

H. L. A. HART

O Conceito de Direito

3.^a edição

Com um Pós-escrito editado por
Penelope A. Bulloch e Joseph Raz

Tradução de
A. Ribeiro Mendes

FORMALISMO E CEPTICISMO SOBRE AS REGRAS

1. A textura aberta do direito

Em qualquer grande grupo, as regras gerais, os padrões e os princípios devem ser o principal instrumento de controlo social, e não as directivas particulares dadas separadamente a cada indivíduo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidoes de individuos pudessem perceber, sem ultteriores directivas, padrões esses exigindo deles certa conduta conforme as ocasiões, nada daquilo que agora reconhecemos como direito poderia existir. Daí resulta que o direito deva predominantemente, mas não de forma alguma exclusivamente, referir-se a *categorias* de pessoas, e a *categorias* de actos, coisas e circunstâncias, e o seu funcionamento com êxito sobre vastas áreas da vida social depende de uma capacidade largamente difundida de reconhecer actos, coisas e circunstâncias particulares como casos das classificações gerais que o direito faz.

Têm-se usado dois expedientes principais, à primeira vista muito diferentes um do outro, para a comunicação de tais padrões gerais de conduta, com antecipação das ocasiões sucessivas em que devem ser aplicados. Um deles faz um uso máximo o outro faz um uso mínimo de palavras gerais a estabelecer classificações. O primeiro é exemplificado por aquilo a que chamamos legislação e o segundo pelo precedente. Podemos ver os aspectos que os distinguem nos exemplos simples de casos não-jurídicos que a seguir apresentamos. Um pai antes de ir à igreja diz ao filho: «Todos os homens e os rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja». Outro diz, descobrindo a cabeça quando entra na igreja: «Olha, eis a forma correcta de nos comportarmos nestas ocasiões».

A comunicação ou ensino de padrões de conduta através do exemplo pode tomar diferentes formas, bastante mais elaboradas do que no nosso caso simples. O nosso caso assemelhar-se-ia mais

estritamente ao uso jurídico do precedente, se, em vez de dizer a uma criança na ocasião concreta que observasse o que o pai fez ao entrar na igreja como um exemplo de coisa apropriada a fazer-se, o pai partisse do princípio de que a criança o consideraria como uma autoridade sobre os comportamentos apropriados e olharia para ele para aprender o modo de comportamento. Para nos aproximarmos mais ainda do uso jurídico do precedente, temos de supor que o pai se considerava a ele próprio e era considerado pelos outros como aderindo a padrões tradicionais de comportamento e não como estando a introduzir novos padrões.

A comunicação através do exemplo em todas as suas formas, embora acompanhada por algumas directivas verbais gerais, tais como: «Faz como eu faço», pode deixar aberta uma série de possibilidades e, por isso, de dúvidas, relativamente ao que se pretende, mesmo quanto a assuntos que a pessoa que procura comunicar considerava ela própria como claros. Até que ponto deve a actuação ser imitada? Tem importância se for usada a mão esquerda, em vez da direita, para tirar o chapéu? Que se faça lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja posto debaixo da cadeira? Que não seja colocado de novo na cabeça dentro da igreja? Estas são todas variantes das perguntas gerais que a criança podia fazer a si própria: «De que modos deve a minha conduta assemelhar-se à dele, para estar certa?» «Que existe precisamente na sua conduta que deva ser o meu modelo?» Ao compreender o exemplo, a criança atenta em alguns dos seus aspectos, em vez de outros. Ao agir assim, ela é guiada pelo senso comum e o conhecimento da espécie geral de coisas e intenções que os adultos consideram importantes e pela sua apreciação do carácter geral da ocasião (ir à igreja) e da espécie de comportamento apropriado a tal.

Em contraste com as indeterminações dos exemplos, a comunicação dos padrões gerais por formas gerais explícitas de linguagem («Todos os homens devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja») parece clara, segura e certa. Os aspectos que devem ser tomados como guias gerais de conduta são aqui identificados por palavras: libertam-se verbalmente, não ficam amalgamados com outros, num exemplo concreto. Para saber o que deve fazer em outras ocasiões, a criança já não tem de adivinhar o que se pretende, ou o que será aprovado; não tem de especular quanto ao modo por que a sua conduta deve assemelhar-se ao exemplo, para ser correcta. Em vez disso, tem uma descrição verbal que pode usar para seleccionar o que deve fazer no futuro e quando o deve fazer. Tem apenas de reconhecer os casos de aplicação de termos verbais claros, de «subsumir» factos

particulares em epígrafes classificatórias gerais e retirar uma conclusão silogística simples. Não é confrontada com a alternativa de escolher com risco próprio ou de procurar outra orientação dotada de autoridade. Tem uma regra que pode aplicar por si própria e a si mesma.

Boa parte da teoria do direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva (e, algumas vezes, pelo exagero) do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade (precedente) e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingénuo. Mesmo quando são usadas regras gerais formuladas verbalmente, podem, em casos particulares concretos, surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas. Situações de facto particulares não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral, cuja aplicação está em causa; nem a regra em si mesma pode avançar e reclamar os seus próprios casos de aplicação. Em todos os campos de experiência, e não só no das regras, há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer. Haverá na verdade casos simples que estão sempre a ocorrer em contextos semelhantes, aos quais as expressões gerais são claramente aplicáveis («Se existir algo qualificado como um veículo, um automóvel é-o certamente») mas haverá também casos em que não é claro se se aplicam ou não («A expressão «veículo» usada aqui inclui bicicletas, aviões e patins?»). Estes últimos são situações de facto, continuamente lançadas pela natureza ou pela invenção humana, que possuem apenas alguns dos aspectos dos casos simples, mas a que lhes faltam outros. Os cânones de «interpretação» não podem eliminar estas incertezas, embora possam diminuí-las; porque estes cânones são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios, exigem interpretação. Eles, tal como outras regras, não podem fornecer a sua própria interpretação. Os casos simples, em que os termos gerais parecem não necessitar de interpretação e em que o reconhecimento dos casos de aplicação parece não ser problemático ou ser «automático» são apenas os casos familiares que estão constantemente a surgir em contextos similares, em que há acordo geral nas decisões quanto à aplicabilidade dos termos classificatórios.

Os termos gerais seriam inúteis para nós enquanto meio de comunicação, se não existissem tais casos familiares e geralmente

incontestáveis. Mas as variantes dos casos familiares também exigem uma classificação, segundo os termos gerais que constituem em qualquer momento parte dos nossos recursos linguísticos. Aqui surge um fenómeno que se reveste da natureza de uma crise na comunicação: há razões, quer a favor, quer contra o nosso uso de um termo geral e nenhuma convenção firme ou acordo geral dita o seu uso, ou, por outro lado, estabelece a sua rejeição pela pessoa ocupada na classificação. Se em tais casos as dúvidas não-de ser resolvidas, algo que apresenta a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feito por aquele que tem de as resolver.

Neste ponto, a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa pode guiar apenas de um modo incerto, tal como ocorre com um exemplo dotado de autoridade. O sentido em que a linguagem da regra nos permitirá simplesmente escolher casos de aplicação facilmente recognoscíveis, esboroa-se neste ponto; a subsecção e a extracção de uma conclusão silogística já não caracterizam o cerne do raciocínio implicado na determinação do que é a coisa correcta a fazer-se. Pelo contrário, a linguagem da regra parece agora só delimitar um exemplo dotado de autoridade, nomeadamente o constituído pelo caso simples. Tal pode ser usado de forma bastante semelhante à do precedente, embora a linguagem da regra limite os aspectos que exigem atenção, não só de forma mais permanente, como de modo mais preciso do que faz o precedente. Confrontada com a questão sobre se a regra que proíbe o uso de veículos no parque é aplicável a certa combinação de circunstâncias em que surge indeterminada, tudo o que a pessoa chamada a responder-lhe pode fazer é considerar (como o faz aquele que recorre a um precedente) se o caso presente se assemelha «suficientemente» ao caso simples em aspectos «relevantes». O poder discricionário que assim lhe é deixado pela linguagem pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional. A pessoa opta por acrescentar a uma série de casos um caso novo, por causa das semelhanças que podem razoavelmente ser consideradas, quer como juridicamente relevantes, quer como suficientemente próximas. No caso das regras jurídicas, os critérios de relevância e de proximidade da semelhança dependem de factores muito complexos que atravessam o sistema jurídico e das finalidades ou intenção que possam ser atribuídos à regra. Caracterizá-los seria caracterizar tudo o que é específico ou peculiar no raciocínio jurídico.

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a

facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*. Até aqui, apresentámos tal, no caso da legislação, como um aspecto geral da linguagem humana; a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação que respeite a questões de facto. As línguas naturais como o inglês têm irredutivelmente uma textura aberta, quando usadas desse modo. É, contudo, importante apreciar por que razão, posta de parte esta dependência da linguagem tal como efectivamente ocorre, com as suas características de textura aberta, não devemos acarinhar, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão sobre se se aplicaria ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente e nunca envolvesse, no ponto de aplicação efectiva, uma escolha nova entre alternativas abertas. Dito de forma breve, a razão reside em que a necessidade de tal escolha é lançada sobre nós porque somos homens, não deuses. É um aspecto da condição humana (e, por isso, da legislativa) que trabalhe sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procuramos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a ser usados, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares. A primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de facto; a segunda a nossa relativa indeterminação de finalidade. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibilidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. Tudo poderia ser conhecido e, uma vez que poderia ser conhecido, poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Isto seria um mundo adequado a uma jurisprudência «mecânica».

