

O DIREITO COMO UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS

1. Um novo começo

Nos últimos três capítulos vimos que, em vários pontos cruciais, o modelo simples do direito concebido como ordens coercivas do soberano não foi capaz de reproduzir alguns dos aspectos salientes de um sistema jurídico. Para demonstrar isto, não achámos ser necessário invocar (como os críticos anteriores fizeram) o direito internacional ou o direito primitivo, que alguns podem considerar como exemplos discutíveis ou de fronteira do direito; em vez disso, apontámos para certos aspectos familiares do direito interno num Estado moderno e mostrámos que estes estavam ou distorcidos ou não totalmente representados nesta teoria sobre-simplificada.

Os pontos principais em que a teoria falhou são suficientemente instrutivos para merecerem um novo resumo. Em primeiro lugar, tornou-se claro que, embora uma lei criminal, que proíbe ou prescreve certas acções sob cominação de pena, se assemelhe mais, entre todas as variedades de direito, a ordens baseadas em ameaças dadas por uma pessoa a outras, tal lei mesmo assim difere de tais ordens no aspecto importante de que se aplica geralmente àqueles que a criam e não apenas aos outros. Em segundo lugar, há outras variedades de direito, nomeadamente as que conferem poderes jurídicos para julgar ou legislar (poderes públicos) ou para constituir ou alterar relações jurídicas (poderes privados), as quais não podem, sem absurdo, conceber-se como ordens baseadas em ameaças. Em terceiro lugar, há regras jurídicas que diferem de ordens no seu modo de origem, porque nada de análogo a uma prescrição explícita lhes dá existência. Finalmente, a análise do direito em termos de soberano habitualmente obedecido e necessariamente isento de todas as limi-

tações jurídicas foi incapaz de explicar a continuidade da autoria legislativa característica de um sistema jurídico moderno, e a pessoa ou pessoas soberanas não puderam ser identificadas, nem com o eleitorado, nem com o órgão legislativo de um Estado moderno.

Lembrar-se-á que, ao criticar assim a concepção do direito visto como ordens coercivas do soberano, considerámos também um número de expedientes acessórios que foram introduzidos à custa da corrupção da primitiva simplicidade da teoria, para salvá-la das suas dificuldades. Mas estes também falharam. Um expediente como a noção de ordem *tácita* pareceu que não tinha aplicação às realidades complexas de um sistema jurídico moderno, mas só a situações muito mais simples, como a de um general que deliberadamente se abstém de interferir nas ordens dadas pelos seus subordinados. Outros expedientes, tais como o de tratar as regras que conferem poderes como simples fragmentos de regras que impõem deveres, ou de tratar todas as regras como dirigidas apenas aos funcionários, distorcem os modos por que se fala delas, se pensa nelas e como são efectivamente utilizadas na vida social. Tal não tem mais direito ao nosso assentimento do que a teoria que diz que todas as regras de um jogo são «efectivamente» directivas para o árbitro ou o juiz marcador.

O expediente concebido para conciliar o carácter autovinculativo da legislação com a teoria de que uma lei é uma ordem dada a *outros* consistiu em distinguir os legisladores enquanto agem na sua qualidade oficial, como *pessoas* que dão ordens aos *outros*, nos quais se incluem eles próprios, agora na sua qualidade de particulares. Este expediente, em si próprio impecável, implicou que se acrescentasse algo à teoria que ela não contém: a noção de uma regra que defina o que tem de ser feito para legislar, porque é apenas ao acatarem tal regra que os legisladores têm uma qualidade oficial e uma personalidade autónoma, em contraste com eles próprios, enquanto individualidades privadas.

Os três últimos capítulos são, por isso, o relato de uma derrota e há obviamente necessidade de um novo começo. Todavia a derrota é instrutiva, merecedora da consideração detalhada que lhe demos, porque em cada ponto em que a teoria falhou na concordância com os factos foi possível ver, pelo menos nos seus contornos, por que razão estava destinada a falhar e o que se exige para um melhor resultado. A causa de raiz da derrota reside no facto de que os elementos a partir dos quais a teoria foi construída, nomeadamente as ideias de ordens, obediência, hábitos e ameaças, não incluem e não podem originar, pela sua combinação, a ideia de uma regra, sem a qual não podemos esperar elucidar mesmo as formas mais elementares de direito.

É verdade que a ideia de uma regra não é, de forma alguma, uma ideia simples: vimos já no Capítulo III a necessidade de distinguir entre dois tipos de regra diferentes, embora relacionados, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico. Por força das regras de um tipo, que bem pode ser considerado o tipo básico ou primário, aos seres humanos é exigido que façam ou se abstenham de fazer certas acções, quer queiram ou não. As regras do outro tipo são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar as regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a acções que envolvem movimento ou mudanças físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações.

Já fizemos a análise preliminar do que está implicado na asserção de que existem regras destes dois tipos num dado grupo social, e neste capítulo não só levaremos esta análise um pouco além, mas sustentaremos como pretensão geral que reside na combinação destes dois tipos de regra aquilo que Austin incorrectamente pretendeu ter descoberto na noção de ordens coercivas, nomeadamente «a chave para a ciência do direito»^(*). Não defenderemos na verdade que onde quer que a palavra «direito» seja utilizada «com propriedade» tenha de encontrar-se esta combinação de regras primárias e secundárias; porque é claro que os diversos conjuntos de casos em que a palavra «direito» é usada não estão ligados por uma tão simples uniformidade, mas por relações menos directas — frequentemente de analogia de forma ou conteúdo relativamente a um caso central. O que tentaremos mostrar, neste e nos capítulos subsequentes, é que a maior parte dos aspectos do direito que se têm revelado causadores de maior perplexidade e têm provocado ou impedido a procura de uma definição, pode ser melhor clarificada, se se compreenderem estes dois tipos de regra e a interacção recíproca. Atribuimos a esta união de elementos um lugar central por causa do seu poder explanatório na elucidação dos conceitos que constituem a

(*) No original inglês, «key to the science of jurisprudence».

estrutura do pensamento jurídico. A justificação do uso da palavra «direito» quanto a um conjunto de casos aparentemente heterogêneos é uma questão secundária que pode ser abordada quando tiverem sido captados os elementos centrais.

