

HERBERT L.A. HART

O CONCEITO
DE DIREITO

FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN

Serviço de Educação e Bolsas

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

Tradução
do original inglês intitulado:
THE CONCEPT OF LAW
H.L.A. Hart
© Oxford University Press, 1961
Primeira edição publicada em 1961
Segunda edição publicada em 1994
(com um novo Pós-escrito)

Reservado todos os direitos de acordo com a lei
Edição da
FUNDAÇÃO CALOUSTE GULBENKIAN
Avenida de Berna, Lisboa

IV

O SOBERANO E O SÚBDITO

Ao criticarmos o modelo simples de direito como ordens coercivas, não suscitámos até ao momento questões respeitantes à pessoa ou pessoas «soberanas», cujas ordens gerais constituem, segundo esta concepção, o direito de qualquer sociedade. Na verdade, ao discutirmos a adequação da ideia de uma ordem baseada em ameaças como descrição das diferentes variedades de leis, partimos do princípio, provisoriamente, de que efectivamente existe, em qualquer sociedade em que há direito, um soberano, caracterizado de forma afirmativa e negativa pela referência ao hábito de obediência: uma pessoa ou um corpo de pessoas, a cujas ordens a grande maioria dos membros da sociedade habitualmente obedece e que habitualmente não obedece a qualquer outra pessoa ou a quaisquer pessoas.

Devemos considerar agora com algum pormenor esta teoria geral que diz respeito aos fundamentos de todos os sistemas jurídicos; porque, apesar da sua extrema simplicidade, a doutrina da soberania não é nada menos do que isso. A doutrina afirma que em cada sociedade humana em que existe direito, sob a variedade de formas políticas, tanto numa democracia como numa monarquia absoluta, encontra-se latente, em última análise, essa relação simples entre súbditos que prestam obediência habitual e um soberano que a ninguém presta obediência habitual. Esta estrutura vertical, composta de soberano e súbditos, é, segundo a teoria, uma parte tão essencial de uma sociedade que tenha direito quanto a coluna vertebral o é no homem. Onde esteja presente, podemos falar da sociedade, juntamente com o seu soberano, como um Estado independente e uno e podemos falar do seu direito; onde não exista, não poderemos aplicar qualquer destas expressões, porque a relação entre soberano e súbdito, segundo esta teoria, faz parte do próprio significado daqueles.

Dois pontos desta doutrina são especialmente importantes e dar-

-lhes-emos particular ênfase aqui em termos gerais, para indicar as linhas críticas desenvolvidas pormenorizadamente no resto do capítulo. O primeiro diz respeito à ideia de hábito de obediência, que constitui tudo o que é exigido da parte daqueles a quem se aplicam as leis do soberano. Aqui colocaremos a questão de saber se um tal hábito é suficiente para dar conta de dois aspectos salientes da maior parte dos sistemas jurídicos: a continuidade da autoridade de criação do direito possuída por uma sucessão de legisladores diferentes, e a persistência das leis muito para além do desaparecimento do seu autor e daqueles que lhe prestavam obediência habitual. O nosso segundo ponto diz respeito à posição ocupada pelo soberano acima do direito: ele cria direito para os outros e portanto impõe-lhes deveres jurídicos ou «limitações», ao passo que dele próprio se diz ser juridicamente ilimitado ou ilimitável. Aqui interrogar-nos-emos sobre se tal estatuto juridicamente insusceptível de limitação do legislador supremo é necessário para a existência do direito e se tanto a presença como a ausência de limites jurídicos ao poder legislativo podem ser compreendidas nos termos simples de hábito e obediência em que esta teoria analisa tais noções.

1. O hábito de obediência e a continuidade do Direito

A ideia de obediência, tal como muitas outras, aparentemente simples, usadas sem análise, não está isenta de complexidades. Não nos ocuparemos da complexidade já assinalada¹ de que a palavra «obediência» sugere muitas vezes deferência para com a autoridade e não apenas acatamento de ordens baseadas em ameaças. Mesmo assim, não é fácil afirmar, até no caso de uma única ordem dada, cara a cara, por um homem a outro, precisamente que conexão deve haver entre a emissão da ordem e a execução de um acto nela especificado, para que este último deva constituir obediência. Por exemplo, qual é a relevância do facto, quando se trate de um facto, em que a pessoa a quem foi dada a ordem teria certamente feito precisamente a mesma coisa sem qualquer ordem? Estas dificuldades são particularmente agudas no caso de algumas leis que proíbem às pessoas certos actos que muitas delas jamais pensariam executar. Enquanto tais dificuldades subsistirem sem solução, toda a ideia de um «hábito geral de obediência» às leis de um país há-de permanecer algo obscura.