Simplemente este mundo não é o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Esta incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade. Quando nos atrevemos suficientemente a cunhar certa regra geral de conduta (por ex., uma regra de que nenhum veículo pode ser levado para um parque), a linguagem usada neste contexto estabelece as condições necessárias que qualquer coisa deve

satisfazer para se achar dentro do seu âmbito de aplicação, e certamente podem apresentar-se ao nosso espírito exemplos claros do que cai certamente dentro do seu âmbito. São os casos paradigmáticos ou claros (o automóvel, o autocarro, o motociclo); e a nossa finalidade ao legislar é até determinada, porque fizemos uma certa escolha. Resolvemos desde o início a questão de que a paz e a tranquilidade no parque deviam ser mantidas à custa, em qualquer caso, da exclusão destas coisas. Por outro lado, até que tenhamos posto a finalidade geral da paz no parque em confronto com aqueles casos que não encaramos inicialmente ou não podíamos encarar (talvez um automóvel de brinquedo, movido electricamente), a nossa finalidade é, nessa direcção, indeterminada. Não resolvemos, porque não figurámos antecipadamente a questão que será suscitada pelo caso não contemplado, quando ele ocorrer: se algum grau de paz no parque deve ser sacrificado ou mantido relativamente às crianças, cujo prazer ou interesse residem em usar estas coisas. Quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz. Ao fazer isto, teremos tornado a nossa finalidade inicial mais determinada e teremos incidentalmente resolvido uma questão respeitante ao sentido, para os fins desta regra, de uma palavra geral.

Sistemas jurídicos diferentes, ou o mesmo sistema em momentos diferentes podem, quer ignorar, quer reconhecer mais ou menos explicitamente tal necessidade de ulterior exercício de escolha na aplicação de regras gerais a casos particulares. O vício conhecido na teoria jurídica como formalismo ou conceptualismo consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral. Um modo de conseguir isto consiste em fixar o significado da regra, de tal forma que os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação. Para conseguir isto, podemos ligar-nos a certos aspectos presentes no caso simples e insistir que são ao mesmo tempo necessários e suficientes para trazer algo que os retém dentro do âmbito da regra, sejam quais forem os outros aspectos que possa ter ou que lhe possam faltar e sejam quais forem as consequências sociais derivadas da aplicação da regra dessa maneira. Fazer isto é conseguir uma medida de certeza ou previsibilidade à custa de considerar, de forma cega e preconceituada, o que deve fazer-se numa série de casos futuros, sobre cuja composição nos encontramos em estado de ignorância. Assim conseguiremos na

verdade resolver antecipadamente, mas também sem uma visão clara, questões que só podem ser razoavelmente resolvidas quando surjam e sejam identificadas. Seremos forçados por esta técnica a incluir no âmbito da regra casos que desejaríamos excluir, de forma a dar efeito a finalidades sociais razoáveis e que os termos da textura aberta da nossa linguagem teriam permitido excluir, se os tivéssemos deixado menos rigidamente definidos. A rigidez das nossas classificações entrará assim em conflito com as nossas finalidades de ter ou de manter a regra.

A perfeição deste processo é o «paraíso de conceitos» dos juristas; atinge-se quando a um termo geral é dado o mesmo significado, não só em cada aplicação de uma dada regra, mas sempre que aparece em qualquer regra no sistema jurídico. Nenhum esforço é então exigido alguma vez ou é feito para interpretar o termo à luz das diferentes questões em jogo, nas suas variadas repetições.

De facto, todos os sistemas, de formas diferentes, chegam a um compromisso entre duas necessidades sociais: a necessidade de certas regras que podem, sobre grandes zonas de conduta, ser aplicadas com segurança por indivíduos privados a eles próprios, sem uma orientação oficial nova ou sem ponderar as questões sociais, e a necessidade de deixar em aberto, para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto. Em alguns sistemas jurídicos, em certos períodos, pode ser que demasiadas coisas sejam sacrificadas à certeza, e a interpretação judicial das leis ou do precedente seja demasiado formal e assim não consiga responder às semelhanças e diferenças entre casos que só são visíveis quando consideradas à luz das finalidades sociais. Noutros sistemas ou em outros períodos, pode parecer que demasiadas coisas sejam tratadas pelos tribunais como casos perenemente em aberto ou susceptíveis de revisão nos precedentes, e atribui-se demasiado pouco respeito aos limites que a linguagem legislativa, não obstante a sua textura aberta, apesar de tudo fornece. A teoria jurídica tem nesta matéria uma história curiosa; porque está apta, quer a ignorar, quer a exagerar as indeterminações das regras jurídicas. Para escapar a esta oscilação entre os extremos, precisamos de nos recordar que a incapacidade humana para antecipar o futuro, que está na raiz desta indeterminação, varia em grau nos diferentes campos de conduta e que os sistemas jurídicos providenciam quanto a esta incapacidade através de uma variedade correspondente de técnicas.

Por vezes, o domínio que deve ser juridicamente controlado é

reconhecido desde o princípio como um domínio em que os aspectos dos casos individuais variarão tanto, em contextos socialmente importantes mas imprevisíveis, que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem directivas oficiais ulteriores. Por isso, para regular tal domínio, o poder legislativo traça padrões muito gerais e delega então num corpo administrativo, dotado de poder regulamentar e familiarizado com os vários tipos de caso, o papel de moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais. Assim, o poder legislativo pode exigir que uma indústria mantenha certos padrões: cobrar só um *preço justo* ou oferecer *condições de segurança* de trabalho. Em vez de deixar as diferentes empresas aplicar estes padrões vagos a elas próprias, com o risco de se descobrir que os violaram *ex post facto*, pode considerar-se ser melhor adiar o uso de sanções quanto às violações até que um corpo administrativo tenha especificado por regulamento o que, para uma dada indústria, deve valer como «preço justo» ou «condições de segurança». Este poder regulamentar só pode ser exercido depois de se ter realizado algo como, por exemplo, um inquérito judicial respeitante a factos sobre a indústria em questão e depois da audição dos argumentos pró e contra uma dada forma de regulamentação.

Claro que mesmo com padrões muito gerais, haverá exemplos claramente indiscutíveis daquilo que os satisfaz ou não. Alguns casos extremos do que seja ou não «preço justo» ou «condições de segurança» serão sempre identificáveis *ab initio*. Por isso, num dos extremos de uma série infinitamente variada de casos haverá um preço tão alto que implicaria que o público fosse praticamente reduzido a cativo e obrigado a pagar um verdadeiro resgate para obter um serviço vital, ao mesmo tempo que atribuiria aos empresários vastos lucros; no outro extremo, haverá um preço tão baixo que não chegaria para oferecer um incentivo à gestão da empresa. Ambos os casos, de formas diferentes, derrotariam qualquer finalidade que pudéssemos ter de regulamentar os preços. Mas trata-se apenas de extremos de uma série de diferentes factores e não é provável que se encontrem na prática; entre eles aparecem os casos realmente difíceis que exigem atenção. As combinações antecipáveis de factores relevantes são poucas, e isto acarreta uma relativa indeterminação na nossa finalidade inicial de um preço justo ou de condições de segurança e uma necessidade de maior selecção oficial. Nestes casos, é claro que a autoridade autora do regulamento deve exercer um poder discricionário, e não há possibilidade de tratar a questão suscitada pelos variados casos, como se houvesse uma única

resposta correcta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes.

Uma segunda técnica semelhante é usada quando o domínio que se pretende controlar é tal, que é impossível identificar uma categoria de acções específicas a ser feitas ou omitidas uniformemente e torná-las objecto de uma regra simples, embora a série de circunstâncias, ainda que muito variada, cubra aspectos familiares de experiência comum. Aqui o direito pode recorrer a juízos comuns sobre o que é «razoável». Esta técnica deixa aos indivíduos, embora sujeita a uma rectificação pelo tribunal, a tarefa de ponderar e obter um equilíbrio razoável entre as pretensões sociais que surgem em formas variadas insusceptíveis de apreender antecipadamente. Neste caso, exige-se-lhes que ajam em conformidade com um padrão variável *antes* que tenha sido oficialmente definido e podem ser informados por um tribunal só *ex post facto*, quando o tenham violado, do que, em termos de acções ou omissões específicas, é o padrão exigível. Quando as decisões do tribunal em tais matérias sejam consideradas como precedentes, a especificação do padrão variável é muito semelhante ao exercício do poder regulamentar delegado, por um organismo administrativo, embora haja também diferenças óbvias.