2. A ideia de obrigação

Dever-se-á recordar que a teoria do direito que o concebe como ordens coercivas teve a sua origem, não obstante os seus erros, numa apreciação perfeitamente correcta do facto de que onde há direito, aí a conduta humana torna-se em certo sentido não-facultativa ou obrigatória. Ao escolher este ponto de partida, a teoria revelou uma boa inspiração e nós partiremos também da mesma ideia, ao construirmos uma nova explicação do direito em termos de interrelação de regras primárias e secundárias. É, todavia, aqui, neste primeiro passo crucial, que talvez tenhamos de aprender mais com os erros da teoria.

Recordemos a situação do assaltante armado. A ordena a *B* que lhe entregue o seu dinheiro e ameaça que lhe dará um tiro, se ele não obedecer. De harmonia com a teoria das ordens coercivas, esta situação ilustra a noção de obrigação ou de dever em geral. A obrigação jurídica poderia encontrar-se em situações do tipo desta; A deve ser o soberano que é obedecido de forma habitual e as ordens devem ser gerais, prescrevendo padrões de conduta e não acções individuais. O carácter plausível da pretensão de que a situação do assaltante armado mostra o sentido da obrigação reside no facto de que é certamente uma situação em que diríamos que *B*, se tivesse obedecido, foi «obrigado» a entregar o seu dinheiro. Contudo, é igualmente certo que teríamos descrito erradamente a situação, se disséssemos, quanto a estes factos, que *B* «tinha uma obrigação» ou um «dever» de entregar o dinheiro. Assim, desde o começo, é claro que precisamos de algo mais para a compreensão da ideia de obrigação. Há uma diferença, ainda por explicar, entre a asserção de que alguém *foi obrigado* a fazer algo e a asserção de que essa pessoa *tinha a obrigação* de o fazer. A primeira é frequentemente uma afirmação respeitante às crenças e motivos por que se faz uma acção; a frase «*B* foi obrigado a entregar o seu dinheiro» pode simplesmente querer dizer, como sucede no caso do assaltante armado, que acreditou que algum mal ou outras consequências desagradáveis recairiam sobre ele, se não entregasse o dinheiro e entregou-o para evitar tais consequências. Em tais casos, a perspectiva do que

aconteceria ao agente se desobedecesse tornou algo, que ele teria preferido fazer de outro modo (guardar o dinheiro), menos desejável.

Dois elementos ulteriores complicam ligeiramente a elucidação da noção de ser obrigado a fazer algo. Parece claro que não pensaríamos em *B* como sendo obrigado a entregar o dinheiro, se o mal objecto da ameaça fosse, segundo um juízo comum, insignificante em comparação com a desvantagem ou as consequências sérias que resultariam, quer para *B*, quer para outros, do cumprimento das ordens, como sucederia, por exemplo, se *A* se limitasse à ameaça de beliscar *B*. Nem talvez se devesse dizer que *B* foi obrigado, se não houvesse fundamentos razoáveis para pensar que *A* poderia executar ou executaria provavelmente a sua ameaça de causar um mal relativamente sério. Contudo, embora tais referências a juízos comuns sobre males comparados e a estimativas razoáveis de probabilidade estejam implícitos nesta noção, a afirmação de que uma pessoa foi obrigada a obedecer a alguém é, no essencial, uma afirmação psicológica referente a crenças e motivos pelos quais se fez uma acção. Mas a afirmação de que alguém *tinha a obrigação* de fazer algo é de tipo diferente e há muitos sinais desta diferença. Assim, não só sucede que os factos acerca da acção de *B* e das suas crenças e motivos, no caso do assaltante armado, embora suficientes para justificar a afirmação de que *B* foi obrigado a entregar a sua bolsa, são *insuficientes* para justificar a afirmação de que ele tinha a obrigação de o fazer, como também acontece que os factos desta espécie, isto é, os factos acerca das crenças e motivos, *não são necessários* à verdade da afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação de fazer algo. Assim, a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação, por exemplo de dizer a verdade ou de apresentar-se para prestar serviço militar, é verdadeira, ainda que ela acreditasse (razoavelmente ou não) que nunca seria descoberta e que nada tinha a temer por causa da desobediência. Além disso, enquanto que a afirmação de que tinha esta obrigação é basicamente independente da questão sobre se essa pessoa de facto se apresentou ou não a prestar o serviço, a afirmação de que alguém foi obrigado a fazer algo acarreta normalmente a implicação de que a pessoa efectivamente o fez.

Alguns teorizadores e, entre eles, Austin, ao verem talvez a irrelevância geral das crenças, receios e motivos das pessoas relativamente à questão sobre se tinham a obrigação de fazer algo, definiram esta noção não em termos destes factos subjectivos, mas em termos de *possibilidade* ou de *probabilidade* de que uma pessoa que tenha a obrigação venha a sofrer um castigo ou «mal» às mãos de outros, na

hipótese de desobediência. Isto, na verdade, leva a tratar as afirmações de obrigação não como afirmações psicológicas, mas como predições ou avaliações de probabilidades de incorrer em castigo ou de sofrer um «mal». A muitos teorizadores mais recentes, isto surgiu como uma revelação, que lançou por terra uma noção fugidia e que a reafirmou nos mesmos termos claros, firmes e empíricos que a ciência usa. Na verdade, tem sido aceite algumas vezes como a única alternativa às concepções metafísicas de obrigação ou dever enquanto objectos invisíveis que existem misteriosamente «por cima» ou «para além» do mundo dos factos ordinários e observáveis. Mas há muitas razões para rejeitar esta interpretação das afirmações de obrigações como predições e não é, de facto, a única alternativa à obscura metafísica.