¹ Ver pág. supra.

Podemos, contudo, para as nossas finalidades imediatas, imaginai um caso muito simples, relativamente ao qual poderia talvez admitir-se que as palavras «hábito» e «obediência» tivessem uma aplicação razoavelmente óbvia.

Iremos supor que existe uma população que vive num território em que reina um monarca absoluto (Rex) durante um período de tempo muito longo; ele controla o seu povo, através de ordens gerais baseadas em ameaças, as quais lhes exigem a prática de diversos actos que, de outro modo, não executariam e a abstenção em relação a outros que; de outro modo, praticariam; embora tivessem ocorrido perturbações nos primeiros anos do reinado, as coisas tinham-se resolvido há longo tempo e, em geral, pode confiar-se em que o povo lhe obedeça. Visto que é frequentemente oneroso o que Rex exige e a tentação da desobediência, bem como o risco de castigo, é considerável, dificilmente se pode supor que a obediência, embora geralmente prestada, seja um «hábito» ou «habitual» no pleno sentido daquela palavra ou no seu sentido mais usual. Os homens podem, na verdade, adquirir de forma praticamente literal o hábito de acatarem certas leis: conduzir pelo lado esquerdo da via constitui talvez um paradigma, para os ingleses, de um tal hábito adquirido. Mas quando a lei vai contra inclinações profundas como, por exemplo, sucede com as leis que exigem o pagamento de impostos, o nosso acatamento eventual dessas leis, ainda que regular, não tem a natureza isenta de reflexão, sem esforço e enraizada, de um hábito. Todavia, embora à obediência tributada a Rex falte muitas vezes este elemento de hábito, terá outros elementos importantes. Dizer de uma pessoa que tem o hábito, por exemplo, de ler um jornal ao pequeno-almoço, implica que o faz desde há bastante tempo e é provável a repetição no futuro de um tal comportamento. Sendo assim, será verdade que a maior parte das pessoas da nossa comunidade imaginária, em qualquer altura, passado o período inicial de perturbação, obedece em geral às ordens de Rex e é provável que o continue a fazer.

Deve notar-se que, nesta descrição da situação social sob Rex, o hábito de obediência é uma relação pessoal entre cada súbdito e Rex: cada um faz regularmente o que Rex lhe ordena a ele, entre outros, que faça. Se nos referirmos à população como «tendo um tal hábito» esta asserção, tal como a de que as pessoas frequentam habitualmente o bar aos sábados à noite, significará apenas que os hábitos da maior parte das pessoas são convergentes: cada uma obedece habitualmente a Rex, do mesmo modo que cada uma podia ir habitualmente ao bar ao sábado à noite.

Observe-se que, nesta situação muito simples, tudo o que se exige

da comunidade para constituir Rex como soberano são os actos pessoais de obediência por parte da população. Cada um apenas necessita, por seu lado, de obedecer; e enquanto a obediência for prestada regularmente, ninguém na comunidade necessita de ter ou exprimir quaisquer opiniões sobre se a sua própria obediência a Rex, ou a dos outros, é, em qualquer sentido, correcta, adequada ou legitimamente exigida. Obviamente, a sociedade descrita, com a finalidade de dar uma aplicação tão literal quanto possível à noção de hábito de obediência, é uma sociedade muito simples. Provavelmente é demasiado simples para ter sequer existido alguma vez, e não é certamente uma sociedade primitiva; porque esta pouco conhece sobre governantes absolutos como Rex e aos seus membros, usualmente, não cabe apenas obedecer, antes têm vincadas opiniões sobre a justeza da obediência por parte de todas as pessoas envolvidas. Não obstante isso, a comunidade governada por Rex tem certamente algumas das características relevantes de uma sociedade regida pelo direito, pelo menos durante a vida de Rex. Goza mesmo de uma certa unidade, podendo-se designá-la como «um Estado». Esta unidade é constituída pelo facto de que os seus membros obedecem à mesma pessoa, ainda que possam não ter opinião quanto à justeza de tal actuação.