O mais famoso exemplo desta técnica no direito anglo-americano é o uso do padrão de diligência devida⁽¹⁾, em casos de culpa. As sanções civis, e menos frequentemente as criminais, podem ser aplicadas àqueles que omitam usar da diligência devida para evitar causar danos físicos aos outros. Mas o que é razoável ou diligência devida numa situação concreta? Podemos, claro, referir exemplos típicos de diligência devida: fazer coisas como parar, olhar e escutar, quando se espera trânsito. Mas todos estamos bem conscientes de que as situações em que se exige diligência são altamente variadas e que muitas outras acções são agora exigidas além de, ou em lugar de, «pare, escute e olhe»; na verdade, estas podem não ser suficientes e podiam ser completamente inúteis, se o olhar não ajudasse a evitar o perigo. O que nós nos esforçamos, ao aplicar os padrões de diligência razoável, é por assegurarmo-nos: (1) de que serão tomadas precauções que evitarão um mal grave, embora (2) as precauções sejam tais, que o encargo das precauções adequadas não envolva um sacrifício demasiado grande de outros interesses respeitáveis. Nada de importante é sacrificado por se parar, escutar e olhar, a menos, claro, que uma pessoa a sangrar, em risco de vida, esteja a ser conduzida ao

(1) Em inglês, *due care*.

hospital. Mas devido à imensa variedade de casos possíveis em que se exige diligência, não podemos prever *ab initio* que combinações de circunstâncias surgirão, nem que interesses terão de ser sacrificados e em que medida, se houver que tomar precauções contra os danos. Daí que sejamos incapazes de considerar de forma precisa, antes que surjam casos concretos, que sacrifício ou compromisso de interesses ou valores desejamos fazer, para reduzir o risco de danos. De novo, a nossa finalidade de proteger as pessoas dos danos é indeterminada, até que a ponhamos em conjugação com, ou a experimentemos contra as possibilidades que só a experiência trará perante nós; quando isso ocorre, temos então de encarar uma decisão que tornará, quando feita, a nossa finalidade *pro tanto* determinada.

A consideração destas duas técnicas põe em relevo as características daquelas vastas áreas de conduta que são controladas com êxito *ab initio* através de uma regra exigindo acções específicas, apenas com uma nesga de textura aberta, em vez de um padrão variável. São caracterizadas pelo facto de que certas acções, eventos ou estados de coisas susceptíveis de distinção são de tal importância prática para nós como coisas, quer a evitar, quer a executar, que muito poucas circunstâncias concomitantes nos inclinam a encará-los diferentemente. O exemplo mais cruel disto é a morte de um ser humano. Estamos em posição de fazer uma regra contra o acto de matar, em vez de estatuir um padrão variável («respeito devido pela vida humana»), embora as circunstâncias em que os seres humanos matam outros sejam muito variadas: isto é assim, porque muito poucos factores aparecem que nos levem a subvalorizar ou a fazer a revisão do nosso juízo sobre a importância de proteger a vida. Quase sempre o matar outrem, enquanto tal, *domina* os outros factores por que é acompanhado, e assim quando o excluimos antecipadamente como «homicídio», não estamos a prejudicar cegamente questões que exigem ser ponderadas umas relativamente às outras. Claro que há excepções, factores que levam a melhor sobre este factor geralmente dominante. Há homicídio em legítima defesa e outras formas de homicídio justificado. Mas são poucos casos e identificáveis em termos relativamente simples; são admitidos como excepções à regra geral.

É importante notar que o estatuto dominante de alguma acção, evento ou estado de coisas facilmente identificável pode ser, em certo sentido, convencional ou artificial e não devido à sua importância «natural» ou «intrínseca» para nós, enquanto seres humanos. Não importa qual o lado da estrada que é prescrito pelo código da estrada, nem (dentro de limites) quais as formalidades que são impostas para

a execução de uma transferência de propriedade^(*); mas importa muito que deva haver um processo facilmente identificável e uniforme, e assim uma distinção clara do que é correcto ou incorrecto nestas questões. Quando isto tenha sido introduzido por lei, a importância de adesão a tal é, com poucas excepções, fundamental; porque relativamente poucas circunstâncias atendíveis poderão prevalecer sobre essa adesão e aquelas que o façam podem ser facilmente identificáveis como excepções e reduzidas a regra. O direito inglês de propriedade imobiliária^(**) ilustra muito claramente este aspecto das regras.

A comunicação de regras gerais por exemplos dotados de autoridade traz consigo, como vimos, indeterminações de uma espécie mais complexa. O reconhecimento do precedente como um critério de validade jurídica significa diferentes coisas em diferentes sistemas e no mesmo sistema em períodos diferentes. As descrições da «teoria» inglesa do precedente são, em certos pontos, ainda altamente controvertidas: na verdade, mesmo os termos-chave usados na teoria, «*ratio decidendi*»^(***) «factos materiais», «interpretação», têm uma penumbra própria da incerteza. Não apresentaremos nenhuma descrição geral nova, mas tentaremos apenas caracterizar de forma breve, como fizemos no caso da lei, a área de textura aberta e a actividade judicial criadora dentro dela.

Qualquer descrição séria do uso do precedente no direito inglês deve atribuir um lugar aos seguintes pares de factos contrastantes: em *primeiro lugar*, não há um método único de determinar a regra relativamente à qual um dado precedente dotado de autoridade funciona como autoridade. Não obstante tal, na vasta maioria de casos decididos há muito poucas dúvidas. A nota de epigrafe é geralmente bastante correcta. Em *segundo lugar*, não há nenhuma

(*) Em inglês, «*conveyance*».

(**) Em inglês, «*real property*».

(***) Expressão latina que significa «a razão de decidir». Relativamente aos precedentes do direito inglês, a teoria jurídica ocupou-se, na análise dos casos jurisprudenciais anteriores, com a descoberta da razão ou fundamento da decisão judicial analisada. Na verdade, a *ratio decidendi* de um caso constitui precisamente o precedente para o futuro, isto é, a regra dotada de autoridade que permite a decisão de igual modo de um caso futuro em que se revela um conjunto semelhante de factos. Como escreveu o juiz Sir George Jessel M.R., numa decisão proferida em 1880 (*Re Haller*) na *Chancery Division* da *High Court of Justice*, «o único uso das autoridades ou dos casos decididos consiste no estabelecimento de algum princípio que o juiz possa seguir ao decidir o caso posto perante si». Sobre esta matéria, pode consultar-se o livro de Rupert Cross, *Precedent in English Law*, 3.^a ed., Oxford, 1977.

formulação dotada de autoridade ou unicamente correcta de qualquer regra que deva extrair-se dos casos. Por outro lado, há frequentemente um consenso muito geral, quando a relação de um precedente com um caso posterior está em causa, de que uma dada formulação é adequada. *Em terceiro lugar*, seja qual for o estatuto dotado de autoridade que uma regra extraída de um precedente possa ter, é compatível com o exercício pelos tribunais por ela vinculados dos dois tipos seguintes de actividade criadora ou legislativa: por um lado, os tribunais que decidem um caso posterior podem chegar a uma decisão oposta à contida num precedente, através da interpretação restritiva da regra extraída do precedente e da admissão de alguma excepção a ela que não foi antes considerada ou, se foi considerada, foi deixada em aberto. Este processo de «distinção» do caso anterior implica a descoberta de alguma diferença juridicamente relevante entre aquele e o caso presente, e o número destas diferenças nunca pode ser determinado exaustivamente. Por outro lado, ao seguir um precedente anterior, os tribunais podem afastar uma restrição descoberta na regra, tal como foi formulada a partir do caso anterior, com o fundamento de que tal restrição não é exigida por qualquer regra estabelecida por lei ou por precedente anterior. Fazer isto significa ampliar a regra. Não obstante estas duas formas de actividade legislativa deixadas em aberto pela força vinculativa do precedente, o resultado do sistema inglês do precedente consistiu em produzir, pelo seu uso, um corpo de regras, das quais um grande número, quer de maior, quer de menor importância, é tão preciso como qualquer regra legislativa. Só podem agora ser alteradas por lei, uma vez que os próprios tribunais o declararam frequentemente em casos cuja «boa fundamentação» parece correr em sentido oposto ao das exigências dos precedentes estabelecidos.

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. Seja como for, a vida do direito traduz-se em larga medida na orientação, quer das autoridades, quer dos indivíduos privados, através de regras determinadas que, diferentemente das aplicações de padrões variáveis, não exigem deles uma apreciação nova de caso para caso. Este facto saliente da vida social continua a ser verdadeiro, mesmo que possam surgir incertezas relativamente à aplicabilidade de qualquer regra (quer escrita, quer comunicada por precedente) a um caso concreto. Aqui, na franja das regras e no campo deixado em aberto pela teoria

dos precedentes, os tribunais preenchem uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis. Num sistema em que o *stare decisis*⁽¹⁾ é firmemente reconhecido, esta função dos tribunais é muito semelhante ao exercício de poderes delegados de elaboração de regulamentos por um organismo administrativo. Em Inglaterra, este facto é muitas vezes obscurecido pelas aparências: porque os tribunais frequentemente negam qualquer função criadora desse tipo e insistem em que a tarefa apropriada da interpretação da lei e do uso do precedente é, respectivamente, procurar a «intenção do legislador» e o direito que já existe.

2. Variedades de cepticismo sobre as regras

Discutimos com certo desenvolvimento a textura aberta do direito, porque é importante ver este aspecto numa perspectiva correcta. A falta de justeza no modo de encarar tal realidade provocará sempre exageros que obscurecerão outros aspectos do direito. Em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade. Seja como for, estas actividades, embora importantes e insuficientemente estudadas, não devem dissimular o facto de que quer a estrutura em que ocorrem, quer o seu produto final principal são uma das regras gerais. Trata-se de regras cuja aplicação os indivíduos podem eles próprios descobrir caso a caso, sem ulterior recurso a directiva oficial ou a um poder discricionário.