A objecção fundamental reside em que a interpretação em termos de previsibilidade deixa na sombra o facto de que, quando existem regras, os desvios delas não são simples fundamentos para a previsão de que se seguirão reacções hostis ou de que os tribunais aplicarão sanções aos que as violem, mas são também a razão ou justificação para tal reacção e para a aplicação de sanções. Já chamámos a atenção no Capítulo IV para o facto de tal interpretação descurar o aspecto interno das regras e teorizaremos tal questão mais tarde, neste capítulo.

Há, todavia, uma segunda objecção mais simples à interpretação da obrigação em termos de previsibilidade. Se fosse verdade que a afirmação de que uma pessoa tinha a obrigação significava que *ela* provavelmente sofreria em caso de desobediência, seria uma contradição dizer que tinha a obrigação, por exemplo, de se apresentar ao serviço militar, mas que, devido ao facto de ter escapado à jurisdição ou de ter corrompido com sucesso a polícia ou o tribunal, não havia a menor hipótese de ser apanhado ou sujeito a castigo. De facto, não há qualquer contradição ao dizer isto e fazem-se frequentemente tais afirmações e são compreendidas.

É, evidentemente, verdade que, num sistema jurídico normal, em que as sanções sejam aplicadas numa proporção elevada de violações, um infractor corre geralmente o risco de castigo; assim, por regra, a afirmação de que uma pessoa tem a obrigação e a afirmação de que é provável que venha a sofrer por causa de desobediência são ambas simultaneamente verdadeiras. Na verdade, a ligação entre estas duas afirmações é algo mais forte do que isto: pelo menos, num sistema interno pode ser bem verdade que, a menos que as sanções em geral sejam previsivelmente aplicadas aos infractores, pouco ou nenhum sentido teria fazer afirmações particulares acerca

das obrigações de uma pessoa. Nesta acepção, pode dizer-se que tais afirmações pressupõem a crença no funcionamento normal e contínuo do sistema de sanções, tal como a afirmação de que «está eliminado» no críquete pressupõe, embora não implique, que os jogadores, o árbitro e o marcador tomarão provavelmente as medidas habituais. Não obstante, é crucial, para a compreensão da ideia de obrigação, ver que em casos individuais a afirmação de que uma pessoa tem a obrigação, de harmonia com certa regra, pode divergir da predição de que é provável que venha a sofrer por causa da desobediência.

É claro que não se descobrirá uma obrigação na situação do assaltante armado, embora a noção mais simples de ser obrigado a fazer algo possa ser bem definida através dos elementos aí presentes. Para compreender a ideia geral de obrigação como um passo preliminar necessário para a sua compreensão na forma jurídica, temos de recorrer a uma situação social diversa que, diferentemente da situação do assaltante armado, inclui a existência de regras sociais; isto porque esta situação contribui de dois modos para o significado da afirmação de que uma pessoa tem uma obrigação. Em primeiro lugar, a existência de tais regras, que transformam certos tipos de comportamento em padrões, é o pano de fundo normal, embora não afirmado, ou o contexto adequado a tal afirmação; e, em segundo lugar, a função distintiva de tal afirmação consiste em aplicar tal regra a uma pessoa em particular, através da chamada de atenção para o facto de que o seu caso cai sob essa regra. Vimos no Capítulo IV que aparece coenvolvida na existência de quaisquer regras sociais uma combinação de conduta regular com uma atitude distintiva para com essa conduta enquanto padrão. Já vimos também os modos principais por que diferem de simples hábitos sociais e como o vocabulário normativo variado («ter o dever de», «ter de», «dever») é usado para chamar a atenção para o padrão e para os desvios dele e para formular os pedidos, críticas ou reconhecimentos que nele se podem basear. Entre esta classe de termos normativos, as palavras «obrigação» e «dever» formam uma importante subespécie, trazendo consigo certas implicações que não estão usualmente presentes nas outras. Daí que, embora o domínio sobre os elementos que diferenciam em geral as regras sociais dos simples hábitos seja certamente indispensável à compreensão da noção de obrigação ou dever, não seja por si suficiente.

A afirmação de que alguém tem ou está sujeito a uma obrigação traz na verdade implícita a existência de uma regra; todavia, nem sempre se verifica o caso de, quando existem regras, o padrão de

comportamento exigido por elas ser concebido em termos de obrigação. «Ele tinha o dever de ter» e «ele tinha a obrigação de» nem sempre são expressões mutáveis entre si, mesmo se são semelhantes por conterem uma referência implícita aos padrões de conduta existentes ou são usadas para extrair conclusões, em casos particulares, de uma regra geral. As regras de etiqueta ou de fala correcta são certamente regras: são mais do que hábitos convergentes ou regras de comportamento; são ensinadas e fazem-se esforços para as manter; são usadas para criticar o nosso próprio comportamento e o comportamento de outras pessoas no vocabulário normativo característico: «Tinhas o dever de tirar o chapéu», «É errado dizer «tu fostes»». Mas o uso das palavras «obrigação» e «dever» em conexão com regras deste tipo induziria em erro, não seria apenas estranho do ponto de vista estilístico. Descreveria erradamente uma situação social: porque embora a linha de separação das regras de obrigação das outras seja em certos pontos vaga, todavia a razão principal da distinção é razoavelmente clara.