Suponhamos agora que, após um reinado bem sucedido, Rex morre, deixando um filho, Rex II, que começa então a emitir ordens gerais. O mero facto da existência de um hábito geral de obediência a Rex I, em vida deste, nem sequer torna por si só provável que Rex II virá a ser habitualmente obedecido. Portanto, se não dispusermos doutra coisa para continuarmos, para além do facto da obediência a Rex I e da verosimilhança de que ele continuaria a ser obedecido, não poderemos dizer da primeira ordem de Rex II, como poderíamos dizer da última ordem de Rex I, que foi dada por quem era soberano e era, por conseguinte, direito. Não há, por enquanto, qualquer hábito firmado de obediência a Rex II. Teremos de aguardar, para ver se uma tal obediência será prestada a Rex II, como tinha sido a seu pai, antes de podermos dizer, de acordo com a teoria, que ele é agora soberano e que as suas ordens constituem direito. Não existe nada que o torne soberano desde o início. Apenas depois de sabermos que as suas ordens foram obedecidas durante um certo tempo, estaremos aptos a dizer que se firmou um hábito de obediência. Então, mas não antes, poderemos dizer de qualquer outra ordem que é já direito, mal seja emitida e antes de ser obedecida. Até que este estágio seja atingido, haverá um interregno em que não será criado nenhum direito.

Um tal estado de coisas é evidentemente possível e tem ocasionalmente ocorrido em tempos tumultuosos: mas os perigos de descontinuidade são óbvios e usualmente não são tidos em devida conta. Em vez disso, é característico de um sistema jurídico, mesmo numa monarquia absoluta, assegurar a continuidade ininterrupta do poder de criação do direito, através de regras que servem de ponte na transição entre um legislador e outro: estas regulam a sucessão antecipadamente, designando ou especificando em termos gerais as qualificações e o modo de determinar o legislador¹". Numa democracia moderna, tais qualificações são altamente complexas e dizem respeito à composição da assembléia legislativa, cujos membros mudam frequentemente, mas a essência das regras exigidas pela continuidade pode ser apreendida em formas mais simples, apropriadas à nossa monarquia imaginária. Se a regra atribui a sucessão ao filho mais velho, então Rex II tem um título para suceder ao pai. Ele terá, por ocasião da morte de seu pai, o direito de passar a criar direito e, quando emitir as suas primeiras ordens, poderemos ter boas razões para dizer que elas constituem já direito, antes de qualquer relação de obediência habitual entre ele, pessoalmente, e os seus súbditos, ter tido tempo de se firmar. Pode mesmo nunca vir a estabelecer-se uma tal relação. Porém, a sua palavra pode ser lei; porque Rex II pode morrer ele próprio a seguir à emissão das suas primeiras ordens; não terá vivido o tempo suficiente para ser obedecido, contudo pode ter tido o direito de criar direito e as suas ordens serem direito.

Ao explicar a continuidade do poder criador de direito através da mudança por sucessão dos legisladores individuais, é natural usar as expressões «regra de sucessão», «título», «direito à sucessão» e «direito de criar direito». É óbvio, porém, que com estas expressões introduzimos um novo conjunto de elementos, dos quais não pode dar-se qualquer descrição em termos de hábitos de obediência a ordens gerais, a partir dos quais, seguindo as indicações da teoria da soberania, construímos o mundo jurídico simples de Rex I. Porque nesse mundo não havia regras e, portanto, não existiam direitos subjectivos nem títulos e, por isso, a fortiori, nenhum direito ou título à sucessão: havia apenas os factos de que Rex I dava ordens e as suas ordens eram habitualmente obedecidas. Para constituir Rex como soberano, em sua vida, e tornar as suas ordens direito, nada mais se exigia; mas isto não é suficiente para explicar os direitos do seu

¹(*> No original inglês, the law-giver.

sucessor. De facto, a ideia de obediência habitual é incapaz, por dois modos diferentes, embora relacionados, de dar conta da continuidade que se observa em qualquer sistema jurídico normal, quando um legislador sucede a outro. Em primeiro lugar, os meros hábitos de obediência a ordens dadas por um legislador não podem conferir ao novo legislador qualquer direito à sucessão do anterior e a dar ordens em seu lugar. Em segundo lugar, a obediência habitual ao legislador antigo não pode, por si própria, tornar provável, ou fazer de algum modo presumir, que as ordens do novo legislador serão obedecidas. Para que haja um tal direito e uma tal presunção no momento da sucessão, deve ter havido algures na sociedade, durante o reinado do anterior legislador, uma prática social geral mais complexa do que a que pode ser descrita em termos de hábito de obediência; deve ter havido uma aceitação da regra, segundo a qual o novo legislador tem direito à sucessão.

