

H. L. A. HART

---

# O Conceito de Direito

3.<sup>a</sup> 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)

A  
J.H.

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

## NOTA PRÉVIA DO TRADUTOR <sup>(\*)</sup>

O livro de H.L.A. Hart, cuja tradução a Fundação Calouste Gulbenkian apresenta agora ao público de língua portuguesa, é uma obra que goza de um grande prestígio entre os cultores da filosofia do direito e da teoria geral do direito. Trata-se de um livro que revela um grande rigor de análise, encadeando-se os raciocínios e argumentações sobre a natureza do direito, sobre a distinção dos conceitos de leis, comandos e ordens, sobre as relações entre o soberano e o súbdito, sobre as relações entre a justiça e a moral e entre esta e o direito. Em especial, a concepção do Professor de Oxford que considera o direito como uma união de regras primárias e secundárias tem sido alvo de vivo debate entre os filósofos do direito no último quarto de século.

O tradutor procurou apresentar uma versão fiel do pensamento de Hart, mas a sua tarefa não foi fácil, nomeadamente porque não existe em Portugal uma experiência de versão em língua portuguesa de obras jurídicas inglesas ou norte-americanas. Procurando respeitar o desejo do autor, de reduzir ao mínimo as notas de pé de página, o tradutor evitou incluir notas da sua responsabilidade, só o fazendo quando considerou conveniente indicar as expressões utilizadas na língua inglesa pelo autor ou dar uma breve explicação sobre normas, institutos ou referências com os quais o leitor português não está familiarizado. Tais notas aparecem na tradução assinaladas com asterisco. Porque esta tradução se destina em larga medida a estudantes de direito, pareceu conveniente incluir no final um glossário de palavras ou expressões latinas utilizadas na obra, atendendo a que deixou de ser obrigatório o estudo de latim no ensino secundário para os estudantes que pretendem ingressar nas faculdades de direito.

Esta tarefa não teria sido seguramente levada a cabo se não fosse o auxílio valioso e constante do Sr. Dr. José de Sousa e Brito, profundo conhecedor da filosofia analítica inglesa e discípulo de Hart. Este projecto de tradução partiu, aliás, do Dr. Sousa e Brito, tendo sido apresentado por ele e pelo ora tradutor à Fundação Calouste Gulbenkian há cerca de onze anos, só agora tendo sido possível a respectiva concretização. Duas últimas palavras de reconhecimento são devidas à Sr.ª Dr.ª Ana de Freitas, encarregada de proceder à revisão da tradução, e ao irmão do tradutor, Dr. Fernando Ribeiro Mendes, pelas sugestões que fizeram em momentos diferentes da preparação desta versão.

## NOTA DOS EDITORES

Decorridos alguns anos desde a sua publicação, *O Conceito de Direito* transformou o modo como era compreendida e estudada a Teoria Geral do Direito <sup>(\*)</sup> no mundo de língua inglesa e fora dele. O seu enorme impacto deu origem a uma multiplicidade de publicações que discutem o livro e as suas doutrinas, e isso não só no contexto da Teoria Jurídica, como também no da Filosofia Política e da Filosofia Moral.

Durante muitos anos, Hart acalentou no espírito a ideia de aditar um capítulo ao livro *O Conceito de Direito*. Não desejava retocar o texto, cuja influência tão grande tem sido, e, de harmonia com o seu desejo, publica-se aqui esse texto inalterado, salvo correcções menores. Mas o autor queria dar resposta às muitas discussões sobre o livro, para defender a sua posição contra os que o interpretaram incorrectamente, refutando as críticas infundadas, e — facto que assumia igual importância a seus olhos — aceitando a procedência das críticas justificadas e sugerindo modos de adaptar as doutrinas da obra para ir ao encontro desses pontos. A circunstância de o novo capítulo — concebido, em primeiro lugar, como um prefácio, mas, no fim, como um pós-escrito — estar inacabado ao tempo da sua morte, apenas em parte se ficou a dever ao seu perfeccionismo meticuloso. Tal ficou a dever-se também às suas dúvidas persistentes sobre a bondade do projecto e à angustiante incerteza sobre se conseguiria estar à altura do vigor e do carácter penetrante das teses da obra, tais como haviam sido originalmente concebidas. Não obstante, e com muitas interrupções, perseverou no trabalho sobre o pós-escrito, achando-se quase completo, na altura da sua morte, o primeiro dos dois capítulos <sup>(\*)</sup> projectados.

Quando Jennifer Hart nos pediu para vermos os seus papéis e para decidirmos se havia neles algo susceptível de ser publicado, a nossa primeira ideia foi a de não deixar que se publicasse qualquer texto com o qual Hart não teria ficado satisfeito. Ficámos, por isso, encantados ao descobrir que, na sua maior parte, o primeiro capítulo <sup>(\*)</sup> do pós-escrito se achava em estágio final de redacção. Descobrimos apenas notas manuscritas destinadas ao segundo capítulo <sup>(\*)</sup>, mas estas eram demasiado fragmentárias e incipientes para serem susceptíveis de publicação. Em contraste com isto, o primeiro capítulo <sup>(\*)</sup>

aparecia em diversas versões, tendo sido dactilografado, revisto, tornado a dactilografar e revisto de novo. Mesmo a versão mais recente não tinha, obviamente, sido encarada por ele como tendo alcançado a forma definitiva. Há numerosas alterações a lápis e a esferográfica. Além disso, Hart não eliminou as versões mais antigas, parecendo, antes, ter continuado a trabalhar em qualquer das versões que tivesse à mão. Embora isto tornasse mais difícil a tarefa de edição, as alterações introduzidas durante os dois últimos anos foram, sobretudo, mudanças de matiz estilístico, o que, em si, indicava que ele se achava satisfeito, no essencial, com o texto, tal como estava.

A nossa tarefa consistiu em comparar as versões alternativas, e, quando estas não tinham correspondência entre si, em determinar se as partes do texto que apenas figuravam numa delas estavam ausentes das outras porque o autor as abandonara, ou porque nunca chegara a ter uma versão que incorporasse todas as emendas. O texto publicado inclui todas as emendas que não foram eliminadas por Hart e que aparecem em versões do texto que ele tinha continuado a rever. Por vezes, o próprio texto era incoerente. Isso deve, frequentemente, ter resultado de confusões de leitura do manuscrito pelo dactilógrafo, cujas incorrecções Hart nem sempre detectava. Outras vezes, tal ficou, sem dúvida, a dever-se ao modo natural como as frases saem deturpadas no decurso da redacção, para serem corrigidas na versão final, não tendo ele tido já vida para o fazer. Nestes casos, tentámos reconstituir o texto original ou captar de novo, com a mínima intervenção, o pensamento de Hart. Surgiu um problema especial com a secção 6 (sobre o poder discricionário<sup>(1)</sup>). Encontrámos duas versões do parágrafo inicial, uma numa cópia que terminava nesse ponto, e outra numa cópia que continha o resto da secção. Como a versão truncada se encontrava numa cópia que incorporava muitas das suas mais recentes revisões e nunca foi por ele eliminada, e como ela é consonante com a discussão geral constante do pós-escrito, decidimos permitir que ambas as versões fossem publicadas, aparecendo em nota final aquela em que não aparecia a continuação do texto.

Hart nunca mandou dactilografar as notas que continham, na sua maior parte, referências bibliográficas. Tinha uma versão manuscrita das notas, sendo a respectiva inserção mais facilmente localizada na cópia dactilografada mais antiga do texto principal. Mais tarde, aditou ocasionalmente referências em comentários marginais, mas estavam, na sua maioria, incompletas, por vezes não indicando mais do que a necessidade de localizar a referência. Timothy Endicott procedeu à verificação de todas as referências, localizou as que estavam incompletas e aditou as referências das obras, quando Hart citava Dworkin ou o parafraseava de perto, sem indicar a fonte. Endicott corrigiu também o texto, quando as citações eram inexactas. No decurso deste trabalho, que envolveu uma vasta pesquisa e largo engenho, sugeriu também, em conformidade com as linhas orientadoras da edição acima traçadas, várias correcções ao texto principal, que acolhemos com gratidão.

Não restam dúvidas no nosso espírito de que Hart, se tivesse tido a oportunidade, teria burilado mais o texto e tê-lo-ia melhorado, antes de o publicar. Mas cremos que o pós-escrito agora publicado contém a sua resposta ponderada a muitos dos argumentos de Dworkin<sup>(2)</sup>.

P.A.B.  
J.R.

## PREFÁCIO

Foi meu desígnio neste livro aprofundar a compreensão do direito, da coerção e da moral como fenómenos sociais diferentes mas relacionados. Embora seja primariamente destinado aos estudantes de direito, espero que possa também servir àqueles cujos principais interesses recaem na filosofia moral ou política, ou na sociologia, mais do que no direito. O jurista considerará o livro como um ensaio sobre teoria jurídica analítica<sup>(1)</sup>, porque diz respeito à clarificação do quadro geral do pensamento jurídico, em vez de respeitar à crítica do direito ou da política legislativa. Além disso, em muitos pontos, suscitei questões que, bem pode dizer-se, se referem aos significados de palavras. Assim, considere como «ser obrigado» difere de «ter uma obrigação»; como a afirmação de que uma regra é uma regra válida de direito difere de uma predição sobre o comportamento de funcionários<sup>(2)</sup>; aquilo que se quer significar com a afirmação de que um grupo social observa uma regra e como tal difere da asserção e se assemelha a ela de que os seus membros fazem habitualmente certas coisas. Na verdade, um dos temas centrais do livro é o de que nem o direito, nem qualquer outra forma de estrutura social podem ser compreendidos, sem uma apreciação de certas distinções cruciais entre duas espécies diferentes de afirmação a que eu chamei «interna» e «externa» e que podem ambas ser feitas, sempre que são observadas regras sociais.

Não obstante a sua preocupação com a análise, o livro poder ser também encarado como um ensaio de sociologia descritiva; porque

<sup>(1)</sup> No original inglês, *analytical Jurisprudence*. O termo inglês *Jurisprudence* designa a Teoria Geral do Direito, embora, por vezes, surja traduzido com menor propriedade como Filosofia do Direito ou Ciência do Direito. R.W.M. Dias considera expressamente que a *Jurisprudence* anglo-americana corresponde à *Théorie Générale du Droit* francesa, sendo uma disciplina que se ocupa da «estrutura, dos usos e do funcionamento do direito e dos conceitos jurídicos». (*Jurisprudence*, 4.<sup>a</sup> ed., Londres, 1976, pág. 2). [N.T.]

<sup>(2)</sup> Traduzimos o vocábulo inglês «*officials*» por vezes como «funcionários» e, outras vezes, como «autoridades», consoante o contexto respectivo. Pareceu especialmente adequado o termo «autoridades» quando utilizado a propósito dos funcionários administrativos, nomeadamente os policiais, que gozam de poderes de autoridade, e dos

a sugestão de que as investigações sobre os significados das palavras apenas lançam luz sobre palavras é falsa. Muitas distinções importantes, que não são imediatamente óbvias, entre tipos de situações ou relações sociais, podem ser mais bem trazidas à luz por um exame dos usos-padrão de expressões relevantes e do modo por que estes dependem de um contexto social, ele próprio deixado frequentemente por afirmar. Neste campo de estudos é particularmente verdade que podemos usar, como disse o Professor J.L. Austin, «uma consciência afiada das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenómenos».

Em óbvia e larga medida, estou em dívida para com os outros autores; na verdade, muito deste livro denota preocupação com as deficiências de um modelo simples de sistema jurídico, construído segundo as linhas da teoria imperativa de Austin. Mas o leitor encontrará no texto muito poucas referências a outros autores e muito poucas notas de pé de página. Em vez disso, encontrará extensas notas no fim do livro, destinadas a ser lidas depois de cada capítulo; aí, os pontos de vista expressos no texto são relacionados com os dos meus predecessores e contemporâneos e fazem-se sugestões quanto ao modo pelo qual a argumentação pode ser levada mais além nos seus escritos. Adoptei esta sequência, em parte porque a argumentação do livro é contínua, de tal modo que a comparação com outras teorias interrompê-la-ia. Mas também tive uma finalidade pedagógica: espero que esta solução possa desencorajar a crença de que um livro sobre teoria jurídica é antes de mais um livro a partir do qual se aprende o que outros livros contêm. Enquanto esta crença for mantida pelos que escrevem, far-se-ão poucos progressos na matéria; e enquanto for mantida pelos que lêem, o valor educativo da matéria há-de ser muito pequeno.

Há demasiados anos que estou em dívida para com demasiados amigos, para ser agora capaz de identificar todas as minhas obrigações. Mas tenho uma dívida especial a reconhecer perante o Sr. A.M. Honoré, cujas críticas detalhadas detectaram muitas confusões de pensamento e infelicidade de estilo. Tentei eliminá-las, mas receio que tenha ficado muito do que ele desaprovava. Devo a conversas com o Sr. G.A. Paul o que houver de valor na filosofia política deste livro e na sua reinterpretação do direito natural, e tenho de lhe agradecer por ter lido as provas tipográficas. Estou igualmente muito grato ao Dr. Rupert Cross e ao Sr. P.F. Strawson, que leram o texto, pelos seus benéficos conselhos e críticas.

Oxford, Fevereiro de 1961

Nos últimos dez anos, formou-se uma considerável literatura crítica à volta deste livro. Aproveitei a oportunidade de uma nova reimpressão para juntar às Notas (na pág. 293) um guia selectivo sobre as principais críticas respeitantes aos pontos de vista expressos no livro e às mais esclarecedoras modificações ou desenvolvimentos destes sugeridos pelos meus críticos. Espero aditar ao livro, em ocasião futura, uma discussão detalhada destas questões <sup>(\*)</sup>.

Oxford, Março de 1972

H.L.A. HART

## QUESTÕES PERSISTENTES

### 1. Perplexidade da teoria jurídica

Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão «O que é o direito?». Mesmo se limitarmos a nossa atenção à teoria jurídica dos últimos 150 anos e deixarmos de lado a especulação clássica e medieval acerca da «natureza» do direito, encontraremos uma situação sem paralelo em qualquer outra matéria estudada de forma sistemática como disciplina académica autónoma. Não existe literatura abundante dedicada a responder às perguntas «O que é a química?» ou «O que é a medicina?», como sucede com a questão «O que é o direito?». Umhas escassas linhas na página inicial de qualquer manual elementar, eis tudo o que o estudante destas ciências é solicitado a considerar; e as respostas que lhe são dadas são de diferente natureza das ministradas ao estudante de direito. Ninguém considerou ser esclarecedor ou importante insistir em que a medicina é «aquilo que os médicos fazem acerca das doenças», ou «um prognóstico sobre o que os médicos farão» ou declarar que aquilo que é normalmente reconhecido como parte característica e central da química, digamos o estudo dos ácidos, na realidade não faz de modo algum parte da química. Todavia, no caso do direito, têm-se dito com frequência coisas que à primeira vista parecem tão estranhas como estas, e não só são ditas, como até sustentadas com eloquência e paixão, como se fossem revelações de verdades sobre o direito, obscurecidas durante muitos anos por erros graves sobre a sua natureza essencial. «O que os funcionários fazem relativamente aos litígios é... o próprio direito»<sup>1</sup>; «Aquilo que

<sup>1</sup> Llewellyn, *The Bramble Bush*, (2.ª ed., 1951), pág. 9.

designo como direito ... são as profecias sobre o que os tribunais farão»<sup>1</sup>; As leis são «fontes de Direito ... não partes do próprio Direito»<sup>2</sup>; «O direito constitucional é apenas a moral positiva»<sup>3</sup>; «Não se deve roubar; se alguém roubar, será punido ... A primeira norma, se chegar a existir, está contida na segunda, que é a única norma genuína ... O Direito é a norma primária que estatui a sanção»<sup>4</sup>.

Estas são apenas algumas das muitas afirmações e negações respeitantes à natureza do direito que à primeira vista, pelo menos, parecem estranhas e paradoxais. Algumas delas parecem entrar em conflito com as crenças mais firmemente enraizadas e ser facilmente refutáveis; de tal forma que nos sentimos tentados a responder «certamente que as leis são direito, pelo menos uma espécie de direito, ainda que haja outras»; «certamente que o direito não pode ser apenas o que os funcionários fazem ou os tribunais farão, uma vez que é preciso uma lei para criar um funcionário ou um tribunal».

Estas afirmações aparentemente paradoxais não foram contudo feitas por visionários ou por filósofos profissionalmente interessados em duvidar das expressões mais simples do senso comum. São o resultado de prolongada reflexão sobre o direito, feita por homens que foram, antes de mais, juristas, ocupados profissionalmente, quer com o ensino do direito, quer com a sua prática, em alguns casos ocupando-se com a aplicação do direito como juizes. Acresce ainda que o que eles disseram acerca do direito fez aumentar efectivamente, no seu tempo e lugar, a nossa compreensão sobre o mesmo. Porque, compreendidas no seu contexto, tais afirmações são *ao mesmo tempo* esclarecedoras e causadoras de perplexidade: assemelham-se mais a grandes exageros de algumas verdades sobre o direito indevidamente esquecidas, do que a definições serenas. Projectam uma luz que nos faz ver muito do que estava escondido no direito; mas a luz é tão brilhante que nos cega para o restante e assim ainda nos deixa sem uma visão clara do todo.

Há um estranho contraste entre este debate teórico infundável e a aptidão com que a maior parte dos homens cita, com facilidade e confiança, exemplos de direito, se tal lhes for pedido. Poucos ingleses ignoram que há uma lei que proíbe o homicídio, ou que exige o

pagamento do imposto de rendimento, ou que estabelece o que tem de fazer-se para se outorgar um testamento válido. Praticamente toda a gente, exceptuados os estrangeiros ou as crianças, que depare com a palavra inglesa «*law*»<sup>(\*)</sup> pela primeira vez, será capaz de multiplicar tais exemplos e a maior parte das pessoas poderá ir mais longe. Poderá descrever, pelo menos nos seus contornos, como se descobre se algo é direito em Inglaterra; sabe que há especialistas a consultar e tribunais que têm uma palavra final a dizer, e dotada de autoridade, em todas estas questões. Muito mais do que isto é seguramente bem conhecido da generalidade. A maior parte das pessoas instruídas tem a ideia de que as leis na Inglaterra formam uma qualquer espécie de sistema e que na França, nos Estados Unidos, na Rússia Soviética e, na verdade, em quase todas as partes do mundo que são consideradas como «países distintos», há sistemas jurídicos que são, de um modo geral, semelhantes na estrutura, não obstante diferenças importantes. Na verdade, teria seriamente falhado uma educação que deixasse as pessoas na ignorância destes factos e dificilmente consideraríamos uma marca de grande sofisticação se os que soubessem tal pudessem dizer também quais os pontos importantes de semelhança entre os diferentes sistemas jurídicos. Poder-se-á esperar que qualquer homem instruído seja capaz de identificar estes aspectos salientes de uma forma esquemática, como a seguir se indica. Eles compreendem: (i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmam direitos e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas.

Se tudo isto é do conhecimento comum, como é que a questão «O que é o direito?» tem persistido e lhe têm sido dadas tantas respostas, tão variadas e extraordinárias? Será porque, além dos casos-padrão nítidos constituídos pelos sistemas jurídicos dos Estados modernos, os quais ninguém em seu juízo duvida de que sejam

(\*) *Law* significa direito (objectivo) ou lei. Deve ter-se presente que a expressão *right* designa o direito subjectivo. Deve ainda atender-se a que *statute* é o vocábulo que designa as leis em sentido formal ou, mais correctamente, os actos que emanam do poder legislativo (do latim *statuere*). Os *Acts of Parliament* são exemplos de *statutes*. Procurou-se aqui traduzir o vocábulo *law* ora por direito, ora por lei e, até, por regras de direito, consoante o contexto.

1 O. W. Holmes, «The Path of Law», in *Collected Papers* (1920), pág. 173.

2 J. C. Gray, *The Nature and Sources of Law*, (1902), art. 276.

3 Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, (1832). Lição VI (edição de 1954, pág. 259).

4 Kelsen, *General Theory of Law and State*, (1949), pág. 61.

sistemas jurídicos, existem também casos duvidosos, sobre cuja «qualidade jurídica» hesitam não só os homens comuns, como os próprios juristas? O direito primitivo e o direito internacional são os principais casos, entre os susceptíveis de dúvida e é notório que muitos acham que há razões, embora usualmente inconclusivas, para negar a correcção do uso agora convencional da palavra «direito» nestes casos. A existência destes casos problemáticos ou capazes de colocar desafios deu, na verdade, origem a uma controvérsia prolongada e algo estéril, mas de certeza que não podem esses casos justificar as perplexidades acerca da natureza geral do direito expressa pela persistente questão «O que é o direito?». Que estes casos não podem ser a raiz da dificuldade parece evidente por duas razões.

Em primeiro lugar, é suficientemente óbvio por que se sente hesitação nestes casos. O direito internacional não tem um poder legislativo, os Estados não podem ser levados perante os tribunais internacionais sem o seu consentimento prévio, e não há um sistema de sanções efectivas centralmente organizado. Certos tipos de direito primitivo, incluindo alguns a partir dos quais certos sistemas jurídicos contemporâneos podem ter evoluído gradualmente, carecem destes aspectos de forma semelhante, e é perfeitamente claro para toda a gente que é o seu desvio nestes pontos do caso-padrão que faz que a sua classificação surja como questionável. Não há nenhum mistério acerca disto.

Em segundo lugar, não é uma peculiaridade de termos complexos como «direito» e «sistema jurídico» que implica que sejamos forçados a reconhecer não só casos-padrão nítidos, mas também casos de fronteira cheios de interrogações. É agora um facto familiar (embora demasiadamente pouco acentuado noutros tempos) que esta distinção deve ser feita no que toca a quase todos os termos gerais que usamos, ao classificar aspectos da vida humana e do mundo em que vivemos. Algumas vezes, a diferença entre o caso-padrão nítido ou paradigma, relativamente ao uso de uma expressão, e os casos discutíveis é apenas uma questão de grau. Um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, sobre se é careca ou não, poderia ser discutida indefinidamente, se valesse a pena ou se dela derivasse qualquer resultado prático.

Por vezes, o desvio do caso-padrão não é uma simples questão de grau, mas surge quando o caso-padrão é de facto um complexo de elementos normalmente concomitantes mas distintos, algum ou

alguns dos quais podem faltar nos casos abertos a disputa. Um barco voador é um «navio»? Ainda se trata de xadrez, se o jogo é disputado sem rainhas? Tais perguntas podem ser instrutivas, porque nos obrigam a reflectir sobre a nossa concepção da composição do caso-padrão e a torná-la explícita; mas é claro que aquilo que se pode designar como o aspecto de fronteira das coisas é demasiado trivial para poder explicar o longo debate acerca do direito. Além disso, só uma parte relativamente pequena e sem importância das teorias do direito mais famosas e controversas se preocupa com a correcção do uso das expressões «direito primitivo» ou «direito internacional» para descrever os casos a que são aplicadas convencionalmente.

Quando reflectimos sobre a aptidão relativamente geral das pessoas para reconhecer e citar exemplos de leis e sobre quanto se conhece em geral sobre o caso-padrão de um sistema jurídico, pareceria que se poderia facilmente pôr fim à questão persistente «O que é o direito?», simplesmente exprimindo uma série de recordações do que já é familiar. Por que razão não nos limitamos a repetir a descrição esquemática dos aspectos salientes de um sistema jurídico interno, a qual pusemos (na página 15), talvez de forma optimista, na boca de um homem instruído? Então podemos dizer simplesmente: «tal é o caso-padrão daquilo que se quer dizer com «direito» e «sistema jurídico»; lembrem-se de que, além destes casos-padrão, irão encontrar também conformações na vida social que, embora partilhem de alguns destes aspectos salientes, também carecem de outros. São casos controvertidos, relativamente aos quais não pode haver argumentos conclusivos pró ou contra a sua classificação como direito».

Um tal tratamento da questão seria agradavelmente breve. Mas não teria mais nada a recomendá-lo. Porque, em primeiro lugar, é claro que aqueles que se sentem mais perplexos com a questão «O que é o direito?» não se esqueceram e não necessitam que se lhes recordem os factos familiares que esta resposta esquemática lhes oferece. A perplexidade profunda que tem mantido viva a pergunta, não é ignorância, esquecimento ou incapacidade de reconhecimento dos fenómenos a que a palavra «direito» normalmente se refere. Mais ainda, se considerarmos os termos da nossa descrição esquemática de um sistema jurídico, é evidente que esta pouco mais faz do que afirmar que num caso-padrão normal aparecem juntas leis de várias espécies. Isto é assim, porque quer o tribunal, quer o poder legislativo, os quais aparecem nesta descrição breve como elementos típicos de um sistema jurídico-padrão, são eles próprios criações do direito. Só quando há certos tipos de leis que dêem aos homens jurisdição para

julgar casos e autoridade para fazer leis é que são criados um tribunal ou um poder legislativo.

Este breve tratamento da questão, o qual pouco mais faz do que recordar ao seu autor as convenções existentes que regem o uso das palavras «direito» e «sistema jurídico», é, por isso, inútil. Claramente, o melhor caminho consiste em diferir a formulação de qualquer resposta à questão «O que é o direito?», até que tenhamos descoberto aquilo que existe acerca do direito que tem efectivamente confundido os que fizeram essa pergunta ou tentaram responder-lhe, mesmo que a sua familiaridade com o direito e a sua capacidade para reconhecer os exemplos estejam fora de questão. Que mais querem saber e por que razão querem sabê-lo? A *esta* questão pode dar-se algo que se assemelhe a uma resposta de ordem geral. Porque há certas questões principais recorrentes que têm constituído um foco constante de argumentos e contra-argumentos sobre a natureza do direito e têm provocado afirmações exageradas e paradoxais sobre o direito, tais como as que já referimos. A especulação sobre a natureza do direito tem uma história longa e complicada; todavia, vista em retrospectiva, é nítido que se centrou quase continuamente sobre alguns pontos principais. Estes não foram gratuitamente escolhidos ou inventados pelo prazer da discussão académica; dizem respeito a aspectos do direito que parecem naturalmente dar origem a incompreensões em todos os tempos, de tal forma que a confusão e uma necessidade consequente de maior clareza acerca deles podem coexistir mesmo nos espíritos de homens avisados, dotados de firme mestria e conhecimento do direito.

## 2. Três questões recorrentes

Distinguiremos aqui três dessas principais questões recorrentes e mostraremos mais tarde por que razão surgem juntas sob a forma de um pedido de *definição* de direito ou de uma resposta à questão «O que é o direito?» ou em questões formuladas de forma mais obscura, tais como «O que é a natureza (ou a essência) do direito?».

Duas destas questões surgem do seguinte modo: a característica geral mais proeminente do direito em todos os tempos e lugares consiste em que a sua existência significa que certas espécies de conduta humana já não são facultativas, mas obrigatórias em *certo* sentido. Contudo, esta característica aparentemente simples do direito não é de facto simples, porque dentro da esfera da conduta obrigatória não facultativa, podemos distinguir formas diferentes.

O sentido primeiro e mais simples em que a conduta já não é facultativa ocorre quando um homem é forçado a fazer o que outro lhe diz, não porque seja fisicamente compelido, no sentido de que o seu corpo é empurrado ou arrastado, mas porque o outro o ameaça com consequências desagradáveis se ele recusar. O assaltante armado ordena à sua vítima que lhe entregue a bolsa e ameaça que lhe dá um tiro se esta recusar; se a vítima acede, referimo-nos à maneira por que foi forçada a agir assim, dizendo que foi *obrigada* a agir assim. Para alguns, tem parecido claro que nesta situação em que uma pessoa dá uma ordem a outra baseada em ameaças, e, neste sentido de «obrigar», o obriga a obedecer, temos a essência do direito, ou, pelo menos, «a chave da ciência do direito»<sup>(1)</sup>. É este o ponto de partida da análise de Austin, a qual tanto tem influenciado a ciência do direito inglesa.

Não há dúvida, claro, de que um sistema jurídico apresenta frequentemente este aspecto, entre outros. Uma lei penal, que declara ser certa conduta crime e que estatui a punição a que o infractor se sujeita, pode parecer ser a situação facilmente identificável do assaltante armado; e a única diferença pode parecer ser uma relativamente de somenos importância, a de que, no caso das leis, as ordens são dirigidas geralmente a um grupo que obedece em regra a tais ordens. Mas, por atraente que possa parecer esta redução do fenómeno complexo do direito a este simples elemento, descobriu-se que, quando examinada de perto, é uma distorção e uma fonte de confusão, mesmo no caso de uma lei penal em que uma análise nestes termos simples parece mais plausível. Então como diferem o direito e a obrigação jurídica das ordens baseada em ameaças e como se relacionam com estas? Tal tem sido em todos os tempos uma questão nuclear latente na pergunta «O que é o direito?».

Uma segunda de tais questões surge de um segundo modo em que uma conduta pode não ser facultativa, mas obrigatória. As regras morais impõem obrigações e retiram certas zonas de conduta da livre opção do indivíduo de agir como lhe apetece. Tal como um sistema jurídico obviamente contém elementos estreitamente ligados com os casos simples de ordens baseadas em ameaças, também contém óbvia e igualmente elementos estreitamente ligados com certos aspectos da moral. Igualmente em ambos os casos existe uma dificuldade em identificar precisamente a relação e uma tentação de ver uma identidade na sua conexão obviamente estreita. Não só o

<sup>1</sup> Austin, *ob. cit.*, Lição I, pág. 13. Ele acrescenta: «e da moral».