Pode parecer estranho que a afirmação de que as regras têm um lugar central na estrutura de um sistema jurídico pudesse alguma vez ser seriamente posta em dúvida. Contudo, o «cepticismo sobre as regras»⁽²⁾, ou a pretensão de que falar sobre regras é um mito que

(1) *Stare decisis* — Expressão latina que significa à letra acatar os casos decididos. Esta expressão designa o princípio fundamental do direito inglês segundo o qual os precedentes constantes das decisões anteriores dos tribunais regidos gozam de autoridade, são vinculativos, devendo ser seguidos por todos os tribunais quando ocorram no futuro casos semelhantes.

(2) No original inglês, «*rifle scepticism*».

esconde a verdade que afirma consistir o direito simplesmente em decisões dos tribunais e na sua predição, pode constituir um apelo poderoso à candura de um jurista. Afirmada numa forma geral e absoluta, de maneira a abarcar ao mesmo tempo as regras secundárias e primárias, é na verdade bastante incoerente; porque a asserção de que há decisões dos tribunais não pode ser combinada de forma consistente com a negação de que haja quaisquer regras. Isto é assim porque, como vimos, a existência de um tribunal implica a existência de regras secundárias que conferem jurisdição a uma sucessão mutável de indivíduos e atribuem autoridade às suas decisões. Numa comunidade de pessoas que compreendessem as noções de decisão e de predição de uma decisão, mas não a noção de regra, a ideia de uma decisão *dotada de autoridade* faltaria e com ela a ideia de tribunal. Não haveria nada que distinguisse a decisão de uma pessoa privada da de um tribunal. Poderíamos tentar suprir, com a noção de «obediência habitual», as deficiências da previsibilidade de decisão enquanto fundamento para a jurisdição dotada de autoridade que se exige a um tribunal. Mas se fizermos isto, descobriremos que a noção de hábito enferma, para este fim, de todas as inadequações que vieram à luz quando a considerámos no Capítulo IV como um substituto para a regra que confere poderes legislativos.

Em algumas versões mais moderadas da teoria pode conceder-se que, para haver tribunais; tem de haver regras jurídicas que os instituem e que estas mesmas regras não podem por isso ser simples predições das decisões dos tribunais. Contudo, poucos progressos podem de facto alcançar-se apenas com esta concessão. Porque uma asserção característica deste tipo de teoria é que as leis não são direito até que sejam aplicadas pelos tribunais, mas meras fontes de direito, e isto é inconsistente com a afirmação de que as únicas que existem são as necessárias para instituir tribunais. Deve também haver regras secundárias que confiram poderes legislativos a sucessões mutáveis de indivíduos. Porque a teoria não nega que haja leis; na verdade, denomina-as como meras «fontes» de direito e nega apenas que as leis sejam direito até que sejam aplicadas pelos tribunais.

Estas objeções, embora importantes e bem recebidas contra uma forma menos cautelosa de teoria, não se aplicam a ela em todas as formas. Pode bem ser que o cepticismo sobre as regras nunca tivesse pretendido assumir-se como negação da existência de regras secundárias que atribuem poderes legislativos ou judiciais e nunca se tenha comprometido com a pretensão de que estas podiam ser

mostradas como sendo nada mais do que decisões ou predições de decisões. É certo que os exemplos sobre os quais este tipo de teoria tem mais frequentemente assentado são retirados das regras primárias que conferem direitos e deveres aos indivíduos comuns. Contudo, mesmo se supuséssemos que a negação de que haja regras e a asserção de que aquilo que é designado como regras é constituído pelas simples predições de decisões dos tribunais devessem ser limitadas deste modo, há um sentido, pelo menos, em que tal é obviamente falso. Não se pode pôr em dúvida que, em qualquer caso, em relação a certos domínios da conduta num Estado moderno, os indivíduos efectivamente mostram toda a série de condutas e atitudes que designámos como o ponto de vista interno. O direito funciona nas vidas deles, não meramente como hábitos ou como base de predição de decisões dos tribunais ou de acções de outras autoridades, mas como padrões jurídicos de comportamento aceites. Quer dizer, não só fazem com regularidade tolerável o que o direito lhes exige, mas encaram-no como um padrão de conduta jurídico, referem-se a ele quando criticam os outros ou quando justificam exigências e quando admitem as críticas e exigências feitas por outros. Ao utilizarem as regras jurídicas desta forma normativa, supõem sem dúvida que os tribunais e outras autoridades continuarão a decidir e a comportar-se de certos modos regulares e, por isso, previsíveis, de harmonia com as regras do sistema; mas é seguramente um facto observável da vida social, que os indivíduos não se limitam ao ponto de vista externo, anotando e prevenindo as decisões dos tribunais ou a incidência provável de sanções. Ao contrário, exprimem continuamente em termos normativos a sua aceitação partilhada do direito como um guia de conduta. Considerámos detidamente no Capítulo III a pretensão de que nada mais se quer significar por termos normativos tais como «obrigação» do que uma predição de comportamento oficial. Se, como argumentámos, aquela pretensão é falsa, as regras jurídicas funcionam como tais na vida social: são *usadas* como regras, não como descrições de hábitos ou predições. Sem dúvida que há regras com uma textura aberta e, nos pontos em que a textura é aberta, os indivíduos só podem prever como os tribunais irão decidir e ajustar o seu comportamento em conformidade.

O cepticismo sobre as regras merece seriamente a nossa atenção, mas só enquanto teoria da função das regras na decisão judicial. Neste aspecto, ao mesmo tempo que admite todas as objeções para que chamámos a atenção, chega ao ponto de afirmar que, no que respeita aos tribunais, não há nada a circunscrever a área de textura

aberta, de modo que é falso, se não desprovido de sentido, considerar os juizes como estando eles próprios sujeitos às regras ou «vinculados» a decidir casos como o fazem. Podem agir com uma regularidade e uniformidade suficientemente previsíveis para permitir aos outros viver, durante longos períodos, segundo as decisões dos tribunais, enquanto regras. Os juizes podem mesmo ser afectados por sentimentos de compulsão quando decidem como o fazem, e estes sentimentos podem ser igualmente previsíveis; mas para além disto não há nada que possa ser caracterizado como regra que eles observem. Não há nada que os tribunais tratem como padrões de comportamento judicial correcto e, portanto, não há nada nesse comportamento que manifeste o ponto de vista interno característico da aceitação das regras.

A teoria, neste aspecto, obtém apoio numa variedade de considerações de peso muito diferente. O céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo o que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras. Assim, o facto de as regras a que os juizes pretendem estar vinculados, ao decidirem sobre um caso, terem uma textura aberta ou terem excepções que não são desde logo exaustivamente especificáveis, e o facto de o desvio das regras não acarretar ao juiz uma sanção física são frequentemente usados para fundamentar a tese do céptico. Estes factos são acentuados para mostrar que «as regras são importantes na medida em que nos ajudam a prever o que os juizes farão. Tal é a sua única importância, à parte do facto de que constituem lindos brinquedos»¹.

Argumentar deste modo é ignorar o que as regras efectivamente são em qualquer esfera da vida real. Sugere que estamos confrontados com o dilema: «ou as regras são o que seriam no paraíso de um formalista e então vinculam tanto como grilhões; ou não há regras, mas só decisões ou padrões de comportamento susceptíveis de predição». Contudo, isto é sem dúvida um falso dilema. Prometemos visitar um amigo no dia seguinte. Quando chega o dia, acontece que o cumprimento da promessa implicaria que abandonássemos alguém

gravemente doente. O facto de que isto é aceite como uma razão adequada para não cumprir a promessa, certamente não significa que não haja regra que exija que as promessas sejam cumpridas, mas tão-só uma certa regularidade no seu cumprimento. Do facto de tais regras terem excepções insusceptíveis de afirmação exaustiva, não resulta que em cada situação sejam deixados à nossa discricção e não estejamos nunca vinculados a cumprir uma promessa. Uma regra que termina com a expressão «a menos que...» é ainda uma regra.

Por vezes, a existência de regras vinculativas para os tribunais é negada, porque se confunde a questão de saber se uma pessoa, que agiu de certa forma, manifestou por isso a aceitação por si de uma regra exigindo-lhe que assim se comportasse, com as questões psicológicas quanto aos processos de pensamento que a pessoa percorreu antes e durante a actuação. Muito frequentemente, quando uma pessoa aceita uma regra como vinculativa e como algo que ela e os outros não são livres de mudar, pode ver de forma inteiramente intuitiva o que ela exige numa dada situação e fazê-lo, sem primeiro pensar na regra e no que ela exige. Quando movimentamos uma peça de xadrez em conformidade com as regras, ou paramos num sinal luminoso de trânsito quando está encarnado, o nosso comportamento de cumprimento da regra é frequentemente uma resposta directa a uma situação, não mediada por um cálculo em termos de regras. A prova de que tais acções são verdadeiras aplicações da regra reside na sua situação concreta em certas circunstâncias. Algumas destas precedem a acção em concreto e outras seguem-se-lhe; e outras são afirmáveis apenas em termos gerais ou hipotéticos. O mais importante destes factores, que mostram que, ao agirmos, aplicámos uma regra, consiste em que, se o nosso comportamento for posto em causa, estamos dispostos a justificá-lo por referência à regra: e a genuinidade da nossa aceitação da regra pode ser manifestada não só nos nossos reconhecimentos gerais dela, passados e futuros, e na conformidade com a mesma, como também na nossa crítica ao nosso próprio desvio ou ao dos outros relativamente a ela. Perante tal prova ou outra semelhante, podemos concluir na verdade que, se, antes do nosso cumprimento «impensado» da regra, nos tivessem pedido para dizer qual era a coisa certa a fazer e porquê, teríamos dado como resposta, se fôssemos honestos, que era a regra. É esta inserção do nosso comportamento entre tais circunstâncias, e não o seu acompanhamento por um pensamento explícito de regra, que é necessário fazer para distinguir uma acção que é genuinamente uma observância de uma regra, de uma outra que só por acaso com ela

¹ Llewellyn, *The Bramble Bush* (2.^a edição), pag. 9.

coincide. É assim que distinguirmos, enquanto cumprimento de uma regra aceite, o movimento do jogador de xadrez adulto da acção de um bebé que se limitasse a empurrar a peça para o lugar certo.