As regras são concebidas e referidas como impondo obrigações quando a procura geral de conformidade com elas é insistente e é grande a pressão social exercida sobre os que delas se desviam ou ameaçam desviar-se. Tais regras podem ser totalmente consuetudinárias na origem: pode não haver um sistema central organizado de castigos para a violação das regras; a pressão social pode tomar apenas a forma de uma reacção hostil ou crítica difusa e geral, que pode ficar aquém de sanções físicas. Pode ser limitada a manifestações verbais de desaprovação ou a apelos ao respeito dos indivíduos pela regra violada; pode depender fortemente da eficácia dos sentimentos de vergonha, remorso e de culpa. Quando a pressão é da espécie mencionada por último, podemos sentir inclinados a classificar as regras como parte da moral do grupo e a obrigação decorrente das regras como obrigação moral. Inversamente, quando as sanções físicas são proeminentes ou usuais entre as formas de pressão, mesmo se não forem definidas estritamente nem aplicadas por funcionários, mas forem deixadas à comunidade em geral, sentir-nos-emos inclinados a classificar as regras como uma forma primitiva ou rudimentar de direito. Podemos, claro, encontrar ambos estes tipos de pressão social séria subjacente ao que, num sentido óbvio, é a mesma regra de conduta; por vezes, isto pode acontecer sem qualquer indicação de que um deles é especialmente apropriado como tipo primário e o outro como secundário e então a questão sobre se estamos confrontados com uma regra de moral ou com direito rudimentar pode não ser susceptível de resposta. Mas, por agora, a

possibilidade de traçar uma linha entre o direito e a moral não precisa de nos deter. O que é importante é que a insistência na importância ou *seriedade* da pressão social subjacente às regras é o factor primário determinante para decidir se as mesmas são pensadas em termos de darem origem a obrigações.

Duas outras características da obrigação surgem naturalmente juntas com esta característica primária. As regras apoiadas por esta pressão séria são consideradas importantes, porque se crê que são necessárias à manutenção da vida social ou de algum aspecto desta altamente apreciado. Caracteristicamente, regras tão obviamente essenciais como as que restringem o livre uso da violência são pensadas em termos de obrigação. Assim, também as regras que exigem honestidade ou verdade, ou exigem o cumprimento de promessas, ou especificam o que tem de ser feito por quem desempenha um papel ou função distintivos no grupo social são pensadas, quer em termos de «obrigação», quer talvez mais frequentemente em termos de «dever». Em segundo lugar, é geralmente reconhecido que a conduta exigida por estas regras pode, enquanto beneficia outros, estar em conflito com o que a pessoa que está vinculada pelo dever pode desejar fazer. Daí que as obrigações e os deveres sejam considerados caracteristicamente como envolvendo sacrifício ou renúncia, e que a possibilidade permanente de conflito entre a obrigação ou o dever e o interesse esteja, em todas as sociedades, entre as verdades quer do advogado, quer do moralista.

A figura de *vínculo* que incide sobre a pessoa obrigada, figura que está encerrada na palavra «obrigação» e a noção semelhante de uma dívida latente na palavra «dever» são explicáveis em termos destes três factores, que distinguem as regras de obrigação ou dever de outras regras. Nesta figura, que habita muito pensamento jurídico, a pressão social surge como uma cadeia que vincula os que têm obrigações, de tal modo que não são livres de fazer o que querem. O outro extremo da cadeia é, por vezes, mantido pelo grupo ou pelos seus representantes oficiais, os quais insistem pelo cumprimento ou aplicam o castigo: por vezes, é confiado pelo grupo a um particular, que pode escolher se insiste ou não pelo cumprimento ou pelo equivalente em valor para si. A primeira situação tipifica os deveres ou obrigações do direito criminal e a segunda os do direito civil, onde pensamos nos particulares como tendo direitos correlativos a obrigações.

No entanto, por mais naturais ou talvez esclarecedoras que sejam estas figuras ou metáforas, não devemos permitir que elas nos façam cair na concepção errada de que a obrigação consiste essencial-

mente num sentimento de pressão ou compulsão interiorizado por aqueles que têm obrigações. O facto de as regras de obrigação estarem geralmente apoiadas por uma pressão social séria não implica que o ter uma obrigação por força dessas regras consista em interiorizar sentimentos de compulsão ou pressão. Daí que não haja contradição quando se diz de um vigarista consumado, e até pode ser frequentemente verdade, que ele tinha a obrigação de pagar a renda, mas não sentia qualquer pressão para a pagar, quando fugiu sem o fazer. *Sentir-se* obrigado e ter uma obrigação são coisas diferentes, embora frequentemente concomitantes. Identificá-las seria uma maneira de interpretar mal, em termos de sentimentos psicológicos, o aspecto interno importante das regras para que chamámos a atenção no Capítulo III.

Na verdade, o aspecto interno das regras é algo a que teremos de novo de nos referir, antes que possamos afastar definitivamente as pretensões da teoria de previsibilidade. Isto porque um defensor daquela teoria bem pode perguntar por que razão estamos ainda tão preocupados em vincar o carácter inadequado da teoria de previsibilidade, se a pressão social é um aspecto tão importante das regras de obrigação, porque dá exactamente a este aspecto um lugar central, ao definir a obrigação em termos de probabilidade de que o castigo cominado ou a reacção hostil se seguirão ao desvio de certas linhas de conduta. A diferença pode parecer ligeira entre a análise da afirmação de obrigação como predição ou cálculo de probabilidades, de reacção ao desvio, e a nossa própria posição de que, embora esta afirmação pressuponha um pano de fundo em que os desvios às regras são de um modo geral enfrentados por reacções hostis, todavia o seu uso característico não consiste em prever isto, mas em dizer que o caso de uma pessoa cai sob tal regra. Contudo, esta diferença não é, de facto, ligeira. Na verdade, até que a sua importância seja captada, não podemos compreender adequadamente todo o estilo distintivo do pensamento, discurso e acção humanos que está envolvido na existência de regras e que constitui a estrutura normativa da sociedade.