<sup>(\*)</sup> No original inglês, «*the key to the science of jurisprudence*».

direito e a moral partilham um vocabulário, de tal modo que há obrigações, deveres e direitos, quer morais, quer jurídicos, mas também todos os sistemas jurídicos internos reproduzem a substância de certas exigências morais fundamentais. O homicídio e o uso gratuito da violência são apenas os exemplos mais óbvios da coincidência entre as proibições do direito e da moral. Mais ainda, existe uma ideia, a de justiça, que parece unir ambos os campos: é simultaneamente uma virtude especialmente apropriada ao direito e a mais jurídica das virtudes. Pensamos e falamos de «justiça, *de harmonia com o direito*» e, todavia, também de justiça ou injustiça *das leis*.

Estes factos sugerem o ponto de vista de que o direito é mais bem compreendido como um «ramo» da moral ou da justiça e de que a respectiva congruência com os princípios da moral e da justiça é da sua «essência», mais do que a sua integração por ordens e ameaças. Esta é a doutrina característica não só das teorias escolásticas do direito natural, mas também de alguma teoria jurídica contemporânea que se mostra crítica face ao «positivismo» jurídico herdado de Austin. Porém, aqui de novo as teorias que fazem esta assimilação estreita do direito e da moral parecem, no fim, confundir frequentemente uma espécie de conduta obrigatória com a outra e deixar espaço insuficiente para as diferenças em espécie entre as regras jurídicas e as morais e para as divergências nas suas exigências. Estas são, pelo menos, tão importantes como a semelhança e a convergência que também podemos descobrir. Assim a asserção de que «uma lei injusta não é lei»<sup>1</sup> tem o mesmo timbre de exagero e paradoxo, se não de falsidade, que as afirmações «as leis do parlamento não são leis» ou «o direito constitucional não é direito». É característico das oscilações entre os extremos, que constituem a história da teoria jurídica, que aqueles que não viram na assimilação estreita do direito e da moral mais do que uma inferência errada do facto de o direito e a moral partilharem um vocabulário comum de direitos e deveres, tivessem protestado contra ela, em termos igualmente exagerados e paradoxais. «As profecias sobre o que os tribunais farão de facto e nada de mais pretencioso, eis o que entendo por direito»<sup>2</sup>.

A terceira questão principal que perenemente suscita a pergunta «O que é o direito?» é uma questão mais geral. À primeira vista, poderia parecer que a afirmação de que um sistema jurídico consiste

<sup>1</sup> «Non videtur esse lex quae justa non fuerit» — Santo Agostinho I, *De Libero Arbitrio*. 5; São Tomás de Aquino, *Summa Theologica*. Quae. XCV, Arts. 2.4.

<sup>2</sup> Holmes, *loc cit.*

pelo menos em geral, em *regras*, dificilmente podia ser posta em dúvida ou tida como difícil de compreender. Quer aqueles que encontraram a chave da compreensão do direito na noção de ordens baseadas em ameaças, quer os que a encontraram na sua relação com a moral ou a justiça, todos falam de igual forma do direito contendo regras, se é que não consistindo largamente em regras. Contudo, subjazem a muitas das perplexidades acerca da natureza do direito a insatisfação, a confusão e a incerteza respeitantes a esta noção aparentemente não problemática. O que *são* regras? O que significa dizer que uma regra *existe*? Os tribunais aplicam a realidade regras ou fingem meramente fazê-lo? Uma vez que a noção seja questionada, como tem sido especialmente na teoria jurídica deste século, surgem importantes divergências de opinião. Limitar-nos-emos a esboçá-las aqui.

Claro que é verdade que existem regras de muitos tipos diferentes, não só no sentido óbvio de que, ao lado das regras jurídicas, há regras de etiqueta e de linguagem, regras de jogos e clubes, mas também no sentido menos óbvio de que, mesmo dentro de qualquer destas esferas, as realidades que se chamam regras podem surgir em modos diferentes e podem ter relações muito diferentes com a conduta a que dizem respeito. Assim, mesmo dentro do direito algumas regras são estabelecidas através de legislação; outras não são feitas por nenhum acto intencional. Mais importante do que isto, algumas regras são imperativas no sentido de que exigem que as pessoas se comportem de certas maneiras, v.g. se abstenham de violências ou paguem impostos, quer o desejem fazer, quer não. Outras regras, como as que prescrevem os procedimentos, formalidades e condições para a celebração de casamentos, testamentos, contratos, indicam o que as pessoas devem fazer para efectivarem seus desejos. O mesmo contraste entre estes dois tipos de regras pode também ver-se entre aquelas regras de um jogo que proibem certos tipos de conduta, sob cominação de um castigo (jogo contrário a regras ou insultos ao árbitro) e aquelas que estabelecem o que deve fazer-se para marcar pontos ou para ganhar. Mas mesmo se não atendermos por ora a esta complexidade e considerarmos apenas a primeira espécie de regra (que é típica do direito criminal) encontramos, mesmo entre autores contemporâneos, a maior divergência de pontos de vista quanto ao significado da asserção de que existe uma regra deste tipo imperativo simples. Na verdade, alguns acham a descrição totalmente misteriosa.

A noção que, a princípio, estamos talvez naturalmente tentados a dar da ideia aparentemente simples de uma regra imperativa tem

breve de ser abandonada. É que dizer que existe uma regra significa somente que um grupo de pessoas, ou a maior parte destas, se comporta «como regra», isto é *geralmente*, de um modo específico similar, em certos tipos de circunstâncias. Assim, dizer que em Inglaterra há uma regra a estabelecer que os homens não devem usar chapéu na igreja ou que uma pessoa se deve levantar quando se toca «Deus Salve a Rainha»<sup>(\*)</sup> significa apenas, neste aspecto da questão, que a maior parte das pessoas faz geralmente estas coisas. Claramente que isto não é suficiente, mesmo se transmite parte do que se quer dizer. A mera convergência de comportamentos entre membros de um grupo social pode existir (todos podem tomar chá regularmente ao pequeno almoço ou ir semanalmente ao cinema) e contudo pode não existir uma regra a *exigi-lo*. A diferença entre as duas situações sociais, de meros comportamentos convergentes e da existência de uma regra social, mostra-se frequentemente de forma linguística. Ao descrevermos a última podemos, embora não seja necessário, usar certas palavras, que seriam enganadoras se só quiséssemos afirmar a primeira. Estas palavras são «ter de»<sup>(\*)</sup>, «dever»<sup>(\*\*)</sup>, «ter o dever de»<sup>(\*\*\*)</sup>, as quais partilham de certas funções comuns, não obstante as diferenças, ao indicarem a presença de uma regra que exige certa conduta. Não há em Inglaterra qualquer regra, nem é verdade, que todas as pessoas tenham de ou tenham o dever de ou devam ir ao cinema todas as semanas: só é verdade que há um hábito regular de ir ao cinema todas as semanas. Mas *há* uma regra a estabelecer que os homens devem descobrir a cabeça na igreja.

Então, qual é a diferença crucial entre o comportamento habitual meramente convergente num grupo social e a existência de uma regra de que as palavras «ter de», «dever» ou «ter o dever de» são muitas vezes um sinal? Na verdade, aqui os juristas teóricos têm-se dividido, especialmente nos nossos dias, quando várias coisas trouxeram esta questão para a primeira linha. No caso de regras jurídicas é muitas vezes sustentado que a diferença crucial (o elemento de «ter de» ou «ter o dever de») reside no facto de que os desvios de certos tipos de comportamento serão provavelmente objecto de reacção hostil, e, no caso das regras jurídicas, serão punidos por funcionários. No caso daquilo a que podem chamar-se meros hábitos de grupo,

(\*) Referência ao hino nacional britânico. No original inglês, «*God Save the Queen*».

(\*\*) No original inglês, «*must*».

(\*\*\*) No original inglês, «*should*».

(\*\*\*\*) No original inglês, «*ought to*».

como o de ir semanalmente ao cinema, os desvios não são objecto de castigo ou mesmo de censura; mas sempre que há regras que exigem certa conduta, mesmo regras não jurídicas, como a que exige que os homens descubram a cabeça na igreja, algo deste tipo é provável que resulte do desvio. No caso de regras jurídicas, a consequência previsível é definida e organizada de forma oficial, enquanto que no caso não jurídico, embora seja provável uma reacção hostil semelhante perante o desvio, esta não é organizada, nem definida em substância.

É óbvio que a previsibilidade do castigo é um aspecto importante das regras jurídicas; mas não é possível aceitar isto como uma descrição exhaustiva do que se quer dizer com a afirmação de que uma regra social existe ou do elemento «ter de» ou «ter o dever de» abrangido nas regras. Há muitas objecções contra esta descrição em termos de previsibilidade, mas uma em particular, que caracteriza toda uma escola de teoria jurídica na Escandinávia, merece consideração cuidadosa. É que, se examinarmos de perto a actividade do juiz ou do funcionário que pune os desvios das regras jurídicas (ou os particulares que reprovam ou criticam os desvios das regras não jurídicas), vemos que as regras estão envolvidas nesta actividade de uma maneira que a descrição em termos de previsibilidade<sup>(\*)</sup> deixa praticamente por explicar. Porque o juiz, ao punir, toma a regra como seu *guia* e a violação da regra como a *razão e justificação* para punir o autor da violação. Ele não considera a regra como uma afirmação de que ele e outros previsivelmente punirão os desvios, embora um espectador pudesse considerar a regra precisamente desta maneira. O aspecto de previsibilidade da regra (embora suficientemente real) é irrelevante para os seus objectivos, enquanto que o respectivo estatuto como guia e justificação é essencial. O mesmo é verdade quanto às censuras informais proferidas por causa da violação de regras não jurídicas. Também estas não são meras reacções previsíveis aos desvios, mas algo a que a existência da regra serve de guia e é considerado como justificação. Por isso, dizemos que censuramos ou castigamos um homem *porque* violou a regra e não meramente que era provável que o censuráramos ou castigaríamos.

Contudo, entre os críticos que suscitaram estas objecções à descrição em termos de previsibilidade, alguns confessam que há aqui algo de obscuro; algo que resiste a uma análise em termos

(\*) No original inglês, «*predictive account*».

claros, precisos e factuais. Que *pode* haver numa regra, para além da punição ou censura regulares e, por isso, previsíveis daqueles que se desviam dos padrões usuais de conduta, que a distinga de um simples hábito de grupo? Pode realmente existir algo para além destes factos claramente determináveis, algum elemento extra que guie o juiz e o justifique ou lhe dê uma razão para punir? A dificuldade de dizer o que é exactamente este elemento extra levou estes críticos da teoria da previsibilidade neste ponto a insistir em que toda a referência a regras e ao uso correspondente de palavras como «deve», «devia» e «impunha-se» está afectada por uma confusão que talvez aumente a respectiva importância aos olhos dos homens, mas não tem base racional. Nós apenas *pensamos*, assim argumentam tais críticos, que há algo na regra que nos vincula a fazer certas coisas e nos guia e justifica a fazê-las, mas isto é uma ilusão, ainda que se trate de uma ilusão útil. Tudo o que há para além dos factos claramente determináveis do comportamento de grupo e da reacção previsível ao desvio, são os nossos «sentimentos» poderosos de compulsão para nos comportarmos de harmonia com a regra e para agir contra os que não se comportam assim. Não reconhecemos estes sentimentos por aquilo que são, mas imaginamos que há algo externo, alguma parte invisível da estrutura do universo que nos guia e fiscaliza nestas actividades. Estamos aqui no domínio da ficção, com o qual se tem dito que o direito tem estado sempre ligado. É só porque adoptamos esta ficção, que podemos falar solenemente do governo «das leis, não dos homens». Este tipo de crítica, quaisquer que sejam os méritos das suas afirmações positivas, pede, pelo menos, uma elucidação ulterior da distinção entre regras sociais e meros hábitos convergentes de comportamento. Esta distinção é crucial para a compreensão do direito, e grande parte dos primeiros capítulos deste livro trata disso.

O cepticismo acerca da natureza das regras jurídicas nem sempre tomou, todavia, a forma extrema de condenação da própria noção de uma regra vinculativa como confusa ou fictícia. Pelo contrário, a forma de cepticismo que mais tem prevalecido na Inglaterra e nos Estados Unidos convida-nos a reconsiderar o ponto de vista de que um sistema jurídico é constituído *totalmente*, ou mesmo *primariamente*, por regras. Não restam dúvidas de que os tribunais proferem os seus julgamentos de forma a dar a impressão de que as suas decisões são a consequência necessária de regras predeterminadas cujo sentido é fixo e claro. Em casos muito simples, tal pode ser assim; mas na larga maioria dos casos que preocupam os tribunais, nem as leis, nem os precedentes em que as regras estão alegadamente contidas admitem apenas um resultado. Nos casos mais importantes,

há sempre uma escolha. O juiz tem de escolher entre sentidos alternativos a dar às palavras de uma lei ou entre interpretações conflitantes do que um precedente «significa». É só a tradição de que os juizes «descobrem» o direito e não o «fazem» que esconde isto e apresenta as suas decisões como se fossem deduções feitas com toda a facilidade de regras claras preexistentes, sem intromissão da escolha do juiz. As regras jurídicas podem ter um núcleo central de sentido indiscutível, e em alguns casos pode parecer difícil imaginar que surja uma discussão acerca do sentido de uma regra. A previsão do art.º 9.º da *Lei dos Testamentos*<sup>(\*)</sup> de 1837, que estabelece que deve haver duas testemunhas em cada testamento, pode razoavelmente parecer que não dará origem a problemas de interpretação. Contudo, todas as regras têm uma penumbra de incerteza em que o juiz tem de escolher entre alternativas. Mesmo o sentido da previsão aparentemente inocente da *Lei dos Testamentos* de que o testador deve *assinar* o testamento pode revelar-se duvidosa em certas circunstâncias. E se o testador usou um pseudónimo? Ou se alguém pegou na mão dele para fazer a assinatura? Ou se ele escreveu apenas as suas iniciais? Ou se ele pôs o seu nome completo, correcto e sem auxílio, mas no princípio da primeira página, em vez de no fim da última? Poderiam ser todos estes casos considerados como «assinar», no sentido da regra jurídica?

Se tanta incerteza pode surgir nas humildes esferas do direito privado, quantas mais não encontraremos nas frases grandiloquas de uma constituição, por exemplo nos Quinto e Décimo-Quarto Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, quando se estatui que ninguém será «privado da vida, liberdade ou propriedade sem a observância dos trâmites legais»<sup>(\*\*)</sup>? Acerca disto disse um autor<sup>1</sup> que o verdadeiro sentido desta frase é na realidade bastante claro. Significa que «nenhum *w* será *x* ou *y* sem *z*, sendo que *w*, *x*, *y* e *z* podem assumir quaisquer valores dentro de um extenso conjunto». Para ser ainda mais incisivo, os cépticos recordam-nos que não só as regras são incertas, mas a interpretação delas pelo tribunal pode ser não só revestida de autoridade, como também definitiva. Tendo em conta tudo isto, não será a concepção do direito como essencialmente

(\*) No original inglês, «*Wills Act*».

(\*\*) Traduzimos a célebre expressão «*due process of law*» por *observância dos trâmites legais*.

<sup>1</sup> J. D. March, «*Sociological Jurisprudence Revisited*», *Stanford Law Review*, n.º 8 (1956), pág. 518.

uma questão de regras um enorme exagero, se não mesmo um erro? Tais pensamentos levam-nos à negação paradoxal que já citámos: «As leis são fontes de direito, não parte do próprio direito»<sup>1</sup>.

### 3. Definição

Aqui estão, pois, as três questões recorrentes: Como difere o direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? O que são regras e em que medida é o direito uma questão de regras? Afastar dúvidas e perplexidades respeitantes a estas três questões tem sido o principal objectivo da maior parte das especulações sobre a «natureza» do direito. É possível agora ver por que razão estas especulações têm sido geralmente concebidas como uma procura de uma definição do direito, e também por que razão pelo menos as formas familiares de definição têm feito tão pouco para resolver as dificuldades e as dúvidas persistentes. A definição, como a palavra sugere, é primariamente uma questão de traçado de linhas ou de distinção entre uma espécie de coisa e outra, as quais a linguagem delimita por palavras distintas.

A necessidade de tal traçado de linhas é muitas vezes sentida por aqueles que estão perfeitamente à vontade com o uso no dia a dia da palavra em questão, mas não podem exprimir ou explicar as distinções que, segundo sentem, dividem uma espécie de coisas de outra. Todos nós estamos por vezes nesta provação; é fundamentalmente o caso do homem que diz: «Sou capaz de reconhecer um elefante quando vejo um, mas não sou capaz de o definir». A mesma provação foi expressa pelas famosas palavras de Santo Agostinho<sup>2</sup> acerca da noção de tempo. «O que é, pois, o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se desejar explicá-lo àquele que me pergunta, não sei». É deste modo que mesmo hábeis juristas têm sentido que, embora conheçam o direito, há muito acerca do direito e das suas relações com outras coisas que não são capazes de explicar e que não compreendem plenamente. Tal como um homem que é capaz de ir de um ponto a outro numa cidade familiar, mas não é capaz de explicar ou mostrar a outros como fazê-lo, aqueles que insistem por uma definição precisam de um mapa que demonstre claramente as

<sup>1</sup> Gray, *loc. cit.*

<sup>2</sup> *Confessiones*, XIV, 17.

relações tenuemente sentidas entre o direito que conhecem e as outras coisas.

Por vezes, nesses casos a definição de uma palavra pode fornecer um tal mapa: a um só e ao mesmo tempo, pode tornar explícito o princípio latente que guia o nosso uso de uma palavra e pode manifestar relações entre o tipo de fenómenos a que nós aplicamos a palavra e outros fenómenos. Diz-se por vezes que a definição é «meramente verbal» ou «só relativa a palavras»; mas isto pode ser muito enganador, quando a expressão definida é de uso corrente. Mesmo a definição de um triângulo como «uma figura rectilínea de três lados», ou a definição de elefante como um «quadrúpede distinto dos outros pela posse de uma pele grossa, presas e tromba» elucida-nos de uma forma modesta, quer quanto ao uso-padrão destas palavras, quer quanto às coisas a que as palavras se aplicam. Uma definição deste tipo familiar faz duas coisas de imediato. Simultaneamente fornece um código ou fórmula de tradução da palavra para outros termos bem conhecidos e localiza-nos a espécie de coisa para cuja referência a palavra é utilizada, através da indicação dos aspectos que partilha em comum com uma família mais vasta de coisas e dos que a distinguem de outras da mesma família. Ao procurar e ao descobrir tais definições, «não estamos simplesmente a olhar para palavras... mas também para as realidades relativamente às quais usamos palavras para delas falar. Usamos um conhecimento aguçado das palavras para aguçar a nossa percepção dos fenómenos»<sup>1</sup>.

Esta forma de definição (*per genus et differentiam*), que se vê no caso comezinho do triângulo ou do elefante, é a mais simples e, para alguns, a mais satisfatória, porque nos dá uma série de palavras que pode ser sempre substituída pela palavra definida. Mas nem sempre está disponível, nem é sempre clarificadora, quando disponível. O seu sucesso depende de condições que frequentemente não estão preenchidas. A principal entre estas últimas é que devia haver uma família mais extensa de coisas ou *genus*, relativamente a cuja natureza estamos esclarecidos e dentro da qual a definição localiza o que define; porque, claramente, uma definição que nos diz que algo é membro de uma família não nos pode ajudar, se tivermos apenas ideias vagas ou confusas quanto à natureza da família. É esta exigência que, no caso do direito, torna inútil esta forma de definição, porque aqui não há uma categoria geral bem conhecida e familiar, de que o direito seja membro. O mais óbvio candidato para uso deste

<sup>1</sup> J. L. Austin, «A Plea for Excuses», *Proceedings of the Aristotelian Society*, vol. 57, (1956-7), pág. 8.

modo numa definição de direito é a família geral de *regras de comportamento*; contudo o conceito de regra, como vimos, é tão causador de perplexidade como o do próprio direito, de tal forma que definições de direito que começam por identificar as leis como uma espécie de regras, normalmente não aumentam mais a nossa compreensão do direito. Para isto, exige-se algo de mais fundamental do que uma forma de definição que seja utilizada com sucesso para localizar um tipo especial e subordinado dentro de um tipo genérico de coisa, familiar e bem conhecido.

Há, contudo, formidáveis obstáculos ulteriores ao uso vantajoso desta simples forma de definição no caso do direito. A suposição de que uma expressão geral possa ser definida deste modo baseia-se na assunção tácita de que todos os casos daquilo que vai ser definido como triângulo ou elefante tenham características comuns que sejam referidas pela expressão definida. Claro que, mesmo num estádio relativamente elementar, a existência de casos de fronteira impõe-se à nossa atenção, e tal mostra que pode ser dogmática a assunção de que vários casos de um termo geral devem ter as mesmas características. Muito frequentemente o uso comum, ou mesmo técnico, de um termo é bastante «aberto», na medida em que não *proíbe* a extensão do termo a casos em que apenas algumas das características normalmente concomitantes estão presentes. Isto, como já notámos, é verdadeiro quanto ao direito internacional e quanto a certas formas de direito primitivo, de modo que é sempre possível argumentar de forma plausível a favor e contra tal extensão. O que é mais importante é que, excluídos tais casos de fronteira, os vários casos de um termo geral estão frequentemente ligados entre si de maneira bastante diferente da postulada pela forma simples de definição. Podem estar ligados por analogia como quando se fala do «pé» de um homem e também do «sopé»<sup>(1)</sup> de uma montanha. Podem estar ligadas por relações *diferentes* a um elemento central. Vê-se esse princípio unificador na aplicação da palavra «saudável» não só a um homem, mas também à sua tez e ao seu exercício matinal; no segundo caso, trata-se de um *sinal* e no terceiro de uma *causa* da primeira característica central. Ou de novo — e aqui talvez tenhamos um princípio similar ao que unifica os diferentes tipos de regras que formam um sistema jurídico — os diferentes casos podem ser elementos constituintes diferentes de certa actividade complexa. O uso da expressão «caminhos-de-ferro» não só quanto a um comboio,

(1) No original inglês, «*foot of a mountain*».

mas também relativamente às linhas, estações, carregadores ou a uma sociedade anónima é regido por este tipo de princípio unificador.

Há, claro, muitos outros tipos de definição, além da forma tradicional muito simples que debatemos, mas parece nítido, quando recordamos a natureza das três questões principais que identificámos como subjacentes à questão recorrente «O que é o direito?», que nada de suficientemente conciso, susceptível de ser reconhecido como uma definição, lhe podia dar resposta satisfatória. As questões subjacentes são demasiado diferentes umas das outras e demasiado fundamentais para serem capazes deste tipo de resolução. A história das tentativas para dar definições concisas mostrou isso. Contudo, o instinto que frequentemente reconduziu estas três questões conjuntamente a uma única pergunta ou pedido de definição não foi mal orientado; porque, como mostraremos no decurso deste livro, é possível isolar e caracterizar um conjunto central de elementos que formam uma parte comum da resposta a todas as três questões. Quais sejam estes elementos e por que razão merecem o importante lugar que lhes está reservado neste livro, tal evidenciar-se-á melhor, se considerarmos primeiramente em detalhe as deficiências da teoria que tanto tem dominado a ciência jurídica inglesa, desde que Austin a expôs. Esta teoria consiste na pretensão de que a chave da compreensão do direito se encontra na noção simples de uma ordem baseada em ameaças, que o próprio Austin denominou «comando». A investigação das deficiências desta teoria vai ocupar os três próximos capítulos. Ao criticá-la primeiro e ao deixar para os últimos capítulos do livro a análise da sua principal rival, não atendemos conscientemente à ordem histórica por que a moderna teoria jurídica se desenvolveu; porque a pretensão rival de que o direito é mais bem compreendido através da sua conexão «necessária» com a moral é uma doutrina mais antiga, que Austin, tal como Bentham antes dele, tomou como alvo principal de ataque. A nossa desculpa, se se precisar de alguma, para este tratamento não histórico, reside em que os erros da teoria imperativa simples são uma melhor bússola para a verdade, do que os das suas rivais mais complexas.

Em vários pontos deste livro encontrará o leitor discussões de casos de fronteira em que os teorizadores do direito sentiram dúvidas na aplicação da expressão «direito» ou «sistema jurídico», mas a resolução sugerida para tais dúvidas, que também encontrará aqui, constitui apenas uma preocupação secundária do livro. Porque o seu objectivo não é fornecer uma definição do direito, no sentido de uma regra por referência à qual pode ser testada a correcção do uso da palavra; é antes fazer avançar a teoria jurídica, facultando uma

análise melhorada da estrutura distintiva de um sistema jurídico interno e fornecendo uma melhor compreensão das semelhanças e diferenças entre o direito, a coerção e a moral, enquanto tipos de fenômenos sociais. O conjunto de elementos identificados no decurso da discussão crítica dos próximos três capítulos e descritos em detalhe nos capítulos V e VI serve este propósito através de formas que são demonstradas no resto do livro. É por esta razão que são tratados como os elementos centrais no conceito de direito e de primeira importância na sua dilucidação.

## II

## LEIS, COMANDOS E ORDENS

## 1. Variedades de imperativos

A tentativa mais clara e completa de análise do conceito de direito em termos de elementos aparentemente simples de comandos e hábitos foi a feita por Austin na obra *Province of Jurisprudence Determined*. Neste e nos próximos dois capítulos, exporemos e criticaremos uma posição que é, em substância, a mesma da doutrina de Austin, mas que provavelmente dela diverge em certos pontos. Isto porque a nossa principal preocupação não tem a ver com Austin mas com as credenciais de um certo tipo de teoria que tem atractivos perenes, sejam quais forem os seus defeitos. Assim não hesitamos, quando o sentido de Austin é duvidoso ou quando os seus pontos de vista parecem inconsistentes, em ignorá-lo e em expor uma posição clara e coerente. Mais ainda, quando Austin se limita a dar leves indicações quanto aos modos por que as críticas podiam ser rebatidas, nós desenvolvemo-las (parcialmente pelas linhas seguidas por teorizadores posteriores, nomeadamente Kelsen), de forma a assegurar que a doutrina por nós considerada e criticada seja exposta na sua forma mais intensa.

Em muitas situações diferentes da vida social, uma pessoa pode exprimir um desejo de que outra pessoa deva fazer ou abster-se de fazer algo. Quando este desejo é formulado, não apenas como uma nota de informação com interesse ou de auto-expressão propositada, mas com a intenção de que a pessoa interpelada se deva conformar com o desejo expresso, é costume usar, em inglês e em muitas outras línguas, embora não necessariamente, uma forma linguística especial chamada *modo imperativo*: «Vá para casa!», «Venha aqui!», «Pare!», «Não o mate!». As situações sociais em que nos dirigimos assim aos outros em forma imperativa são extremamente diversas; contudo, incluem certos tipos principais repetitivos, cuja impor-

tância é marcada por certas classificações familiares. «Passe-me o sal, por favor» é usualmente um simples *pedido*<sup>(\*)</sup> uma vez que é dirigido normalmente por quem o diz a outra pessoa que pode prestar um serviço e não há qualquer sugestão nem de grande urgência, nem de insinuação acerca do que pode seguir-se, se houver omissão do serviço. «Não me mate», seria normalmente proferido como uma *imploração*<sup>(\*\*)</sup> quando a pessoa que assim fala está à mercê da pessoa a quem se dirige ou numa provação de que este último tem o poder de a libertar. «Não se mexa», por outro lado, pode ser um *aviso*<sup>(\*\*\*)</sup>, se quem o diz conhece qualquer perigo que ameace a pessoa interpelada (uma cobra na relva), a qual pode evitá-lo mantendo-se imóvel.

As variedades das situações sociais em que é feito uso caracteristicamente, embora não de modo invariável, de formas imperativas da linguagem são não só numerosas, como ainda se esbatem umas nas outras, e os termos como «imploração», «pedido» ou «aviso» servem apenas para fazer algumas distinções grosseiras. A mais importante destas situações é aquela, relativamente à qual a palavra «imperativo» parece especialmente apropriada. É ilustrada pelo caso do assaltante armado que diz para o empregado do banco, «Entregue-me o dinheiro ou disparo». O seu aspecto distintivo, que nos leva a falar da *ordem* do assaltante, e não do simples *pedido* e ainda menos da *imploração* feita ao empregado para entregar o dinheiro, reside no facto de que, para se assegurar do cumprimento face aos desejos expressos, o autor da frase ameaça fazer algo que um homem normal consideraria prejudicial ou desagradável e torna a atitude de conservar o dinheiro uma conduta de acção substancialmente menos susceptível de escolha pelo empregado. Se o assaltante armado conseguir o seu intento, descrever-se-ia a situação como tendo o empregado sido *coagido* por aquele e neste sentido se diria que aquele se achava sob o poder do assaltante. Muitas questões linguísticas delicadas podem surgir acerca destes casos: nós poderíamos correctamente dizer que o assaltante *ordenou* ao empregado que entregasse o dinheiro e que este lhe obedeceu, mas seria algo enganador dizer que o assaltante *deu uma ordem* ao empregado para entregar o dinheiro, já que esta frase, que soa bastante a actuação militar, sugere algum direito ou autoridade para dar ordens, a qual não

(\*) No original inglês, «request».

(\*\*) No original inglês, «plea».

(\*\*\*) No original inglês, «warning».

ocorre no nosso caso. Seria, contudo, bem natural dizer que o assaltante deu uma ordem ao seu cúmplice para vigiar a porta.

