples aplicação de um único princípio moral proeminentemente; será tolice acreditar que, quando o significado do direito é objecto de dúvidas, a moral tem sempre uma resposta clara a dar. Neste ponto, os juizes podem de novo fazer uma escolha que não é, nem arbitrária, nem mecânica; e aqui mostram frequentemente virtudes judiciais características, cuja especial adequação à decisão jurídica explica por que razão alguns sentem relutância em designar tal actividade judicial como «legislativa». Estas virtudes são as seguintes: imparcialidade e neutralidade ao examinar as alternativas; consideração dos interesses de todos os que serão afectados; e preocupação com a colocação de um princípio geral aceitável como base racional de decisão. Sem dúvida, porque é sempre possível uma pluralidade de tais princípios, não pode ser demonstrado que certa decisão é a única correcta: mas essa pode tornar-se aceitável como produto racional de escolha esclarecida e imparcial. Em tudo isto, temos as actividades de «pesar» ou de «equilibrar», características do esforço para fazer justiça entre interesses conflitantes.

Poucas pessoas negariam a importância destes elementos, que podem ser designados como «morais», para tornar aceitáveis as decisões; e a tradição pouco definida e em mutação, ou os cânones de interpretação, que regem a interpretação na maior parte dos sistemas, frequentemente incorporam-nos de forma vaga. Contudo, se estes factos forem oferecidos como prova da conexão necessária do direito e da moral, precisamos de nos recordar que os mesmos princípios têm sido respeitados quase tanto na violação, como na observância. Isto porque, desde Austin até ao presente, as notas que recordam *deverem* tais elementos guiar a decisão têm provindo, fundamentalmente, dos críticos que têm descoberto que a criação de direito por via judicial^(*) tem sido frequentemente cega relativamente aos valores sociais, «automática» ou inadecuadamente racional.

(iv) *A crítica do direito.* Por vezes, a pretensão de que há uma conexão necessária entre o direito e a moral não ultrapassa a afirmação de que um bom sistema jurídico se deve conformar em certos pontos, tais como os já mencionados no último parágrafo, com as exigências da justiça e da moral. Alguns podem encarar tal como um truismo; mas não é uma tautologia e, de facto, na crítica do direito, pode haver desacordo não só quanto aos padrões morais adequados, como também aos pontos de conformidade exigidos. Quererá a palavra moral, com a qual o direito se deve conformar, para ser bom, significar a moral aceite pelo grupo de cujo direito se

(*) Na original ingles: *judicial law-making*.

(*) No original ingles: *judicial law-making*.

trata, ainda que tal moral possa basear-se na superstição ou possa negar os seus benefícios e protecção aos escravos ou às classes subjugadas? Ou moral quererá significar padrões esclarecidos, no sentido de que se baseiam em crenças racionais no tocante a questões de facto, e aceitam que todos os seres humanos tenham direito a igual consideração e respeito?

A pretensão de que um sistema jurídico deve tratar todos os seres humanos dentro do seu âmbito de aplicação como titulares de certas protecções e liberdades fundamentais é, sem dúvida, aceite geralmente como uma afirmação de um ideal com relevância evidente na crítica do direito. Mesmo quando a prática se afasta desse ideal, usualmente é-lhe prestado um tributo verbal. Pode mesmo dar-se o caso de que a filosofia demonstre que uma moral que não acolha esta visão do direito de todos os homens a igual consideração, esteja implicada em qualquer contradição interna, em dogmatismo ou irracionalidade. Se for assim, a moral esclarecida que reconhece estes direitos apresenta credenciais especiais como verdadeira moral, e não é apenas uma entre muitas morais possíveis. Trata-se de pretensões que não podem ser aqui objecto de investigação, mas mesmo se forem admitidas, não podem alterar, nem devem deixar na sombra, o facto de que os sistemas jurídicos internos, com a sua estrutura característica de regras primárias e secundárias, subsistiram durante longos períodos, embora tratassem com desprezo estes princípios de justiça. Consideraremos mais adiante o que se ganha, se é que algo se ganha, com a negação de que as regras iníquas são direito.