O contraste seguinte em termos de aspecto «interno» e «externo» das regras de novo pode servir para marcar o que dá a esta distinção a sua grande importância para a compreensão, não só do direito, mas da estrutura de qualquer sociedade. Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer

como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os «pontos de vista» respectivamente «interno» e «externo». As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual *eles* estão afectados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que consiste em parte a conformidade com as regras, e das demais regularidades, na forma de reacções hostis, censuras e castigos com que os desvios das regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reacções hostis, e estar apto a prever com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que um desvio do comportamento normal do grupo será enfrentado com uma reacção hostil ou castigo. Tal conhecimento pode não só revelar muita coisa sobre o grupo, mas ainda permitir-lhe viver com o grupo sem as consequências desagradáveis que esperariam uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento.

Contudo, se o observador se confinar de forma estrita a este extremo ponto de vista externo e não der qualquer conta do modo por que os membros do grupo que aceitam as regras encaram o seu próprio comportamento regular, a descrição por si feita da vida dele não pode ser referida de forma alguma em termos de regras e, por isso, não pode ser feita em termos das noções, em si dependentes de regras, de obrigação e dever. Em vez disso, será feita em termos de regularidades observáveis de conduta, de predições, de probabilidades e de sinais. Para tal observador, os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reacção hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes passam a encarnado, há uma probabilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que* virá chuva. Ao fazer assim, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estes a luz

encarnada não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um *sinal para* eles pararem, e, por isso, como uma razão para parar em conformidade com as regras que transformam o acto de parar, quando a luz está encarnada, num padrão de comportamento e numa obrigação. Mencionar isto é trazer para o relato o modo por que o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno dele.

O ponto de vista externo pode reproduzir de forma bastante aproximada o modo por que as regras funcionam como tais, relativamente à vida de certos membros do grupo, nomeadamente dos que rejeitam as respectivas regras e só se preocupam com elas quando e porque consideram que provavelmente se seguirão consequências desagradáveis à respectiva violação: o seu ponto de vista necessitará para se exprimir de frases como «Estava obrigado a fazer tal», «Provavelmente sofrerei por causa disso, se...», «Provavelmente sofrerás por causa disso se...», «Far-te-ão aquilo se...». Mas não precisarão de formas de expressão como «tinha a obrigação» ou «tens a obrigação» porque estas são exigidas só por aqueles que vêm a sua própria conduta e a das outras pessoas do ponto de vista interno. O que o ponto de vista externo, que se limita a regularidades observáveis de comportamento, não pode reproduzir é o modo pelo qual as regras funcionam como regras relativamente às vidas daqueles que são normalmente a maioria da sociedade. Estes são os funcionários, os juristas ou as pessoas particulares que as usam, em situações sucessivas, como guias de conduta da vida social, como base para pretensões, pedidos, confissões, críticas ou castigos, nomeadamente em todas as circunstâncias negociais familiares da vida, de harmonia com as regras. Para eles, a violação da regra não é apenas uma base para a predição de que se seguirá uma reacção hostil, mas uma *razão* para a hostilidade.

Em qualquer momento dado, a vida de uma sociedade que decorre de harmonia com regras, jurídicas ou não, provavelmente virá a consistir numa tensão entre os que, por um lado, aceitam e cooperam voluntariamente na manutenção das regras, e assim vêem o seu próprio comportamento e o das outras pessoas em termos de regras e os que, por outro lado, rejeitam as regras e atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de possível castigo. Uma das dificuldades que confrontam qualquer teoria jurídica empenhada em fazer justiça à complexidade dos factos consiste em lembrar-se da presença de ambos estes pontos de vista e não definir um deles como não existente. Talvez todas as nossas críticas acerca

da teoria das obrigações em termos de predição possam ser melhor sintetizadas na acusação de que isto é o que ela faz ao aspecto interno de regras obrigatórias.

3. Os Elementos do Direito

É claro que é possível imaginar uma sociedade sem poder legislativo, tribunais ou funcionários de qualquer espécie. Na verdade, há muitos estudos de comunidades primitivas que não só sustentam que esta possibilidade ocorreu, mas descrevem em detalhe a vida de uma sociedade na qual o único meio de controlo social é a atitude geral do grupo para com os seus modos-padrão de comportamento, em termos daquilo que caracterizamos como regras de obrigação. Uma estrutura social deste tipo é frequentemente descrita como uma estrutura baseada no «costume»; mas não usaremos este termo, porque frequentemente assume de forma implícita que as regras consuetudinárias são muito antigas e mantidas com menor pressão social do que as outras regras. Para evitar estas implicações, referir-nos-emos a tal estrutura social como uma estrutura integrada por regras primárias de obrigação. Se uma sociedade tiver de viver apenas com base em tais regras primárias, há certas condições que devem claramente estar satisfeitas, uma vez admitidas algumas das mais óbvias verdades acerca da natureza humana e do mundo em que vivemos. A primeira destas condições é a de as regras deverem conter, de alguma forma, restrições ao livre uso da violência, ao furto e à fraude a que os seres humanos estão tentados, mas que devem em geral reprimir, se pretendem coexistir em estreita proximidade uns com os outros. Tais regras encontram-se sempre de facto nas sociedades primitivas de que temos conhecimento, juntamente com uma variedade de outras regras que impõem vários deveres positivos aos indivíduos, de execução de serviços ou de prática de contribuições para a vida comum. Em segundo lugar, embora tal sociedade possa mostrar a tensão, já descrita, entre os que aceitam as regras e os que as rejeitam, salvo quando o medo da pressão social os leva a conformar-se com elas, é evidente que os últimos não podem deixar de ser uma minoria, se uma sociedade de pessoas organizada de forma tão rudimentar e em que todas elas são aproximadamente iguais em força física, pretender manter-se; pois, de outro modo, os que rejeitam as regras, teriam uma pressão social demasiado pequena a temer. Isto mesmo é confirmado também pelo que sabemos das comunidades primitivas em que, embora haja dissidentes e malfei-

tores, a maioria vive segundo as regras consideradas de um ponto de vista interno.