O que é esta prática mais complexa? O que é a aceitação de uma regra? Aqui, devemos retomar a indagação atrás delineada no Capítulo I. Para lhe responder, devemos, por agora, afastar-nos do caso especial das regras jurídicas. Em que difere um hábito de uma regra? Qual é a diferença entre dizer de um grupo que tem um hábito, por exemplo, de ir ao cinema aos sábados à noite, e dizer que constitui regra nesse grupo os homens descobrirem a cabeça, ao entrarem numa igreja? Mencionámos já no Capítulo I alguns dos elementos que devem intervir na análise deste tipo de regra e agora devemos aprofundar essa análise.

Há, sem dúvida, um ponto de semelhança entre as regras sociais e os hábitos: em ambos os casos, o comportamento em questão (por exemplo, o descobrir a cabeça na igreja) deve ser geral, ainda que não necessariamente invariável; o que significa que é repetido, sempre que a ocasião ocorra, pela maior parte do grupo: é o que está, como dissemos, implícito na frase «Fazem-no por regra». Mas, embora exista esta semelhança, há três diferenças salientes.

Em primeiro lugar, para que o grupo tenha um hábito, basta que o seu comportamento convirja de facto. O desvio do procedimento regular não é necessariamente objecto de qualquer forma de crítica. Mas uma tal convergência geral ou mesmo a identidade de comportamento não bastam para criar a existência de uma regra que exija tal comportamento: onde há uma tal regra, os desvios são geralmente vistos como lapsos ou faltas susceptíveis de crítica, e as ameaças de desvio são objecto de pressão no sentido da conformidade, embora as formas de crítica e de pressão variem consoante os diferentes tipos de regra.

Em segundo lugar, onde há estas regras, não só tal crítica é efectivamente produzida, mas o desvio ao padrão é geralmente aceite como uma boa razão para a fazer. A crítica por causa do desvio é encarada como legítima ou justificada neste sentido, tal como sucede com as exigências de observância do padrão quando há ameaça de desvio. Além disso, com excepção de uma minoria de transgressores crónicos, tal crítica e tais exigências são geralmente encaradas como legítimas ou feitas por boas razões, tanto por aqueles que as fazem, como por aqueles a quem são feitas. Quantos membros do grupo deverão considerar, destas diversas maneiras, o modo regular de comportamento como um padrão de crítica, e com que frequência e durante quanto tempo o devem fazer, para fundamentar a afirmação de que o grupo tem uma regra, não são questões definidas; não precisamos de preocupar-nos mais com elas, do que com o problema de saber quantos cabelos pode um homem ter e ainda assim ser careca. Basta-nos recordar que a afirmação de que um grupo tem uma certa regra é compatível com a existência de uma minoria que não só infringe a regra, mas também se recusa a aceitá-la como padrão, quer para si, quer para os outros.

O terceiro aspecto que distingue as regras sociais dos hábitos está implícito no que se disse já, mas é de tal importância e tão frequentemente ignorado ou falseado na ciência jurídica que o iremos desenvolver aqui. Consiste naquilo que, ao longo deste livro, chamaremos o aspecto interno das regras. Quando um hábito é geral num grupo social, esta generalidade constitui simplesmente um facto relativo ao comportamento observável na maior parte do grupo. Para que haja um tal hábito, não se exige que nenhum dos membros do grupo pense, de qualquer modo, no comportamento geral ou saiba sequer que o comportamento em questão é geral; ainda menos se exige que se esforcem por ensiná-lo ou que tencionem mantê-lo. Basta que cada um, por seu lado, se comporte da forma que os outros também se comportam efectivamente. Pelo contrário, para que uma regra social exista, alguns membros, pelo menos, devem ver no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo. Uma regra social tem um aspecto «interno», para além do aspecto externo que partilha com o hábito social e que consiste no comportamento regular e uniforme que qualquer observador pode registar.