Não necessitamos aqui de nos preocupar com estas subtilezas. Embora uma sugestão de autoridade e de deferência para com a autoridade possa muitas vezes ligar-se às palavras «ordem» e «obediência» usaremos as expressões «ordens baseadas em ameaças» e «ordens coercivas» para nos referirmos a ordens que, tal como as do assaltante, são baseadas em ameaças, e usaremos as palavras «obediência» e «obedecer» para abranger o cumprimento de tais ordens. Contudo é importante notar, nem que seja por causa da grande influência sobre os juristas da definição de Austin da noção de comando, que a situação simples em que as ameaças com um mal, e nada mais, são usadas para impor a obediência, não é a situação em que naturalmente falamos de «comandos». Esta palavra, que não é muito comum fora de um contexto militar, traz consigo implicações muito fortes de que há uma organização hierárquica de homens relativamente estável, tal como um exército ou um corpo de discípulos em que o comandante ocupa uma posição de proeminência. Tipicamente é o general (não o sargento) que é o comandante e emite comandos, embora se fale nestes termos de outras formas de proeminência especial, como sucede quando se diz no Novo Testamento que Cristo comandava os seus discípulos. Mais importante — porque é uma distinção crucial entre formas diferentes de «imperativo» — é o ponto que postula que, quando se emite um comando, não sucede necessariamente que haja uma ameaça latente de um mal, na eventualidade de desobediência. Comandar é caracteristicamente exercer autoridade sobre homens, não o poder de lhes infligir um mal, e, embora possa estar ligado com ameaças de um mal, um comando é primariamente um apelo não ao medo, mas ao respeito pela autoridade.

É óbvio que a ideia de um comando com a sua conexão muito forte com a autoridade está muito mais próxima da de direito do que a ordem do nosso assaltante baseada em ameaças, embora esta última seja um caso daquilo que Austin chama, ignorando as distinções observadas no último parágrafo, de forma enganadora um comando. Um comando está, contudo, demasiado próximo do direito para os nossos propósitos, isto porque o elemento de autoridade implicado no direito tem sido sempre um dos obstáculos no caminho de qualquer explanação fácil daquilo que o direito é. Não podemos, por isso, usar com proveito, na elucidação do direito, a noção de um comando que também o implique. Na verdade, constitui uma virtude da análise de Austin, quaisquer que sejam os seus defeitos, que os

elementos da situação do assaltante não sejam em si, diferentemente do elemento de autoridade, obscuros ou necessitados de muita explanação; e daí que sigamos Austin na tentativa de construir a ideia de direito a partir deles. Não teremos, porém, esperança, como teve Austin, de triunfar, mas antes de tirar ensinamentos da nossa derrota.

## 2. O Direito como ordens coercivas

Mesmo numa sociedade grande e complexa, como é a do Estado moderno, há ocasiões em que um funcionário, frente a frente com um indivíduo, lhe ordena que faça algo. Um polícia ordena a um certo motorista que pare ou a um certo mendigo que continue a andar. Mas estas situações simples não são, nem podiam ser, o modo-padrão de funcionamento do direito, ainda que fosse só porque nenhuma sociedade poderia arcar com o número de funcionários necessário para conseguir que cada membro da sociedade fosse informado, oficial e separadamente, de todos os actos que lhe exigiam que fizesse. Em vez disso, tais formas particularizadas de fiscalização ou são excepcionais, ou são acompanhamentos ou reforços ancilares de formas gerais de directivas que não contêm o nome de, nem são dirigidas a indivíduos determinados e não indicam um acto específico que deva ser feito. Daí que a forma-padrão, mesmo numa lei criminal (a qual, entre todas as variedades de direito, tem a semelhança mais aproximada com uma ordem baseada em ameaças), seja geral em dois sentidos: indica um tipo geral de conduta e aplica-se a uma categoria geral de pessoas que se espera que vejam que se aplica a elas e que a acatem. As directivas oficiais individualizadas, caso a caso, têm aqui um lugar secundário: se as directivas gerais primárias não são obedecidas por um indivíduo em particular, os funcionários podem chamar a atenção daquele e pedir o acatamento de tais directivas, tal como o faz um inspector tributário, ou a desobediência pode ser oficialmente verificada e objecto de auto, sendo o castigo objecto de ameaça imposto por um tribunal.

O controlo jurídico é, por isso, primariamente, embora não exclusivamente, controlo por directivas, que são gerais neste duplo sentido. Este é o primeiro aspecto que temos de acrescentar ao modelo simples do assaltante, se quisermos que ele nos reproduza as características do direito. O conjunto das pessoas afectadas e o modo por que tal conjunto é indicado podem variar, consoante os diferentes sistemas jurídicos e mesmo consoante os diferentes direitos. Num

Estado moderno, entende-se normalmente que, na ausência de indicações especiais a alargar ou a reduzir o conjunto, as suas leis gerais abrangem todas as pessoas dentro das fronteiras territoriais. No direito canónico existe um entendimento semelhante de que normalmente todos os membros da igreja estão dentro do âmbito do seu direito, excepto quando se indica uma classe mais restrita. Em todos os casos, o âmbito de aplicação de uma lei é uma questão de interpretação dessa lei em particular, auxiliada por tais entendimentos gerais. Aqui vale a pena observar que embora os juristas, entre eles Austin incluído, faleem por vezes das leis como sendo *dirigidas*<sup>1</sup> a categorias de pessoas, isto é enganador ao sugerir um paralelo com uma situação de pessoas frente a frente, a qual efectivamente não existe e nem é o que está na mente dos que usam esta expressão. Ordenar às pessoas que façam coisas é uma forma de comunicação e efectivamente implica que nos «dirijamos» a elas, isto é, que se atraia a atenção delas ou se tomem medidas para a atrair, mas fazer leis para as pessoas não implica tal. Por isso o assaltante, através de uma só e mesma frase, «Entregue-me essas notas», exprime o seu desejo de que o empregado faça algo e efectivamente dirige-se ao empregado, isto é, pratica o que é normalmente suficiente para fazer chegar esta expressão à atenção do empregado. Se ele não fizesse tal, mas se limitasse a proferir as mesmas palavras numa sala vazia, não se teria dirigido de forma alguma ao empregado e não lhe teria ordenado que fizesse algo: podíamos descrever a situação como uma em que o assaltante se limitou a dizer «entregue-me essas notas». Neste aspecto, fazer leis difere de ordenar às pessoas que façam coisas, e temos de contar com esta diferença, ao usar esta ideia simples como modelo para o direito. Pode, na verdade, ser desejável que as leis sejam levadas à atenção daqueles a quem se aplicam, tão depressa quanto possível após a sua feitura. O propósito do legislador ao fazer leis seria frustrado, se tal não fosse feito com carácter geral e os sistemas jurídicos frequentemente conseguem, através de regras especiais respeitantes à promulgação, que tal seja feito. Mas as leis podem estar completas, enquanto leis, antes que tal seja feito e mesmo que tal nem sequer seja feito. Na falta de regras especiais em contrário, as leis são feitas validamente, mesmo se se deixar que os afectados descubram por si próprios quais as leis que foram feitas e quem é por elas afectado. O que normalmente pretendem os que falam de leis «dirigidas» a certas pessoas é dizer que há pessoas a

<sup>1</sup> «Dirigidas à comunidade em geral», Austin, *ob. cit.*, pág. 22.

quem uma lei em particular se aplica, isto é, a quem ela exige que se comporte de certa maneira. Se utilizarmos aqui a palavra «dirigidas», podemos não só deixar de observar uma importante diferença entre a feitura da lei e o dar uma ordem frente a frente, mas também confundir as duas questões distintas: «A quem se aplica a lei?» e «Para quem foi ela publicada?».

Além da introdução do aspecto de generalidade, deve fazer-se uma alteração mais fundamental na situação do assaltante, se quisermos ter um modelo plausível da situação em que existe direito. É verdade que existe um sentido em que o assaltante tem ascendente ou superioridade sobre o empregado do banco; reside tal na sua capacidade temporária para fazer uma ameaça, a qual bem pode bastar para levar o empregado do banco a fazer a coisa específica que lhe dizem para fazer. Não há outra forma de relação de superioridade e inferioridade entre os dois homens, excepto esta relação coerciva de curta duração. Mas para os fins do assaltante, tal pode ser suficiente, porque a ordem simples e frente a frente: «Entregue-me essas notas ou disparo» desaparece com a ocasião. O assaltante não emite *ordens permanentes* para o empregado do banco (embora o possa fazer quanto ao seu bando de sequazes), as quais devam ser seguidas repetidamente por certas classes de pessoas. As leis têm, todavia, de forma proeminente, esta característica de «permanência» ou persistência. Daqui se segue que, se utilizarmos a noção de ordens baseadas em ameaças para explicar o que são as leis, temos de tentar reproduzir este carácter duradouro que as leis têm.

Devemos, por isso, supor que há uma crença geral da parte daqueles a quem as ordens gerais se aplicam, em que a desobediência será provavelmente seguida pela execução da ameaça, não só no momento primeiro da promulgação da ordem, mas continuamente, até que a ordem seja retirada ou revogada. Esta crença continuada nas consequências da desobediência pode dizer-se que mantém as ordens originais vivas ou «permanentes», embora haja, como se verá mais tarde, uma certa dificuldade na análise da qualidade persistente das leis nestes termos simples. Claro que, de facto, pode ser necessário o concurso de muitos factores, que podiam não estar reproduzidos na situação do assaltante, para existir tal crença geral na probabilidade continuada da execução da ameaça: talvez o poder de executar ameaças, associado a essas ordens permanentes, que afectam largo número de pessoas, só pudesse de facto existir e só se pensasse que existia, se se soubesse que uma parte considerável da população estava ela própria preparada, quer para obedecer voluntariamente, isto é, independentemente do medo da ameaça, quer

para colaborar na execução das ameaças sobre os que desobedecessem.

Qualquer que seja a base desta crença geral na probabilidade da execução das ameaças, devemos distinguir dela mais um aspecto necessário que temos de acrescentar à situação do assaltante, se a queremos aproximar da situação estabelecida em que há direito. Temos de supor que, qualquer que seja o motivo, a maior parte das ordens é mais frequentemente obedecida do que desobedecida pela maior parte dos afectados. Designaremos tal realidade aqui, na esteira de Austin, como «um hábito geral de obediência» e notaremos, tal como ele, que, como sucede com muitos outros aspectos do direito, é noção essencialmente vaga ou imprecisa. A questão relativa a quantas pessoas devem obedecer a quantas ordens gerais desse tipo e durante quanto tempo, para que haja direito, não admite mais respostas definitivas do que a questão respeitante a quantos cabelos menos deve um homem ter para ser careca. Todavia, neste facto da obediência geral, reside uma distinção crucial entre as leis, e o caso simples original da ordem do assaltante. O simples ascendente temporário de uma pessoa sobre outra é considerado naturalmente como o oposto polar de direito, com o seu carácter relativamente estabelecido e duradouro e, na verdade, na maior parte dos sistemas jurídicos, o exercício de tal poder coercivo de curto prazo, como o do assaltante, constituiria uma infracção criminal. Resta ver, na verdade, se esta noção simples, ainda que confessadamente vaga, de obediência geral e por hábito a ordens gerais baseadas em ameaças é realmente suficiente para reproduzir o carácter estabelecido e a continuidade que os sistemas jurídicos possuem.

O conceito de ordens gerais baseadas em ameaças feitas por alguém e obedecidas de forma geral, que nós construímos por acrescentamentos sucessivos à situação simples do caso do assaltante armado, está claramente mais próximo de uma lei penal emitida pelo poder legislativo de um Estado moderno do que qualquer outra variedade de direito. Porque há tipos de direito que parecem à primeira vista muito diferentes de tais leis penais, e teremos de considerar mais tarde a pretensão de que estas outras variedades de direito são também versões apenas complicadas ou disfarçadas desta mesma forma, não obstante as aparências em contrário. Mas se temos de reproduzir mesmo os aspectos de uma lei penal no nosso modelo construído de ordens gerais obedecidas de forma geral, algo mais deve dizer-se acerca da pessoa que dá as ordens. O sistema jurídico de um Estado moderno é caracterizado por um certo tipo de *supremacia* dentro do seu território e de *independência* dos outros

sistemas, que ainda não reproduzimos no nosso modelo simples. Estas duas noções não são tão simples como podem parecer, mas o que lhes é essencial dum ponto de vista de senso comum (que pode não vir a provar-se como adequado), pode ser expresso como segue: o direito inglês, o direito francês e o direito de qualquer país moderno regulam as condutas das populações que habitam os respectivos territórios, com limites geográficos razoavelmente bem definidos. Dentro do território de cada país, pode haver muitas pessoas ou corpos de pessoas diferentes que dão ordens gerais baseadas em ameaças e recebem obediência habitual. Mas devemos distinguir algumas dessas pessoas ou corpos (por ex., o L.C.C.<sup>(\*)</sup> ou um ministro que exerça o que nós designamos como poderes de legislação delegada) como legisladores *subordinados* em contraste com a Rainha no Parlamento<sup>(\*\*)</sup> que é soberana. Podemos exprimir esta relação na simples terminologia dos hábitos, dizendo que enquanto que a Rainha no Parlamento, ao fazer as leis, não obedece habitualmente a ninguém, os legisladores subordinados mantêm-se dentro dos limites legalmente prescritos e, por isso, pode dizer-se que, ao fazerem leis, são agentes da Rainha no Parlamento. Se assim não procedessem, não teríamos um sistema de direito na Inglaterra, mas uma pluralidade de sistemas; enquanto que, de facto, só porque a Rainha no Parlamento é neste sentido soberana, em relação a todos dentro do território e os outros corpos não são, temos em Inglaterra um único sistema em que podemos distinguir uma hierarquia de elementos soberanos e subordinados.

(\*) Abreviatura de *London City Council*, conselho municipal de Londres.

(\*\*) A expressão *Queen in Parliament* (Rainha no Parlamento) é utilizada no direito inglês para referir a necessária colaboração entre a Coroa e o Parlamento para elaboração de leis (*statutes*). O Parlamento britânico é constituído pela Rainha (ou Rei), pela Câmara dos Lordes e pela Câmara dos Comuns. «O Parlamento não pode legislar sem o concurso de todas as suas partes, e, por isso, é exigida a aprovação do Soberano. O Soberano não só convoca o Parlamento e pode dissolvê-lo, mas deve dar o seu consentimento, antes que qualquer legislação possa produzir efeito.» (E.C.S. Wade e G. Godfrey Phillips, *Constitutional Law*, 6.ª ed., 1960, Londres, pág. 125). «A autoridade jurídica suprema no Reino Unido é, pois, a Rainha-no-Parlamento. No domínio do direito, a Rainha é o ramo executivo do poder, de tal modo que a própria expressão, Rainha-no-Parlamento, sugere a fusão num órgão dos dois ramos tradicionais da governação, a saber, o executivo e o legislativo. Mas a Rainha-no-Parlamento é também encarada, em direito, como o Alto Tribunal do Parlamento; (...) O «Parlamento» é, por isso, a autoridade executiva, legislativa e judicial suprema, tudo isto junto numa só autoridade, e este estado de coisas, por vezes designado como *fusão* de poderes, mostra-se em contraste com a organização nos E.U.A., que são um sistema de poderes separados.» (S.E. Finer, *Five Constitutions*, 1979, Londres, págs. 40-41).

A mesma caracterização negativa da Rainha no Parlamento, como *não* obedecendo habitualmente às ordens de outros, define de forma grosseira a noção de *independência* que utilizamos ao falar dos sistemas jurídicos distintos dos diferentes países. O supremo órgão legislativo da União Soviética não tem o hábito de obedecer à Rainha no Parlamento, e fosse o que fosse que a última legislasse sobre questões soviéticas (embora constituísse parte do direito da Inglaterra) não faria parte do direito da U.R.S.S.. Só faria parte se a Rainha no Parlamento fosse habitualmente obedecida pelo poder legislativo da U.R.S.S..

Nesta simples descrição do assunto que teremos mais tarde de examinar criticamente, devem existir, sempre que exista um sistema jurídico, algumas pessoas ou corpos de pessoas que emitem ordens gerais baseadas em ameaças, que são geralmente obedecidas, e deve acreditar-se em geral que estas ameaças provavelmente serão levadas a cabo, em caso de desobediência. Esta pessoa ou corpo devem ser internamente soberanos e externamente independentes. Se, na esteira de Austin, chamarmos a tal pessoa ou corpo de pessoas, supremos e independentes, o soberano, as leis de qualquer país serão as ordens gerais baseadas em ameaças que são emitidas, quer pelo soberano, quer por subordinados em obediência a este.

### III

## A DIVERSIDADE DAS LEIS

Se compararmos a diversidade dos diferentes tipos de leis, que se encontram num sistema moderno como o do Direito Inglês, com o modelo simples de ordens coercivas construído no capítulo anterior, ocorre ao espírito uma grande quantidade de objecções. Por certo que nem todas as leis impõem às pessoas que façam ou não façam algo. Não será enganador classificar assim leis que conferem poderes aos particulares para outorgarem testamentos, celebrarem contratos ou casamentos, e leis que dão poderes aos funcionários, por exemplo a um juiz para julgar casos, a um ministro para fazer regulamentos ou a um conselho municipal para fazer posturas? Certamente que nem todo o direito é legislado ou constitui a expressão do desejo de alguém, como nas ordens gerais do nosso modelo. Tal afigura-se falso no caso do costume, que tem um lugar genuíno, embora modesto, na maior parte dos sistemas jurídicos. Certamente que as leis, mesmo quando se trate de legislação deliberadamente elaborada, não são necessariamente ordens dadas apenas a *outros*. Não vinculam tantas vezes as leis os próprios legisladores? Finalmente, terão as leis promulgadas, para serem leis, de exprimir realmente os efectivos desejos, intenções ou aspirações de um qualquer legislador? Não seria lei uma lei devidamente aprovada se (como deve ser o caso relativamente a muitos artigos de uma lei orçamental inglesa<sup>1)</sup>) os que a votaram não soubessem o que significava?

Estas são algumas das mais importantes, entre as muitas objecções possíveis. Claramente, será necessário operar alguma

---

<sup>1)</sup> No original: «*English Finance Act*.» Trata-se na realidade de uma lei financeira específica. Na prática constitucional, existe anualmente um «*Finance Act*» que autoriza a cobrança dos impostos previstos no orçamento apresentado pelo Ministro das Finanças (*Chancellor of the Exchequer*). A lei do orçamento portuguesa corresponde ao «*Finance Act*» e ao «*Appropriation Act*» (lei de autorização de despesas).

modificação ao modelo simples original para lhes responder e, quando todas elas tiverem sido atendidas, pode suceder que a noção de ordens gerais baseadas em ameaças tenha sido transformada de tal forma que se torne irreconhecível.

As objecções mencionadas reconduzem-se a três grupos principais. Algumas dizem respeito ao *conteúdo* das leis, outras ao seu *modo de origem* e outras ainda ao seu *campo de aplicação*. Qualquer sistema jurídico *parece*, em todo o caso, conter leis que, a respeito de um ou mais destes três aspectos, divergem do modelo de ordens gerais que elaborámos. Neste capítulo, consideraremos separadamente estes três tipos de objecção. Deixaremos para o capítulo seguinte uma crítica mais fundamental, segundo a qual, para além destas objecções a respeito do conteúdo, modo de origem e campo de aplicação, toda a concepção de um soberano supremo e independente habitualmente obedecido, na qual assenta o modelo, é enganadora, visto pouco haver em qualquer sistema jurídico real que lhe corresponda.

### 1. O conteúdo das Leis

O direito criminal é algo a que obedecemos ou desobedecemos e o que as suas regras exigem é designado como «dever». Se desobedecermos, diz-se que «infringimos» a lei e que o que fazemos é juridicamente «errado», uma «violação do dever» ou um «delito». A função social que a lei criminal cumpre é a de prescrever e definir certos tipos de conduta como algo que deve ser evitado ou feito por aqueles a quem se aplica, independentemente dos seus desejos. O castigo, ou «sanção», que é associado pela lei às infracções ou violações do direito criminal (sejam quais forem as outras finalidades que a punição possa servir) destina-se a fornecer um motivo para a abstenção dessas actividades. Em todos estes aspectos, há pelo menos uma forte analogia entre o direito criminal e as suas sanções e as ordens gerais baseadas em ameaças do nosso modelo. Há certa analogia (não obstante muitas e importantes diferenças) entre tais ordens gerais e o direito da responsabilidade civil<sup>(\*)</sup> cujo principal objectivo é atribuir aos indivíduos compensação pelos danos sofridos em resultado da conduta de outrem. Aqui, igualmente, as regras que determinam quais os tipos de conduta que constituem os factos ilícitos fundamento de acção judicial são referidos como impondo às

(\*) Traduzimos com alguma impropriedade por direito da responsabilidade civil a designação do ramo de direito «*law of torts*».

pessoas, independentemente dos seus desejos, «deveres» (ou, mais raramente, «obrigações») de abstenção de certa conduta. Esta conduta em si mesma é designada como «violação de um dever» e a compensação ou os outros modos jurídicos de reparação são designados como «sanção». Mas há importantes tipos de leis em que tal analogia com as ordens baseadas em ameaças falha redondamente, visto que preenchem uma função social bastante diferente. As regras jurídicas que definem os modos pelos quais se podem celebrar contratos, testamentos, ou casamentos válidos não obrigam as pessoas a actuar de determinada maneira, quer queiram, quer não. Tais leis não impõem deveres ou obrigações. Em vez disso, facultam aos indivíduos *dispositivos*<sup>(\*)</sup> para a realização dos seus desejos, conferindo-lhes poderes jurídicos legais para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercivo do direito.

O poder assim conferido aos indivíduos de dar forma às suas relações jurídicas com outros através de contratos, testamentos, casamentos, etc., constitui uma das grandes contribuições do direito para a vida social; e é uma característica do direito obscurecida, ao representar-se toda a lei como uma questão de ordens baseadas em ameaças. A diferença radical de função entre as leis que conferem tais poderes e o direito criminal reflecte-se em muitos dos modos correntes por que nos referimos a esta espécie de leis. Ao outorgarmos um testamento, podemos «cumprir» ou não o disposto no artigo 9.º da *Lei de Testamentos*<sup>(\*\*)</sup> de 1837, quanto ao número de testemunhas. Se não o fizermos, o documento produzido não será um testamento «válido», criando direitos e deveres; será um «acto nulo», sem «força» ou «efeitos» jurídicos. Mas, ainda que seja um acto nulo, o incumprimento por nós da previsão legal não constitui uma «infracção» ou «violação» de qualquer obrigação ou dever, nem um «delito» e seria causador de confusão pensar tal facto nesses termos.

Se atentarmos nas variadas regras jurídicas que conferem poderes jurídicos aos particulares, chegamos à conclusão de que elas próprias estão agrupadas em diversos tipos. Assim, por detrás do poder de outorgar testamentos ou celebrar contratos, estão regras relativas à *capacidade* ou qualificação pessoal mínima (tal como a circunstância de ser adulto ou mentalmente são) que aqueles que exercem o poder devem possuir. Outras regras pormenorizam a maneira e a forma pela qual o poder será exercido e decidem sobre a

(\*) No original inglês, «*facilities*» (em itálico).

(\*\*) «*Wills Act*».

possibilidade de os testamentos ou os contratos poderem ser outorgados oralmente ou por escrito e, neste último caso, a sua forma de execução e confirmação por testemunhas. Outras regras delimitam a variedade, ou a duração máxima e mínima, da estrutura de direitos e deveres que os indivíduos podem criar através de tais actos jurídicos. São exemplos de tais normas as que estatuem princípios de ordem pública em relação aos contratos, ou as que vedam a apropriação dos rendimentos capitalizados<sup>(\*)</sup> nas disposições testamentárias ou nos actos dispositivos<sup>(\*\*)</sup>.

Abordaremos mais tarde as tentativas feitas pelos juristas para assimilar estas leis, que facultam dispositivos ou poderes e dizem: «se quiser fazer isto, é deste modo que deve proceder», às leis criminais que, como ordens baseadas em ameaças, dizem: «faça isto, quer queira, quer não». Aqui, porém, tomaremos em consideração uma outra espécie de leis que também conferem poderes jurídicos mas em que, ao contrário das que acabámos de discutir, tais poderes são sobretudo de natureza pública ou oficial e não privada. Encontramos exemplos destas regras jurídicas em qualquer dos três poderes — judicial, legislativo e administrativo — em que as funções estaduais são normalmente, ainda que de forma vaga, divididas.

Considerem-se em primeiro lugar as leis que estão subjacentes ao funcionamento de um tribunal judicial. Neste caso, algumas regras especificam o objecto e o conteúdo da jurisdição do juiz ou, como se diz, dão-lhe «poder para julgar» certo tipo de casos. Outras regras especificam o modo de designação, as qualificações necessárias e o estatuto dos cargos judiciais. Outras ainda estabelecem cânones disciplinadores de um correcto comportamento judicial e determinam o processo a seguir no tribunal. Podem encontrar-se exemplos de tais regras, formando algo de semelhante a um código judicial, na *Lei dos*

(\*) O texto inglês refere a proibição de *accumulations*. Trata-se da apropriação de rendimentos capitalizados de uma quantia deixada por testamento a beneficiários sucessivos e que deve ser investida. Tal *accumulation* pode não ser autorizada em certos casos. A expressão aparece por vezes de forma composta: «*bequest of a sum and all bonuses and accumulation thereof*».

(\*\*) No original inglês, é utilizada a palavra *settlement*. Trata-se de um instituto específico do direito inglês, da sua *law of property*, estando regulado nos *Settled Land Acts* de 1882 e 1925. *Settlement* significa todo o acto jurídico dispositivo, nos termos ou por força do qual qualquer terra ou direito real menor é atribuído durante certo tempo limitado ou em *trust* a certas pessoas sucessivamente, por via sucessória.

É extremamente difícil traçar um paralelo entre este instituto e certas figuras dos direitos das coisas ou das sucessões dos países de tradição romana e de direito codificado, como é o caso de Portugal.

*Tribunais de Condado*<sup>(\*)</sup> de 1959, na *Lei do Tribunal de Apelação Criminal*<sup>(\*\*)</sup> de 1907 ou no Título 28 do *Código dos Estados Unidos*<sup>(\*\*\*)</sup>. É salutar observar a variedade de disposições contempladas nestas leis, com vista à constituição e ao normal funcionamento dos tribunais. À primeira vista, poucas dessas disposições parecem ser ordens dadas ao juiz para fazer ou abster-se de fazer algo, porque, embora não haja naturalmente qualquer razão pela qual o direito não devesse proibir, por regras especiais e sob cominação de uma pena, que um juiz exceda a sua jurisdição ou julgue um caso em que tenha interesse económico, estas regras que impõem tais deveres jurídicos iriam acrescer às que lhe conferem poderes judiciais e definem a sua jurisdição. Isto porque a preocupação das regras que conferem tais poderes não consiste em impedir aos juizes a prática de actos impróprios, mas em definir as condições e limites em que as decisões do tribunal serão válidas.

É instrutivo examinar com algum pormenor uma disposição típica que especifique a extensão da jurisdição de um tribunal. Podemos tomar como exemplo muito simples o artigo da *Lei dos Tribunais de Condado*, com as alterações introduzidas em 1959, que atribui jurisdição aos tribunais de condado para julgar acções de reivindicação de imóveis rústicos<sup>(\*)</sup>. A sua redacção — que se afasta muito da utilizada para veicular «ordens» — é a seguinte:

«O tribunal de condado é competente para conhecer e julgar qualquer acção de reivindicação de imóveis rústicos, sempre que o valor líquido anual colectável do imóvel em questão não exceda cem libras»<sup>1</sup>.

Se um juiz do tribunal de condado exceder a sua jurisdição, julgando um caso de reivindicação de imóvel rústico com valor anual superior a 100 libras e elaborar uma decisão a respeito de tal imóvel, nem ele nem as partes na acção cometem qualquer *delito*. Contudo, a posição não é totalmente idêntica à que ocorre quando um particular pratica algo que seja um «acto nulo», por falta de cumprimento de uma qualquer condição essencial para o exercício válido de um poder jurídico. Se um testador potencial omite a sua assinatura ou a obtenção de duas testemunhas relativamente ao testamento, aquilo que escreveu não tem estatuto jurídico nem produz efeitos jurídicos. Uma decisão do tribunal não é, todavia, tratada deste modo, mesmo

(\*) «*County Courts Act*».

(\*\*) «*Court of Criminal Appeal Act*».

(\*\*\*) «*United States Code*».

<sup>1</sup> Artigo 48.º, (1).

(\*) No original inglês, «*recovery of land*».

que exceda claramente a jurisdição do tribunal. É obviamente do interesse da ordem pública que uma decisão do tribunal se revista de autoridade jurídica até que um tribunal superior certifique a sua invalidade, mesmo que seja uma decisão que o tribunal não deveria ter juridicamente proferido. Em consequência, até que seja afastada, mediante recurso, como uma decisão proferida com excesso de jurisdição, trata-se de uma decisão com efeitos jurídicos sobre as partes, que será susceptível de execução. Mas tem um vício jurídico: está *sujeita* a ser afastada ou «anulada»<sup>(\*)</sup> em recurso, dada a falta de jurisdição. Note-se que há uma importante diferença entre aquilo que comumente se refere na Inglaterra como «revogação» por um tribunal superior da decisão de um tribunal inferior e a «anulação» de uma decisão por falta de jurisdição. Se uma decisão é revogada, é porque se considera incorrecto o que o tribunal inferior disse, quer acerca da lei aplicável ao caso, quer dos factos. Mas uma decisão de um tribunal inferior, anulada por falta de jurisdição, pode ser impeçável relativamente a qualquer daqueles aspectos. Não é *aquilo* que o juiz do tribunal inferior disse ou ordenou que está errado, mas *o facto* de o ter dito ou ordenado. Ele pretendeu fazer algo para o qual não tem poderes jurídicos, ainda que outros tribunais possam tê-los. Com excepção da complicação consistente no facto de que, no interesse da ordem pública, a decisão tomada com excesso de jurisdição se mantém até ser anulada por um tribunal superior, a conformidade ou não conformidade com as regras definidoras da jurisdição é semelhante à conformidade ou não conformidade com as regras definidoras das condições para o exercício válido de poderes jurídicos por particulares. A relação entre a acção conforme com a regra e esta é incorrectamente expressa pelas palavras «obedecer» e «desobedecer», que são mais apropriadas no caso do direito criminal, em que as regras são análogas a ordens.