(v) *Princípios de legalidade e justiça.* Pode dizer-se que a distinção entre um bom sistema jurídico, que se conforma em certos pontos com a moral e a justiça, e um sistema jurídico que o não faz é falaciosa, isto porque é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial. Na verdade, já referimos¹, ao analisar a ideia de justiça, que a sua forma mais simples (a justiça na aplicação do direito) não consiste noutra coisa senão na tomada a sério da noção de que aquilo que deve aplicar-se a uma multiplicidade de pessoas diferentes é a mesma regra geral, sem desvios causados por preconceitos, interesses ou caprichos. Esta imparcialidade é aquilo que os padrões processuais, conhecidos dos juristas ingleses e americanos como princípios de «Justiça Natural», pretendem assegurar. Daí que, embora as leis

¹ *Supra*, pág. 175.

mais odiosas possam ser aplicadas de forma justa, tenhamos, na noção singular de aplicação de uma regra geral de direito, o germe, pelo menos, da justiça.

Surtem aspectos ulteriores desta forma mínima de justiça que bem poderá ser designada como «natural», se estudarmos aquilo que está de facto implicado em qualquer método de controlo social — regras de jogos e também direito — que consiste primariamente em padrões gerais de conduta comunicados a categorias de pessoas, das quais se espera então a compreensão e a conformação com as regras, sem ulterior directiva oficial. Para que o controlo social deste tipo funcione, as regras devem satisfazer certas condições: devem ser inteligíveis e ao alcance da capacidade de obediência da maior parte das pessoas e, em geral, não devem ser retroactivas, embora excepcionalmente possam ser. Isto significa que, na maior parte dos casos, aqueles que vierem a ser eventualmente punidos pela violação das regras, terão tido a capacidade e a oportunidade de obedecer. Certamente que estes aspectos de controlo através das regras estão estreitamente relacionados com as exigências de justiça que os juristas designam como princípios de legalidade. Na verdade, um crítico do positivismo viu nestes aspectos de controlo através de regras algo que se traduzia numa conexão necessária entre o direito e a moral, e sugeriu que se lhes chamasse «a moral interna do direito». Mais uma vez, se isto for aquilo que a conexão necessária entre o direito e a moral significa, podemos aceitá-lo. É infelizmente compatível com iniquidades muito sérias.

(vi) *Validade jurídica e resistência ao direito.* Por muito desculdadamente que possam ter formulado a sua concepção geral, poucos teorizadores do direito classificados como positivistas se teriam preocupado com a negação das formas de conexão entre o direito e a moral discutidas sob as últimas cinco epígrafes. Qual foi então a preocupação dos grandes gritos de guerra do positivismo jurídico: «a existência do direito é uma coisa; o seu mérito ou demérito, outra»¹. «O direito de um Estado não é um ideal, mas algo que realmente existe... não é o que devia ser, mas o que é»²; «as normas jurídicas podem ter qualquer espécie de conteúdo»³?

O que estes pensadores estavam essencialmente preocupados em promover era a clareza e a honestidade na formulação das questões

¹ Austin, *The Province of Jurisprudence Defined*, Lição V, págs. 184-5.

² Gray, *The Nature and Sources of the Law*, art. 213.

³ *Legal Positivism*, p. 113.

teóricas e morais suscitadas pela existência de leis concretas que eram moralmente iníquas mas foram legisladas de forma devida, claras no seu sentido, e satisfizeram todos os critérios reconhecidos de validade de um sistema. A sua visão foi a de que, ao pensar em tais leis, quer o jurista teórico, quer os infelizes funcionários ou o cidadão privado que foram chamados a aplicá-las ou a obedecer-lhes, só podiam ser confundidos por um convite de recusa do título de «direito» ou de «validade» relativamente a elas. Pensaram que, para encarar tais problemas, existiam recursos mais simples e cândidos, que iluminariam muito melhor todas as considerações intelectuais e morais relevantes: devíamos dizer «isto é direito; mas é demasiado iníquo para poder ser aplicado ou obedecido».