Este aspecto interno das regras pode ser ilustrado de forma simples a partir das regras de qualquer jogo. Os jogadores de xadrez não têm apenas hábitos semelhantes de movimentar a rainha da forma idêntica que um observador externo, ignorante em absoluto da

atitude deles em relação aos movimentos, pode registrar. Para além disso, têm uma atitude crítica reflexiva em relação a este tipo de comportamento: encaram-no como um padrão para todos quantos pratiquem o jogo. Cada um deles não se limita apenas a movimentar a rainha dum certo modo, mas «tem opinião formada» acerca da correcção de todos os que movimentam a rainha dessa maneira. Essa opinião manifesta-se na crítica e nas exigências de conformidade feitas aos outros, quando ocorre ou ameaça haver desvio, e no reconhecimento da legitimidade de tal crítica e de tais exigências quando recebidas de outros. Na expressão de tais críticas, exigências e reconhecimentos utiliza-se uma série ampla de linguagem «normativa». «Eu (tu) não devia(s) ter movido a rainha dessa maneira», «eu (tu) tenho (tens) de fazer isso», «isso está bem», «isso está mal».

Muitas vezes é erradamente representado o aspecto interno das regras como uma simples questão de «sentimentos», por oposição ao comportamento físico observável exteriormente. Sem dúvida que, onde as regras são geralmente aceites por um grupo social e geralmente apoiadas pela crítica social e pela pressão no sentido da conformidade, os indivíduos podem muitas vezes ter experiências psicológicas análogas às da restrição e da compulsão. Quando dizem que «se sentem vinculados» a comportarem-se de uma certa forma, podem estar realmente a referir-se a estas experiências. Mas tais sentimentos não são nem necessários, nem suficientes para a existência de regras «vinculativas». Não existe contradição em dizer-se que as pessoas aceitam certas regras mas não conhecem tais sentimentos de compulsão. O que é necessário é que haja uma atitude crítica reflexiva em relação a certos tipos de comportamento enquanto padrões comuns e que ela própria se manifeste crítica (incluindo auto-crítica), em exigências de conformidade e no reconhecimento de que tais críticas e exigências são justificadas, o que tudo se expressa caracteristicamente na terminologia normativa do «ter o dever de», «ter de» e «dever», «bem» e «mal».

São estas as facetas cruciais que distinguem as regras sociais dos meros hábitos de grupo e, tendo-as presentes, podemos regressar ao direito. Podemos supor que o nosso grupo social tem não só regras que, como o descobrir a cabeça na igreja, criam um tipo específico de padrão de comportamento, como também uma regra que faculta a identificação de padrões de comportamento de uma forma menos directa, por referência às palavras, ditas ou escritas, de uma dada pessoa. Na sua forma mais simples, esta regra dirá que quaisquer acções especificadas por Rex (talvez através de certos modos formais) devem ser executadas. Isto transforma a situação descrita no início

em termos de meros hábitos de obediência a Rex; porque onde tal regra for aceite, Rex não apenas especificará de facto o que deve ser feito, mas terá o direito de o fazer; e não só haverá obediência geral às suas ordens, como será geralmente aceite que está certo o obedecer-lhe. Rex será de facto um legislador com autoridade para legislar, isto é, para introduzir novos padrões de comportamento na vida do grupo e não há qualquer razão, uma vez que nos preocupamos agora com padrões e não com «ordens», para que ele não esteja vinculado pela sua própria legislação.

As práticas sociais que subjazem a uma tal autoridade legislativa serão, no fundamental, idênticas às que subjazem às regras simples e directas de comportamento, como a que diz respeito ao acto de descobrir a cabeça na igreja, as quais podemos agora distinguir como meras regras consuetudinárias, e diferem da mesma forma dos hábitos gerais. A palavra de Rex será agora um padrão de comportamento, de modo que os desvios do comportamento que ele designa estarão à mercê de críticas; a sua palavra será agora geral mente referida e aceite como justificação da crítica e de exigências de acatamento.