Uma lei conferindo poderes legislativos a uma autoridade legislativa subordinada exemplifica analogamente um tipo de regra jurídica que não pode, sem distorção, ser assimilada a uma ordem geral. Neste caso também, tal como no exercício de poderes pelos particulares, a conformidade com as condições especificadas pelas regras que conferem os poderes legislativos constitui um passo semelhante ao de um «movimento» num jogo como o de xadrez; tem consequências, passíveis de definição nos termos das regras, para cuja realização o sistema confere capacidade às pessoas. A legislação é um exercício de poderes jurídicos «operativo» ou eficaz quanto à criação

(\*) No original inglês, «*quashed*» (o substantivo correspondente usado no texto e «*quashing*»).

de direitos e deveres jurídicos. A não conformidade com as condições da regra capacitadora torna o que se faz ineficaz e, portanto, um acto nulo para esta finalidade.

As regras subjacentes ao exercício dos poderes legislativos são elas próprias ainda mais variadas do que no caso da jurisdição de um tribunal, porque devem dispor sobre aspectos de legislação muito diversos. Assim, algumas especificam o objecto relativamente ao qual o poder legislativo pode ser exercido; outras, as qualificações ou a identidade dos membros do corpo legislativo; outras ainda, o modo e a forma da legislação e o procedimento a ser seguido pelo poder legislativo. Estes são apenas alguns dos aspectos relevantes; a simples observação de uma lei como a *Lei das Autarquias Municipais*<sup>(\*)</sup> de 1882, que confere e define os poderes de um corpo criador de regras ou poder legislativo inferior, revelará muitos mais. A consequência da não conformidade com tais regras pode não ser sempre a mesma, mas haverá sempre algumas regras relativamente às quais a não conformidade transforma qualquer tentativa de exercício de poder legislativo num acto nulo ou, como na decisão de um tribunal inferior, sujeita-o à invalidação. Em certos casos, a partir da certificação de que os procedimentos exigidos foram observados, a lei pode impor a conclusão de regularidade quanto a aspectos de procedimento interno e, noutros casos, as pessoas sem a qualificação exigida pelas regras, que participem nas actividades legislativas, podem ficar sujeitas a uma pena nos termos de regras criminais especiais que considerem tal facto um delito. Mas, ainda que parcialmente encoberta por estas complicações, há uma diferença radical entre as regras que conferem e definem o modo de exercício dos poderes legislativos e as regras do direito criminal, as quais, pelo menos, se assemelham a ordens baseadas em ameaças.

Em alguns casos seria grotesco identificar estes dois tipos gerais de norma. Se uma medida obtém a necessária maioria de votos num corpo legislativo e é assim devidamente aprovada, os votantes a favor da medida não «obedeceram» à lei que exige uma decisão por maioria, nem os que votaram contra lhe obedeceram ou desobedeceram; o mesmo se verifica, claro, no caso da medida não obter a necessária maioria e, portanto, não ser aprovada qualquer lei. A diferença radical de função entre regras como estas impede, neste caso, o uso da terminologia apropriada à conduta nas suas relações com o direito criminal.

Uma taxonomia pormenorizada das variedades de leis compreenden-

(\*) «*Municipal Corporations Act*».

didadas num moderno sistema jurídico, liberta do preconceito de que todas *devem* ser redutíveis a um tipo único simples, está ainda por fazer. Ao distinguirmos certas leis, sob a denominação muito grosseira de leis que conferem poderes, das que impõem deveres e são análogas a ordens baseadas em ameaças, não passámos de um começo. Mas talvez se tenha feito o suficiente para mostrar que algumas das características distintivas de um sistema jurídico residem na disponibilidade que ele cria, através de regras deste tipo, para o exercício de poderes jurídicos privados e públicos. Se as regras deste tipo específico não existissem, estaríamos privados de alguns dos conceitos mais familiares da vida social, visto estes pressuporem logicamente a existência de tais regras. Tal como não poderia haver crimes nem delitos e, portanto, nem homicídios, nem furtos, se não houvesse leis criminais do tipo imperativo que realmente se assemelham a ordens baseadas em ameaças, também não poderia haver nem compras e vendas, nem doações, nem testamentos ou casamentos, se não existissem as regras que conferem poderes; porque estes actos, tal como as decisões dos tribunais ou as estatuições dos corpos legislativos, consistem justamente no exercício válido de poderes jurídicos.

Todavia, a tentação da uniformidade na ciência do direito é forte; e, visto que não acarreta qualquer descrédito, devemos considerar dois argumentos alternativos a seu favor que têm sido sustentados por grandes juristas. Tais argumentos visam mostrar que a distinção entre as variedades de leis que nós sublinhámos é superficial, se não mesmo irreal, e que, «em última análise», a noção de ordens baseadas em ameaças é tão adequada para a análise das regras que conferem poderes, como para as normas de direito criminal. Tal como se passa na maior parte das teorias que têm persistido durante muito tempo na ciência jurídica, há um elemento de verdade nestes argumentos. Existem, sem dúvida, pontos de semelhança entre as regras jurídicas dos dois tipos que distinguimos. Em qualquer dos casos, as acções podem ser criticadas ou aferidas, por referência às regras, como comportamentos juridicamente «certos» ou «errados». Tanto as regras que conferem poderes para outorgar um testamento, como a regra de direito criminal que proíbe as ofensas corporais sob cominação de uma pena constituem *padrões* pelos quais as acções concretas podem ser apreciadas criticamente. É talvez este mesmo o significado de falar-se de regras em ambos os casos. Além disso, é importante compreender que as regras que conferem poderes, embora diferentes das que impõem deveres e que gozam, assim, de certa analogia com ordens baseadas em ameaças,

estão sempre relacionadas com estas últimas; porque os poderes que conferem são poderes para fazer regras gerais do segundo tipo ou para impor deveres a particulares que, de outro modo, não lhes estariam sujeitos. É patentemente o caso em que o poder conferido é aquele que normalmente se designa como poder de legislar. Mas, como veremos, é ainda verdade no caso de outros poderes jurídicos. Pode dizer-se, apesar do risco de certa imprecisão, que, enquanto as regras como as do direito criminal impõem deveres, as que conferem poderes são fórmulas para criar deveres.

#### A nulidade como sanção

O primeiro argumento, que visa afirmar a identidade fundamental dos dois tipos de regras e apresentá-las ambas como ordens coercivas, incide sobre a «nulidade» que resulta do não preenchimento de uma condição essencial para o exercício do poder. Defende-se que tal é semelhante à pena associada à lei criminal, a ameaça de um mal ou uma sanção imposta pela lei em caso de violação da regra; ainda que se conceda que esta sanção não passe, em certos casos, de uma inconveniência menor. É a esta luz que somos solicitados a encarar o caso de alguém que procura obter a execução por via legal de uma promessa<sup>(\*)</sup> feita perante ele, enquanto contratualmente vinculativa, e descobre, para seu pesar, que, uma vez que não está contida em documento autêntico<sup>(\*\*)</sup> e como não estipulou algo que funcione como *consideration*<sup>(\*\*\*)</sup> para tal promessa, esta promessa escrita é juridicamente nula. Do mesmo modo, devemos

(\*) No texto inglês, *promise*. Traduzimos por promessa a noção de *promise*, acto unilateral de vontade que vincula o seu autor («declaração de vontade de uma pessoa referida à intenção de fazer ou abster-se de fazer algo»). A figura de contrato é definida pelo *American Restatement of Contracts* como «uma promessa ou conjunto de promessas para cuja violação o direito atribui um remédio, ou cuja execução o direito de certo modo reconhece como um dever».

(\*\*) No texto inglês, *under seal*. Um *contract under seal* consta de um documento solene que ostenta um selo (*deed* ou *covenant*). A validade dos compromissos assumidos resulta apenas da adopção da forma solene do *executing instrument*. Veja-se P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 2.<sup>a</sup> ed., 1971, Oxford, pág. 25.

(\*\*\*) Não se traduziu a expressão *consideration*, a qual designa um requisito de validade de certos *contracts* do direito anglo-americano. Atiyah afirma que o direito relativo à *doutrina da consideration* é «difícil, confuso e cheio de paradoxos» (*ob. cit.*, pág. 62). Os tribunais ingleses foram levados a examinar a *consideration* de certas promessas, isto é, as razões pelas quais foi assumida a promessa e as circunstâncias em que o foi. Assim, quanto aos contratos bilaterais, consistindo na troca de uma promessa por outra, cada promessa foi vista como *consideration* ou contrapartida da outra. Já quanto às promessas puramente gratuitas, que não constem de um *deed*, os tribunais entenderam que havia falta de *consideration*, já que só se descobria um

encarar a regra que estabelece a ineficácia do testamento feito sem duas testemunhas como servindo para levar os testadores a cumprirem o artigo 9.º da Lei dos Testamentos, tal como somos levados à obediência do direito criminal pelo pensamento na pena de prisão.

Ninguém poderá negar que há, em alguns casos, esta associação entre a nulidade e factores psicológicos, como, por exemplo, a frustração da expectativa de que um negócio será válido. Apesar disso, a extensão da ideia de sanção de modo a incluir a nulidade é uma fonte (e um sinal) de confusão. Algumas das objecções menores que lhe têm sido feitas são bem conhecidas. Assim, em muitos casos, a nulidade pode não ser um «mal» para aquele que não satisfiz uma qualquer condição exigida para a validade jurídica. Um juiz pode não ter qualquer interesse material na validade da sua sentença e esta ser-lhe indiferente; a parte que descobre não estar vinculada ao contrato relativamente ao qual foi demandada, porque era menor ou não tinha assinado o documento escrito exigido para certos contratos, poderá não reconhecer aqui a «ameaça de um mal» ou «sanção». Mas, para além destas críticas banais que poderiam ser resolvidas com alguma dose de engenho, há razões mais importantes para a nulidade não poder ser assimilada ao castigo associado a uma regra como estímulo para a inibição das actividades que a regra proíbe. No caso de uma regra de direito criminal, podemos identificar duas coisas distintas: um certo tipo de conduta que a regra proíbe e a sanção dirigida ao seu desencorajamento. Ora, como se poderiam considerar a esta luz actividades sociais tão desejáveis como a de homens que assumem reciprocamente promessas, que não satisfazem as exigências legais quanto à forma? Não se trata de algo semelhante à conduta desencorajada pela regra criminal, algo que as regras jurídicas que estipulam formas jurídicas para os contratos visassem suprimir. As regras limitam-se a retirar-lhes reconhecimento jurídico. Ainda mais absurdo é conceber como sanção o facto de uma medida legislativa, se não obtiver a necessária maioria, não ganhar estatuto de lei. Assimilar este facto às sanções do direito criminal seria como pensar as regras de pontuação de um jogo destinadas a eliminar todas as jogadas à excepção da marcação de golos ou pontos<sup>(\*)</sup>. Se tal

desejo (por boas razões ou insuficientes) para fazer uma doação. É usual aproximar a figura da *consideration* da figura romanista de *causa* dos negócios jurídicos (neste sentido, cf. K. Zweigert e H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, trad. inglesa, vol. II, 1977, págs. 61 e segs.).

(\*) No texto inglês faz-se referência às *runs*, unidade de pontuação nos jogos de críquete (*cricket*) e de basebol (*baseball*) (*runs*, corridas em certo percurso). Trata-se de jogos sem tradição em Portugal.

ocorresse, seria o fim de qualquer jogo; contudo, só se concebermos as regras que conferem poderes como orientadas para levar as pessoas a comportarem-se de certa maneira e acrescentando a «nulidade» como um motivo para a obediência, poderemos assimilá-las a ordens baseadas em ameaças.

A confusão inerente à noção de nulidade, entendida como semelhante à ameaça de mal ou às sanções do direito criminal, pode ser explicitada de outro modo. No caso das regras de direito criminal é logicamente possível e poderá ser desejável que haja tais regras, ainda que a ameaça de qualquer mal ou castigo não existisse. É verdade que se poderá argumentar não serem neste caso regras *jurídicas*; apesar disso, podemos distinguir com clareza a regra que proíbe um certo comportamento da estatuição de sanções a aplicar, se a regra for violada, e supor que aquela existe sem estas. Em certo sentido, podemos subtrair a sanção, sem eliminar um padrão inteligível de comportamento que aquela visava manter. Mas não podemos logicamente fazer tal distinção entre a regra que exige a observância de certas condições, por exemplo a intervenção de testemunhas para um testamento válido, e a chamada sanção da «nulidade». Neste caso, se a não observância desta condição essencial não implicasse nulidade, a existência da própria regra sem sanções não poderia ser afirmada de forma inteligível, mesmo como regra não jurídica. A estatuição de nulidade é *parte* integrante deste tipo de regra, de um modo que a pena associada a uma regra que impõe deveres nunca é. Se o não conseguir-se colocar a bola entre os postes não significasse a «nulidade» da não marcação, a existência das regras de pontuação do jogo não poderia ser afirmada.

O argumento por nós atrás criticado é uma tentativa de mostrar a identidade fundamental entre as regras que conferem poderes e as ordens coercivas através do *alargamento* do significado de sanção ou ameaça de um mal, de forma a incluir a nulidade de um negócio jurídico, quando está viciado pela não observância de tais regras. O segundo argumento que vamos considerar prossegue uma via diferente, ou mesmo oposta àquele. Em vez de procurar mostrar que aquelas regras são uma espécie de ordens coercivas, nega-lhes o estatuto de «lei». Para as excluir, *restringe* o significado da palavra «lei». A forma geral deste argumento, que surge em forma mais ou menos extrema em diversos juristas, consiste na afirmação de que aquilo que é referido, sem rigor ou através de modos populares de expressão, como regras jurídicas completas, é constituído na realidade por fragmentos incompletos de regras coercivas, que são as únicas regras jurídicas «genuínas».

#### As regras que conferem poderes como fragmentos de Leis

Na sua forma extrema, este argumento nega que até mesmo as regras do direito criminal, nos termos em que frequentemente são enunciadas, sejam leis genuínas. É nesta forma que o argumento é adoptado por Kelsen: «O direito é a norma primária que estipula a sanção»<sup>1</sup>. Não há uma lei que proíba o homicídio: o que há é apenas uma lei que encarrega os funcionários de aplicar certas sanções, em certas circunstâncias, àqueles que praticam um homicídio. Deste ponto de vista, o que vulgarmente se concebe como o conteúdo das leis, visando guiar a conduta dos cidadãos comuns, é meramente o antecedente ou a «cláusula condicionante» duma regra não dirigida a eles, mas aos funcionários, ordenando-lhes a aplicação de certas sanções, se certas condições tiverem sido satisfeitas. Todas as leis genuínas, deste ponto de vista, são ordens condicionais a funcionários para aplicarem sanções. Todas elas assumem a forma: «Se algo do tipo X for praticado, for omitido ou suceder, então aplique-se a sanção do tipo Y».

Através de uma crescente elaboração do antecedente ou das cláusulas condicionantes, as regras jurídicas de qualquer tipo, incluindo as regras que conferem e definem o modo de exercício de poderes privados ou públicos, podem ser reformuladas nesta forma condicional. Assim, as regras da Lei dos Testamentos, exigindo as duas testemunhas, surgiriam como uma parte comum de directivas muito diferentes dirigidas aos tribunais, para aplicarem sanções ao executor testamentário que, violando as disposições do testamento, se recusasse a pagar os legados: «se e só se houver um testamento devidamente outorgado perante testemunhas contendo estas disposições e se... então devem ser-lhe aplicadas sanções». De modo semelhante, uma regra que especifique o âmbito da jurisdição de um tribunal apresentar-se-ia como uma parte comum das condições a satisfazer, antes de aplicar quaisquer sanções. Assim, também as regras que conferem poderes legislativos e definem o modo e a forma da legislação (incluindo as disposições de uma constituição sobre o poder legislativo supremo) podem ser reformuladas e apresentadas como especificando certas condições comuns, com base no cumprimento das quais (entre outras) os tribunais deverão aplicar as sanções mencionadas nas leis. Assim, a teoria solicita-nos a destrinçar a substância das formas que a obscurecem; então, veremos que formas constitucionais tais como «o que a Rainha no Parlamento promulga é lei», ou

<sup>1</sup> *General Theory of Law and State*, pág. 63. Ver acima, pág. 6.

as disposições da Constituição americana, quanto ao poder legislativo do Congresso, especificam meramente as condições gerais sob as quais os tribunais deverão aplicar sanções. Estas formas são essencialmente «cláusulas condicionantes» e não regras completas: «Se a Rainha no Parlamento promulgou assim...» ou «se o Congresso dentro dos limites especificados na Constituição promulgou assim...» são formas de condições comuns a um vasto número de directivas para os tribunais aplicarem sanções ou punirem certos tipos de conduta.

Estamos perante uma interessante e formidável teoria, que se propõe desvendar a verdadeira e uniforme natureza do direito, latente sob uma variedade de formas e expressões comuns que a obscurecem. Antes de observarmos os seus defeitos, deve notar-se que, nesta forma extrema, a teoria envolve uma deslocação da concepção original do direito enquanto ordens baseadas em ameaças de sanção que devem ser aplicadas quando as ordens são desobedecidas. Em vez disso, a concepção central é agora a de ordens a funcionários para aplicarem sanções. Deste ponto de vista, não é necessário que uma sanção esteja prescrita para a violação de cada lei; é tão só necessário que toda a lei «genuína» dirija a aplicação de uma qualquer sanção. Assim pode dar-se o caso de que um funcionário que não cumpra tais directivas não seja passível de punição, e, realmente, é o que sucede em muitos sistemas jurídicos.

Esta teoria geral pode, como referimos, tomar uma de duas formas, sendo uma menos extrema do que a outra. Na forma menos extrema, a concepção original do direito (que muitos consideram intuitivamente mais aceitável) como ordens baseadas em ameaças dirigidas, entre outros, aos cidadãos comuns é preservada, pelo menos, para as regras que, do ponto de vista do senso comum, se referem em primeiro lugar à conduta dos cidadãos comuns e não apenas de funcionários. As regras de direito criminal, nesta perspectiva mais moderada, são leis em si mesmas e não necessitam de qualquer reformulação como fragmentos de outras regras completas. O mesmo não se passa já, porém, noutros casos. As regras que conferem poderes jurídicos aos particulares são aqui, como na teoria mais extrema, meros fragmentos das verdadeiras leis completas, porque são já ordens baseadas em ameaças. Estas últimas deverão ser identificadas pela interrogação: quais as pessoas a quem a lei ordena que façam coisas, sujeitas a um castigo se não obedecerem? Quando se sabe isto, as disposições de regras tais como as da Lei dos Testamentos de 1837, em relação às testemunhas, e outras regras que conferem poderes aos indivíduos e definem as condições para o

seu válido exercício, podem ser reformuladas como especificação de algumas das condições a que obedece, em última análise, a criação de um tal dever jurídico. Aparecem então como parte do antecedente ou «cláusula condicionante» das ordens condicionais baseadas em ameaças ou regras que impõem deveres. «Se e só se um testamento tiver sido assinado pelo testador e testemunhado por duas testemunhas no modo especificado e se... então o executor testamentário (ou outro representante legal) dará cumprimento às disposições do testamento». As regras relativas à celebração do contrato surgirão, de modo semelhante, como simples fragmentos de regras que ordenam a certas pessoas, se determinados factos sucederem ou forem ditas ou feitas certas coisas (se a parte é maior, se se vinculou por documento autêntico ou se estipulou a *consideration*), que estas façam as coisas que, pelo contrato, devem ser feitas.

A reformulação das regras que conferem poderes legislativos (incluindo as disposições de uma constituição quanto ao supremo órgão legislativo), de modo a representá-las como fragmentos das «verdadeiras» regras, pode ser realizada em linhas semelhantes às explicadas atrás na página 45 no caso da versão mais extrema desta teoria. A única diferença reside em que, na versão mais moderada, as regras que conferem poderes são representadas pelos antecedentes ou cláusulas condicionantes das regras que ordenam aos cidadãos comuns, sob ameaça de sanções, que façam coisas e não simplesmente (como na teoria mais extrema) como as cláusulas condicionantes das directivas aos funcionários para aplicarem sanções.

Qualquer das versões desta teoria procura reduzir variedades aparentemente distintas de regras jurídicas a uma única forma que, alegadamente, é portadora da quintessência do direito. Ambas, de modos diversos, fazem da sanção um elemento de importância central e ambas falharão, se for demonstrado que uma lei sem sanções é perfeitamente concebível. Esta objecção geral deve, porém, ser deixada para mais tarde. A crítica específica das duas formas da teoria que vamos desenvolver aqui é de que elas compram a uniformidade agradável do padrão a que reduzem toda a lei por um preço demasiado alto: o de distorcerem as diversas funções sociais que os distintos tipos de regra jurídica cumprem. Tal é verdadeiro em qualquer das formas da teoria, mas é mais evidente na reformulação do direito criminal exigida pela teoria na sua forma mais extrema.

#### A distorsão como preço da uniformidade

A distorsão operada por esta reformulação merece ser considerada, porque ilumina muitos aspectos diferentes do direito. Há

muitas técnicas de controlo da sociedade, mas a técnica característica do direito criminal consiste em designar, através de regras, certos tipos de comportamento como padrões para orientação do conjunto dos membros da sociedade ou de grupos especiais dentro desta; é-lhes solicitado que, sem a ajuda ou intervenção de funcionários, compreendam as regras, percebam que lhes são aplicáveis e com elas se conformem. Só quando a lei é violada e falha esta função primária da lei, compete aos funcionários identificar o facto da violação e impor as sanções previstas. O traço distintivo desta técnica, comparada com as ordens dirigidas individualmente por um funcionário a alguém, como sejam as de um polícia de trânsito a um condutor, reside em que os membros da sociedade devem descobrir as regras e pautar o seu comportamento por elas; neste sentido, «aplicam» eles próprios as regras a si mesmos, embora lhes seja fornecido um motivo para obedecerem, com a sanção acrescentada à regra. Claramente escamotaremos o modo característico em que tais regras operam, se nos concentrarmos nas regras que exigem aos tribunais a imposição de sanções em caso de desobediência, ou as transformarmos em regras primárias; porque estas últimas tomam precauções quanto à violação ou fracasso do propósito primário do sistema. Tais regras podem na verdade ser indispensáveis, mas são subsidiárias.

A ideia de que as regras substantivas do direito criminal têm como função (e, em sentido lato, como significado) a orientação não só dos funcionários que administram um sistema de penas, mas também dos cidadãos comuns nas actividades da vida não oficial, não pode ser eliminada, sem que se alijem distinções fundamentais e se obscureça o específico carácter do direito como um meio de controlo social. O castigo de um crime, como seja uma multa, não é o mesmo que um imposto sobre uma actividade, ainda que ambos envolvam directivas a funcionários para infligir idêntica perda de dinheiro. O que diferencia estas ideias, é que a primeira envolve, ao contrário da segunda, um delito ou uma falta de cumprimento de um dever sob a forma de violação de uma regra estabelecida para orientar a conduta dos cidadãos comuns. É verdade que uma tal distinção geralmente nítida pode, em certas circunstâncias, surgir ofuscada. Há impostos que podem ser criados sem objectivos de receita, mas para desencorajar as actividades sobre as quais incidem, embora a lei não dê qualquer indicação expressa de que estas devam ser abandonadas, como é o caso das que «torna criminosas». Inversamente, as multas exigidas por qualquer delito podem, em virtude da depreciação do dinheiro, tornar-se tão diminutas, que sejam pagas de boa vontade. São então talvez tomadas como «simples impostos» e os

«delitos» são frequentes, precisamente porque nestas circunstâncias se perdeu a noção de que a regra é, tal como na maior parte do direito criminal, para ser levada a sério, enquanto padrão de comportamento.

Argumenta-se por vezes em favor de teorias, como a que está em discussão, no sentido de que, reformulando a regra em termos de uma directiva para aplicar sanções, se obtém um progresso em clareza, porque esta forma torna simples tudo aquilo que o «homem mau» quer saber acerca do direito. Tal pode ser verdade, mas não deixa de parecer uma defesa inadequada da teoria. Por que razão não deverá o direito preocupar-se tanto ou mais com o «homem confuso» ou com o «homem ignorante» que está disposto a fazer o que lhe é exigido, desde que lhe digam o que é? Ou com o «homem que deseja resolver os seus assuntos» desde que lhe digam como? É evidentemente muito importante, se quisermos compreender o direito, ver como os tribunais o administram, quando chegam à aplicação das suas sanções. Mas tal não deve levar-nos a supor que tudo o que há para compreender é o que sucede nos tribunais. As funções principais do direito como meio de controlo social não podem ser apreendidas nos litígios privados ou nos processos penais, que representam disposições vitais, mas mesmo assim subsidiárias, para as falhas do sistema. Devem ser vistas nos diversos modos como o direito é usado para controlar, orientar e planear a vida fora dos tribunais.

Podemos comparar a inversão do secundário e do principal, operada por esta forma extrema da teoria, com a seguinte sugestão para reformular as regras de um jogo: Um teorizador, considerando as regras do críquete ou do baseball, poderá proclamar que tinha descoberto uma uniformidade escondida pela terminologia das regras e pela pretensão convencional de que umas se dirigiam primariamente aos jogadores, outras sobretudo aos funcionários (árbitro e marcador<sup>(\*)</sup>) e outras ainda a ambos. «Todas as regras», poderia argumentar o teórico, «são na realidade regras que ordenam aos funcionários que façam certas coisas em certas condições». As regras que dizem que certos movimentos depois de bater a bola constituem uma «corrida» ou que o jogador apanhado fica «fora», são na realidade directivas complexas para os funcionários; num caso ao marcador para marcar «uma corrida» no livro de marcação e, no outro, ao árbitro para fazer «sair de campo» o jogador. A forma de protesto normal reside em que a uniformidade imposta às regras

(\*) No jogo do críquete, além de um árbitro (*umpire*) existe um marcador (*scorer*), pessoa que aponta todas as corridas (*runs*), estando sujeito às directivas do árbitro.

através desta transformação esconde os modos como elas operam, e a maneira como os jogadores as usam para orientar as actividades dirigidas para determinados propósitos, e assim obscurece a sua função no empreendimento social de cooperação, embora competitivo, que é o jogo.

A forma menos extrema da teoria deixaria o direito criminal e todas as outras leis que impõem deveres intocadas, visto que elas se conformam à partida com o modelo simples de ordens coercivas. Mas reduziria todas as regras que conferem e definem o modo de exercício de poderes jurídicos a esta forma única. Fica exposta neste aspecto a crítica idêntica à da forma extrema da teoria. Se virmos qualquer regra simplesmente do ponto de vista das pessoas a quem são impostos deveres e reduzirmos todos os outros aspectos ao estatuto de condições mais ou menos elaboradas em que os deveres se vinculam, estaremos a tratar como algo de meramente secundário elementos que são, pelo menos, tão característicos do direito e tão válidos para a sociedade como o dever. As regras que conferem poderes particulares, para serem compreendidas, hão-de ser vistas na perspectiva daqueles que os exercem. Surgem então como um elemento adicional, introduzido pelo direito na vida social, acima do elemento de controlo coercivo. Isto é assim, porque a titularidade de tais poderes jurídicos torna o cidadão particular, que, a não existirem tais regras, não passaria de mero suporte de deveres, num legislador privado. Ele torna-se competente para determinar o curso da lei dentro da esfera dos seus contratos, *trusts*<sup>(\*)</sup>, testamentos e outras estruturas de

(\*) Não se traduz a designação deste instituto característico da *equity* inglesa. Trata-se de instituto próprio do direito inglês, sem correspondência no direito privado dos ordenamentos do continente europeu, dominados pela tradição do direito romano. Numa perspectiva comparatística, vejam-se K. Zweigert e H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, trad. inglesa, vol. I, 1977, págs. 275-284.

É um instituto caracterizado pela atribuição de bens a uma parte (*o trustee*) para benefício de outra (*cestui que trust*). O *trustee* é um titular segundo o direito, o beneficiário tem um mero *equitable interest*. Existe ainda o instituidor do *trust*, designado como *settlor* (*trustor* ou *donor*). Este instituto é utilizado para diversas finalidades, no âmbito do suprimento da incapacidade de menores, na instituição de entidades análogas às nossas fundações, para beneficiar herdeiros ou legatários, etc.

Na definição conhecida de Sir Arthur Underhill, «um *trust* é uma obrigação regida pela *equity* que impõe a uma pessoa (que é chamado o *trustee*) o dever de administrar a propriedade sobre a qual detém o controlo (que é chamada a *trust property*) em benefício de pessoas (que são chamadas *beneficiários* ou *cestuis que trustent*), das quais aquele pode ser uma delas, e qualquer delas pode exigir judicialmente a execução da obrigação» (*Law of Trusts and Trustees*, 12.<sup>a</sup> edição, 1970, pág. 3; citado com referência à anterior edição por Philip H. Pettit, *Equity and the Law*

direitos e deveres que está capacitado a criar. Por que razão as regras que são utilizadas desta forma especial, e conferem tão grandiosa e distintiva vantagem, não hão-de ser reconhecidas como distintas das que impõem deveres, cuja incidência é, além do mais, determinada em parte pelo exercício de tais poderes? Estas regras que conferem poderes são concebidas, designadas e usadas na vida social de forma diferente das regras que impõem deveres e são valorizadas por razões também diversas. Que melhor teste para a diferença de natureza entre elas poderia haver?