Isto não equivale a dizer que o fingimento ou o «embelezamento da fachada» não seja possível e, por vezes, susceptível de êxito. Os testes relativos a saber se uma pessoa fingiu apenas *ex post facto* que agiu de harmonia com uma regra são, como todos os testes empíricos, intrinsecamente falíveis, mas não o são fatalmente. É possível que, numa dada sociedade, os juizes pudessem sempre atingir primeiro as suas decisões de forma intuitiva ou «por palpites» e então se limitassem a escolher de um catálogo de regras jurídicas uma que eles fingiriam que se parecia com o caso a eles submetido; podiam então pretender que esta era a regra que eles encaravam como exigida pela decisão, embora nada mais nas suas acções ou palavras sugerisse que eles a encaravam como uma regra vinculativa para eles. Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas, ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de forma geral.

A última forma, mas extremamente interessante, de cepticismo sobre as regras não repousa nem no carácter aberto das regras jurídicas, nem no carácter intuitivo de muitas decisões, mas no facto de a decisão de um tribunal ter uma posição única como algo dotado de autoridade e, no caso dos supremos tribunais, de definitividade. Este aspecto da teoria a que nos dedicaremos na próxima secção, está implícito na famosa frase do Bispo Hoadly, que tão frequentemente ecoa em Gray, no seu *The Nature and Sources of Law*: «Não, seja quem for que tenha uma autoridade absoluta para interpretar quaisquer leis escritas ou orais, é ele o legislador para todos os fins e propósitos, e não a pessoa que primeiro as escreveu ou formulou verbalmente»⁽¹⁾.

3. Definitividade e infalibilidade na decisão judicial

Um supremo tribunal tem a última palavra a dizer sobre o que é o direito e, quando a tenha dito, a afirmação de que o tribunal estava «errado» não tem consequências dentro do sistema: não são por isso alterados os direitos ou deveres de ninguém. A decisão pode, claro, ser desprovida de efeito jurídico através de legislação, mas o próprio facto de que o recurso a tal é necessário demonstra o carácter vão, no que respeita ao direito, da afirmação de que a decisão do tribunal estava errada. A consideração destes factos faz parecer pedante distinguir, no caso de decisões de um supremo tribunal, entre a sua definitividade e a sua infalibilidade. Isto conduz a uma outra forma da negação de que os tribunais, ao decidir, estão sempre vinculados por regras: «O direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é».

O aspecto mais interessante e instrutivo desta forma da teoria reside no facto de que ela explora a ambiguidade de afirmações como «o direito (ou a constituição) é o que os tribunais dizem que é» e no facto de que tem de dar conta, para ser coerente, da relação entre as afirmações de direito não-oficiais e as afirmações oficiais de um tribunal. Para compreender esta ambiguidade, desviar-nos-emos um pouco, para considerar a situação análoga no caso de um jogo. Muitos jogos de competição são disputados sem um marcador de pontos oficial: não obstante os seus interesses competitivos, os jogadores conseguem razoavelmente bem aplicar a regra de pontuação a casos particulares; normalmente estão de acordo nas suas apreciações e as disputas por resolver podem ser poucas. Antes da instituição de um marcador oficial, uma declaração do resultado feita por um jogador representa, se ele for honesto, um esforço para determinar o progresso do jogo, por referência à regra de marcação particular aceite naquele jogo. Tais declarações do resultado são afirmações internas que aplicam a regra de pontuação, as quais, embora pressuponham que os jogadores acatarem, em geral, as regras e que se oporão à respectiva violação, não são afirmações ou predições destes factos.

Tal como a transformação de um regime de costume num sistema de direito evoluído, o facto de aditar a um jogo regras secundárias prevendo a instituição de um marcador de pontos cujas directivas são definitivas, traz para o sistema um novo tipo de afirmação interna; porque, diferentemente das afirmações dos jogadores quanto ao resultado, às determinações do marcador é dado, pelas regras secundárias, um estatuto que as torna indisputáveis. Neste sentido, é verdade que, para os fins do jogo, «o resultado é

(1) O texto transcrito da autoria do Bispo Hoadly (1676-1761) acha-se escrito em inglês antigo. Convém, por isso, incluir aqui o texto original: «*Nav whoever hath an absolute authority to interpret any written or spoken laws it is who is the lawgiver to all intents and purposes and not the person who first wrote or spake them.*»

aquilo que o marcador diz que é». Mas é importante ver que a regra de pontuação continua a ser o que era antes e é dever do marcador aplicá-la o melhor que puder. A afirmação «O resultado é aquilo que o marcador diz que é» seria falsa se tivesse o significado de que não havia regra para pontuar, salvo a que o marcador escolhesse discricionariamente aplicar. Podia haver de facto um jogo com tal regra e poder-se-ia encontrar algum divertimento ao jogá-lo, se a discricionariedade do marcador fosse exercida com alguma regularidade; mas seria um jogo diferente. Podemos chamar a tal jogo o jogo da «discricionariedade do marcador».

É evidente que as vantagens de uma resolução rápida e definitiva das disputas, que o marcador oferece, se compram por um certo preço. A instituição do marcador pode confrontar os jogadores com a seguinte dificuldade: o desejo de que o jogo fosse regulado, como antes, por uma regra de pontuação e o desejo de que haja decisões definitivas dotadas de autoridade respeitantes à aplicação daquela, quando seja duvidosa, podem vir a revelar-se propósitos conflitantes. O marcador pode, embora não-intencionalmente, cometer erros, pode estar embriagado ou violar intencionalmente o seu dever de aplicar a regra de pontuação da melhor forma que puder. Pode por qualquer destas razões marcar uma «corrida» quando o jogador de defesa nunca chegou a mexer-se⁽¹⁾. Deve prever-se uma forma de correcção das suas decisões através de um recurso para uma autoridade superior: mas tal acaba necessariamente numa decisão definitiva, dotada de autoridade, a qual será proferida por seres humanos falíveis e por isso trará consigo o mesmo risco de erro não-intencional, de abuso ou de violação. É impossível criar regras para a correcção da violação de toda e qualquer regra.

O risco inerente, ao instituir uma autoridade para levar a cabo aplicações definitivas e dotadas de autoridade, pode materializar-se em qualquer domínio. Os que pudessem materializar-se na esfera humilde de um jogo merecem ser tomados em consideração, uma vez que mostram, de um modo particularmente claro, que algumas das inferências extraídas pelo céptico acerca das regras ignoram certas distinções que são necessárias para a compreensão desta forma de

(1) Trata-se de um exemplo retirado do jogo do críquete. O resultado deste jogo será determinado por corridas (*runs*). Deve ser marcada uma corrida quando o jogador de defesa (*batsman*), depois de bater na bola com o bastão ou enquanto aquela estiver em jogo, tiver corrido e atravessado completamente o campo de jogo. Veja-se *Cricket Umpiring and Scoring*, por R. S. Rait Kerr, 3.^a edição revista por T. E. Smith, Londres, 1969, pag. 48.

autoridade, sempre que é usada. Quando um marcador oficial é instituído e se consideram definitivas as suas determinações quanto ao resultado, as afirmações respeitantes ao resultado feitas pelos jogadores ou por outras pessoas que não sejam autoridades não gozam de qualquer estatuto dentro do jogo. São irrelevantes para o seu resultado. Se sucede que coincidem com a afirmação do marcador, muito bem; se se opõem, têm de ser desprezadas no cômputo do resultado. Mas estes factos bastante óbvios seriam distorcidos, se as afirmações dos jogadores fossem classificadas como predições das determinações do marcador e seria absurdo explicar o desatendimento destas afirmações, quando se opusessem às determinações do marcador, dizendo que eram predições dessas determinações que se verificaram ser falsas. O jogador, ao fazer as suas próprias afirmações respeitantes à pontuação, depois da instituição de um marcador, está a fazer o que fazia antes: nomeadamente, está a reportar o progresso do jogo, o melhor que pode, por referência à regra de marcação. Isto é também o que o marcador está a fazer ele próprio, enquanto ele preencher os deveres da sua posição. A diferença entre eles não consiste em que um está a predizer o que o outro vai dizer, mas em que as afirmações dos jogadores são aplicações não-oficiais da regra de pontuação e, por isso, não têm significado no cômputo do resultado, enquanto que as afirmações do marcador são dotadas de autoridade e definitivas. É importante observar que se o jogo disputado fosse o «da discricionariedade do marcador», então a relação entre as afirmações não-oficiais e oficiais seria necessariamente diferente: as afirmações dos jogadores não só seriam uma predição das determinações do marcador, como não poderiam ser outra coisa. Porque nesse caso a afirmação «O resultado é o que o marcador diz que é» seria em si a regra de marcação; não haveria possibilidade de as afirmações dos jogadores serem meras versões não oficiais do que o marcador faz oficialmente. Então as determinações do marcador seriam ao mesmo tempo definitivas e infalíveis — ou antes, a questão sobre se seriam falíveis ou infalíveis seria uma questão desprovida de sentido: porque não haveria nada que ele pudesse ter como «certo» ou «errado». Mas num jogo comum, a afirmação «O resultado é o que o marcador diz que é» não é uma regra de marcação: é uma regra que atribui autoridade e definitividade à aplicação por ele em casos concretos da regra de pontuação.