Para se ver como tais regras explicam a continuidade da autoridade legislativa, basta observar que, em alguns casos, mesmo antes do novo legislador ter começado a legislar, pode ser claro que existe uma regra solidamente firmada que lhe dá, como membro de uma categoria ou sequência de pessoas, o direito de o fazer, quando o momento próprio chegar. Assim, podemos descobrir que é geralmente aceite pelo grupo, em vida de Rex I, a ideia de que a pessoa cuja palavra deve ser obedecida não se limita ao indivíduo Rex I, mas e toda a pessoa que, em dada altura, é qualificada de certa forma, por exemplo, como o mais velho descendente vivo em linha recta de um certo antepassado; Rex I é tão-somente a pessoa concreta assim qualificada num momento concreto de tempo. Uma tal regra, diferentemente do hábito de obedecer a Rex I, contempla o futuro, visto que se refere tanto a legisladores futuros possíveis, como ao actual.

A aceitação e, portanto, a existência de tal regra manifestai -se-ão durante a vida de Rex I, em parte por obediência a ele, mas também pelo reconhecimento de que ele tem direito à obediência, em virtude da sua qualificação no domínio da regra geral. Pela razão mesma de que o âmbito de uma regra aceite em dado momento por um grupo pode contemplar em termos gerais os sucessores na função legislativa, a sua aceitação permite-nos fundamentar, quer o enunciado jurídico de que o sucessor tem direito a legislar, mesmo antes de começar a

fazê-lo, quer o enunciado factual de que é provável ele receber a mesma obediência que o seu predecessor recebia.

Naturalmente que a aceitação de uma regra por uma sociedade em determinado momento não garante a sua existência continuada. Pode haver uma revolução: a sociedade pode deixar de aceitar a regra. Isto pode suceder tanto em vida de um legislador, Rex I, como no momento da transição para um novo, Rex II, e, se tal acontecer, Rex I perderá ou Rex II não adquirirá o direito a legislar. É verdade que a situação pode ser obscura: podem ocorrer fases intermédias confusas, em que não é claro se se trata de uma mera insurreição ou de uma interrupção temporária da ordem antiga, ou de um efectivo abandono completo dela. Mas, em princípio, a questão é clara. A afirmação de que um novo legislador tem direito a legislar pressupõe a existência, no grupo social, da regra, nos termos da qual ele tem este direito. Se for claro que a regra, que agora o qualifica, era aceite em vida do seu predecessor, a quem igualmente qualificava, há-de admitir-se, na ausência de prova em contrário, que não foi abandonada e existe ainda. Continuidade semelhante se observa num jogo do críquete, em que o marcador, na ausência de prova de que as regras do jogo tenham mudado desde a primeira parte, regista as corridas relativamente ao novo batedor, conforme ele as fez, sendo estas contadas do modo usual^(*).

A consideração dos mundos jurídicos simples de Rex I e de Rex II é, talvez, suficiente para mostrar que a continuidade da autoridade legislativa, que caracteriza a maior parte dos sistemas jurídicos, depende daquela forma de prática social que constitui a aceitação de uma regra, e difere, nos modos indicados, dos factos mais simples da mera obediência habitual. Podemos resumir a argumentação como segue: mesmo se admitirmos que uma pessoa, tal como Rex, cujas ordens gerais são habitualmente obedecidas, pode ser chamada de legislador e as suas ordens designadas como leis, os hábitos de obediência a cada um, numa sucessão de tais legisladores, não bastam para explicar o direito de um sucessor à sucessão e a consequente continuidade no poder legislativo. Em primeiro lugar, porque os hábitos não são «normativos»; não podem conferir direitos ou autoridade a quem quer que seja. Em segundo lugar, porque os hábitos de obediência a um indivíduo não podem, embora as regras^(*)

(*) É dificilmente traduzível em português a descrição do jogo de críquete que se acha no texto. Optámos por traduzir *last innings* como primeira parte, embora estando conscientes de que é uma tradução aproximada. Do mesmo modo, traduzimos *batsman* por batedor (jogador que bate a bola com o bastão, bat).

aceites o possam, referir-se geralmente a uma categoria ou sequência de sucessivos legisladores futuros, assim como ao legislador presente, ou tornar provável a obediência aqueles. Portanto, o facto de se prestar obediência habitual a um legislador não fundamenta nem a afirmação de que o seu sucessor tem direito a criar direito, nem a afirmação factual de que será provavelmente obedecido.