A redução das regras que conferem e definem poderes legislativos e judiciais a enunciados das condições sob as quais surgem deveres tem um vício obscurecedor semelhante na esfera pública. Os que exercem estes poderes para ditar medidas e decisões dotadas de autoridade usam aquelas regras numa forma de actividade guiada por um propósito completamente diferente do cumprimento do dever, ou da submissão ao controlo coercivo. Representar tais regras como meros aspectos ou fragmentos das regras de dever é, ainda mais do que na esfera privada, obscurecer as características distintivas do direito e das actividades possíveis dentro da sua estrutura. Porque a introdução na sociedade de regras de atribuição de competência aos legisladores para alterarem e acrescentarem as regras de dever, e aos juizes para determinarem quando as regras de dever foram violadas, é um passo em frente tão importante para a sociedade, quanto a invenção da roda. E não apenas constituiu um passo importante; como defenderemos no capítulo IV, pode mesmo ser considerada como a passagem do mundo pré-jurídico ao mundo jurídico.

## 2. O âmbito de aplicação

De todas as variedades de leis, são claramente as leis penais que se aproximam mais estreitamente do modelo simples de ordens coercivas. Contudo, mesmo estas leis apresentam certas características, examinadas nesta secção, em relação às quais o modelo é susceptível de nos cegar, e que não compreenderemos enquanto não nos furtarmos à sua influência. A ordem baseada em ameaças é essencialmente a expressão de um desejo de que *outros* façam ou se abstenham de fazer certas coisas. Evidentemente que é possível a legislação tomar esta forma exclusivamente dirigida a outros. Um

*of Trusts*, 2.<sup>a</sup> edição, 1970, pág. 16. Este último autor dá conta que a definição primitiva acima transcrita aparece com um aditamento nas edições posteriores da obra, de forma a contemplar os *charitable trusts*.

monarca absoluto exercendo o poder legislativo pode, em certos sistemas, ser sempre considerado fora do alcance das leis que faz; e até num sistema democrático podem ser feitas leis que não se aplicam àqueles que as fazem, mas tão-só a grupos especiais indicados na lei. Mas o âmbito de aplicação de uma lei é sempre uma questão da sua interpretação. Poderá ou não concluir-se da sua interpretação se exclui os que a fizeram e, evidentemente, há hoje muitas leis que se fazem e que impõem obrigações jurídicas aos autores da lei. A legislação, diferentemente do simples ordenar a outros que façam coisas sob ameaças, pode perfeitamente ter tal força auto-vinculativa. Não existe nada de *essencialmente* dirigido a outros na legislação. Trata-se de um fenómeno jurídico apenas intrigante enquanto pensarmos, sob a influência do modelo, que as leis são sempre emanção de um homem ou homens acima da lei para outros a elas sujeitos.

Esta imagem vertical ou «de cima para baixo» do direito, tão atractiva na sua simplicidade, é algo apenas possível de conciliação com as realidades pelo artifício de distinguir entre o legislador na sua qualidade oficial e na sua qualidade privada, como se de duas pessoas se tratasse. Actuando na primeira daquelas qualidades, ele faz então a lei que impõe obrigações às outras pessoas, incluindo ele próprio na sua «qualidade privada». Não existe nada de criticável nestas formas de expressão, mas a noção de qualidades diversas, como veremos no Capítulo IV, só é inteligível em termos de regras de direito que conferem poderes, que não podem ser reduzidas a ordens coercivas. Entretanto, deve observar-se que este artifício complicado é, na realidade, perfeitamente desnecessário; podemos explicar a qualidade autovinculativa do acto legislativo sem ele. Porque dispomos, tanto na vida quotidiana como no direito, de algo que nos habilita a compreendê-la muito melhor. É o funcionamento de uma *promessa*<sup>(\*)</sup> que, de muitos pontos de vista, constitui um modelo bem melhor do que o das ordens coercivas para compreender muitas, embora nem todas, as facetas do direito.

Assumir uma promessa é dizer algo que cria uma obrigação para o promitente; para que as palavras tenham este tipo de efeito, devem existir regras que assegurem que, se as palavras forem usadas pelas pessoas apropriadas nas ocasiões apropriadas (isto é, por pessoas sãs que compreendem a sua posição e se acham livres de várias espécies de pressão), os que as usam ficarão obrigados a fazer as coisas que as

(\*) No original inglês, *promise*.

palavras designam. Assim, quando prometemos, fazemos uso de procedimentos específicos para mudar a nossa própria situação moral, impondo-nos obrigações e conferindo direitos a outros; na linguagem dos juristas, exercemos «um poder», conferido por regras para o fazer. É claro que seria possível, ainda que sem utilidade, distinguir duas pessoas «dentro» do promitente: uma que actua na qualidade de criador de obrigações e a outra na qualidade de pessoa obrigada; e conceber uma como ordenando à outra que faça algo.

É igualmente dispensável este artifício para compreender a força autovinculativa da legislação. Porque a elaboração de uma lei, tal como a assunção de uma promessa, pressupõe a existência de certas regras que disciplinam o processo: as palavras ditas ou escritas pelas pessoas para tal qualificadas por estas regras, e que seguem o procedimento nelas especificado, criam obrigações para todos, dentro do âmbito explícita ou implicitamente designado pelas palavras. Estas podem incluir os que tomam parte no processo legislativo.

Sem dúvida que, e apesar de haver esta analogia que explica o carácter autovinculativo da legislação, existem muitas diferenças entre a assunção de promessas e a elaboração de leis. São muito mais complexas as regras que disciplinam esta última, estando delas ausente a natureza bilateral da promessa. Não há geralmente quem se coloque na posição especial do promissário, ou seja, daquele *perante quem* a promessa é feita e que tem um direito especial, se não mesmo único, ao seu cumprimento. A este respeito certas formas de auto-imposição de obrigações conhecidas no direito inglês, tais como aquela pela qual alguém se declara *trustee*<sup>(\*)</sup> de propriedade por conta de outrem, oferecem uma analogia mais próxima do aspecto autovinculativo da legislação. Porém, em geral, a criação de regras por via legislativa poderá ser mais bem compreendida, se tivermos em consideração tais modos privados de criação de obrigações jurídicas particulares.

O que se impõe como corrector do modelo de ordens ou regras coercivas é uma nova concepção de legislação, como introdução ou modificação dos padrões gerais de conduta, destinados a ser seguidos em geral pela sociedade. O legislador não é necessariamente semelhante a quem dá ordens a outrem: alguém que está, por definição, fora

(\*) Referência ao instituto do *trust*, objecto de nota do tradutor atrás. O *trustee* é o proprietário, segundo a *common law*. Alude-se no texto à possibilidade de o criador do *trust* se declarar a si próprio *trustee*, ficando obrigado perante os beneficiários, proprietários segundo a *equity*.

do alcance daquilo que faz. Tal como o promitente, ele exerce poderes conferidos por regras: frequentemente pode, tal como o promitente *deve*, cair dentro do seu âmbito.

### 3. Os modos de origem

Até aqui confinámos a nossa discussão sobre as variedades de leis àquelas que, apesar das diferenças que acentuámos, possuem um aspecto saliente de analogia com as ordens coercivas. A promulgação de uma lei, tal como a emissão de uma ordem, é um acto deliberado que se pode datar. Os que tomam parte na criação de legislação actuam conscientemente, segundo um procedimento para criação de direito, tal como o homem que dá uma ordem utiliza conscientemente uma forma das palavras que assegure o reconhecimento dos seus intentos e a obediência a eles. Por isso, as teorias que usam o modelo de ordens coercivas na análise do direito sustentam que todo o direito pode ser visto, se nos desembaraçarmos dos disfarces, como tendo este ponto de semelhança com a legislação e devendo o seu estatuto de direito a um acto deliberado de criação jurídica. O tipo de direito que colide mais obviamente com esta pretensão é o costume; mas a discussão sobre se o costume é «realmente» direito tem sido muitas vezes afectada por confusões, em virtude da incapacidade de destrinçar dois problemas distintos. O primeiro é o de saber se «o costume como tal» é direito ou não. O significado e o bom senso da negação de que o costume, como tal, seja direito, reside na simples verdade de que, em qualquer sociedade, há muitos costumes que não fazem parte do seu direito. Não tirar o chapéu a uma senhora não constitui violação de qualquer regra jurídica; não tem estatuto jurídico, salvo o de ser permitido pelo direito. Isto demonstra que o costume é direito apenas se faz parte de uma categoria de costumes que é «reconhecida» como direito num sistema jurídico particular. O segundo problema diz respeito ao significado do «reconhecimento jurídico». O que é, para um costume, ser juridicamente reconhecido? Será que consiste, tal como o modelo de ordens coercivas exige, no facto de alguém, talvez «o soberano» ou os seus agentes, ordenar a obediência ao costume, de modo que o seu estatuto de direito se deve a algo que, neste particular, se assemelha ao acto de legislar?

O costume não é uma «fonte» muito importante de direito no mundo moderno. É usualmente uma fonte subordinada, no sentido de que o poder legislativo pode, através de uma lei, retirar à regra consuetudinária o seu estatuto jurídico; e, em muitos sistemas, os critérios aplicados pelos tribunais, para determinar se um costume

pode ser objecto de reconhecimento jurídico, incluem noções tão fluidas como a de «razoabilidade», as quais fornecem pelo menos algum fundamento à ideia de que, ao aceitar ou rejeitar um costume, os tribunais estão a exercer um poder discricionário<sup>(\*)</sup> virtualmente incontrolado. Mas mesmo assim, atribuir o estatuto jurídico de um costume ao facto de que um tribunal, ou o poder legislativo, ou o soberano, assim o «ordenou», é adoptar uma teoria apenas sustentável, se for dado à «ordem» um significado tão lato que acaba por desvirtuar a teoria.

Para apresentarmos esta doutrina do reconhecimento jurídico, devemos recordar o papel desempenhado pelo soberano na concepção do direito como ordens coercivas. Segundo esta teoria, o direito é não só a ordem do soberano, como a dos subordinados que aquele pode escolher para darem ordens em seu nome. No primeiro caso, o direito consiste na ordem do soberano, no sentido mais literal de «ordem». No segundo caso, a ordem dada pelos subordinados só será lei se, por seu turno, tiver sido dada em obediência a uma ordem qualquer ditada pelo soberano. Os subordinados devem estar investidos de certa autoridade delegada pelo soberano, para ditarem ordens em seu nome. Por vezes, tal pode ser conferido por uma directiva expressa a um ministro para «fazer regulamentos» sobre determinada matéria. Se a teoria parasse aqui, é evidente que não poderia dar conta dos factos; por isso, conhece uma extensão e sustenta que, por vezes, o soberano poderá exprimir a sua vontade de modo menos directo. As suas ordens podem ser «tácitas»; pode, sem ter dado uma ordem expressa, manifestar as suas intenções quanto à prática de certos actos pelos seus súbditos, não interferindo quando os seus subordinados dão ordens aos súbditos dele ou os punem por desobediência.

Um exemplo militar pode tornar clara, na medida do possível, a ideia de «ordem tácita». Um sargento, que obedece, ele próprio, normalmente aos seus superiores, ordena aos seus homens que executem certas tarefas de faxina e pune-os quando eles desobedecem. O general, ao tomar conhecimento disto, permite que as coisas continuem assim, ainda que, se tivesse ordenado ao sargento para pôr fim à faxina, fosse obedecido. Nestas circunstâncias, pode considerar-se que o general expressou tacitamente a sua vontade de que os homens fizessem os trabalhos de faxina. A sua não interferência, quando podia ter interferido, é um substituto silencioso das palavras que poderia ter empregado, a ordenar as tarefas de faxina.

(\*) No original inglês, «discretion».

É a esta luz que nos solicitam que consideremos as regras consuetudinárias com estatuto de direito, num sistema jurídico. Até que os tribunais as apliquem em casos particulares, tais regras são *meros* costumes e em nenhum sentido são direito. Quando os tribunais as aplicam e, em concordância com elas, proferem decisões que são executadas, só então, pela primeira vez, recebem estas regras o reconhecimento jurídico. O soberano, que poderia ter interferido, ordenou tacitamente aos súbditos que obedecessem às decisões dos juizes «moldadas» nos costumes pré-existentes.

Esta versão do estatuto jurídico do costume é susceptível de duas críticas diferentes. A primeira é que não sucede *necessariamente* que, até à sua aplicação num litígio, as regras consuetudinárias não tenham o estatuto de direito. A asserção de que assim é necessariamente, ou é puramente dogmática, ou se revela incapaz de distinguir entre o que é necessário e o que pode suceder em certos sistemas. Se as leis feitas segundo modos determinados são direito, antes de serem aplicadas pelos tribunais em casos particulares, por que razão tal não sucede quanto aos costumes de certos tipos definidos? Por que não há-de ser verdade que, tal como os tribunais reconhecem força vinculativa ao princípio geral de que aquilo que o poder legislativo promulga é direito, também reconheçam outro princípio geral como tendo força vinculativa: o de que os costumes de certos tipos definidos são direito? Que pode haver de absurdo na afirmação de que, quando surgem casos particulares, os tribunais aplicam o costume, tal como aplicam a lei, como algo que é já direito e porque o é? Evidentemente que é *possível* que um sistema jurídico estabeleça que nenhuma regra consuetudinária tenha o estatuto de direito, até que os tribunais, no exercício de um poder discricionário sem controlo, assim o declarem. Mas aqui trata-se tão-só de *uma* possibilidade, que não pode excluir a possibilidade de outros sistemas em que os tribunais não tenham um tal poder discricionário. Como pode então fundamentar-se a afirmação geral de que uma regra consuetudinária *não pode* ter o estatuto de direito até ser aplicada pelo tribunal?

Muitas das respostas a estas objecções não vão além da reafirmação do dogma de que nada pode ser direito, a não ser se e quando tal tenha sido *ordenado* por alguém. O paralelo sugerido entre as relações dos tribunais com as leis e o costume é então rejeitado com o fundamento de que, antes da sua aplicação por um tribunal, uma lei foi já «ordenada», mas o costume não. Os argumentos menos dogmáticos são inadequados, porque dão demasiado realce às soluções particulares de sistemas particulares. O facto de que, no direito

inglês, um costume possa ser rejeitado pelos tribunais, se não obedecer aos critérios de «razoabilidade», é algumas vezes apresentado como demonstração de que não é direito, até ser aplicado pelos tribunais. Uma vez mais, tal poderia provar, quando muito, algo acerca do costume no direito inglês. E mesmo isto não pode ser afirmado, a não ser que seja verdade, como alguns pretendem, que não tem significado a distinção de um sistema, no qual os tribunais apenas são obrigados a aplicar certas regras consuetudinárias se elas forem razoáveis, de um outro em que os tribunais têm um poder discricionário sem controlo.

A segunda crítica da teoria de que o costume, quando é direito, deve o seu estatuto jurídico à ordem tácita do soberano, é mais fundamental. Mesmo que se conceda não ser direito até que seja aplicado pelo tribunal no caso particular, será possível considerar a abstenção do soberano de interferir como a expressão tácita do desejo de que as regras sejam obedecidas? Até no exemplo militar muito simples da página 54, não se pode inferir necessariamente do facto de o general não ter interferido nas ordens do sargento, que ele desejasse vê-las obedecidas. Ele podia ter desejado simplesmente contemporar com um subordinado de valia, esperando que os homens descobrissem por si alguma maneira de evitar a faxina. Sem dúvida que podemos em certos casos inferir que ele desejava a execução das tarefas de faxina, mas, se o fizéssemos, uma parte substancial da nossa prova residiria no facto de o general ter sabido que as ordens tinham sido dadas, ter tido tempo para as ponderar e ter decidido nada fazer. A principal objecção ao uso da ideia de expressões tácitas da vontade do soberano para explicar o estatuto jurídico do costume é que, em qualquer Estado moderno, raramente é possível atribuir tal conhecimento, ponderação e decisão de não interferência ao «soberano», quer o identifiquemos com o poder legislativo supremo, quer com o eleitorado. É, evidentemente, verdade que, na maior parte dos sistemas jurídicos, o costume constitui uma fonte de direito subordinada à lei. Tal significa que o poder legislativo lhe *podia* retirar o seu estatuto jurídico; mas a abstenção de o fazer pode não ser um sinal dos desejos do legislador. Só muito raramente a atenção de um poder legislativo, e ainda mais raramente a do eleitorado, se volta para as regras consuetudinárias aplicadas pelos tribunais. A sua não interferência não pode, por isso, ser comparada à não interferência do general em relação ao sargento; mesmo se, neste caso, estivermos preparados para inferir dela um desejo de que as ordens do seu subordinado fossem obedecidas.

Em que consiste então o reconhecimento jurídico do costume?

A que deve a regra consuetudinária o seu estatuto jurídico, se não é à decisão do tribunal que a aplicou a um caso particular ou à ordem tácita do poder legislativo supremo? Como pode ser direito, tal como a lei, antes do tribunal a aplicar? Estas perguntas só podem ser completamente respondidas, depois de analisarmos em pormenor, como faremos no capítulo seguinte, a doutrina que diz que, onde existe direito, há-de haver alguma pessoa ou pessoas soberanas cujas ordens gerais explícitas ou tácitas, e só elas, são direito. Entretanto, podemos resumir as conclusões deste capítulo como segue:

A teoria do direito como ordens coercivas encontra à partida a objecção de que há variedades de leis em todos os sistemas que, em três aspectos principais, não se enquadram naquela descrição. Em primeiro lugar, mesmo uma lei criminal, a que mais se lhe aproxima, tem muitas vezes um âmbito de aplicação diferente do de ordens dadas a outros; porque uma tal lei pode impor deveres àqueles mesmos que a fazem, tal como a outros. Em segundo lugar, outras leis são distintas de ordens na medida em que não obrigam pessoas a fazer coisas, mas podem conferir-lhes poderes; não impõem deveres, antes oferecem dispositivos para a livre criação de direitos e deveres jurídicos dentro da estrutura coerciva do direito. Em terceiro lugar, embora a promulgação de uma lei seja em alguns aspectos análoga à emissão de uma ordem, certas regras de direito são originadas pelo costume e não devem o seu estatuto jurídico a qualquer acto consciente de criação do direito.

Para defender a teoria destas objecções, tem-se adoptado uma variedade de expedientes. A ideia originalmente simples de ameaça de um mal ou «sanção» foi alargada até incluir a nulidade de um negócio jurídico; a noção de regra jurídica foi restringida, por forma a excluir as regras que conferem poderes, consideradas meros fragmentos de regras; dentro da pessoa naturalmente uma do legislador, cujas leis têm força autovinculativa, descobriram-se duas pessoas; a noção de uma ordem foi ampliada de uma expressão verbal até uma expressão «tácita» da vontade, que consiste na não interferência em ordens dadas por subordinados. Apesar do carácter engenhoso destes artificios, o modelo de ordens baseadas em ameaças obscurece, no direito, mais do que aquilo que revela; o esforço para reduzir a esta única forma simples a variedade de leis, acaba por lhes impor uma uniformidade espúria. Na verdade, procurar aqui uniformidade pode ser um erro porque, como argumentaremos no Capítulo V, uma característica distintiva do direito, se não a principal, reside na fusão de tipos diferentes de regras.

## 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 assinalada<sup>1</sup> 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.

<sup>1</sup> Ver pág. supra.

Podemos, contudo, para as nossas finalidades imediatas, imaginar 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 legislador<sup>(\*)</sup>. Numa democracia moderna, tais qualificações são altamente complexas e dizem respeito à composição da assembleia 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

(\*) 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 geralmente 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 manifestar-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<sup>(\*)</sup>.

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 àqueles. 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 Bruxaria*<sup>(1)</sup> de 1735<sup>1</sup>. 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

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

(1) *Witchcraft Act*, em inglês.

(\*\*) K.B. é 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*. É a que se refere na nota acima.

problema da continuidade da autoridade criadora do direito que acabámos de considerar.

Aí a questão era como se poderia dizer, na base do esquema simples dos hábitos de obediência, que a primeira lei feita por um sucessor no cargo de legislador era *já* lei antes de ele pessoalmente ter recebido a obediência habitual. Aqui a questão é: como pode a lei criada por um legislador anterior, desaparecido há muito, ser *ainda* lei para uma sociedade de que não pode dizer-se que lhe obedeça habitualmente? Como no primeiro caso, nenhuma dificuldade se levanta para o esquema simples, desde que confinemos a nossa observação ao período de vida do legislador. Na realidade, parece mesmo explicar admiravelmente por que razão a *Lei sobre Bruxaria* era direito na Inglaterra mas não o teria sido em França, mesmo que os seus termos abrangessem os cidadãos franceses que lessem a sina em França, embora evidentemente pudesse ser aplicado aos franceses que tivessem a infelicidade de serem levados perante os tribunais ingleses. A explicação simples seria que em Inglaterra havia um hábito de obediência àqueles que promulgaram esta lei, ao passo que em França não havia. Daí que fosse direito em Inglaterra, mas não o fosse em França.

Não podemos, todavia, limitar a nossa perspectiva das leis ao tempo de vida dos seus criadores, porque a característica que temos de explicar é justamente a persistente capacidade de sobreviverem aos seus criadores e àqueles que habitualmente lhes obedeciam. Por que é ainda a *Lei sobre Bruxaria* direito para nós, se não era direito para a França contemporânea? Por certo, nenhuma extensão da linguagem poderá levar a dizer que nós, os ingleses do século XX, obedecemos agora habitualmente ao Rei Jorge II<sup>(1)</sup> e ao seu Parlamento. A este respeito, os ingleses de hoje são semelhantes aos franceses de então: nem uns, nem outros obedecem ou obedeceram habitualmente ao criador desta lei. A *Lei sobre Bruxaria* poderia ser a única lei que tivesse sobrevivido daquele reinado e, contudo, seria ainda direito na Inglaterra de hoje. A resposta ao problema de «porquê direito ainda?» é, em princípio, a mesma do nosso problema anterior de «porquê direito já?» e envolve a substituição da noção demasiado simples de hábitos de obediência a uma pessoa soberana pela noção de regras fundamentais correntemente aceites, que especificam uma categoria ou sequência de pessoas, cuja palavra deve constituir um padrão de comportamento para a sociedade, isto é, que

(1) Monarca britânico e eleitor de Hanover, nascido em 1683 e que reinou na Grã-Bretanha e Irlanda entre 1727 e 1760.

tem o *direito* de legislar. Uma tal regra, embora deva existir na actualidade, pode em certo sentido ser a-temporal na sua referência: pode não só contemplar o futuro e referir-se ao acto legislativo de um futuro legislador, como também olhar para trás e referir-se aos actos de um legislador passado.

Colocada nos termos simples da dinastia Rex, a posição é a seguinte: cada um dos membros de uma sequência de legisladores, Rex I, II e III, pode ter a qualificação, segundo a mesma regra geral, que confere o direito de legislar ao descendente mais velho vivo na linha recta. Quando cada governante morre, o seu trabalho legislativo sobrevive-lhe, porque assenta no fundamento de uma regra geral que gerações sucessivas na sociedade continuaram a respeitar, em relação a cada legislador, fosse qual fosse a época em que houvesse vivido. No caso simples, Rex I, II e III gozam todos eles da prerrogativa, segundo a mesma regra geral, de introduzir padrões de comportamento através da legislação. Na maioria dos sistemas jurídicos, as questões não se apresentam de forma tão simples, porque a regra presentemente aceite, pela qual a legislação anterior é reconhecida como direito, pode ser diversa da regra relativa à legislação contemporânea. Mas, dada a aceitação no presente da regra subjacente, a persistência das leis não é mais misteriosa do que o facto de a decisão do árbitro, na primeira jornada de um torneio entre equipas cuja composição se alterou, dever ter a mesma relevância para o resultado final que as do árbitro que ocupou idêntico lugar na terceira jornada. Todavia, embora não sendo misteriosa, a noção de uma regra aceite conferindo autoridade às ordens de legisladores passados e futuros, bem como dos presentes, é certamente mais complexa e sofisticada do que a ideia de hábitos de obediência a um legislador actual. Será possível prescindir desta complexidade e, através de alguma extensão engenhosa da concepção simples de ordens baseadas em ameaças, mostrar que a persistência das leis assenta, ao fim e ao cabo, nos factos mais simples da obediência habitual ao soberano do presente?

Houve uma tentativa engenhosa para o fazer: Hobbes, repetido neste ponto por Bentham e Austin, disse que «o legislador não é aquele sob cuja autoridade as leis foram feitas primeiramente, mas aquele por cuja autoridade elas continuam agora a serem leis»<sup>1</sup>. Não é imediatamente claro, se prescindirmos da noção de uma regra em favor da simples ideia de hábito, o que possa ser a «autoridade»,

<sup>1</sup> *Leviathan*, cap. XXVI.

como algo de diferente do «poder», de um legislador. Mas o argumento geral expresso por esta citação é claro. Consiste ele em que, embora historicamente a fonte ou origem de uma lei tal como a *Lei sobre a Bruxaria* tenha sido o acto legislativo de um soberano do passado, o seu estatuto presente, como direito na Inglaterra do século XX, é devido ao seu reconhecimento como tal pelo soberano actual. Tal reconhecimento não toma a forma de qualquer ordem *explícita*, como no caso das leis feitas pelos legisladores actuais, mas a de uma expressão *tácita* da vontade do soberano. Esta consiste no facto de, embora pudesse fazê-lo, ele não interferir na execução pelos seus agentes (os tribunais e, possivelmente, o executivo) da lei feita há muito tempo.

Estamos, como é óbvio, perante a mesma teoria das ordens tácitas já antes considerada, que foi invocada para explicar o estatuto jurídico de certas regras consuetudinárias, que aparentemente não foram objecto de ordem de ninguém, em época alguma. As críticas tecidas a esta teoria no Capítulo III aplicam-se de forma ainda mais evidente à sua utilização para explicar o reconhecimento continuado da legislação passada como direito. Porque embora possa encontrar-se algum carácter plausível no ponto de vista de que, até ao momento de efectiva aplicação de uma regra consuetudinária num dado caso, esta não tem estatuto de direito, devido ao amplo poder discricionário atribuído aos tribunais para rejeitar regras consuetudinárias não razoáveis, é muito pouco plausível o ponto de vista de que uma lei feita por um «soberano» passado não é direito, até que seja efectivamente aplicada pelos tribunais num caso concreto, e executada com a aquiescência do soberano actual. Se esta teoria for correcta, segue-se daí que os tribunais não executam a lei porque já é direito: contudo, tal constituiria uma inferência absurda a retirar do facto de que o actual legislador podia revogar as leis passadas, mas não exerceu este poder. Na verdade, as leis da época vitoriana e as leis aprovadas hoje pela Rainha no Parlamento têm, sem dúvida, precisamente o mesmo estatuto na Inglaterra de hoje. Umas e outras são direito, mesmo antes de os casos a que se aplicam surgirem em tribunal e, quando surgem, os tribunais aplicam não só as leis vitorianas, como as modernas, porque são já direito. Em qualquer dos casos, tais leis não são direito, apenas depois de serem aplicadas pelos tribunais; e, igualmente em ambos os casos, o seu estatuto como direito deve-se ao facto de terem sido emitidas por pessoas cujos actos legislativos se revestem hoje de autoridade, segundo as regras actualmente aceites, independentemente do facto de tais pessoas estarem vivas ou mortas.

A incoerência da teoria de que as leis do passado devem o seu estatuto presente de direito à aquiescência do legislador actual, na sua aplicação pelos tribunais, pode ser observada com a maior clareza na sua incapacidade para explicar por que razão os tribunais dos nossos dias haveriam de distinguir uma lei vitoriana que não tenha sido revogada, sendo portanto direito, de uma outra que tenha sido revogada no reinado de Eduardo VII<sup>(\*)</sup>, não sendo já direito. Obviamente, ao fazerem tais distinções, os tribunais (e, com eles, qualquer jurista ou cidadão comum que compreenda o sistema) usam como critério uma ou várias regras fundamentais sobre o que há-de ser considerado direito, que abrange tanto os actos legislativos passados como os presentes: não assentam a sua discriminação entre as duas leis no conhecimento de que o soberano actual tenha tacitamente ordenado (isto é, permitido que se aplique) uma, mas não a outra.

Uma vez mais parece que a única virtude da teoria por nós rejeitada consiste em ser uma versão confusa de uma advertência realista. Neste caso trata-se da advertência de que, a menos que os funcionários do sistema e sobretudo os tribunais aceitem a regra de que certos actos legislativos, *passados ou presentes*, estão revestidos de autoridade, algo de essencial ao seu estatuto de direito faltarão. Mas um realismo de espécie tão comezinha não deverá ser confundido com a teoria por vezes conhecida sob o nome de Realismo Jurídico, cujos principais traços são discutidos em pormenor adiante<sup>1</sup>, e que, em certas versões, sustenta que *nenhuma* lei é direito antes de ser aplicada efectivamente por um tribunal. Há uma diferença, crucial para a compreensão do direito, entre a concepção verdadeira que afirma que, para uma lei ser direito, os tribunais devem aceitar a regra de que certos actos legislativos criam direito, e a teoria equívoca de que nada é direito até ser aplicado num caso concreto por um tribunal. Algumas versões da Teoria do Realismo Jurídico vão, evidentemente, muito além da falsa explicação da persistência das leis que criticámos; chegam mesmo ao ponto de negarem o estatuto de direito a qualquer lei, feita por um soberano do passado ou do *presente*, antes da sua aplicação efectiva pelos tribunais. Contudo, uma explicação da permanência das leis que não adira à teoria realista integral e reconheça serem as leis do soberano presente, diferentemente das dos soberanos do passado, direito antes de aplicadas pelos tribunais, recolhe o pior das duas perspectivas e é,

<sup>1</sup> Ver págs. 149-61 infra.