A segunda lição que se retira deste exemplo de decisão dotada de autoridade diz respeito a questões mais fundamentais. Podemos distinguir um jogo normal de um jogo de «discricionariedade do marcador» simplesmente porque a regra de pontuação, embora

tenha, como outras regras, a sua área de textura aberta em que o marcador deve exercer uma escolha, possui contudo um núcleo de significado estabelecido. É deste núcleo que o marcador não é livre de afastar-se e que, enquanto se mantém, constitui o padrão de pontuação correcta e incorrecta, quer para o jogador, ao fazer as suas declarações não-oficiais quanto ao resultado, quer para o marcador nas suas determinações oficiais. É isto que torna verdadeiro dizer que as determinações do marcador não são infalíveis, embora sejam definitivas. O mesmo é verdade quanto ao direito.

Até um certo ponto, o facto de que certas determinações dadas por um marcador são claramente erradas não é incoerente com a continuação do jogo: contam tanto como as determinações que são obviamente correctas; mas há um limite quanto à medida em que a tolerância face às decisões incorrectas é compatível com a existência continuada do mesmo jogo e isto tem uma importante analogia jurídica. O facto de as aberrações oficiais isoladas ou excepcionais serem toleradas não significa que o jogo de críquete ou de basebol já não esteja a jogar-se. Por outro lado, se estas aberrações forem frequentes ou se o marcador repudiar a regra de pontuação, há-de chegar um ponto em que, ou os jogadores não aceitam já as determinações aberrantes do marcador ou, se o fazem, o jogo vem a alterar-se; já não é críquete ou basebol mas «discricionariedade do marcador»; porque um aspecto definidor destes outros jogos é que, em geral, os seus resultados sejam determinados da forma exigida pelo significado simples da regra, seja qual for a latitude que a sua textura aberta possa deixar ao marcador. Em certas condições imagináveis, deveríamos dizer que, na verdade, o jogo que estava a disputar-se era o da «discricionariedade do marcador», mas o facto de em todos os jogos as determinações deste serem definitivas não significa que isto constitua tudo aquilo que os jogos são.

Estas distinções devem estar presentes no espírito quando estamos a apreciar a forma de cepticismo sobre as regras que se fundamenta no estatuto único da decisão de um tribunal, enquanto afirmação definitiva e dotada de autoridade do que é direito num caso concreto. A textura aberta do direito deixa aos tribunais um poder de criação de direito muito mais amplo e importante do que o deixado aos marcadores, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito. Seja o que for que os tribunais decidam, quer sobre questões que caem dentro daquela parte da regra que parece simples a todos, quer sobre as questões que ficam na sua fronteira sujeita a discussão, mantêm-se, até que seja alterado por legislação; e sobre a interpretação de tal, os tribunais terão de novo a

mesma última palavra dotada de autoridade. Mesmo assim, continua a haver ainda uma distinção entre uma constituição que, depois de estabelecer um sistema de tribunais, dispõe que o direito será tudo aquilo que o supremo tribunal considere adequado e a constituição efectiva dos Estados Unidos — ou, para o mesmo efeito, a constituição de qualquer Estado moderno. A frase «A constituição (ou o direito) é tudo aquilo que os juizes dizem que é», se interpretada como negação desta distinção, é falsa. Em qualquer momento dado, os juizes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrepeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema. Qualquer juiz em concreto, quando toma posse do seu cargo, como qualquer marcador quando inicia as suas funções, encontra uma regra, por exemplo a que dispõe que os actos promulgados pela Rainha no Parlamento são direito, estabelecida como uma tradição e aceite como padrão de conduta daquele cargo. Esta regra circunscreve, ao mesmo tempo que permite, a actividade criadora dos seus titulares. Tais padrões não poderiam na verdade continuar a existir, a menos que a maior parte dos juizes da época aderissem a eles, porque a sua existência em dada época consiste simplesmente na aceitação e no uso deles como padrões de julgamento correcto. Mas isto não transforma o juiz que os utiliza em autor desses padrões ou, segundo a linguagem de Hoadly, no «legislador» competente para decidir como lhe aprouver. A adesão do juiz é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria.

É, claro, possível que, atrás do escudo das regras que tornam as decisões judiciais definitivas e dotadas de autoridade, os juizes pudessem entre si combinar rejeitar as regras existentes e deixar mesmo de considerar as mais claras Leis do Parlamento como impondo quaisquer limites às suas decisões. Se a maioria das suas determinações se revestisse deste carácter e fosse aceite, isto equivaleria a uma transformação do sistema, análoga à conversão do jogo de críquete num jogo de «discricionariedade do marcador». Mas a possibilidade constante de tais transformações não mostra que o sistema seja agora o que seria se a transformação tivesse lugar. Nenhuma regra podem ser garantidas contra a sua violação ou repúdio; porque nunca é psicológica ou fisicamente impossível aos seres humanos violá-las ou repudiá-las; e se bastantes pessoas fizerem tal durante tempo bastante, então as regras deixarão de

existir. Mas a existência de regras em certa época não exige que haja estas garantias impossíveis contra a destruição. Dizer que em certa época existe uma regra que exige aos juizes que aceitem como direito as Leis do Parlamento ou do Congresso implica em primeiro lugar que há cumprimento generalizado destas exigências e que o desvio ou repúdio por parte dos juizes em concreto é raro; em segundo lugar, implica que, quando tal ocorre ou se tal vier a ocorrer, é ou seria tratado pela maioria preponderante como um objecto de sérias críticas e como ilícito, mesmo que o resultado da decisão consequente num caso concreto não possa, por causa da regra respeitante à definitividade das decisões, ser anulado, senão por legislação, que admite a sua validade, embora não a sua correcção. É logicamente possível que os seres humanos violem todos os seus compromissos, a princípio talvez com o sentimento de que tal constituía um comportamento irregular, e depois sem esse sentimento. Nesse caso, a regra que torna obrigatório cumprir os compromissos deixaria de existir; isto constituiria, todavia, um fraco apoio para o ponto de vista de que não existe tal regra presentemente e que os compromissos não são realmente vinculativos. O argumento paralelo no caso dos juizes, baseado na possibilidade de eles maquinarem a destruição do sistema presente, não tem mais força.

Antes de deixarmos o tópico do cepticismo sobre as regras, devemos dizer uma última palavra sobre a sua afirmação positiva de que as regras são as predições das decisões dos tribunais. É claro e tem sido notado frequentemente que, seja qual for a verdade que possa haver nisto, pode aplicar-se na melhor das hipóteses às afirmações de direito que os particulares e os seus consultores arriscam. Não se pode aplicar às próprias afirmações do tribunal respeitantes a uma regra jurídica. Estas devem ser, como alguns «realistas» mais extremos pretendem, ou uma cobertura verbal para o exercício duma discricionariedade sem peias ou então devem ser a formação de regras genuinamente consideradas pelos tribunais, do ponto de vista interno, como padrão de decisão correcta. Por outro lado, as predições das decisões judiciais têm indiscutivelmente um papel importante no direito. Quando se atinge a área de textura aberta, muito frequentemente tudo o que podemos com proveito oferecer em resposta à questão «Qual é o direito neste assunto?» é uma predição cautelosa sobre o que os tribunais farão. Além disso, mesmo quando o que é exigido pelas regras é claro para todos, a sua afirmação pode frequentemente fazer-se na forma de predição das decisões dos tribunais. Mas é importante notar que, de forma predominante no último caso e de grau variável no primeiro, a base

para tal predição consiste no conhecimento de que os tribunais não consideram as regras jurídicas como predições, mas antes como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu carácter discricionário, embora sem o excluir. Daí que, em muitos casos, as predições sobre o que fará um tribunal sejam semelhantes à predição que poderíamos fazer de que os jogadores de xadrez movimentarão os bispos em diagonal: baseiam-se em última análise numa apreciação do aspecto não-previsível das regras e do ponto de vista interno das regras como padrões aceites por aqueles a quem as predições se referem. Tal é apenas um aspecto suplementar do facto já acentuado no Capítulo IV de que, embora a existência de regras num grupo social torne possíveis e frequentemente seguras as predições, não pode identificar-se com elas.