O ponto de vista oposto é um que aparece como atraente quando, após uma revolução ou alterações profundas, os tribunais de um sistema têm de considerar a sua atitude para com as iniquidades morais cometidas em forma jurídica por cidadãos privados ou funcionários durante o regime anterior. O castigo deles pode ser visto como socialmente desejável e, contudo, para o conseguir através de legislação francamente retroactiva, tornando criminoso o que era permitido ou mesmo exigido pelo direito do regime anterior, pode ser difícil, em si moralmente odioso ou, talvez, impossível. Nestas circunstâncias pode parecer natural explorar as implicações morais latentes no vocabulário do direito e em especial em palavras como *ius*, *recht*, *diritto*, *droit*^(*), as quais estão carregadas com o peso da teoria do Direito Natural. Pode parecer então tentador dizer que as leis que se associaram à iniquidade ou a permitiram não deviam ser reconhecidas como válidas, ou não deviam ter a qualificação de direito, mesmo se o sistema em que foram promulgadas não reconhecia qualquer restrição à competência legislativa do seu poder legislativo. Foi desta forma que os argumentos de Direito Natural foram ressuscitados na Alemanha, depois da última guerra, em resposta aos problemas sociais agudos deixados pelas iniquidades do regime nazi e pela sua derrota. Deveriam ser punidos os infractores que, com fins egoístas, conduziram à prisão outras pessoas acusadas de delitos contra leis monstruosas editadas durante o regime nazi? Seria possível condená-los nos tribunais da Alemanha pós-guerra, com o fundamento de que tais leis violavam o Direito Natural e eram, por isso, nulas, de tal forma que a prisão das vítimas

por violação de tais leis era de facto ilegal, e o acto de provocar tal prisão era em si próprio um delito? Por simples que a questão pareça entre os que aceitariam e os que reputariam o ponto de vista de que as regras moralmente iníquas não podem ser direito, os contendores parecem frequentemente ser muito pouco claros quanto à sua natureza geral. É verdade que estamos aqui confrontados com modos alternativos de formular uma decisão moral de não aplicar, não obedecer a ou não permitir que outros aleguem em sua defesa regras moralmente iníquas: contudo a questão é mal apresentada como sendo uma questão de palavras. Nenhum dos lados da contenda ficaria satisfeito se se lhes dissesse: «Sim: têm razão, o modo correcto de colocar tal tipo de questão em inglês (ou em alemão) é dizer o que disseram». Por isso, embora o positivista pudesse apontar para o peso do uso inglês, que mostra não haver contradição na afirmação de que uma regra de direito é demasiado iníqua para a ela se obedecer e que se não segue da proposição de que uma regra é demasiado iníqua para se lhe obedecer que não seja uma regra de direito válida, os seus oponentes não encariariam de forma alguma tal como resolvendo o caso.

É evidente que não podemos tentar lidar adequadamente com esta questão, se a vímos como uma questão respeitante aos detalhes da correcção do uso linguístico. O que está realmente em jogo é o mérito comparado de um conceito ou modo de classificar regras mais amplo e de um mais restrito, os quais pertencem a um sistema de regras eficaz de um modo geral na vida social. A fazermos uma escolha racional entre estes conceitos, tem de ser porque um é superior ao outro na maneira por que ele auxiliará as nossas pesquisas teóricas, ou fará avançar e clarificará as nossas deliberações morais, ou contemplará ambas.

O mais amplo destes dois conceitos rivais de direito inclui o mais restrito. Se adoptarmos o conceito mais amplo, este levar-nos-á nas pesquisas teóricas a agrupar e a considerar conjuntamente como «direito» todas as regras que são válidas de harmonia com os testes formais de um sistema de regras primárias e secundárias, mesmo se algumas delas ofenderem a própria moral de uma sociedade ou aquilo que podemos sustentar ser uma moral esclarecida ou verda-

(*) A palavra direito aparece no texto inglês escrita em diversas línguas (latim, francês, italiano e espanhol).