(\*) Monarca Britânico nascido em 1841 e que reinou entre 1901 e 1910.

por certo, bastante absurda. Esta posição intermédia é insustentável, porque nada distingue o estatuto jurídico de uma lei do soberano actual de uma outra, não revogada, de um soberano anterior. Ou ambas (como os juristas comuns reconhecem) ou nenhuma delas, como pretende a teoria realista integral, são direito, antes de aplicadas pelos tribunais do presente a uma caso concreto.

### 3. Limitações Jurídicas ao Poder Legislativo

Na doutrina da soberania, o hábito geral de obediência do súbdito tem, como complemento, a ausência de um tal hábito por parte do soberano. Ele cria direito para os seus súbditos e fá-lo a partir de uma posição exterior a qualquer direito. Não há, nem pode haver, quaisquer limites jurídicos ao seu poder de criação de direito. É importante compreender que o poder juridicamente ilimitado do soberano lhe pertence por definição: a teoria afirma simplesmente que só poderia haver limitações jurídicas ao poder legislativo, se o legislador estivesse sob as ordens de um outro legislador, a quem obedecesse habitualmente; e, nesse caso, já não seria soberano. Se é soberano, não obedece a qualquer outro legislador e, portanto, não pode haver limitações jurídicas ao seu poder legislativo. Evidentemente que a importância da teoria não reside nestas definições e nas suas simples consequências necessárias, que nada nos adiantam quanto aos factos. Reside na pretensão de que, em qualquer sociedade em que há direito, há um soberano com esses atributos. Podemos ter de olhar para além das formas jurídicas ou políticas que sugerem serem todos os poderes jurídicos limitados e que nenhuma pessoa ou pessoa ocupam a posição exterior ao direito atribuída ao soberano. Mas, se indagarmos resolutamente, descobriremos a realidade que, como pretende a teoria, existe para além das formas.

Não devemos distorcer a teoria de modo a atribuir-lhe, nem uma pretensão mais forte, nem uma mais fraca da que na realidade contém. A teoria não se limita a afirmar que existem *algumas* sociedades onde se vai encontrar um soberano não sujeito a quaisquer limitações jurídicas, mas diz que em toda a parte a existência de direito implica a existência de um tal soberano. Por outro lado, a teoria não sustenta que não haja limites ao poder do soberano, mas apenas que não há quaisquer limites *jurídicos* a esse poder. Assim, o soberano pode de facto fazer concessões à opinião pública, ao exercer o poder legislativo, seja por receio das consequências de a desprezar, seja porque se considera moralmente vinculado a respeitá-la. Uma

grande diversidade de factores pode influenciá-lo a este respeito e, se o temor de revolta popular ou as suas convicções morais o levam a não legislar nos termos em que, doutra forma, poderia fazê-lo, o soberano pode realmente considerar tais factores e referir-se a eles como «limites» ao seu poder. Mas não são limites jurídicos. Não está sujeito a nenhum dever jurídico que o impeça de legislar nestes termos e os tribunais, ao considerarem se estão ou não perante uma lei do soberano, não tomariam em conta o argumento de que a sua divergência em relação às exigências da opinião pública ou da moral impedia tal lei de ser qualificada como direito, a menos que houvesse uma ordem do soberano nesse sentido.

Os atractivos desta teoria como explicação geral do direito são evidentes. Parece fornecer-nos de forma razoavelmente simples uma resposta a duas questões importantes. Desde que encontremos o soberano que recebe obediência habitual, não a prestando a ninguém, podemos fazer duas coisas. Em primeiro lugar, podemos identificar nas suas ordens gerais o direito de uma dada sociedade e distingui-lo de muitas outras regras, princípios ou padrões, morais ou simplesmente consuetudinários, pelos quais as vidas dos seus membros são também regidas. Em segundo lugar, dentro do campo do direito, podemos determinar se estaremos perante um sistema jurídico independente ou se se trata meramente de uma parte subordinada de algum sistema mais amplo.

Sustenta-se normalmente que a Rainha no Parlamento, considerada como única entidade legislativa permanente, preenche os requisitos desta teoria e a soberania do Parlamento consiste no facto de que assim é. Seja qual for a exactidão desta opinião (de que consideraremos alguns aspectos mais tarde no Capítulo VI), podemos certamente reproduzir de forma suficientemente coerente, no mundo simples imaginário de Rex I, o que a teoria exige. É instrutivo fazê-lo antes de considerar o caso mais complexo de um Estado moderno, uma vez que as implicações plenas da teoria são melhor explicitadas deste modo. Para contemplar as críticas feitas na Secção I à noção de hábitos de obediência, podemos considerar a situação em termos de regras em vez de hábitos. Nesta base, imaginaremos uma sociedade em que haja uma regra geralmente aceite pelos tribunais, pelos funcionários e pelos cidadãos, segundo a qual sempre que Rex ordene que se faça algo, a sua palavra constitui um padrão de comportamento para o grupo. Pode bem suceder que, para distinguir, entre estas ordens, as expressões de desejos «privados», a que Rex não quer conferir estatuto «oficial», daquelas a que ele quer conferir tal estatuto, se adoptem também regras auxiliares, especificando um

estilo especial que o monarca deve usar quando legisla «na qualidade de monarca», mas não quando dá ordens privadas à mulher ou à amante. Tais regras sobre a maneira e a forma de legislar devem ser encaradas seriamente, para que preencham a sua finalidade e, por vezes, podem ser inconvenientes para Rex. Não obstante, ainda que as possamos classificar apropriadamente como regras jurídicas, não é necessário que vejamos nelas «limites» ao seu poder legislativo, uma vez que não há matéria sobre a qual não possa legislar, de modo a realizar os seus desejos, desde que adopte a forma exigida. A «extensão» do seu poder legislativo não é limitada pelo direito, ainda que o seja «a forma».

A objecção a colocar à teoria como teoria geral do direito é a de que a existência de um soberano, tal como Rex nesta sociedade imaginária, que não está sujeito a quaisquer limitações jurídicas, não é uma condição necessária ou um pressuposto da existência do direito. Para o demonstrar, não é preciso invocar tipos de direito discutíveis ou polémicos. A nossa argumentação não é retirada, por isso, de sistemas de direito consuetudinário ou de direito internacional, a que alguns desejam negar o título de direito, porque carecem de poder legislativo. O recurso a estes casos é completamente desnecessário; porque a concepção de um soberano juridicamente ilimitado desvirtua a natureza do direito em muitos Estados modernos onde ninguém põe em causa que exista direito. Aqui há órgãos legislativos mas, muitas vezes, o poder legislativo supremo dentro do sistema está longe de ser ilimitado. Uma constituição escrita pode restringir a competência do órgão legislativo, não apenas pela especificação da forma e do modo de legislar (que podemos aceitar não serem limitações) mas pela exclusão absoluta de certas matérias do âmbito da competência legislativa, impondo assim limitações substantivas.

Uma vez mais, antes de examinar o caso complexo de um Estado moderno, é útil ver o que realmente significariam «as limitações jurídicas ao poder legislativo» no mundo simples em que Rex é o legislador supremo, e por que razão se trata de uma noção perfeitamente coerente.

Na sociedade simples de Rex pode existir a regra aceite (esteja ela incorporada numa constituição escrita ou não) de que nenhuma lei de Rex será válida, se expulsar do território os habitantes nativos, ou se dispuser que podem estar presos sem julgamento, e de que qualquer lei contrária a estas disposições será nula e como tal tratada por todos. Num tal caso, os poderes legislativos de Rex estariam sujeitos a limitações que seriam certamente jurídicas, mesmo que

não estejamos dispostos a chamar a uma tal regra constitucional fundamental «uma regra de direito»<sup>(\*)</sup>. Ao contrário do que sucederia se ignorasse a opinião pública ou a moral da população, a que podia muitas vezes dar satisfação mesmo contra as suas inclinações, o não acatamento destas específicas restrições tornaria a sua legislação nula. Os tribunais ocupar-se-iam delas de um modo totalmente diverso daquele relativo a outros limites, meramente morais ou *de facto*, ao exercício pelo legislador do seu poder. Contudo, apesar destas limitações jurídicas, não há dúvida de que as leis editadas por Rex dentro do âmbito por elas definido são leis e que há um sistema jurídico independente em tal sociedade.

É importante explorar ainda por mais algum tempo este simples caso imaginário, para apreender com precisão o que são os limites jurídicos deste tipo. Poderíamos frequentemente exprimir a posição do Rex, dizendo que ele «*não pode*» aprovar leis que autorizem a prisão sem julgamento; é elucidativo comparar tal sentido da expressão «*não pode*» com aquele que significa que uma pessoa está sujeita a um qualquer dever ou obrigação jurídica de se abster da prática de um qualquer acto. «*Não pode*» é utilizado neste último sentido quando dizemos «*não podes andar de bicicleta nos passeios*». Uma constituição, que efectivamente restrinja os poderes legislativos do órgão legislativo supremo no sistema, não o faz através da imposição de deveres (ou, pelo menos, não precisa de os impor) ao órgão legislativo, de não tentar legislar de certos modos; em vez disso, dispõe que uma legislação com tal pretensão seja nula. Não impõe deveres jurídicos, mas incapacidades<sup>(\*\*)</sup> jurídicas. Os «limites» neste caso não implicam a presença de um *dever*, mas a ausência de um poder jurídico.

Tais restrições ao poder legislativo de Rex podem bem ser qualificadas de constitucionais: mas não se trata meramente de convenções ou de matérias de natureza moral, relativamente às quais os tribunais não se ocupam. São parte da regra que confere autoridade para legislar e apresentam interesse vital para os tribunais, visto que eles usam uma tal regra como critério de validade dos actos pretensamente legislativos de que tomam conhecimento. Contudo, embora tais restrições sejam jurídicas e não apenas morais ou convencionais, a sua presença ou a sua ausência não podem ser expressas em termos de presença ou ausência de um hábito de obediência por parte de Rex

(\*) Traduzimos a expressão inglesa «*a law*» por «*uma regra de direito*», sentido objectivo da expressão, que não se confunde com lei em sentido formal.

(\*\*) No original inglês, *disabilities*.

em relação a outras pessoas. Rex pode, na verdade, estar sujeito a tais restrições e nem sequer tentar subtrair-se-lhes; todavia, pode não haver ninguém a quem ele habitualmente obedeça. Limita-se a preencher as condições para criar direito válido. Ou pode tentar subtrair-se às restrições, emitindo ordens incompatíveis com elas; contudo, se o fizer, não terá desobedecido a ninguém; não terá violado a lei de quaisquer legisladores superiores, nem qualquer dever jurídico. Certamente não terá conseguido fazer uma lei válida (embora sem que tenha violado qualquer lei). Inversamente, se na regra constitucional que confere poderes a Rex para legislar não houver quaisquer restrições jurídicas à autoridade legislativa de Rex, o facto de ele habitualmente obedecer às ordens de Tyrannus, rei de um território vizinho, não retirará o estatuto de direito às leis editadas por Rex, nem provará que elas sejam parte subordinada de um único sistema, no qual Tyrannus detenha a autoridade suprema.

As considerações muito evidentes que precedem estabelecem um certo número de aspectos muito obscurecidos pela doutrina simples da soberania que são, contudo, vitais para a compreensão do fundamento de um sistema jurídico. Podemos resumir-los como segue: em primeiro lugar, as limitações jurídicas à autoridade legislativa consistem, não em deveres impostos ao legislador de obedecer a qualquer legislador supremo, mas em incapacidades contidas nas regras que lhe conferem poderes para legislar. Em segundo lugar, para estabelecer se um pretense acto legislativo é direito, não é necessário remontarmos ao acto legislativo, expresso ou tácito, de um legislador que é «soberano» ou «ilimitado», tanto no sentido de que a sua autoridade para legislar não conhece restrições jurídicas, como no de que ele é uma pessoa que não obedece a ninguém habitualmente. Em vez disso, devemos mostrar que foi praticado por um legislador, que para tal estava habilitado segundo uma regra existente, e que não há restrições contidas em tal regra ou, se as houver, não afectam este acto concreto.

Em terceiro lugar, para demonstrar que estamos perante um sistema jurídico independente, não é necessário demonstrar que o seu legislador supremo não conhece restrições jurídicas ou que não obedece habitualmente a mais ninguém. Devemos apenas demonstrar que as regras que conferem poderes ao legislador não conferem autoridade superior àqueles que também detêm autoridade sobre outro território. Inversamente, o facto de que ele não está sujeito a uma tal autoridade estrangeira não significa que a sua autoridade dentro do seu próprio território não seja objecto de restrições.

Em quarto lugar, devemos distinguir entre uma autoridade legis-

lativa juridicamente ilimitada e uma outra que, embora limitada, é suprema no sistema. Rex pode bem ser a mais alta autoridade legislativa conhecida pelo direito do país, no sentido de que toda a restante legislação pode ser revogada pela sua, embora esta seja restringida por uma constituição.

Em quinto e último lugar, enquanto que a presença ou ausência de regras que limitam a competência do legislador para legislar é crucial, os hábitos de obediência do legislador são, na melhor das hipóteses, de alguma importância como meio de prova indirecta. A única relevância do facto, se de facto se tratar, de que o legislador não tem um hábito de obediência a outras pessoas é que pode permitir, às vezes, a prova, embora longe de ser concludente, de que a sua autoridade para legislar não está subordinada, por qualquer regra jurídica ou constitucional, à de outros. Analogamente, a única relevância do facto de o legislador obedecer habitualmente a alguém consiste em poder servir para provar que, segundo as regras, a sua autoridade para legislar está subordinada à de outros.

#### 4. O Soberano para além do Órgão Legislativo

Existem no mundo moderno muitos sistemas jurídicos em que o corpo normalmente considerado como o órgão legislativo supremo no sistema está sujeito a limitações jurídicas ao exercício dos seus poderes legislativos; porém, como concordam tanto o jurista prático como o teórico, os actos legislativos de um tal órgão, dentro do âmbito dos seus poderes limitados, são obviamente direito. Nestes casos, se quisermos manter a teoria de que onde existe direito há um soberano não susceptível de limitação jurídica, temos de procurar um tal soberano para além do órgão legislativo juridicamente limitado. Se aí vamos ou não encontrá-lo, eis a questão que devemos considerar agora.

Podemos ignorar por agora as disposições que todo o sistema jurídico deve editar, de uma forma ou outra, embora não necessariamente através de uma constituição escrita, quanto às qualificações dos legisladores e ao «modo e forma» da legislação. Tais disposições podem ser consideradas como especificações da identidade do corpo legislativo e daquilo que deve fazer para legislar, mais do que limitações jurídicas ao âmbito do seu poder legislativo; embora, de facto, como a experiência da África do Sul demonstrou<sup>1</sup>, seja difícil

<sup>1</sup> Ver caso *Harris vs. Dönges*, (1952) 1 T.L.R. (\*), 1245.

(\*) T.L.R. abreviatura de *Times Law Reports*.

formular critérios gerais que discriminem satisfatoriamente as simples disposições quanto ao «modo e forma» da legislação ou as definições do corpo legislativo das limitações «de substância».

Exemplos óbvios de limitações substantivas podem, porém, encontrar-se nas constituições federais dos Estados Unidos ou da Austrália, onde a divisão de poderes entre o governo central e os Estados membros, e também certos direitos individuais, não podem ser alterados pelos processos ordinários de legislação. Nestes casos, um acto legislativo, quer do órgão legislativo estadual, quer do federal, que pretenda alterar ou seja incompatível com a divisão federal dos poderes ou com os direitos individuais deste modo protegidos, é susceptível de ser considerado *ultra vires*<sup>(\*)</sup> e declarado juridicamente inválido pelos tribunais, na medida em que entre em conflito com as disposições constitucionais. A mais famosa de tais limitações jurídicas aos poderes legislativos é o Quinto Aditamento à Constituição dos Estados Unidos. Ele estabelece, entre outras coisas, que nenhuma pessoa poderá ser privada da «sua vida, liberdade ou propriedade sem observância dos trâmites legais»<sup>(\*\*)</sup>; e leis do Congresso têm sido declaradas inválidas pelos tribunais, quando consideradas em conflito com estas e outras restrições impostas pela Constituição aos seus poderes legislativos.

Há, evidentemente, dispositivos muito diversos para proteger as disposições de uma constituição dos actos do órgão legislativo. Em alguns casos, como no da Suíça, algumas disposições, como as referentes aos direitos dos Estados membros da federação e aos direitos dos indivíduos, embora obrigatórias na forma, são tratadas como «puramente políticas» ou exortativas. Em tais casos, aos tribunais não é concedida jurisdição para «fiscalizar» o acto legislativo do órgão legislativo federal e para o declarar inválido, mesmo que possa estar em conflito patente com as disposições da constituição quanto ao âmbito próprio dos actos do órgão legislativo<sup>1</sup>. Certas disposições da Constituição dos Estados Unidos têm sido consideradas como levantando «questões políticas» e, quando um caso cai

(\*) Expressão latina que significa «para além das forças» ou «dos poderes». Trata-se de uma doutrina referente aos actos praticados com excesso de poder conferido por lei. No direito das sociedades inglês, são nulos os actos que ultrapassam o âmbito do objecto social, previsto na lei ou nos estatutos (*ultra vires theory*).

(\*\*) Traduzimos o célebre princípio de «*due process of law*» por «observância dos trâmites legais», na esteira do Prof. Jorge Miranda, *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Lisboa, 1980, pág. 52.

<sup>1</sup> Ver Art.º 113.º da Constituição da Suíça.

nesta categoria, os tribunais não se pronunciam sobre se uma lei viola a constituição.

Onde sejam impostas limitações jurídicas aos actos normais do órgão legislativo supremo por uma constituição, podem aquelas estar ou não imunes em relação a certas formas de alteração jurídica. Isto depende da natureza das disposições previstas pela constituição quanto à sua revisão. A maior parte das constituições contém um vasto poder de revisão que pode ser exercido, quer por um corpo distinto da assembleia legislativa ordinária, quer pelos membros do órgão legislativo ordinário através de um procedimento especial. O disposto no Artigo V da Constituição dos Estados Unidos quanto a aditamentos que devem ser ratificados pelos órgãos legislativos de três quartos dos Estados, ou por convenções em três quartos deles, é um exemplo do primeiro tipo de poder de revisão e a disposição relativa à revisão da *Lei da África do Sul*<sup>(\*)</sup> de 1909, art.º 152.º, é um exemplo do segundo. Mas nem todas as constituições contêm um poder de revisão e, por vezes, mesmo onde existe um tal poder de revisão, certas disposições da constituição que impõem limites à assembleia legislativa estão excluídas do seu alcance; neste caso, o poder de revisão está ele próprio limitado. Tal pode observar-se (embora certas limitações não tenham já importância prática) na própria Constituição dos Estados Unidos. No Artigo V, estabelece-se que «nenhum aditamento feito até ao ano de 1808 poderá incidir sobre a matéria das Cláusulas 1.ª e 4.ª da Secção Nona do artigo I, e nenhum Estado poderá ser privado, sem o seu consentimento, do direito de voto no Senado em igualdade com os outros Estados»<sup>(\*\*)</sup>.

Onde a assembleia legislativa esteja sujeita a limitações que podem, como na África do Sul, ser removidas pelos membros do órgão legislativo através de um procedimento especial, pode sustentar-se que é possível identificá-la com o soberano insusceptível de limitação jurídica que a teoria exige. Os casos difíceis para a teoria são aqueles em que as restrições ao órgão legislativo só podem ser removidas, como nos Estados Unidos, pelo exercício de um poder de revisão confiado a um corpo especial, ou em que as restrições estão totalmente fora do alcance de qualquer poder de revisão.

(\*) Em inglês, *South African Act*.

(\*\*) Utilizamos parcialmente a tradução do Prof. Jorge Miranda, in *Textos Históricos do Direito Constitucional*, Lisboa, 1980, pag. 49. No original, o texto é o seguinte: «no amendment made prior to the year 1808 shall in any manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article and that no State without its consent shall be deprived of its equal suffrage in the Senate».

Ao considerarmos a pretensão da teoria no sentido de explicar coerentemente estes casos, devemos recordar, uma vez que é frequentemente esquecido, que o próprio Austin, ao elaborar a teoria, não identificou o soberano com a assembleia legislativa, mesmo na Inglaterra. Esta era a sua opinião, embora a Rainha no Parlamento esteja, segundo a doutrina normalmente aceite, livre de quaisquer limitações jurídicas ao seu poder legislativo e seja, por isso, citada muitas vezes como um paradigma do que se entende por «órgão legislativo soberano», por oposição ao Congresso ou a outros órgãos legislativos limitados por uma constituição «rígida». Não obstante, a opinião de Austin era a de que, em qualquer democracia, não são os representantes eleitos que constituem ou formam parte do corpo soberano, mas sim os eleitores. Por isso na Inglaterra, «rigorosamente falando, os membros da Câmara dos Comuns são meros depositários da vontade<sup>(\*)</sup> do corpo que os elegeu e designou: e, conseqüentemente, a soberania reside sempre nos Pares do Reino e no corpo eleitoral dos comuns»<sup>1</sup>. Analogamente, defendeu que nos Estados Unidos a soberania de cada Estado e «também do Estado mais amplo resultante da União Federal residia nos governos dos Estados formando um só corpo agregado, significando aqueles não a assembleia legislativa ordinária de cada um, mas o corpo de cidadãos que designa a assembleia legislativa ordinária de cada Estado»<sup>2</sup>.

Vista nesta perspectiva, a diferença entre um sistema jurídico em que o órgão legislativo ordinário está livre de limitações jurídicas e um outro em que o órgão legislativo a elas está sujeito surge como uma mera diferença da maneira pela qual o eleitorado soberano escolhe exercer os seus poderes soberanos. Na Inglaterra, segundo tal teoria, o único exercício directo feito pelo eleitorado da sua parcela de soberania consiste na eleição dos seus representantes ao Parlamento e na delegação nestes do seu poder soberano. Esta delegação é, em certo sentido, absoluta, uma vez que, embora lhes seja confiada com o encargo de não cometerem abuso dos poderes que lhes são delegados, tal confiança em tais casos é tão-só matéria para sanções morais e os tribunais não se ocupam dela, ao contrário do que sucede com as limitações jurídicas ao poder legislativo. Pelo contrário, nos Estados Unidos, como em qualquer democracia onde o órgão legislativo ordinário está juridicamente limitado, o corpo eleitoral não limitou o exercício do seu poder soberano à eleição de delegados, mas

1 Austin, *Province of Jurisprudence Determined*, Lição VI, págs. 230-1.

2 *Ibid.*, pag. 251.

(\*) Traduziu-se a expressão *trustee* neste contexto como depositário de vontade.

sujeitou-os também a restrições jurídicas. Aqui o eleitorado pode ser considerado como um «corpo legislativo extraordinário e último» superior à assembleia legislativa ordinária que está juridicamente «vinculada» a observar as restrições constitucionais e, nos casos de conflito, os tribunais declaram as Leis da assembleia legislativa ordinária inválidas. Aqui, portanto, reside no eleitorado o soberano livre de todas as limitações jurídicas que a teoria exige.

É óbvio que, nesta extensão adicional da teoria, a simples concepção inicial do soberano sofreu uma certa sofisticação, se não mesmo uma radical transformação. A descrição do soberano como «a pessoa ou pessoas a quem a maioria<sup>(\*)</sup> da sociedade tem por hábito obedecer» tinha, como vimos na Secção I deste capítulo, uma aplicação quase literal na forma mais simples de sociedade, em que Rex era um monarca absoluto e nenhuma disposição existia quanto à sua sucessão como legislador. Onde tal disposição fosse estabelecida, a consequente continuidade da autoridade legislativa, que é uma faceta tão saliente de qualquer sistema jurídico moderno, não podia ser expressa nos termos simples dos hábitos de obediência, exigindo antes a noção de uma regra aceite, segundo a qual o sucessor tinha direito a legislar, antes de o ter feito realmente e de lhe ter sido prestada obediência. Mas a identificação agora feita do soberano com o eleitorado de um Estado democrático não tem qualquer carácter plausível, a menos que demos às palavras chave «hábito de obediência» e «pessoa ou pessoas» um significado completamente diferente do que lhe atribuímos, quando aplicadas ao caso simples; e tratar-se-á de um significado que só pode clarificar-se, se a noção de uma regra aceite for subrepticamente introduzida. O simples esquema dos hábitos de obediência e ordens não é suficiente para tal.

Pode-se demonstrar de muitas maneiras que isto é assim. Emerge com a maior clareza, se considerarmos uma democracia em que do eleitorado apenas se excluem as crianças e os deficientes mentais e, portanto, constitui esse eleitorado em si «a maioria» da população, ou se imaginarmos um simples grupo social de adultos mentalmente sãos, onde todos têm o direito de voto. Se tentarmos tratar o eleitorado nestes casos como o soberano e lhe aplicarmos as definições simples da teoria original, encontrar-nos-emos na situação de dizer que aqui «a maioria» da sociedade obedece habitualmente a si própria. Assim a imagem originalmente nítida de uma sociedade dividida em dois segmentos: o soberano livre de limitação jurídica

(\*) Traduzimos a expressão «*the bulk*» do original inglês por maioria, em vez de «o grosso».

que dá ordens e os súbditos que habitualmente obedecem, cedeu o lugar à imagem confusa de uma sociedade em que a maioria obedece às ordens dadas pela maioria ou por todos. Certamente não temos aqui «ordens» no sentido original (expressão de intenção de que *outros* se comportem de certa maneira) ou «obediência».

Para responder a esta crítica, pode ser feita uma distinção entre os membros da sociedade na sua capacidade privada, enquanto indivíduos, e as mesmas pessoas na sua capacidade oficial, como eleitores ou legisladores. Uma tal distinção é perfeitamente inteligível; na verdade, muitos fenómenos jurídicos e políticos são apresentados do modo mais natural nestes termos; mas não consegue salvar a teoria da soberania, mesmo que aceitemos ir mais longe e dizer que os indivíduos na sua capacidade oficial constituem *uma outra pessoa* que é habitualmente obedecida. Porque se perguntarmos o que significa dizer de um grupo de pessoas que, ao elegerem um representante ou ao emitirem uma ordem, actuaram não enquanto «indivíduos» mas «na sua capacidade oficial», a resposta só pode ser dada em termos das suas qualificações, segundo certas regras e da sua conformidade com outras regras, que definem o que deve ser feito por elas para realizar eleições válidas ou criar uma lei. Só por referência a tais regras podemos identificar algo como uma eleição ou uma lei feita por este corpo de pessoas. Devem atribuir-se tais coisas ao corpo que as «faz», mas não com fundamento no teste simples e natural que usamos ao imputar a um indivíduo a autoria das ordens escritas ou orais por ele emitidas.

Que significa então a existência de tais regras? Visto serem regras que definem o que os membros da sociedade devem fazer para funcionarem como um eleitorado (e, assim, para as finalidades da teoria, como um soberano), não podem ter elas próprias o estatuto de ordens emitidas pelo soberano, porque nada pode ser considerado como ordem emitida pelo soberano, a não ser que as regras existam já e tenham sido observadas.

Podemos então dizer que estas regras são apenas parte da descrição dos *hábitos* de obediência da população? Num caso simples em que o soberano é uma pessoa única a quem a maioria da sociedade obedece se, e só se, ele der ordens numa certa forma, por exemplo por escrito, com assinatura confirmada por testemunhas, podemos dizer (sujeitos às objecções feitas na Secção I quanto ao uso neste caso da noção de hábito) que a regra, segundo a qual ele deve legislar daquele modo, é apenas parte da descrição do hábito de obediência da sociedade: habitualmente ele é obedecido *quando* dá ordens desta maneira. Mas onde a pessoa soberana não é identificável

independentemente das regras, não podemos concebê-las deste modo como meros termos ou condições, segundo os quais a sociedade habitualmente obedece ao soberano. As regras são *constitutivas* do soberano e não apenas coisas que devemos mencionar numa descrição dos hábitos de obediência ao soberano. Portanto, não podemos dizer que no caso presente as regras que especificam o procedimento do eleitorado representam as condições segundo as quais a sociedade, enquanto conjunto de indivíduos, obedece a si própria como eleitorado; «a si própria como eleitorado» não constitui uma referência a uma pessoa identificável fora das regras. É uma referência condensada ao facto de que os eleitores observaram regras na eleição dos seus representantes. Na melhor das hipóteses, podemos dizer (sujeitos às objecções da Secção I) que as regras estabelecem as condições segundo as quais as *pessoas eleitas* são habitualmente obedecidas: mas isto far-nos-ia regressar de novo a uma forma da teoria em que o órgão legislativo, e não o eleitorado, é soberano, e todas as dificuldades resultantes do facto de que tal órgão legislativo pode estar sujeito a limitações jurídicas aos seus poderes legislativos permaneceriam por resolver.

Estes argumentos contra a teoria, tal como os da secção anterior deste capítulo, são fundamentais no sentido de que equivalem à afirmação de que não somente a teoria está errada, nos aspectos de pormenor, como a simples ideia de ordens, hábitos e obediência não é adequada para a análise do direito. O que se exige em vez disso é a noção de uma regra que confira poderes, os quais podem ser ou não limitados a pessoas qualificadas de certos modos para legislar, mediante a observância de certo procedimento.