Mais importantes para o nosso presente propósito são as considerações que se seguem. É evidente que só uma pequena comunidade estreitamente ligada por laços de parentesco, sentimentos comuns e crenças e fixada num ambiente estável poderia viver com êxito em tal regime de regras não oficiais. Em quaisquer outras circunstâncias, uma tão simples forma de controlo social deverá revelar-se deficiente e exigirá um complemento de diferentes modos. Em primeiro lugar, as regras segundo as quais o grupo vive não formarão um sistema, mas serão simplesmente um conjunto de padrões separados, sem qualquer identificação ou marca comum, excepto, claro, a de que são regras aceites por um grupo particular de seres humanos. Nesta medida, as regras assemelhar-se-ão às nossas próprias regras de etiqueta. Dai que, se surgirem dúvidas acerca de quais são as regras ou acerca do preciso âmbito de certa regra dada, não haja um processo para resolver esta dúvida, quer por referência a um texto dotado de autoridade, quer a um funcionário cujas declarações sejam neste ponto dotadas de autoridade. Porque evidentemente tal processo e o reconhecimento, quer do texto, quer das pessoas dotadas de autoridade, envolve a existência de regras de um tipo diferente das regras de obrigação ou dever, que são *ex hypothesi* tudo o que o grupo tem. Este defeito na estrutura social simples das regras primárias pode ser designado como a sua *incerteza*.

Um segundo defeito é o carácter *estático* das regras. O único modo de alteração das regras conhecido de tal sociedade será o processo lento de crescimento, através do qual os tipos de conduta primitivamente pensados como facultativos se tornaram primeiramente habituais ou usuais e, depois, obrigatórios e o processo inverso de enfraquecimento que ocorre quando os desvios, outrora tratados com severidade, são primeiro tolerados e depois passam despercebidos. Não haverá em tal sociedade um meio de adaptar deliberadamente as regras às circunstâncias em mutação, quer através da eliminação das regras antigas ou da introdução de regras novas: porque, de novo, a possibilidade de fazer isto pressupõe a existência de regras de um tipo diferente das regras primárias de obrigação pelas quais a sociedade exclusivamente vive. Num caso extremo, as regras podem ser estáticas num sentido mais drástico. Isto, embora talvez nunca ocorra plenamente em qualquer comunidade existente, merece ser considerado, porque o remédio para tal é algo muito característico do direito. Neste caso extremo, não só não haveria forma de mudar deliberadamente as regras gerais, mas as obrigações que surgem a partir das regras em

casos particulares não podiam ser diversificadas ou modificadas pela escolha deliberada de qualquer indivíduo. Cada indivíduo teria simplesmente obrigações ou deveres fixos de fazer ou de abster-se de fazer certas coisas. Podia na verdade dar-se muito frequentemente o caso de que outros beneficiassem do cumprimento destas obrigações; contudo, se houvesse só regras de obrigação, estas não teriam poder para eximir do cumprimento as pessoas vinculadas ou para transferir para outros os benefícios que adviriam do cumprimento. Porque tais actos de liberação ou de transferência criam alterações nas posições iniciais dos indivíduos sujeitos às regras primárias de obrigação e, para que estes actos sejam possíveis, devem existir regras de uma espécie diferente das regras primárias.

O terceiro defeito desta forma simples de vida social é a *ineficácia* da pressão social difusa pela qual se mantêm as regras. As disputas sobre se uma regra admitida foi ou não violada ocorrerão sempre e continuarão interminavelmente em qualquer sociedade, excepto nas mais pequenas, se não houver uma instância especialmente dotada de poder para determinar, de forma definitiva e com autoridade, o facto da violação. A falta de tais determinações de forma definitiva e dotadas de autoridade deve distinguir-se de um ou outro ponto fraco associado com ela. Trata-se do facto de que os castigos pela violação das regras e outras formas de pressão social implicando esforço físico ou o uso da força não são aplicados por uma instância especial, mas são deixados aos indivíduos ofendidos ou ao grupo em geral. É óbvio que a perda de tempo acarretada pelos esforços não organizados do grupo para prender e punir os violadores e as vinganças latentes que podem resultar da auto-defesa, na ausência de um monopólio oficial das «sanções», podem ser sérias. A história do direito, todavia, sugere insistentemente que a falta de instâncias oficiais para determinar com autoridade o facto da violação das regras constitui um defeito muito mais grave; porque muitas sociedades remediaram este defeito muito antes do outro.

O remédio para cada um destes três defeitos principais, nesta forma mais simples de estrutura social, consiste em complementar as regras *primárias* de obrigação com regras *secundárias*, as quais são regras de diferente espécie. A introdução de um correctivo para cada defeito poderia em si ser considerado um passo na passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico, uma vez que cada um desses remédios traz consigo muitos elementos que vão permear o direito: os três remédios em conjunto são sem dúvida o bastante para converter o regime de regras primárias naquilo que é indiscutivelmente um sistema jurídico. Consideraremos sucessivamente cada um destes remédios e

mostraremos por que razão o direito pode ser caracterizado de modo mais esclarecedor como uma união de regras primárias de obrigação com tais regras secundárias. Contudo, antes de fazermos isto, devem notar-se os seguintes pontos de ordem geral: embora os remédios consistam na introdução de regras que são certamente diferentes umas das outras, assim como das regras primárias de obrigação a que servem de complemento, têm aspectos importantes em comum e estão ligadas de vários modos. Por isso, pode dizer-se de todas elas que estão num plano diferente das regras primárias, porque são todas *relativas* a tais regras; isto no sentido de que, enquanto as regras primárias dizem respeito às acções que os indivíduos devem ou não fazer, essas regras secundárias respeitam todas às próprias regras primárias. Especificam os modos pelos quais as regras primárias podem ser determinadas de forma concludente, ou ser criadas, eliminadas e alteradas, bem como o facto de que a respectiva violação seja determinada de forma indubitável.