4. Incerteza quanto à regra de reconhecimento

O formalismo e o cepticismo sobre as regras são os Cila e Caribdis da teoria jurídica; são grandes exaeros, saltares na medida em que se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles. Com efeito, muito há a fazer que não pode tentar-se aqui, para caracterizar com detalhe de informação esse caminho intermédio e para mostrar os vários tipos de raciocínio que os tribunais usam caracteristicamente, ao exercer a função criadora que lhes é deixada pela textura aberta do direito contido na lei ou no precedente. Mas dissemos o suficiente neste capítulo para nos permitir resumir com proveito o importante tópico deixado no fim do Capítulo VI. Tal dizia respeito à incerteza não de regras jurídicas concretas, mas da regra de reconhecimento e, por isso, dos critérios últimos usados pelos tribunais para identificar as regras de direito válidas. A distinção entre a incerteza de uma regra concreta e a incerteza do critério usado para a identificar como regra do sistema não é em si, em todos os casos, clara. Mas é mais clara quando as regras são leis promulgadas, contendo um texto dotado de autoridade. A letra de uma lei e o que ela exige num caso concreto podem ser perfeitamente claros; contudo, pode haver dúvidas sobre se o legislador tem poder para legislar desse modo. Por vezes, a resolução destas dúvidas exige apenas a interpretação de outra regra de direito que atribuiu o poder legislativo, e a validade deste pode não estar em dúvida. Será o caso, por exemplo, em que a validade de uma lei feita por uma autoridade subordinada está posta em questão, porque surgem dúvidas respei-

tantes ao significado da lei parlamentar que atribui e define os poderes legislativos da autoridade subordinada. Trata-se apenas de um caso de incerteza ou de textura aberta de uma certa lei e não suscita nenhuma questão fundamental.

Devem distinguir-se de tais questões comuns as que respeitam à competência jurídica do próprio poder legislativo supremo. Estas dizem respeito aos critérios últimos da validade jurídica; e podem surgir mesmo num sistema jurídico como o nosso, em que não há constituição escrita que especifique a competência do poder legislativo supremo. Na maioria esmagadora dos casos, a fórmula «seja o que for que a Rainha no Parlamento promulga é lei» é uma expressão adequada da regra respeitante à competência jurídica do Parlamento e é aceite como critério último de identificação do direito, por mais abertas que possam ser as regras assim identificadas na respectiva periferia. Mas podem surgir dúvidas relativas ao seu significado ou âmbito de aplicação; podemos perguntar o que se quer significar por «editado pelo Parlamento» e, quando surgem dúvidas, estas podem ser resolvidas pelos tribunais. Que inferência se deve retirar relativamente ao lugar dos tribunais dentro dum sistema jurídico, a partir do facto de que a regra última de um sistema jurídico pode assim estar em dúvida e que os tribunais podem resolver a dúvida? Isso exige qualquer restrição à tese de que o fundamento de um sistema jurídico é uma regra de reconhecimento aceite que especifica os critérios de validade jurídica?

Para responder a estas questões, consideraremos aqui alguns aspectos da doutrina inglesa da soberania do Parlamento, embora, claro, possam surgir dúvidas semelhantes em relação aos critérios últimos de validade jurídica em qualquer sistema. Sob a influência da doutrina de Austin de que o direito é essencialmente o produto de uma vontade juridicamente desprovida de entraves, os teorizadores constitucionalistas mais antigos escreveram como se existisse uma necessidade lógica de haver um poder legislativo que fosse soberano, no sentido de ser livre, em cada momento da sua existência como um corpo permanente, não só de limitações jurídicas impostas *ab extra*, mas também da sua própria legislação anterior. Que o Parlamento é soberano neste sentido pode ser agora tido como um facto estabelecido, e o princípio de que nenhum Parlamento anterior pode impedir aos seus «sucessores» de revogarem a sua legislação constitui parte da regra última de reconhecimento usada pelos tribunais para identificar regras válidas de direito. É, todavia, importante ver que nenhuma necessidade lógica, menos ainda necessidade natural, exige que deva existir tal Parlamento; é apenas um arranjo entre outros,

igualmente concebíveis, que veio a ser aceite por nós como critério de validade jurídica. Entre estes outros, existe um outro princípio que poderia igualmente bem, talvez até melhor, merecer a designação de «soberania». Trata-se do princípio de que o Parlamento *não* deveria ser incapaz de limitar de forma irrevogável a competência legislativa dos seus sucessores mas, pelo contrário, devia ter este poder mais amplo de auto-limitação. O Parlamento seria então, pelo menos uma vez na sua história, capaz de exercer uma competência legislativa de âmbito mais largo do que a doutrina estabelecida e aceite lhe permite. A exigência de que em cada momento da sua existência o Parlamento deva ser livre de limitações jurídicas, incluindo mesmo as impostas por si próprio é, no fim de contas, só uma interpretação da ideia ambígua de omnipotência jurídica. Na verdade, faz uma escolha entre uma omnipotência *permanente* em todas as questões que não afectem a competência legislativa dos sucessivos parlamentos e uma omnipotência sem restrições e *auto-limitativa*^(*), cujo exercício só pode ser feito uma vez. Estas duas concepções de omnipotência têm o seu paralelo em duas concepções de um Deus omnipotente: por um lado, um Deus que em cada momento da Sua Existência goza dos mesmos poderes e por isso é incapaz de os reduzir e, por outro lado, um Deus cujos poderes incluem o poder de destruir para o futuro a sua omnipotência. Saber de qual das formas de omnipotência — a permanente ou a auto-limitativa — goza o nosso Parlamento, constitui uma questão empírica que respeita à forma da regra que é aceite como critério último de identificação do direito. Embora seja uma questão acerca de uma regra que se acha na base de um sistema jurídico, é ainda uma questão de facto, à qual, em qualquer momento dado, pelo menos em alguns pontos, pode haver uma resposta bastante determinada. Por isso, é claro que a regra presentemente aceite é a de soberania permanente, de tal forma que o Parlamento não pode proteger as suas leis da revogação.

Contudo, como sucede com qualquer outra regra, o facto de que a regra da soberania parlamentar é determinada neste ponto não significa que o seja em todos os pontos. Podem suscitar-se questões acerca dela, para as quais não há no presente resposta que seja claramente certa ou errada. Estas questões podem ser resolvidas apenas por uma escolha feita por alguém a cujas escolhas nesta matéria seja eventualmente conferida autoridade. Tais indeterminações na regra da soberania parlamentar apresentam-se do seguinte modo: no domínio da presente regra, admite-se que o Parlamento não

(*) No original inglês, «self-embarring».

pode por lei retirar de forma irrevogável qualquer matéria do âmbito da futura legislação do Parlamento; mas pode traçar-se uma distinção entre uma lei que pretenda simplesmente fazê-lo e uma que, embora deixando ainda em aberto ao Parlamento legislar sobre qualquer matéria, pretenda alterar o «modo e a forma» da legislação. A última pode, por exemplo, exigir que em certas questões nenhuma legislação se torne eficaz, a menos que tenha sido aprovada por uma maioria das duas Câmaras em reunião conjunta ou a menos que seja confirmada por um plebiscito. Pode «reforçar»⁽¹⁾ tal disposição através da previsão de que tal disposição em si só pode ser revogada pelo mesmo processo especial. Tal alteração parcial no processo legislativo bem pode ser compatível com a regra presente de que o Parlamento não pode vincular, de forma irrevogável, os seus sucessores; porque o que faz não é tanto vincular os sucessores, como privá-los de poder *quoad* certas questões e transferir os seus poderes legislativos nessas matérias para o novo órgão especial. Por isso, pode dizer-se que, em relação a estas questões especiais, o Parlamento não «vinculou» ou «agrilhou» o Parlamento ou diminuiu a sua omnipotência permanente, mas «redefiniu» o Parlamento e aquilo que deve fazer-se para legislar.

Evidentemente que, se este expediente fosse válido, o Parlamento poderia alcançar, pelo seu uso, praticamente os mesmos resultados que a doutrina aceita — que o Parlamento não pode vincular os seus sucessores — parece pôr para além do seu poder. Porque, embora a diferença entre circunscrever a área sobre a qual o Parlamento pode legislar e apenas mudar o modo e a forma da legislação seja na verdade suficientemente clara em alguns casos, estas categorias vêm efectivamente a confundir-se gradualmente uma com a outra. Uma lei que, depois de fixar um salário mínimo para os engenheiros, dispusesse que nenhuma proposta de lei respeitante a remunerações de engenheiros pudesse ter eficácia, a menos que fosse confirmada por resolução do Sindicato dos Engenheiros e que reforçasse esta disposição, poderia na verdade assegurar tudo o que, na prática, poderia ser feito através de uma lei que fixasse o salário «para sempre» e depois, de forma brutal, proibisse absolutamente a sua revogação. Todavia, um argumento, que os juristas reconheceriam como tendo alguma força, pode ser avançado para mostrar que, embora a última hipótese seja ineficaz no domínio da presente regra de soberania parlamentar contínua, a primeira não seria. Os passos do argumento consistem numa série de afirmações respeitantes ao

que o Parlamento pode fazer, cada uma das quais exigiria menor aprovação do que a anterior, embora tivesse alguma analogia com ela. Nenhuma delas pode ser afastada como errada ou aceite confiadamente como certa; porque estamos na zona de textura aberta da regra fundamental do sistema. Aqui pode surgir a todo o momento uma questão para a qual não haja uma resposta — só respostas.