Para além do que pode designar-se de inadequação conceptual geral da teoria, existem muitas objecções acessórias a esta tentativa de compatibilizar com ela o facto de que aquilo que seria vulgarmente considerado como o órgão legislativo supremo possa ser juridicamente limitado. Se em tais casos o soberano for identificado com o eleitorado, bem podemos perguntar, mesmo quando o eleitorado tenha um poder ilimitado de revisão pelo qual as restrições ao órgão legislativo ordinário possam ser removidas integralmente, se é verdade que tais restrições são jurídicas, porque o eleitorado deu ordens a que o órgão legislativo ordinário habitualmente obedece. Podíamos retirar a nossa objecção de que as limitações jurídicas ao poder legislativo são erradamente representadas como ordens e, por conseguinte, como *deveres* que lhe são impostos. Mas podemos, mesmo assim, supor que tais restrições são deveres que o eleitorado, ainda que *tacitamente*, ordenou ao órgão legislativo que observasse?

Todas as objecções dos capítulos anteriores à ideia de ordens tácitas aplicam-se, ainda com mais força, a este seu uso aqui. A incapacidade do exercício de um poder de revisão tão complexo na sua forma de execução como é o da Constituição dos Estados Unidos, dificilmente constitui indício seguro dos desejos do eleitorado, embora seja frequentemente sinal seguro da sua ignorância e indiferença. Estamos na verdade bem longe do general que pode, talvez de forma plausível, considerar-se como tendo ordenado tacitamente aos seus homens que façam o que ele sabe serem as instruções do sargento.

Uma vez mais, que diremos, nos termos da teoria, se houver algumas restrições ao órgão legislativo que estejam totalmente fora do alcance do poder de revisão conferido ao eleitorado? Não se trata de mera suposição, pois é esta realmente a situação em alguns casos. Aqui o eleitorado está sujeito a limitações jurídicas e, embora se possa considerar como um órgão legislativo extraordinário, ele não está livre de limitação jurídica e, portanto, não é soberano. Deveremos dizer aqui que a sociedade como um todo é soberana e estas limitações jurídicas foram tacitamente ordenadas por *ela*, visto que se absteve de revoltar-se contra elas? Que este raciocínio tornaria insustentável a distinção entre revolução e legislação constitui talvez razão bastante para o rejeitar.

Finalmente, a teoria que considera o eleitorado como soberano apenas contempla, na melhor das hipóteses, um órgão legislativo limitado numa democracia em que o eleitorado existe. Porém, não há nada de absurdo na noção de um monarca hereditário como Rex, desfrutando de poderes legislativos limitados que são ao mesmo tempo limitados e supremos dentro do sistema.

## **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 físicas; 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»<sup>(\*)</sup>. 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 heterogéneos 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 predizer 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 coenvolvido 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 predizer 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 vêem 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. Daí 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*»<sup>(\*)</sup>. Esta especificará algum aspecto ou aspectos cuja existência, uma 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*»<sup>(\*)</sup>. 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. Porque, 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<sup>(\*)</sup> consiste numa série de determinações, e designaremos as regras secundárias que atribuem o poder de as proferir como «regras de julgamento»<sup>(\*\*)</sup>. 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»<sup>(\*)</sup> 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

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.

(\*) Em inglês, «acts-in-the-law».

## OS FUNDAMENTOS DE UM SISTEMA JURÍDICO

### 1. Regra de reconhecimento e validade jurídica

Segundo a teoria criticada no Capítulo IV, os fundamentos de um sistema jurídico consistem na situação em que a maioria de um grupo social obedece habitualmente às ordens baseadas em ameaças da pessoa ou pessoas soberanas, as quais não obedecem elas próprias habitualmente a ninguém. Esta situação social é, para esta teoria, uma condição não só necessária, como suficiente para a existência do direito. Apresentámos já com algum pormenor a incapacidade de tal teoria para explicar alguns dos aspectos mais salientes de um moderno sistema jurídico interno: contudo, e apesar disso, contém realmente, embora de uma forma confusa e equívoca, algumas verdades acerca de certos aspectos importantes do direito, como o sugere, aliás, a sua influência sobre o espírito de tantos pensadores. Estas verdades, porém, só podem ser claramente apresentadas, e a sua importância correctamente avaliada, nos termos de uma situação social mais complexa, em que uma regra secundária de reconhecimento seja aceite e utilizada para a identificação das regras primárias de obrigação. É esta situação que merece, admitindo que alguma o mereça, ser designada como fundamento de um sistema jurídico. Neste capítulo, discutiremos vários elementos desta situação, que têm recebido apenas uma expressão parcial e equívoca na teoria da soberania e noutros lugares.

Onde quer que uma tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os critérios deste modo disponíveis podem, como vimos, tomar uma ou mais formas diversas: estas incluem a referência a um texto dotado de autoridade; ao acto legislativo; à prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais passadas, proferidas em casos concretos. Num

sistema muito simples, como o de Rex I, descrito no Capítulo IV, em que apenas o que ele estatui é direito e não são impostas quaisquer limitações jurídicas ao seu poder legislativo, por qualquer regra consuetudinária ou documento constitucional, o único critério para identificar o direito será uma simples referência ao facto da promulgação por Rex I. A existência desta forma simples da regra de reconhecimento manifestar-se-á na prática geral, por parte dos funcionários ou dos particulares, de identificar as regras por este critério. Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de «fontes» de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais. Na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativas. É assim que no nosso sistema a «*common law*» (\*) está subordinada à lei parlamentar (\*\*).

É importante distinguir esta *subordinação* relativa de um critério face a um outro, da noção de *derivação*, uma vez que muito do apoio espúrio à tese de que todo o direito é essencialmente ou «realmente» (ainda que apenas de forma «tácita») o produto da legislação adveio da confusão entre estas duas ideias. No nosso sistema, o costume e o precedente estão subordinados à legislação, dado que as regras consuetudinárias e de *common law* podem ser privadas do seu estatuto jurídico por uma lei parlamentar (\*\*\*). Contudo, elas devem o seu estatuto de direito, por precário que ele possa ser, não a qualquer exercício «tácito» de poder legislativo, mas à aceitação de uma regra de reconhecimento que lhes concede um tal lugar independente, embora subordinado. Uma vez mais, como no caso simples, a existência de uma tão complexa regra de reconhecimento, com este ordenamento hierárquico de distintos critérios, manifesta-se na prática geral de identificação das regras através de tais critérios.

(\*) Entendemos que não é possível traduzir a expressão «*common law*». Na acepção utilizada no texto significa aquela parte do direito da Inglaterra que foi formulada e desenvolvida pelos antigos tribunais régios, a partir do século XIII, baseada originariamente nos costumes gerais do Reino (direito não escrito). Neste sentido restrito, contrapõe-se à *equity* e à *statute law*. Veja-se Prof. J. Castro Mendes, *Direito Comparado*, policop., Lisboa, 1982/3, págs. 155 e segs.

(\*\*) No original inglês, «*statute*». No direito inglês, designam-se ainda como «*statutes*», além das leis parlamentares, certas espécies de legislação delegada emanadas do governo (por exemplo, «*orders in council*»).

(\*\*\*) No original inglês, «*statute*».

Na vida quotidiana de um sistema jurídico, a sua regra de reconhecimento só muito raramente é formulada de forma expressa como tal; ainda que os tribunais na Inglaterra possam ocasionalmente anunciar em termos gerais o lugar relativo de um critério de direito em relação a outro, como sucede quando afirmam a supremacia das Leis do Parlamento (\*) sobre as outras fontes, ou supostas fontes, de direito. Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência *manifesta-se* no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores. Naturalmente que existe uma diferença entre o uso feito pelos tribunais dos critérios facultados pela regra e o uso que os outros fazem deles: porque quando os tribunais chegam a uma conclusão concreta com o fundamento de que uma regra concreta foi correctamente identificada como regra de direito, o que eles dizem tem um estatuto de autoridade especial, que lhes é conferido por outras regras. A este respeito, como em muitos outros aspectos, a regra de reconhecimento de um sistema jurídico é análoga à regra de pontuação de um jogo. No decurso do jogo, a regra geral que define as actividades que constituem os pontos a marcar (corridas (\*\*), golos, etc.) raramente é formulada; em vez disso, é *usada* pelas autoridades do jogo (\*\*\*) e pelos jogadores, na identificação das fases particulares que contam para a vitória. Também aqui as declarações das autoridades (árbitro ou marcador) têm um estatuto especial de autoridade que lhes é atribuído por outras regras. Mais ainda, em ambos os casos há a possibilidade de conflito entre estas aplicações da regra dotadas de autoridade e a compreensão geral do que a regra claramente exige segundo os seus termos. Como adiante veremos, trata-se de uma complicação que tem de ser assumida em qualquer explicação do que significa a existência de um sistema de regras deste tipo.

O uso pelos tribunais e outras entidades de regras de reconhecimento não afirmadas, para identificar as regras concretas do sistema, é característico do ponto de vista interno. Aqueles que as usam deste modo manifestam através desse uso a sua própria aceitação das regras como regras de orientação e, relativamente a esta atitude, está associado um vocabulário característico diferente das expressões naturais do ponto de vista externo. Talvez a mais

(\*) No original inglês, «*Acts of Parliament*».

(\*\*) No original inglês, «*runs*», corridas que constituem os tentos ou pontos marcados nos jogos de críquete ou basebol.

(\*\*\*) No original inglês, «*officials*».

simples destas expressões seja «O direito dispõe que...»<sup>(\*)</sup>, que podemos ouvir da boca não só dos juizes, mas até de homens comuns vivendo sob o domínio dum sistema jurídico, quando identificam uma dada regra do sistema. Tal expressão, como as de «Fora» ou «Golo», é a linguagem de quem avalia uma situação por referência a regras que tal pessoa, em comum com outros, reconhece como apropriadas para este propósito. Esta atitude de aceitação compartilhada de regras deve ser contraposta à de um observador que regista *ab extra* o facto de que um grupo social aceita tais regras, mas ele próprio não as aceita. A expressão natural deste ponto de vista externo não é «O direito dispõe que...», mas «Na Inglaterra reconhecem como direito... tudo o que a Rainha no Parlamento aprova...». À primeira destas formas de expressão chamaremos uma *afirmação interna*, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra concreta do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos *afirmação externa*, porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam.

Se este uso de uma regra de reconhecimento, aceite ao fazer afirmações internas, for compreendido e for diferenciado cuidadosamente de uma afirmação de facto externa, de que a regra é aceite, muitos aspectos obscuros que afectam a noção de «validade» jurídica desaparecerão. É que a palavra «válido» é muito frequentemente, ainda que nem sempre, usada apenas em tais afirmações internas, aplicando a uma regra concreta de um sistema jurídico uma regra não afirmada, mas aceite, de reconhecimento. Dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema. Podemos, na verdade, dizer simplesmente que a afirmação de que uma regra concreta é válida significa que ela satisfaz todos os critérios facultados pela regra de reconhecimento. Isto é incorrecto apenas na medida em que pode obscurecer o carácter interno de tais afirmações; porque, tal como a expressão «Fora» aplicada aos jogadores de críquete, estas afirmações da validade aplicam normalmente a um caso concreto uma regra de reconhecimento aceite pela pessoa que as enuncia e por outros, em vez de enunciarem de forma expressa que a regra foi satisfeita.

(\*) No original inglês, «It is the law that...».

Diz-se de alguns dos enigmas relacionados com a ideia de validade jurídica, que eles respeitam à relação entre a validade e a «eficácia» do direito. Se por eficácia se quer dizer que o facto de que uma regra de direito exigindo um certo comportamento é mais frequentemente obedecida do que desobedecida, é evidente que não há relação necessária entre a validade de uma regra concreta e a *sua* eficácia, a menos que a regra de reconhecimento do sistema inclua entre os seus critérios, como o fazem algumas, a disposição (por vezes referida como regra de desuso) de que nenhuma regra é considerada como regra do sistema se tiver cessado há muito de ser eficaz.

Devemos distinguir a não observância geral das regras do sistema, da ineficácia de uma regra concreta, que pode servir ou não de argumento contra a sua validade. Aquela pode ser tão completa e tão prolongada, que deveríamos dizer, no caso de um novo sistema, que nunca se estabeleceu a si próprio como o sistema jurídico de um grupo dado, ou, no caso de um sistema em tempos estabelecido, que deixara de ser o sistema jurídico do grupo. Em ambos os casos, o contexto normal, ou o pano de fundo para fazer qualquer afirmação interna em termos de regras do sistema, está ausente. Em tais casos, seria de forma geral *desprovido de sentido* quer avaliar os direitos e os deveres de pessoas concretas por referência às regras primárias de um sistema, quer avaliar a validade de qualquer das suas regras por referência às suas regras de reconhecimento. Insistir em aplicar um sistema de regras que nunca foi realmente eficaz, ou que foi abandonado, seria, salvo em circunstâncias especiais adiante mencionadas, tão fútil como avaliar o progresso de um jogo por referência a uma regra de pontuação que nunca tivesse sido aceite ou tivesse sido abandonada.

Uma pessoa que faça uma afirmação interna a respeito da validade de uma regra particular de um sistema pode considerar-se que *pressupõe* a verdade da afirmação de facto externa de que o sistema é geralmente eficaz. Porque o uso normal das afirmações internas ocorre num tal contexto de eficácia geral. Seria, porém, errado dizer que as afirmações de validade «significam» que o sistema é geralmente eficaz. Porque embora seja normalmente desprovido de sentido ou supérfluo falar da validade de uma regra de um sistema que nunca se chegou a firmar ou que foi abandonada, apesar disso não é desprovido de significado, nem sempre carece de sentido. Um modo vivo de ensinar Direito Romano é falar *como se* o sistema fosse eficaz ainda e discutir a validade de regras concretas e resolver problemas segundo os seus termos: e uma forma de alimentar esperanças na restauração de uma antiga ordem social destruída por

uma revolução, e de rejeitar a nova, reside em agarrar-se aos critérios de validade jurídica do antigo regime. Tal é feito implicitamente pelos Russos Brancos que ainda reclamam direitos de propriedade, com base numa qualquer regra de sucessão que era uma regra válida da Rússia czarista.

A compreensão da relação normal de contexto entre a afirmação interna de que uma dada regra de um sistema é válida e a afirmação de facto externa de que o sistema é geralmente eficaz ajudar-nos-á a ver, na perspectiva que lhe é própria, a teoria corrente, segundo a qual a validade de uma regra consiste em predizer que ela será executada pelos tribunais ou que outra qualquer medida oficial será tomada. Em muitos aspectos, esta teoria é semelhante à análise da obrigação em termos de predição que nós considerámos e rejeitámos no capítulo anterior. Em ambos os casos, o motivo para desenvolver esta teoria formulada em termos de predição reside na convicção de que só assim se podem evitar as interpretações metafísicas: a saber, ou que a afirmação de que uma regra é válida deve atribuir-lhe uma qualquer propriedade misteriosa que não pode ser detectada por meios empíricos, ou deve consistir numa predição do comportamento futuro dos funcionários. Em ambos os casos, também o carácter plausível da teoria se deve ao mesmo facto importante: que a verdade da afirmação de facto externa que um observador poderia registar, de que o sistema é geralmente eficaz e continuará a sê-lo provavelmente, é normalmente pressuposta por quem aceita as regras e faz uma afirmação interna de obrigação ou validade. As duas situações estão certamente associadas de forma muito estreita. Finalmente, de forma semelhante em ambos os casos, o erro da teoria é o mesmo: consiste em negligenciar a natureza especial da afirmação interna e tratá-la como uma afirmação externa acerca da actuação oficial.

Este erro torna-se imediatamente visível, quando consideramos como a própria afirmação do juiz de que uma regra particular é válida funciona na decisão judicial; porque, embora também aqui, ao fazer uma tal afirmação, o juiz pressuponha mas não afirme a eficácia geral do sistema, evidentemente ele não está preocupado com o facto de predizer a sua actuação oficial, ou a actuação oficial de outros. A sua afirmação de que uma regra é válida é uma afirmação interna, reconhecendo que a regra satisfaz os testes que permitem identificar o que deve ser considerado como direito no seu tribunal, e tal não constitui uma profecia, mas parte da *razão* da sua decisão. Há, na verdade, razões mais plausíveis para dizer que a afirmação de que uma regra é válida é uma predição, quando uma tal

afirmação é feita por um particular; porque no caso de conflito entre afirmações não oficiais de validade ou invalidade e a afirmação de um tribunal ao decidir um caso, é muitas vezes prova de bom senso dizer que as primeiras devem ser retiradas. Contudo, mesmo aqui, como veremos quando chegarmos no Capítulo VII à investigação do significado de tais conflitos entre declarações oficiais e as exigências claras das regras, pode revelar-se dogmático partir do princípio de que a afirmação é retirada porque se demonstrou agora estar *errada*, na medida em que *predisse* de modo falso o que um tribunal iria dizer. Porque há mais razões para retirar as afirmações do que o facto de estarem erradas e também existem mais modos de estar errado do que tal admite.

A regra de reconhecimento, que faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras do sistema é avaliada, é, num sentido importante que tentaremos clarificar, uma regra *última*: e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é *supremo*. Estas ideias do carácter último da regra de reconhecimento e da supremacia de um dos seus critérios merecem alguma atenção. É importante destrinchá-las da teoria, que rejeitámos, de que algures, em cada sistema jurídico, ainda que se oculte atrás de formas jurídicas, deve existir um poder legislativo soberano que é juridicamente ilimitado.

Destas duas ideias, critério supremo e regra última, a primeira é a mais fácil de definir. Podemos dizer que um critério de validade jurídica, ou fonte de direito, é supremo, se as regras identificadas por referência a ele forem ainda reconhecidas como regras do sistema, mesmo que elas estejam em conflito com regras identificadas por referência aos outros critérios, ao passo que as regras identificadas por referência a estes últimos não são reconhecidas como tal, se estiverem em conflito com regras identificadas por referência ao critério supremo. Uma explicação semelhante em termos comparativos pode ser dada das noções de critérios qualificados como «superior» e «subordinado», que já temos usado. É óbvio que as noções de critério superior e de critério supremo se refere meramente a uma posição *relativa* numa escala e não implicam qualquer noção de poder legislativo juridicamente *ilimitado*. Porém, «supremo» e «ilimitado» são de fácil confusão — pelo menos na teoria jurídica. Uma razão para isto consiste em que nas formas mais simples de sistema jurídico as ideias de regra última de reconhecimento, critério supremo e poder legislativo juridicamente ilimitado parecem convergir. Porque, onde há um poder legislativo que não está sujeito a quaisquer limitações constitucionais e tem competência para privar

quaisquer outras regras de direito, emanando de outras fontes, do seu estatuto jurídico, faz parte da regra de reconhecimento, num tal sistema, que a aprovação por aquele poder legislativo é o critério supremo de validade. Esta é, segundo a teoria constitucional, a situação no Reino Unido. Mas até mesmo os sistemas como o dos Estados Unidos, em que não existe um tal poder legislativo juridicamente ilimitado, podem perfeitamente conter uma regra última de reconhecimento que faculta um conjunto de critérios de validade, um dos quais é supremo. Tal sucederá onde a competência legislativa da assembleia legislativa ordinária esteja limitada por uma constituição que não contém nenhum poder de revisão ou que coloca algumas cláusulas fora do alcance desse poder. Aqui não há poder legislativo juridicamente ilimitado, mesmo na interpretação mais ampla de «poder legislativo», mas o sistema contém evidentemente uma regra última de reconhecimento e, nas disposições da sua constituição, um critério supremo de validade.

O sentido em que a regra de reconhecimento é a regra *última* de um sistema é melhor compreendido, se seguirmos uma cadeia muito familiar de raciocínio jurídico. Se for levantada a questão de saber se uma certa regra é juridicamente válida, devemos, para lhe responder, usar um critério de validade facultado por uma outra regra qualquer. Será válida esta pretensa postura<sup>(\*)</sup> do *Conselho de Condado de Oxfordshire*? Sim, porque foi elaborada no exercício dos poderes conferidos e conforme o procedimento especificado por um decreto<sup>(\*\*)</sup> do Ministério da Saúde. Neste primeiro estágio, o decreto faculta os critérios, nos termos dos quais a validade da postura é apreciada. Pode não haver necessidade prática de ir mais além; mas há uma possibilidade permanente de o fazer. Podemos questionar a validade do decreto e apreciar a sua validade, nos termos da lei que concede poderes ao ministro para fazer tais decretos. Por fim, quando a validade dessa lei foi questionada e apreciada por referência à regra de que aquilo que a Rainha no Parlamento aprova é direito, chegámos a uma paragem nas indagações a respeito da validade: porque alcançámos uma regra que, tal como o decreto e a lei intermédios, faculta critérios para a apreciação da validade de outras regras; mas é ao mesmo tempo diferente deles, na medida em que não

(\*) No original inglês, «*by-law*», regulamento editado por entidades administrativas, subordinadas ao poder legislativo.

(\*\*) No original inglês, «*statutory orders*» regulamentos feitos pelo governo ou seus departamentos, em regra para execução das leis do parlamento.

há regra que faculte critérios para a apreciação da sua própria validade jurídica.

Há, na verdade, muitas questões que podemos colocar acerca desta regra última. Podemos perguntar se constitui realmente prática dos tribunais, das assembleias legislativas, dos funcionários ou cidadãos particulares na Inglaterra usar esta regra como uma regra última de reconhecimento. Ou terá o nosso processo de raciocínio jurídico sido um jogo ocioso com os critérios de validade de um sistema presentemente abandonado? Podemos perguntar se é uma forma satisfatória de sistema jurídico aquela que tem uma tal regra na sua raiz. Causa mais bem do que mal? Existem razões de prudência para a apoiar? Há uma obrigação moral de o fazer? Estas são obviamente questões muito importantes; mas é igualmente óbvio que quando as colocamos acerca da regra de reconhecimento, já não estamos a tentar responder ao mesmo tipo de pergunta que fizemos acerca de outras regras com o seu concurso. Quando passamos da afirmação de que uma lei concreta é válida, porque satisfaz a regra de que aquilo que a Rainha no Parlamento aprova é direito, para a afirmação de que na Inglaterra esta última regra é usada pelos tribunais, funcionários e particulares como a regra última de reconhecimento, passámos de uma afirmação interna de direito, enunciando a validade de uma regra de um sistema, para uma afirmação de facto externa que um observador do sistema poderia fazer, mesmo que não a aceitasse. Identicamente, quando passamos da afirmação de que uma lei concreta é válida à afirmação de que a regra de reconhecimento do sistema é excelente e o sistema nela baseado merece ser apoiado, passámos de uma afirmação de validade jurídica para uma afirmação de valor.

Alguns autores, que acentuaram a natureza jurídica última da regra de reconhecimento, expressaram tal dizendo que, enquanto a validade jurídica das outras regras do sistema pode ser demonstrada por referência àquela, a sua própria validade não pode ser demonstrada, antes é «assumida» ou «postulada», ou constitui uma «hipótese». Porém, isto pode induzir seriamente em erro. Afirmações de validade jurídica pronunciadas acerca de regras concretas no dia-a-dia da vida de um sistema jurídico, quer o sejam por juizes, por juristas ou por cidadãos comuns, arrastam consigo na verdade certos pressupostos. São afirmações internas de direito expressando o ponto de vista daqueles que aceitam a regra de reconhecimento do sistema e, como tais, não exprimem muito do que podia ser expresso em afirmações de facto externas acerca do sistema. O que assim fica por expressar forma o pano de fundo ou contexto normal das afirmações

de validade jurídica e dele se diz por conseguinte que é «pressuposto» por eles. Mas é importante ver o que constituem precisamente estas questões pressupostas, não obscurecendo a sua natureza. Consistem em duas coisas: em primeiro lugar, uma pessoa que afirma com seriedade a validade de certa regra de direito dada, por exemplo, uma lei concreta, faz ela própria uso de uma regra de reconhecimento que aceita como apropriada para identificar o direito. Em segundo lugar, sucede que esta regra de reconhecimento, nos termos da qual ela aprecia a validade de uma lei concreta, é não somente aceite por ela, mas é a regra de reconhecimento realmente aceite e empregue no funcionamento geral do sistema. Se a verdade deste pressuposto fosse posta em dúvida, poderia ser provada por referência à prática real: ao modo por que os tribunais identificam o que deve ser considerado como direito, e à aceitação geral ou aquiescência relativamente a estas identificações.

Nenhum destes dois pressupostos é adequadamente descrito como «suposições» de uma «validade» que não pode ser demonstrada. Só necessitamos da palavra «validade» e só a usamos comumente para responder a questões que se colocam *dentro* de um sistema de regras onde o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende de que ela satisfaça certos critérios facultados pela regra de reconhecimento. Uma tal questão não pode ser posta quanto à validade da própria regra de reconhecimento que faculta os critérios; esta não pode ser válida ou inválida, mas é simplesmente aceite como apropriada para tal utilização. Expressar este simples facto dizendo de forma pouco clara que a sua validade é «suposta, mas não pode ser demonstrada», é como dizer que supomos, mas não podemos demonstrar, que a barra do metro-padrão em Paris, que é o teste último da correcção de toda a medida métrica, é ela própria correcta.

Uma objecção mais séria é a de que falar da «suposição» de que a regra última de reconhecimento é válida oculta o carácter essencialmente factual do segundo pressuposto que subjaz às afirmações de validade dos juristas. Sem dúvida, a prática dos juizes, funcionários e outros, a qual constitui a existência real de uma regra de reconhecimento, é um assunto complexo. Como veremos mais tarde, há certamente situações em que as questões respeitantes ao conteúdo e alcance precisos deste tipo de regra, e mesmo quanto à sua existência, podem não admitir uma resposta clara ou determinada. Apesar disso, é importante distinguir entre «supor a validade» e «pressupor a existência» de tal regra; quanto mais não seja porque a incapacidade de o fazer obscurece o que se quer dizer pela afirmação de que uma tal regra *existe*.

No sistema simples de regras primárias de obrigação delineado no capítulo anterior, a afirmação de que uma dada regra existia não podia ser mais do que uma afirmação externa de facto, tal como um observador que não aceitasse as regras poderia fazer e verificar, comprovando se realmente um dado modo de comportamento era geralmente aceite como padrão e estava acompanhado por aquelas características que, como vimos, distinguem uma regra social de meros hábitos convergentes. É também desta forma que devemos agora interpretar e verificar a asserção de que na Inglaterra existe uma regra — embora não seja jurídica — segundo a qual devemos descobrir a cabeça ao entrar numa igreja. Se tais regras existem comprovadamente na prática real de um grupo social, não há que colocar uma questão autónoma da sua validade, embora evidentemente o seu valor ou o seu carácter desejável possam ser questionados. Uma vez estabelecida a sua existência como um facto, apenas confundiríamos questões ao afirmarmos ou negarmos que elas eram válidas ou ao dizermos que «supusemos» mas não pudemos demonstrar a sua validade. Por outro lado, onde, como num sistema jurídico amadurecido, temos um sistema de regras que inclui uma regra de reconhecimento, de forma que o estatuto de uma regra como elemento do sistema depende agora do facto de ela satisfazer certos critérios facultados pela regra de reconhecimento, tal arrasta consigo uma nova aplicação da palavra «existir». A afirmação de que uma regra existe pode agora já não ser o que era no caso simples de regras consuetudinárias — uma afirmação externa do *facto* de que um certo modo de comportamento era geralmente aceite na prática como padrão. Pode ser agora uma afirmação interna aplicando uma regra de reconhecimento aceite mas não expressa e significando (grosseiramente) nada mais do que «válida, dados os critérios de validade do sistema». A este respeito, porém, como noutros aspectos, a regra de reconhecimento é diferente das outras regras do sistema. A asserção de que existe só pode ser uma afirmação externa de facto. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida e, nesse sentido, «existir», mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto.

## 2. Novas questões

Uma vez abandonada a noção de que os fundamentos de um sistema jurídico consistem num hábito de obediência a um soberano juridicamente ilimitado e substituída pela concepção de uma regra última de reconhecimento, que faculta um sistema de regras com os seus critérios de validade, estamos confrontados com um domínio de fascinantes e importantes questões. São questões relativamente novas; porque estavam ocultas, enquanto a teoria jurídica e a teoria política se mantinham comprometidas com as velhas maneiras de pensar. São também questões difíceis, que exigem, para uma resposta completa, por um lado, uma apreensão de algumas questões fundamentais do direito constitucional e, por outro, uma apreciação da maneira característica como as formas jurídicas podem, silenciosamente, deslocar-se e mudar. Investigaremos por isso estas questões, somente na medida em que influenciem a correcção ou incorrecção de insistir, como nós fizemos, em que deve atribuir-se um lugar central à união das regras primárias e secundárias na elucidação do conceito de direito.

A primeira dificuldade é a da classificação; porque a regra que, em último recurso, é usada para identificar o direito escapa às categorias convencionais usadas para descrever um sistema jurídico, embora estas sejam frequentemente tomadas como sendo exaustivas. Assim, os autores constitucionalistas ingleses desde Dicey têm repetido usualmente a afirmação de que as disposições constitucionais do Reino Unido consistem parcialmente em leis<sup>(\*)</sup> em sentido estrito (leis<sup>(\*\*)</sup>, decretos<sup>(\*\*\*)</sup> e regras incorporadas em precedentes) e, em parte, em convenções, que são meros usos, entendimentos ou costumes. Estas convenções incluem importantes regras, tais como a que diz não poder a Rainha recusar o seu consentimento a um diploma devidamente aprovado pelos Pares e pelos Comuns; não há, todavia, qualquer dever jurídico que imponha à Rainha dar o seu consentimento e tais regras chamam-se convenções, porque os tribunais não as reconhecem como impondo um dever jurídico. Obviamente a regra pela qual o que a Rainha no Parlamento aprova é direito não cabe em nenhuma destas categorias. Não é uma convenção, visto que os tribunais estão muito intimamente interessados nela e usam-na para identificar o direito; e não é uma regra ao mesmo nível das «leis em sentido estrito» para cuja identificação é usada. Mesmo

(\*) No original inglês, «laws».