A forma mais simples de remédio para a incerteza do regime das regras primárias é a introdução daquilo a que chamaremos uma «regra de reconhecimento»^(*). Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce. A existência de tal regra de reconhecimento pode tomar uma qualquer de entre uma vasta variedade de formas, simples ou complexas. Pode, como no direito primitivo de muitas sociedades, não ser mais do que o facto de se encontrar numa lista ou texto das regras, dotados de autoridade, num documento escrito, ou gravados em qualquer monumento público. Sem dúvida e enquanto questão de natureza histórica, esta passagem do pré-jurídico para o jurídico pode ser executada por estádios distintos, dos quais o primeiro é a pura e simples redução a escrito das regras até então não escritas. Este não é em si o passo crucial, embora seja muito importante: o que é crucial é o reconhecimento da referência ao escrito ou à inscrição *enquanto dotados de autoridade*, isto é, como o modo *adequado* à eliminação das dúvidas acerca da existência da regra. Onde exista tal reconhecimento, existe uma forma muito simples de regra secundária: uma regra para a identificação concludente das regras primárias de obrigação.

Num sistema jurídico desenvolvido, as regras de reconhecimento são, claro, mais complexas; em vez de regras de identificação por

(*) No original inglês, «rule of recognition».

referência exclusivamente a um texto ou lista, fazem-no por referência a alguma característica geral possuída pelas regras primárias. Tal pode consistir no facto de terem sido legisladas por um certo órgão ou pela sua longa prática consuetudinária ou pela sua relação com decisões judiciais. Além disso, quando mais do que uma de tais características gerais são tratadas como critérios de identificação, pode decidir-se o conflito possível entre elas através da ordenação das mesmas por um critério de superioridade, tal como a subordinação comum do costume ou do precedente à lei, sendo a última uma «fonte superior» do direito. Tal complexidade pode fazer que as regras de reconhecimento num moderno sistema jurídico pareçam muito diferentes da aceitação simples de um texto dotado de autoridade; contudo, mesmo nesta forma mais simples, tal regra traz consigo muitos elementos distintivos do direito. Ao conferir uma marca dotada de autoridade, introduz, embora numa forma embrionária, a ideia de sistema jurídico: porque as regras não são agora apenas um conjunto discreto e desconexo, mas estão, de um modo simples, unificadas. Acresce que, na simples operação da identificação de uma dada regra como possuindo o aspecto exigido de se tratar de um elemento da lista de regras dotada de autoridade, temos o germe da ideia de validade jurídica.

O remédio para a qualidade *estática* do regime de regras primárias consiste na introdução do que chamaremos «regras de alteração»^(*). A forma mais simples de tal regra é a que confere poder a um indivíduo ou a um corpo de indivíduos para introduzir novas regras primárias para a conduta da vida do grupo, ou de certa classe dentro dele, e para eliminar as regras antigas. Como já sustentámos no Capítulo IV, é em termos de tal regra, e não em termos de ordens baseadas em ameaças, que as ideias de acto legislativo e de revogação devem ser compreendidas. Tais regras de alteração podem ser muito simples ou muito complexas: os poderes atribuídos podem ser isentos de restrições ou limitados de várias maneiras; e as regras podem, além de especificar quais as pessoas que devem legislar, definir em termos mais ou menos rígidos o processo a seguir-se na legislação. Evidentemente, haverá uma conexão muito estreita entre as regras de alteração e as regras de reconhecimento: porque, quando as primeiras existirem, as últimas terão necessariamente de incorporar uma referência à legislação como um aspecto identificador das regras, embora não necessitem de referir todos os detalhes processuais envolvidos na

(*) No original inglês, «rules of change».

legislação. Normalmente constituirá prova suficiente de promulgação devida, segundo as regras de reconhecimento, qualquer certificado ou cópia oficiais. Claro que, se existir uma estrutura social tão simples que a única «fonte de direito» seja a legislação, a regra de reconhecimento limitar-se-á a especificar a promulgação como a única marca identificadora ou critério de validade das regras. Tal será o caso, por exemplo, do reino imaginário de Rex I descrito no Capítulo IV: aí a regra de reconhecimento seria simplesmente a de que tudo o que Rex I estatui é direito.

Já descrevemos com algum detalhe as regras que atribuem poder aos indivíduos para alterar as suas posições iniciais sob o domínio das regras primárias. Sem tais regras privadas de atribuição de poder, faltariam à sociedade algumas das principais facilidades que o direito lhe confere. Porquê, dos actos que estas regras tornam possíveis, são a outorga de testamentos, contratos, transferências de propriedade e muitas outras estruturas voluntariamente criadas de direitos e deveres que tipificam a vida sob o império do direito, embora, claro, uma forma elementar de regra de atribuição de poder subjaza à instituição moral de uma promessa. O parentesco destas regras com as regras de alteração implicadas na ideia de legislação é claro, e, tal como mostrou uma teoria tão recente como a de Kelsen, muitos dos aspectos que nos intrigam nas instituições do contrato ou da propriedade são clarificados, se se pensar nos actos de celebração de um contrato ou de transferência de propriedade, como exercício de poderes legislativos limitados por indivíduos.

O terceiro complemento ao regime simples das regras primárias, destinado a remediar a *ineficácia* da sua pressão social difusa, consiste em regras secundárias que dão o poder aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade respeitantes à questão sobre se, numa ocasião concreta, foi violada uma regra primária. A forma mínima de julgamento^(*) consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias que atribuem o poder de as proferir como «regras de julgamento»^(**). Além de identificar os indivíduos que devem julgar, tais regras definirão também o processo a seguir. Tal como as outras regras secundárias, estas acham-se num nível diferente das regras primárias: embora possam ser reforçadas por regras ulteriores que imponham deveres aos juizes para julgar, não impõem deveres mas atribuem poderes judiciais e um estatuto especial às declarações judiciais sobre a violação de obrigações. De

(*) Em inglês, «*adjudication*».