Assim, poderia admitir-se que o Parlamento poderia alterar de forma irrevogável a constituição presente do Parlamento através da completa abolição da Câmara dos Lordes, indo assim além das *Leis do Parlamento*⁽¹⁾ de 1911 e 1949 que dispensaram a sua aprovação quanto a certa legislação e que certas autoridades na matéria preferem interpretar como uma mera delegação revogável de alguns dos poderes do Parlamento na Rainha e nos Comuns. Também poderia admitir-se, como afirmou Dicey¹, que o Parlamento se podia autodestruir totalmente, através de uma lei que declarasse o fim dos seus poderes e revogasse a legislação que dispõe sobre a eleição de futuros Paramentos. Se assim fosse, o Parlamento poderia validamente acompanhar esta legislação suicida por uma lei que transferisse todos os seus poderes para outro organismo, digamos para o Município de Manchester. Se pode fazer isto, não pode efectivamente fazer algo de menos? Não pode pôr fim aos seus poderes para legislar em certas matérias e transferi-los para uma nova entidade composta que o inclua a si próprio e a outro organismo além dele? Nestas condições, não pode o artigo 4.º do *Estatuto de Westminster*, que prevê o consentimento dos Domínios relativamente a qualquer legislação que os afecte, ter realmente feito tal em relação aos poderes do Parlamento de legislar para os Domínios? A afirmação de que tal pode efectivamente ser revogado sem o consentimento dum Domínio pode não só ser, como Lord Sankey disse, «teoria» que «não tem relação com as realidades». Pode ser uma má teoria — ou, pelo menos, uma teoria que não é melhor do que a oposta. Finalmente, se o Parlamento pode ser reconstituído destes modos pela sua própria acção, por que razão não pode reconstituir-se a si próprio, dispondo que o consentimento do Sindicato dos Engenheiros será um elemento necessário em certos tipos de legislação?

É perfeitamente possível que algumas das proposições discutíveis que constituem os passos duvidosos, mas não obviamente errados, deste argumento sejam um dia admitidas ou rejeitadas por um

(1) No original inglês, «*entrench*».

(1) No original inglês, «*Parliament Acts*».
1 *The Law of the Constitution* (10.ª ed.), pag. 68, nota.

tribunal chamado a decidir a questão. Então teremos uma resposta às questões que elas suscitam e tal resposta, enquanto o sistema existir, terá um estatuto único dotado de autoridade entre as respostas que poderiam ser dadas. Os tribunais terão tornado determinada neste ponto a regra última pela qual é identificado o direito válido. Aqui «a constituição é aquilo que os juizes dizem que é» não significa apenas que as decisões concretas dos supremos tribunais não podem ser postas em causa. À primeira vista, o espectáculo parece paradoxal: os tribunais estão aqui a exercer poderes criadores que estabelecem os critérios últimos, pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem jurisdição como juizes deve ela própria ser testada. Como pode uma constituição atribuir autoridade para dizer o que é a constituição? Mas o paradoxo desaparece, se nos lembramos que embora cada regra possa ser de teor duvidoso em certos pontos, é, na verdade, uma condição necessária de um sistema jurídico existente que nem toda a regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos. A possibilidade de os tribunais disporem de autoridade em certo tempo dado para decidir estas questões de limite respeitantes aos critérios últimos de validade, depende apenas do facto de que, nesse tempo, a aplicação de tais critérios a uma vasta zona do direito, incluindo as regras que atribuem autoridade, não suscita dúvida, embora o respectivo alcance e âmbito precisos as suscitarem.

Esta resposta, contudo, pode parecer a alguns um modo demasiado sumário de pôr fim à questão. Pode parecer que caracteriza de forma muito inadequada a actividade dos tribunais, nas zonas de franja das regras fundamentais que especificam os critérios de validade jurídica; talvez porque assimila de forma demasiado estreita a actividade aos casos comuns em que os tribunais exercem uma escolha criadora, ao interpretarem uma lei concreta que se revelou indeterminada. É claro que tais casos comuns surgem necessariamente em qualquer sistema e, por isso, parece manifesto que são parte, mesmo que só uma parte implícita, das regras, com base nas quais os tribunais actuam, que os tribunais têm jurisdição para os resolver, através da escolha entre as alternativas que a lei deixa em aberto, mesmo se preferirem disfarçar esta escolha apresentando-a como uma descoberta. Mas, pelo menos na ausência de uma constituição escrita, as questões respeitantes aos critérios fundamentais de validade parecem frequentemente não ter esta qualidade de previsibilidade, o que torna natural dizer que, quando surgem, os tribunais já possuem, no domínio das regras existentes, uma nítida autoridade para resolver questões desta natureza.

Uma forma de erro «formalista» pode talvez ser apenas pensar que cada passo percorrido pelo tribunal está coberto por uma qualquer regra geral que confira antecipadamente autoridade para o percorrer, de tal forma que os seus poderes criadores são sempre uma forma de poder legislativo delegado. A verdade pode residir em que, quando os tribunais resolvem questões anteriormente não encaradas, respeitantes às regras constitucionais mais fundamentais, eles *conseguem* ver aceite a sua autoridade para as decidir depois de as questões se terem suscitado e de a decisão ser dada. Aqui tudo o que resulta constitui um êxito. É concebível que a questão constitucional em causa possa dividir a sociedade de uma forma tão fundamental, que não permita a sua resolução por uma decisão judicial. Na África do Sul as questões respeitantes aos artigos reforçados da *Lei da África do Sul*^(*) de 1909 ameaçaram em certa altura revelar-se demasiado causadoras de divisão, para serem juridicamente resolvidas. Mas quando questões sociais menos vitais estão em causa, uma peça muito surpreendente de criação de direito por via judicial respeitante às próprias fontes de direito pode ser calmamente «engolida». Quando isto sucede, dir-se-á frequentemente, olhando em *retrospectiva*, e pode parecer genuinamente que houve sempre nos tribunais um poder «inerente» para fazer o que foi feito. Todavia pode tratar-se de uma ficção piedosa, se a única prova para tal for constituída pelo êxito do que se fez.

A manipulação pelos tribunais ingleses das regras respeitantes à força vinculativa do precedente é talvez descrita da forma mais honesta deste último modo, como uma proposta com êxito para tomar os poderes e usá-los. Aqui o poder adquire autoridade *ex post facto* a partir do êxito. Assim, antes da decisão do Tribunal de Apelação Criminal no caso *Rex v. Taylor*¹, a questão sobre se o tribunal tinha autoridade para determinar que não estava vinculado pelos seus próprios precedentes em matérias respeitantes à liberdade do arguido podia ter parecido estar inteiramente em aberto. Mas a determinação foi feita e é agora seguida como direito. A afirmação de que o tribunal teve sempre um poder inerente para criar uma regra deste modo seria certamente apenas uma forma de fazer a situação parecer mais arrumada do que na realidade está. Aqui, na franja dessas questões muito fundamentais, devemos saudar o céptico

(*) No original inglês, *South Africa Act*.

1 [1950] 2 K.B. 368 (*).

(*) Decisão proferida pelo *King's Bench*, divisão da *High Court of Justice*, publicada na colecção dos *Law Reports* correspondente a este tribunal (2.^a série).

acerca das regras, desde que ele não esqueça que é na zona da franja que ele é bem-vindo; e desde que não nos torne incapazes de ver o facto de que aquilo que torna possível estes desenvolvimentos notáveis pelos tribunais das regras mais fundamentais é, em grande medida, o prestígio obtido pelos tribunais a partir dos actos indiscutivelmente regidos pelas regras sobre as zonas vastas e centrais do direito.

VIII

JUSTIÇA E MORAL

Considerámos necessário, para elucidar os aspectos distintivos do direito como meio de controlo social, introduzir elementos que não podem ser construídos a partir das ideias de ordem, ameaça, obediência, hábitos e generalidade. Demasiados aspectos daquilo que é característico do direito ficam distorcidos pelo esforço de o explicar nestes termos simples. Assim, considerámos necessário distinguir da ideia de um hábito geral a de uma regra social e acentuar o aspecto interno das regras manifestado no seu uso como padrões orientadores e críticos de conduta. Distinguímos então entre regras primárias de obrigação e regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento. O tema principal deste livro reside em que muitos dos actos característicos do direito e muitas das ideias que constituem a estrutura do pensamento jurídico exigem para a sua elucidação a referência a um destes dois tipos de regra ou a ambos e que a sua união pode ser vista a justo título como a «essência» do direito, embora eles possam não aparecer sempre juntos todas as vezes que a palavra «direito» é correctamente usada. A nossa justificação para atribuir à união das regras primárias e das secundárias este lugar central não consiste em que elas desempenharão aí a função de um dicionário, mas antes que elas têm um grande poder explicativo.

Devemos agora voltar a nossa atenção para a pretensão que, na perene discussão da «essência», ou da «natureza», ou da «definição» do direito, mais frequentemente tem sido contraposta à teoria imperativa simples que considerámos não ser adequada. Trata-se da afirmação geral de que entre o direito e a moral^(*) há uma conexão

(*) No original inglês, «morality». Traduzimos sempre como moral os vários vocábulos da língua inglesa utilizados pelo autor: «morals», «moral» e «morality», visto a nossa língua englobar naquele termo tais conceitos.