¹ Veja-se a decisão de 27 de Julho de 1949, do *Oberlandesgericht* Bamberg, em *Süddeutsche Juristen — Zeitung*, n.º 5, pág. 207; discutida com detalhe em H. L. A. Hart, «Legal Positivism and the Separation of Law and Morals», in *Harvard L. Rev.*, LXXI (1958), pág. 598 e em L. Fuller, «Positivism and Fidelity to Law», *ibid.*, pág. 630. Mas note-se a versão corrigida desta decisão *infra*, págs. 289-90.

deira. Se adoptarmos o conceito mais restrito, excluiremos do «direito» tais regras moralmente ofensivas. Parece claro que nada há a ganhar no estudo teórico ou científico do direito, enquanto fenómeno social, com a adopção do conceito mais restrito: levar-nos-ia a excluir certas regras, mesmo que elas apresentassem todas as outras características complexas do direito. Seguramente, nada, a não ser confusão, resultaria duma proposta de deixar o estudo de tais regras a outra disciplina, e certamente nem a história, nem outra forma de estudo jurídico consideraram vantajoso fazê-lo. Se adoptarmos o conceito mais amplo de direito, podemos incluir nele o estudo de quaisquer aspectos específicos que as leis moralmente iníquas tenham, bem como a reacção da sociedade contra estas. Por isso, o uso do conceito mais restrito deve inevitavelmente fraccionar, de uma forma geradora de confusão, o nosso esforço de compreensão, não só do desenvolvimento, como das potencialidades do método específico de controlo social que se vê num sistema de regras primárias e secundárias. O estudo do seu uso envolve o estudo do seu abuso.

Que dizer então dos méritos práticos do conceito mais restrito de direito, no tocante à deliberação moral? Em que medida, quando se está confrontado com pedidos moralmente iníquos, é melhor pensar «isto não é direito em nenhum sentido», em vez de «isto é direito demasiado iníquo para se lhe obedecer ou para o aplicar»? Tornaria isto os homens mais esclarecidos ou prontos para desobedecer, quando a moral o exige? Conduziria isto a modos mais eficazes de resolver problemas, tais como os que o regime nazi deixou atrás de si? Indubitavelmente, as ideias têm a sua influência; mas dificilmente parece que um esforço para treinar e educar homens no uso de um conceito mais restrito de validade jurídica, em que não haja lugar para leis válidas mas moralmente iníquas, seja susceptível de conduzir a um esforço da resistência ao mal, perante ameaças do poder organizado, ou a um entendimento mais perfeito do que está moralmente em jogo, quando se pede obediência. Enquanto os seres humanos puderem conseguir a suficiente cooperação de alguns, de forma a permitir-lhes dominar os outros, utilizarão as formas do direito como um dos seus instrumentos. Os homens perversos editarão regras perversas que outros obrigarão a cumprir. O que seguramente é mais necessário para dar aos homens uma visão clara, quando enfrentarem o abuso oficial do poder, é que preservem o sentido de que a certificação de algo como juridicamente válido não é concludente quanto à questão da obediência e que, por maior que seja a aura de majestade ou de autoridade que o sistema oficial possa

ter, as suas exigências devem no fim ser sujeitas a exame moral⁽¹⁾. Este sentido, de que há algo fora do sistema oficial, por referência ao qual o indivíduo deve, em última análise, resolver os seus problemas de obediência, é seguramente mais susceptível de manter-se vivo entre aqueles que estão acostumados a pensar que as regras de direito podem ser iníquas, do que entre os que pensam que nenhuma iniquidade pode ter em qualquer parte o estatuto de direito.