(**) No original inglês, «*rules of adjudication*».

novo estas regras, tal como as outras regras secundárias, definem um grupo de conceitos jurídicos importantes: neste caso, os conceitos de juiz ou tribunal, jurisdição e sentença. Além destas semelhanças com outras regras secundárias, as regras de julgamento têm conexões íntimas com elas. Na verdade, um sistema que tem regras de julgamento, está necessariamente ligado a uma regra de reconhecimento de uma espécie elementar e imperfeita. Isto é assim porque, se os tribunais tiverem poderes para proferir determinações dotadas de autoridade quanto ao facto de uma regra ter sido violada, estas não podem deixar de ser tomadas como determinações dotadas de autoridade daquilo que as regras são. Por isso, a regra que atribui jurisdição será também uma regra de reconhecimento que identifica as regras primárias através das sentenças dos tribunais e estas sentenças tornar-se-ão uma «fonte» de direito. É verdade que esta forma de regra de reconhecimento, inseparável da forma mínima de jurisdição, será muito imperfeita. Diferentemente do texto dotado de autoridade ou de um livro de leis, as sentenças podem não ser proferidas em termos gerais e o seu uso como guias dotados de autoridade relativamente às regras depende de uma inferência, de certo modo pouco segura, a partir de decisões concretas, e a confiança em tal deve flutuar não só com a perícia do intérprete, mas também com a coerência dos juizes.

É praticamente desnecessário dizer que em poucos sistemas jurídicos os poderes judiciais são limitados às determinações dotadas de autoridade respeitantes ao facto da violação das regras primárias. A maior parte dos sistemas viu, depois de algum tempo, as vantagens duma maior centralização da pressão social e proibiu parcialmente o uso de castigos físicos ou de auto-defesa violenta por parte de indivíduos privados. Em vez disso, os sistemas jurídicos complementaram as regras primárias de obrigação com ulteriores regras secundárias e conferiram aos juizes, quando estes tenham apurado o facto da violação, o poder exclusivo de determinar a aplicação de penas por outros funcionários. Estas regras secundárias atribuem as «sanções» oficiais centralizadas do sistema.

Se voltarmos atrás e considerarmos a estrutura que resultou da combinação das regras primárias de obrigação com as regras secundárias de reconhecimento, alteração e julgamento, é evidente que temos aqui não só o coração de um sistema jurídico, mas um instrumento poderosíssimo para a análise de muito daquilo que tem intrigado, quer o jurista, quer o teórico político.

Não só os conceitos jurídicos específicos com que o jurista se ocupa profissionalmente, tais como os de obrigação e direitos, validade e fontes do direito, legislação e jurisdição, como também a

sanção, são melhor elucidados nos termos desta combinação de elementos. Os conceitos (que abarcam igualmente o direito e a teoria política) de Estado, de autoridade e de funcionário exigem uma análise semelhante, se se pretender dissipar a obscuridade que ainda paira sobre eles. A razão por que a análise nestes termos de regras primárias e secundárias tem por este poder explicativo não deve buscar-se longe. A maior parte das obscuridades e distorções que rodeiam os conceitos jurídicos e políticos surge do facto de que estes envolvem, de forma essencial, uma referência àquilo que chamámos o ponto de vista interno: o ponto de vista dos que não se limitam a anotar e a predizer o comportamento conforme às regras, mas que *usam* as regras como padrões para a apreciação do comportamento próprio e dos outros. Isto exige uma atenção mais detalhada na análise dos conceitos jurídicos e políticos do que a que tem usualmente recebido. Sob o regime simples de regras primárias, o ponto de vista interno manifesta-se na sua forma mais simples, no uso daquelas regras como base de crítica e como justificação das pretensões de conformidade, pressão social e castigo. Exige-se uma referência a esta manifestação mais elementar do ponto de vista interno para a análise dos conceitos básicos de obrigação e dever. Com o aditamento ao sistema das regras secundárias, o âmbito do que se diz e faz do ponto de vista interno é muito ampliado e diversificado. Com esta extensão surge todo um conjunto de novos conceitos e estes exigem uma referência ao ponto de vista interno para a respectiva análise. Tais conceitos incluem as noções de legislação, jurisdição, validade e, em geral, de poderes jurídicos, privados e públicos. Há uma tendência constante no sentido de uma análise destes em termos de discurso ordinário ou científico, de expressão fáctica ou implicando predição. Mas isto apenas consegue reproduzir o seu aspecto externo: para fazer justiça ao aspecto interno que os distingue, precisamos de ver os modos diferentes pelos quais os actos de criação de direito pelo legislador, de julgamento por um tribunal, o exercício de poderes privados ou oficiais e outros «actos regidos pelo direito»^(*) estão relacionados com as regras secundárias.

No próximo capítulo mostraremos como as ideias de validade do direito e de fontes do direito, e as verdades latentes entre os erros das doutrinas da soberania podem ser reformuladas e clarificadas em termos de regras de reconhecimento. Mas concluiremos este capítulo com uma prevenção: embora a combinação das regras primárias e

(*) Em inglês, «*acts-in-the-law*».

secundárias mereça o lugar central que lhe é atribuído, porque explica muitos aspectos do direito, não pode por si só iluminar todos os problemas. A união de regras primárias e secundárias está no centro de um sistema jurídico; mas não é o todo, e à medida que nos afastarmos do centro teremos de acomodar, pelos modos indicados nos capítulos seguintes, elementos de uma natureza diferente.