Nesta altura, porém, um aspecto importante deve ser assinalado, que desenvolveremos em capítulo posterior. Constitui um dos pontos fortes da teoria de Austin. Para revelar as diferenças essenciais entre regras aceites e hábitos, considerámos uma forma muito simples de sociedade. Antes de deixarmos este aspecto de soberania, devemos indagar até que ponto a nossa explicação da aceitação de uma regra que confere autoridade para legislar pode ser transposta para um Estado moderno. Referindo-nos à nossa sociedade simples, falámos como se a maioria das pessoas comuns não só obedecesse ao direito, mas compreendesse e aceitasse a regra que qualifica uma sucessão de legisladores para legislar. Numa sociedade simples, tal poderá ocorrer; mas, num Estado moderno, seria absurdo pensar que o comum da população, por mais respeitador do direito que seja, tem uma percepção clara das regras que especificam as qualificações de um corpo continuamente em mudança de pessoas com a faculdade de legislar. Falar das massas como «aceitando» estas regras, do mesmo modo que os membros de uma qualquer pequena tribo podem aceitar a regra que dá autoridade aos seus sucessivos chefes, implicaria atribuir à mente dos cidadãos comuns uma compreensão de questões constitucionais que podem não ter. Apenas exigiríamos tal compreensão dos funcionários ou peritos do sistema; aos tribunais, a quem cabe a responsabilidade de determinar o que é o direito, e aos juristas que o cidadão comum consulta, quando quer saber o que é o direito.

Estas diferenças entre uma simples sociedade tribal e um Estado moderno merecem atenção. Em que sentido devemos pensar então sobre a continuidade da autoridade legislativa da Rainha no Parlamento, preservada através das mudanças de legisladores sucessivos, como fundada numa qualquer regra ou regras fundamentais geralmente aceites? Obviamente, a aceitação geral é neste caso um fenómeno complexo, em certo sentido dividida entre autoridades e cidadãos comuns, que contribuem para ela e, portanto, para a existência de um sistema jurídico, através de modos diversos. Dos funcionários do sistema, pode dizer-se que reconhecem explicitamente tais regras fundamentais que conferem a autoridade legislativa: os legisladores fazem-no quando elaboram leis, com observância

das regras que lhes atribuem poder para praticar tais actos; os tribunais quando identificam como leis a serem por eles aplicadas as leis criadas por aqueles daquele modo qualificados, e os peritos quando orientam os cidadãos comuns relativamente às leis feitas do referido modo. O cidadão comum manifesta a sua aceitação em larga medida pela aquiescência quanto aos resultados destes actos oficiais. Acata a lei feita e identificada deste modo, apresenta pretensões e exerce também poderes conferidos por ela. Mas pode ignorar quase tudo acerca da sua origem e dos seus autores: alguns podem não saber nada acerca das leis para além de que são «o direito». Proíbe coisas que os cidadãos comuns querem fazer e estes sabem que podem ser presos por um polícia e condenados a prisão por um juiz, se desobedecerem. É a força da doutrina, que insiste em que a obediência habitual a ordens baseadas em ameaças constitui o fundamento de um sistema jurídico, que nos obriga a pensar em termos realistas este aspecto relativamente passivo do fenómeno complexo que designamos por existência de um sistema jurídico. A fraqueza da doutrina consiste em obscurecer ou distorcer o outro aspecto relativamente activo que é discernido primeiramente, ainda que não exclusivamente, nos actos de criação, identificação e aplicação do direito pelos funcionários ou peritos do sistema. Ambos os aspectos devem ser tidos em conta para que possamos ver este complexo fenómeno social, tal qual é na realidade.

2. A Persistência do Direito

Em 1944, uma mulher foi processada em Inglaterra e condenada por ler a sina, em violação da Lei sobre Bruxaria⁶² de 1735'. Trata-se apenas de um exemplo pitoresco de fenómeno jurídico bem familiar: uma lei promulgada há séculos pode continuar a ser direito ainda hoje. Contudo, por familiar que seja, a persistência de leis nesta forma é algo que não pode tornar-se inteligível nos termos do esquema simples que as concebe como ordens dadas por uma pessoa habitualmente obedecida. De facto, temos aqui a situação inversa do

I Caso R vs. Duncan (1944) 1 K. B., 713 (**).

C) Witchcraft Act. em inglês.

(**) K.B e a abreviatura usada para indicar uma das divisões da High Court of Justice, tribunal central com sede em Londres, precisamente o King's Bench (designado como Queen's Bench. Q.B., quando uma rainha ocupa o trono). Publica-se uma colectânea dos casos julgados por este tribunal, a qual faz parte da 2.ª Série dos Law Reports E a que se refere na nota acima.