Mas talvez uma razão mais forte para preferir o conceito mais amplo de direito, que nos habilitará a pensar e a dizer: «isto é direito, mas é iníquo», reside em que negar o reconhecimento jurídico às regras iníquas poderia simplificar de forma excessiva e grosseira a variedade de questões morais a que aquelas dão origem. Os autores mais antigos que, como Bentham e Austin, insistiram na distinção entre o que é o direito e o que devia ser, fizeram-no, em parte, porque pensaram que, a menos que os homens mantivessem estes aspectos separados, poderiam, sem calcular os custos para a sociedade, fazer julgamentos apressados relativos às leis que seriam inválidas e a que se não deveria obedecer. Mas além deste perigo de anarquia, que bem podem ter estimado de forma exagerada, há outra forma de simplificação excessiva. Se nós estreitarmos o nosso ponto de vista e pensarmos só na pessoa que é chamada a obedecer às regras más, poderemos encarar tal como uma questão de indiferença, respeitante a saber se ela pensa ou não que está confrontada com uma regra válida de «direito», desde que ela veja a sua iniquidade moral e faça o que a moral exige. Mas além da questão moral de obediência (devo fazer esta coisa má?), há a questão da submissão posta por Sócrates: devo sujeitar-me ao castigo pela desobediência, ou fugir? Há também a questão que foi posta aos tribunais alemães do pós-guerra, «devemos punir aqueles que fizeram coisas más quando eram permitidas por regras más, então em vigor?». Estas questões suscitam problemas muito diferentes de moral e justiça, que precisamos de considerar independentemente uns dos outros: não podem ser resolvidos por uma recusa, feita de uma vez para sempre, de reconhecer as leis más como válidas para todo e qualquer fim. Trata-se de uma atitude demasiado brutal para com complexas e delicadas questões morais.

Um conceito de direito, que permita a distinção entre a invalidade do direito e a sua imoralidade, habilita-nos a ver a complexidade e a variedade destas questões separadas, enquanto que um conceito restrito de direito que negue validade jurídica às regras iníquas pode

(1) No original inglês, «moral scrutiny».

cegar-nos para elas. Pode admitir-se que os informadores alemães, os quais com fins egoístas levaram outros a ser punidos no domínio de leis monstruosas, fizeram o que a moral proibia; contudo, a moral pode também exigir que o Estado puna só os que, ao fazerem o mal, tenham feito o que o Estado nesse tempo proibia. Isto é o princípio de *nulla poena sine lege*. Se tiverem de introduzir-se limitações a este princípio para evitar algo considerado como um mal maior do que o seu sacrifício, é vital que as questões em jogo sejam claramente identificadas. Um caso de punição retroactiva não deve fazer-se aparecer como um caso vulgar de punição por um acto ilegal ao tempo da sua prática. Pelo menos, pode ser reivindicado a favor da doutrina positivista simples que as regras moralmente iníquas podem ainda ser direito, e que tal não mascara a escolha entre males que, em circunstâncias extremas, pode ter de ser feita.

X

O DIREITO INTERNACIONAL

1. Fontes de dúvida

A ideia de uma união de regras primárias e secundárias, à qual foi atribuído um lugar tão importante neste livro, pode considerar-se como um ponto médio entre extremos jurídicos. Isto porque a teoria jurídica tem procurado a chave da compreensão do direito, umas vezes na ideia simples de uma ordem baseada em ameaças e, outras vezes, na ideia complexa de moral. O direito tem certamente muitas afinidades e conexões com ambas as ideias; contudo, como vimos, existe um perigo perene de exagero delas e de deixar na sombra os aspectos específicos que distinguem o direito de outros meios de controlo social. Constitui uma virtude da ideia que tomámos como central o facto de que nos permite ver as relações múltiplas entre o direito, a coerção e a moral como aquilo que são e considerar de novo em que sentido tais relações são necessárias, se é que existe um tal sentido.

Embora a ideia de união de regras primárias e secundárias tenha estas virtudes, e embora fosse coerente com os usos tratar da existência desta união característica de regras como uma condição suficiente para a aplicação da expressão «sistema jurídico», não pretendemos que a palavra «direito» deva ser definida através dos seus termos. É precisamente porque não apresentamos tal pretensão de identificação ou de regulamentação deste modo do uso de palavras como «direito» e «jurídico», que este livro é oferecido como uma elucidação do *conceito* de direito, em vez de uma definição de «direito», a qual poderia naturalmente esperar-se que fornecesse uma regra ou regras para o uso destas expressões. De forma coerente com este objectivo, investigámos, no último capítulo, a pretensão sustentada em casos alemães de que o título de direito válido devia ser retirado a certas regras em virtude da respectiva iniquidade moral, ainda que pertencessem a um sistema existente de regras