(\*\*) No original inglês, «statutes».

(\*\*\*) No original inglês, «orders in council».

que fosse aprovada por lei parlamentar<sup>(\*)</sup>, tal não a reduziria ao nível de lei<sup>(\*)</sup> porque o estatuto jurídico de um tal acto legislativo dependeria necessariamente do facto de que a regra existia anteriormente e independentemente do acto legislativo. Além disso, como mostrámos na secção anterior, a sua existência, ao contrário da de uma lei<sup>(\*)</sup>, deve consistir numa prática efectiva.

Este aspecto das coisas arranca a alguns um grito de desespero: como poderemos demonstrar que as disposições fundamentais de uma constituição, que são sem dúvida direito, o são realmente? Outros respondem com a insistência em que na base dos sistemas jurídicos está algo que é «não direito», que é «pré-jurídico», «meta-jurídico» ou é apenas «facto político». Tal desconforto é um sinal seguro de que as categorias usadas para a descrição desta característica muito importante em qualquer sistema de direito são demasiado grosseiras. O argumento para chamar à regra de reconhecimento «direito» é o de que a regra que faculta os critérios para a identificação das outras regras do sistema pode bem ser concebida como um elemento definidor de um sistema jurídico e, portanto, digna ela mesma de se chamar «direito»; o argumento em favor de a considerar «facto» é o de que afirmar que tal regra existe é, na verdade, produzir uma afirmação externa de um facto real dizendo respeito à maneira por que as regras de um sistema «eficaz» são identificadas. Qualquer destes aspectos merece atenção, mas não podemos fazer justiça a ambos escolhendo um dos rótulos: «direito» ou «facto». Em vez disso, devemos recordar que a regra última de reconhecimento pode ser vista de duas perspectivas: uma está expressa na afirmação externa de facto de que a regra existe na prática efectiva do sistema; a outra está expressa nas afirmações internas de validade, feitas por aqueles que a usam para identificar o direito.

Um segundo conjunto de questões advém da complexidade e imprecisão ocultas da asserção de que um sistema jurídico *existe* num dado país ou no seio de um dado grupo social. Quando apresentamos tal asserção, referimo-nos, de facto, de uma forma condensada e artificial, a um conjunto de factos sociais heterogéneos, usualmente concomitantes. A terminologia convencional do pensamento jurídico e político, desenvolvida à sombra de uma teoria equívoca, tende a simplificar em excesso e a obscurecer os factos. Contudo, quando tiramos os óculos que esta terminologia constitui e olhamos os factos, torna-se evidente que um sistema jurídico, tal como um ser humano,

(\*) No original inglês, «statute».

pode numa fase não ter ainda nascido, numa segunda fase ainda não ser totalmente independente da mãe, a seguir gozar duma existência saudável e independente, mais tarde decair e finalmente morrer. Estas fases intermédias entre o nascimento e a normal existência independente e, por outro lado, entre esta e a morte, desarticulam os nossos modos familiares de descrever os fenómenos jurídicos. Justificam o nosso estudo porque, por desconcertantes que sejam, iluminam toda a complexidade daquilo que damos por adquirido quando, no caso normal, apresentamos a asserção confiante e verdadeira de que num dado país existe um sistema jurídico.

Uma maneira de dar conta desta complexidade consiste em ver em que ponto a simples fórmula de Austin de um hábito geral de obediência a ordens é incapaz de reproduzir ou distorce os factos complexos que constituem as condições mínimas que uma sociedade deve satisfazer, para que tenha um sistema jurídico. Podemos aceitar que esta fórmula designa uma condição necessária: a saber que, onde as leis impõem obrigações ou deveres, estes devem ser geralmente obedecidos ou, pelo menos, não devem ser geralmente desobedecidos. Mas, ainda que essencial, isto apenas fornece aquilo que podemos chamar o «produto final» do sistema jurídico, em que se faz sentir o seu impacto sobre o cidadão particular, enquanto que a sua existência quotidiana consiste também na criação oficial, na identificação oficial e no uso e aplicação oficiais de direito. A relação com o direito que neste caso está em jogo pode designar-se como obediência, apenas se esta palavra transcender tão largamente o seu uso normal que deixe de caracterizar informativamente estes actos. Em nenhum sentido comum de «obedecer», estão os legisladores a obedecer a regras quando, ao aprovarem leis, acatam as regras que lhes conferem poderes legislativos, excepto evidentemente quando as regras que conferem tais poderes estão reforçadas por regras que impõem um dever de as cumprir. Nem «desobedecem» a nenhuma lei ao absterem-se de acatar estas regras, embora possam não conseguir fazer nenhuma lei. Nem a palavra «obedecer» descreve bem o que fazem os juizes quando aplicam a regra de reconhecimento do sistema e reconhecem uma lei<sup>(\*)</sup> como direito válido e a usam na resolução de conflitos. Evidentemente que podemos, se quisermos, preservar a terminologia simples da «obediência» perante estes factos, através de muitos artificios. Um desses artificios consiste em descrever, por exemplo, o uso feito pelos juizes dos critérios gerais de validade ao reconhecerem uma lei<sup>(\*)</sup>, como um caso de obediência a

(\*) No original inglês, «statute».

ordens dadas pelos «Fundadores da Constituição», ou (onde não haja «Fundadores») como obediência a um «comando desprovido de qualquer conotação psicológica»<sup>(\*)</sup>, isto é, um comando desprovido do respectivo autor. Mas este último artifício talvez não mereça mais a nossa atenção do que a noção de um sobrinho sem tio. Em alternativa, podemos afastar todo o aspecto oficial do direito e prescindir da descrição do uso de regras feito na legislação e nas decisões judiciais e, em vez disso, pensar o conjunto do mundo oficial como uma pessoa (o «soberano») emitindo ordens, através de vários agentes ou porta-vozes, que são habitualmente obedecidas pelo cidadão. Mas isto também não passa de uma sùmula cómoda de factos complexos que aguardam ainda a descrição ou então de um fragmento de mitologia, desastrosamente gerador de confusão.

É natural reagir ao fracasso das tentativas para explicar a existência de um sistema jurídico nos termos agradavelmente simples da obediência habitual, que é, na verdade, característica (embora não a descreva sempre exaustivamente) da relação do cidadão comum com o direito, incorrendo no erro oposto. Este consiste em tomar o que é característico (embora, uma vez mais, não exaustivo) das actividades oficiais, especialmente a atitude ou relação judicial com o direito, e tratá-lo como uma explicação adequada do que deve existir num grupo social que tem um sistema jurídico. Isto equivale a substituir a simples concepção de que a maioria dos membros da sociedade obedece habitualmente ao direito pela concepção de que a maior parte deles deve geralmente partilhar, aceitar ou encarar como vinculativa a regra última de reconhecimento que especifica os critérios segundo os quais a validade das leis é, em última análise, avaliada. Evidentemente, podemos imaginar, como fizemos no Capítulo III, uma sociedade simples, em que o conhecimento e a compreensão das fontes de direito estejam amplamente difundidos. Aí a «constituição» era tão simples que não haveria qualquer ficção ao atribuir o conhecimento e a aceitação dela aos cidadãos comuns, tal como aos funcionários e aos juristas. No mundo simples de Rex I, bem podíamos dizer que havia mais do que mera obediência habitual da maior parte da população à sua palavra. Aí bem podia suceder que tanto essa maioria como os funcionários do sistema «aceitassem», do mesmo modo explícito e consciente, uma regra de reconhecimento qualificando a palavra de Rex como o critério do direito válido para a sociedade inteira, embora os súbditos e os funcionários tivessem papéis diferentes a desempenhar e diferentes relações com as regras

(\*) No original inglês, «depsychologized command».

de direito identificadas por este critério. Insistir em que este estado das coisas, imaginável numa sociedade simples, existe sempre ou usualmente num complexo Estado moderno, seria insistir numa ficção. Aqui, por certo, a realidade da situação é que uma grande proporção dos cidadãos comuns — talvez a maioria — não tem qualquer concepção geral da estrutura jurídica ou dos seus critérios de validade. O direito a que obedece o cidadão comum é algo que ele conhece apenas como «o direito». Pode obedecer-lhe por uma variedade de diversas razões e entre estas pode estar muitas vezes, embora nem sempre, o conhecimento de que será melhor para ele fazê-lo. Estará ciente das prováveis consequências gerais da desobediência: de que há autoridades que podem prendê-lo e outras que o julgarão e o enviarão para a prisão, por ter violado o direito. Enquanto as leis, que forem válidas perante os testes de validade do sistema, forem obedecidas pela maioria da população, temos aí certamente toda a prova de que necessitamos para estabelecer que um dado sistema jurídico existe.

Mas porque justamente um sistema jurídico é uma união complexa de regras primárias e secundárias, esta prova não basta para descrever as relações com o direito implicadas na existência de um sistema jurídico. Deve ser acompanhada por uma descrição da relação relevante dos funcionários do sistema com as regras secundárias que lhes dizem respeito, enquanto funcionários. Aqui o que é crucial é que deve haver uma aceitação oficial unificada ou partilhada da regra de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema. Mas é precisamente neste aspecto que a simples noção de obediência geral, que era adequada para caracterizar o mínimo indispensável no caso dos cidadãos comuns, se revela inadequada. A questão não é, ou não é apenas a questão «linguística» de a palavra «obediência» não ser apropriadamente usada para referir o modo por que estas regras secundárias são respeitadas como regras pelos tribunais e outras autoridades. Poderíamos encontrar, se necessário, alguma expressão mais ampla como «seguir», «cumprir» ou «conformar-se a» que caracterizasse tanto o que os cidadãos comuns fazem em relação ao direito, quando se apresentam para prestar o serviço militar, como o que os juizes fazem nos tribunais quando identificam uma lei<sup>(\*)</sup> concreta como direito, com o fundamento de que aquilo que é aprovado pela Rainha no Parlamento é direito. Mas estes termos omnicomprensivos iriam meramente mascarar as diferenças vitais que devem ser apreendidas, se qui-

sermos compreender as condições mínimas implicadas na existência do complexo fenómeno social que chamamos sistema jurídico.

O que torna equívoca a palavra «obediência», como descrição do que fazem os legisladores ao acatarem as regras que lhes conferem os seus poderes e do que fazem os tribunais ao aplicarem uma regra última de reconhecimento aceite, é que obedecer a uma regra (ou a uma decisão) não implica *necessariamente* qualquer pensamento por parte da pessoa que obedece de que aquilo que faz é o que está certo fazer-se, tanto para si como para os outros: não tem necessariamente de possuir qualquer visão do que faz como sendo o cumprimento de um padrão de comportamento para os outros membros do grupo social. Não precisa de pensar o seu comportamento de acatamento como «certo», «correcto» ou «obrigatório». A sua atitude, por outras palavras, não tem necessariamente qualquer traço do carácter crítico que está implicado, sempre que as regras sociais são aceites e tipos de conduta são tratados como padrões gerais. Não precisa de partilhar, embora possa fazê-lo, do ponto de vista interno que aceita as regras como padrões para todos aqueles a quem se aplicam. Em vez disso, pode pensar a regra apenas como algo que *lhe* exige acção sob cominação de uma pena; pode obedecer-lhe em virtude do medo das consequências, ou por inércia, sem pensar que ele ou os outros tenham uma obrigação de o fazer e sem estar disposto a criticar-se a si mesmo ou aos outros pelos desvios. Mas este interesse meramente pessoal em relação às regras, que é tudo o que qualquer cidadão comum *pode* ter ao obedecer-lhes, não pode caracterizar a atitude dos tribunais para com as regras, com as quais funcionam enquanto tribunais. Isto sucede ainda mais patentemente quanto à regra última de reconhecimento, nos termos da qual é apreciada a validade das outras regras. Para que possa sequer existir, tem de ser considerada do ponto de vista interno como um padrão público comum de decisão judicial correcta e não como algo a que cada juiz meramente obedece apenas por sua conta. Os tribunais do sistema individualmente considerados, embora possam ocasionalmente desviar-se destas regras, devem, em geral, preocupar-se criticamente com tais desvios, como sendo lapsos, por referência a padrões, que são essencialmente comuns ou públicos. Não se trata meramente de uma questão de eficiência ou de sanidade do sistema jurídico, mas é logicamente uma condição necessária da nossa capacidade para falar da existência de um único sistema jurídico. Se porventura alguns juizes actuassem «apenas por sua conta», com o fundamento de que o que é aprovado pela Rainha no Parlamento é direito e não criticassem os que não respeitam esta regra de reconhecimento, a unidade e a continuidade

(\*) No original inglês, «statute».

características de um sistema jurídico teriam desaparecido. Porque tal depende da aceitação, neste aspecto crucial, dos padrões comuns de validade jurídica. Entre estes caprichos do comportamento judicial e o caos que em última análise resultaria quando o homem comum fosse confrontado com decisões judiciais contraditórias, não saberíamos como descrever a situação. Estaríamos na presença de um *lusus naturae* que só merece pensar-se nele porque aguça a nossa compreensão daquilo que é muitas vezes demasiado evidente para ser notado.

Há, portanto, duas condições mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico. Por um lado, as regras de comportamento que são válidas segundo os critérios últimos de validade do sistema devem ser geralmente obedecidas e, por outro lado, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e de julgamento devem ser efectivamente aceites como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários. A primeira condição é a única que os cidadãos privados *necessitam* de satisfazer: podem obedecer cada qual «por sua conta apenas» e sejam quais forem os motivos por que o façam; embora numa sociedade são eles aceitem de facto frequentemente estas regras como padrões comuns de comportamento e reconheçam uma obrigação de lhes obedecer, ou reconduzam mesmo esta obrigação à obrigação mais geral de respeitar a constituição. A segunda condição deve também ser satisfeita pelos funcionários do sistema. Eles devem encarar estas regras como padrões comuns de comportamento oficial e considerar criticamente como lapsos os seus próprios desvios e os de cada um dos outros. Naturalmente é também verdade que, além destas, haverá muitas regras primárias que se aplicam aos funcionários na sua capacidade meramente pessoal, a que eles necessitam apenas de obedecer.

A asserção de que um sistema jurídico existe é, portanto, uma afirmação bifronte<sup>(\*)</sup>, que visa tanto a obediência pelos cidadãos comuns como a aceitação pelos funcionários das regras secundárias como padrões críticos comuns de comportamento oficial. Não precisamos de nos surpreender com esta dualidade. É meramente o reflexo do carácter composto de um sistema jurídico, por comparação com uma forma pré-jurídica descentralizada e mais simples de estrutura social que consiste apenas em regras primárias. Na estrutura mais

(\*) No original inglês, «a Janus-faced statement», alusão ao deus romano Janus ou Jano, divindade representada com duas faces.

simples, uma vez que não há funcionários, as regras devem ser amplamente aceites como fixando padrões críticos para o comportamento do grupo. Se o ponto de vista interno não estivesse aí largamente disseminado, não poderia logicamente haver quaisquer regras. Mas onde há uma união de regras primárias e secundárias, situação que é, como defendemos, a maneira mais frutuosa de encarar um sistema jurídico, a aceitação das regras como padrões comuns para o grupo pode ser desligada do aspecto relativamente passivo da aquiescência do indivíduo comum em relação às regras, obedecendo-lhes por sua conta apenas. Num caso extremo, o ponto de vista interno, com o seu uso normativo característico da linguagem jurídica («Esta é uma regra válida»), poderia estar confinado ao mundo oficial. Neste sistema mais complexo, apenas os funcionários poderiam aceitar e usar os critérios de validade jurídica do sistema. A sociedade em que isto sucedesse poderia ser lamentavelmente semelhante a um rebanho; os carneiros poderiam acabar no matadouro. Mas há poucas razões para pensar que não pudesse existir ou para lhe negar o título de sistema jurídico.

### 3. A patologia de um sistema jurídico

A prova da existência de um sistema jurídico deve, portanto, retirar-se de dois sectores diferentes da vida social. O caso normal, não-problemático, em que podemos dizer confiadamente que existe um sistema jurídico é apenas aquele em que é nítido que os dois sectores são congruentes nos seus típicos interesses respectivos, em relação ao direito. Dito de forma nua e crua, constitui um facto que as regras reconhecidas como válidas a nível oficial são geralmente obedecidas. Contudo, por vezes, o sector oficial pode estar divorciado do sector privado, no sentido em que já não existe uma obediência geral às regras que são válidas, segundo os critérios de validade usados pelos tribunais. A variedade de modos por que isto pode suceder pertence à patologia dos sistemas jurídicos; porque eles representam uma ruptura na complexa prática congruente a que nos referimos, quando fazemos a afirmação externa de facto de que existe um sistema jurídico. Ocorre aqui um fracasso parcial daquilo que é pressuposto sempre que, a partir do interior do sistema concreto, fazemos afirmações internas de direito. Uma tal ruptura pode resultar de diversos factores perturbadores. A «Revolução», em que surgem pretensões rivais de governar a partir do interior do grupo, é apenas um caso e, embora ela envolva sempre a violação de algumas

das leis do sistema existente, pode acarretar apenas a substituição juridicamente não autorizada de um conjunto de autoridades por outros indivíduos e não uma nova constituição ou sistema jurídico. A ocupação inimiga, em que uma pretensão rival de governar sem autoridade segundo o sistema existente, surge de fora, constitui outro caso: e o simples colapso do controlo jurídico ordenado perante a anarquia ou o banditismo sem pretensões políticas de governar é ainda um outro caso.

Em qualquer destes casos pode haver fases intermédias, durante as quais os tribunais funcionam, seja no território, seja no exílio, e usam ainda os critérios de validade jurídica do sistema antigo, outrora firmemente estabelecido; mas estas ordens são ineficazes no território. Em que momento se pode correctamente dizer, nestes casos, que o sistema jurídico cessou finalmente de existir é algo insusceptível de qualquer determinação exacta. Evidentemente, se há qualquer possibilidade considerável de uma restauração ou se a perturbação do sistema estabelecido é um incidente numa guerra geral cujo desfecho é ainda incerto, não estaria justificada nenhuma asserção categórica de que cessou de existir. Isto sucede, justamente, porque a afirmação de que um sistema jurídico existe é de tipo suficientemente amplo e geral para permitir interrupções; não é verificada ou falsificada pelo que sucede em curtos espaços de tempo.

Evidentemente, podem colocar-se questões difíceis, depois de tais interrupções terem sido seguidas pelo recomeço das relações normais entre os tribunais e a população. Um governo regressa do exílio com a expulsão das forças ocupantes ou a derrota de um governo rebelde; colocam-se então questões quanto ao que foi ou não foi «direito» no território durante o período da interrupção. O que é mais importante aqui é compreender que esta questão pode não ser uma questão de facto. Se o fosse, teria de ser resolvida através da pergunta sobre se a interrupção tinha sido tão prolongada e completa que a situação devesse ser descrita como tendo cessado de existir o sistema original e um novo sistema, análogo ao anterior, tivesse sido estabelecido, no regresso do exílio. Em vez disso, a questão pode ser posta em termos de direito internacional ou pode, de forma algo paradoxal, colocar-se como questão de direito dentro do próprio sistema de direito existente depois da restauração. Neste último caso, bem podia suceder que o sistema restaurado incluísse uma lei retroactiva declarando que o sistema se manteve (ou, mais candidamente, «se considera» que se manteve) ininterruptamente como direito do território. Isto poderia ser feito, mesmo que a interrupção tivesse sido tão prolongada que fizesse parecer que tal declaração

estava em completo desacordo com a conclusão que poderia ter sido alcançada, se a questão tivesse sido tratada como uma questão de facto. Num tal caso, não haveria razão pela qual a declaração não devesse figurar como uma regra do sistema restaurado, determinando o direito que os tribunais deveriam aplicar aos incidentes e negócios ocorridos durante o período de interrupção.

Há aqui apenas um paradoxo, se pensarmos nas afirmações de direito do sistema jurídico respeitantes ao que se deve considerar serem as fases da sua própria existência passada, presente ou futura, como estando em conflito com a afirmação de facto acerca da sua existência, emitida de um ponto de vista externo. Salva a aparente perplexidade da auto-referência, o estatuto jurídico de uma disposição num sistema existente, a respeito do período durante o qual deve considerar-se que teve existência, não é diversa de uma lei de um sistema declarando que um certo sistema continua a existir num outro país, embora tal não tenha provavelmente muitas consequências práticas. De facto, não temos quaisquer dúvidas de que o sistema jurídico existente no território da União Soviética não é de facto o do regime czarista. Mas se uma lei (\*) do Parlamento britânico declarasse que o direito da Rússia czarista era ainda o direito do território russo, isto teria na verdade significado e efeitos jurídicos como parte do direito inglês referida à U.R.S.S., mas não afectaria a verdade da afirmação de facto contida na frase anterior. A força e o significado da lei (\*) consistiriam na mera determinação do direito a ser aplicado nos tribunais ingleses, e, portanto, na Inglaterra, a casos que tivesse um elemento russo.

O inverso da situação acima descrita pode ver-se nos momentos fascinantes de transição em que um novo sistema jurídico emerge do ventre de um sistema antigo — por vezes, só depois duma operação cesariana. A história recente da Comunidade Britânica é um campo de estudo admirável deste aspecto da embriologia dos sistemas jurídicos. O esboço esquemático e simplificado deste desenvolvimento é o seguinte: no início de um período podemos ter uma colónia com uma assembleia legislativa, um poder judicial e um executivo locais. Esta estrutura constitucional foi criada por uma lei (\*) do Parlamento do Reino Unido, que conserva total competência jurídica para legislar para a colónia; tal inclui o poder de alterar ou revogar, quer as leis locais, quer as suas próprias leis, incluindo as que se referem à constituição da colónia. Neste estágio, o sistema jurídico da colónia

(\*) No original inglês, «statute».

é evidentemente uma parte subordinada de um sistema mais amplo, caracterizado pela regra última de reconhecimento de que aquilo que é aprovado pela Rainha no Parlamento é direito para (*inter alia*) a colónia. No fim do período de desenvolvimento, vemos que a regra última de reconhecimento se deslocou, porque a competência jurídica do Parlamento de Westminster para legislar para a antiga colónia já não é reconhecida nos seus tribunais. É ainda verdade que a maior parte da estrutura constitucional da antiga colónia se encontra na lei original do Parlamento de Westminster: mas tal constitui agora somente um facto histórico, porque já não deve o seu estatuto jurídico contemporâneo no território à autoridade do Parlamento de Westminster. O sistema jurídico na antiga colónia tem agora uma «raiz local», no sentido de que a regra de reconhecimento especificando os critérios últimos da validade jurídica já não se refere a actos legislativos de uma assembleia legislativa de outro território. A nova regra assenta simplesmente no facto de que é aceite e usada como tal nos actos judiciais e nos outros actos oficiais de um sistema local, cujas regras são geralmente obedecidas. Por isso, embora a composição, o modo de legislar e a estrutura da assembleia legislativa local possam ser ainda os prescritos na constituição originária, os seus actos legislativos são válidos agora, não porque sejam o exercício de competências conferidas por uma lei válida do Parlamento de Westminster. São válidos porque, segundo a regra de reconhecimento localmente aceite, a aprovação pela assembleia legislativa local é um critério último de validade.

Esta evolução pode ser realizada por modos muito diversos. A assembleia legislativa-mãe pode, após um período em que nunca exerceu de facto a sua autoridade legislativa formal sobre a colónia, excepto com o seu consentimento, retirar-se finalmente da cena, renunciando ao poder legislativo sobre a antiga colónia. Aqui deve observar-se que existem dúvidas de natureza teórica sobre se os tribunais do Reino Unido reconheceriam a competência jurídica do Parlamento de Westminster para assim reduzir de forma irrevogável os seus poderes. A ruptura pode, por outro lado, ser alcançada apenas através de violência. Mas, em qualquer caso, temos no termo desta evolução dois sistemas jurídicos independentes. Tal é uma afirmação de facto e não é menos factual por dizer respeito à existência de sistemas jurídicos. A prova principal desta afirmação reside em que a regra última de reconhecimento agora aceite e usada na antiga colónia não inclui já, entre os critérios de validade, qualquer referência aos actos de assembleias legislativas de outros territórios.

Novamente, porém, e aqui a história da Comunidade Britânica

oferece exemplos intrigantes, pode suceder que, embora o sistema jurídico da colónia seja agora independente de facto do seu progenitor, o sistema-mãe não reconheça tal facto. Pode continuar a fazer parte do direito inglês que o Parlamento de Westminster haja retido, ou possa juridicamente recuperar a competência para legislar para a colónia; e os tribunais internos ingleses podem, se algum caso envolvendo um conflito entre uma lei de Westminster e uma da assembleia legislativa local se lhes deparar, pôr em prática este modo de ver a questão. Neste caso, parece haver um conflito entre as disposições do direito inglês e os factos. O direito da colónia não é reconhecido nos tribunais ingleses como sendo o que de facto é: um sistema jurídico independente com a sua própria regra última de reconhecimento local. Na realidade, haverá dois sistemas jurídicos onde o direito inglês insistirá em que só há um. Mas, porque precisamente uma das afirmações é uma afirmação de facto e a outra uma proposição de direito (inglês), as duas não se encontram em conflito no plano lógico. Para tornar a situação clara, podemos, se quisermos, dizer que a afirmação de facto é verdadeira e a proposição de direito inglês é «correcta no direito inglês». Semelhantes distinções entre a afirmação (ou negação) factual de que dois sistemas jurídicos independentes existem e as proposições de direito acerca da existência de um sistema jurídico, devem estar presentes, ao considerar-se a relação entre o direito internacional público e o direito interno. Certas teorias bem estranhas devem o seu carácter plausível a uma negligência quanto a esta distinção.

Para completar este exame sumário da patologia e embriologia dos sistemas jurídicos, devemos observar outras formas de ausência parcial das condições normais, cuja congruência é afirmada pela asserção categórica de que um sistema jurídico existe. A unidade entre autoridades, cuja existência é normalmente pressuposta quando se fazem afirmações internas de direito dentro do sistema, pode quebrar-se parcialmente. Pode ocorrer que, quanto a certas questões constitucionais e só quanto a elas, haja divisão no mundo oficial, conduzindo em última análise a uma divisão no poder judicial. O início de uma tal cisão sobre os critérios últimos a utilizarem-se na identificação do direito verificou-se nas perturbações constitucionais na África do Sul em 1954, que chegaram aos tribunais no caso *Harris vs. Dönges*<sup>1</sup>. Aqui, a assembleia legislativa actuou com base numa opinião diversa sobre a sua competência e os seus poderes jurídicos

<sup>1</sup> 1952 I T.L.R. (\*) 1245.

(\*) Abreviatura de «Times Law Reports».

da adoptada pelos tribunais e aprovou medidas que os tribunais declararam inválidas. A resposta a isto foi a criação pela assembleia legislativa de um «tribunal» especial de recurso, para apreciar os recursos interpostos de decisões dos tribunais ordinários que tinham declarado inválidas as leis emitidas pela assembleia legislativa. Este tribunal apreciou oportunamente tais recursos e revogou as decisões dos tribunais ordinários; por sua vez, os tribunais ordinários declararam inválida a criação pela assembleia legislativa dos tribunais especiais e consideraram juridicamente nulas as decisões destes. Se este processo não tivesse sido travado (porque o Governo considerou imprudente prosseguir nesta via para impor a sua vontade), teríamos tido uma oscilação sem fim entre duas opiniões sobre a competência da assembleia legislativa e, portanto, sobre os critérios do direito válido. As condições normais de harmonia oficial, e especialmente judicial, sob as quais somente é possível identificar a regra de reconhecimento do sistema, teriam sido suspensas. Contudo, a grande massa de actos jurídicos que não tocassem nesta questão constitucional teria prosseguido como antes. Até que a população se dividisse e «o direito e a ordem» desabassem, seria equívoco dizer que o sistema jurídico originário tinha cessado de existir: porque a expressão «o mesmo sistema jurídico» é demasiado ampla e elástica para permitir que um consenso oficial unificado quanto a *todos* os critérios originais de validade jurídica seja uma condição necessária para o sistema jurídico permanecer «o mesmo». Tudo o que poderíamos fazer seria descrever a situação como fizemos e anotá-la como uma subespécie do padrão ou um caso anormal, contendo uma ameaça de que o sistema jurídico se venha a dissolver.

Este último caso leva-nos às fronteiras de um tópico mais amplo que discutiremos no capítulo seguinte, tanto em relação à elevada questão constitucional dos critérios últimos de validade de um sistema jurídico, como em relação ao seu direito «ordinário». Todas as regras envolvem o reconhecimento ou a classificação de casos particulares como exemplos de termos gerais e, considerando tudo aquilo que nós aceitamos chamar uma regra, é possível distinguir casos centrais nítidos em que se aplica certamente e outros em que há razões, tanto para afirmar, como para negar que se aplique. Nada pode eliminar esta dualidade de um núcleo de certeza e de uma penumbra de dúvida, quando nos empenhamos em colocar situações concretas sob as regras gerais. Tal atribui a todas as regras uma orla de imprecisão, ou uma «textura aberta», e isto pode afectar a regra de reconhecimento que especifica os critérios últimos usados na identificação do direito, tanto como duma lei concreta. Sustenta-se

frequentemente que este aspecto do direito demonstra que qualquer elucidação do conceito de direito em termos de regras resulta equívoca. Insistir nela perante as realidades de cada situação é, muitas vezes, estigmatizado como «conceptualismo» ou «formalismo». É da avaliação desta acusação que nos ocupamos a seguir.

## 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 individuo. Se não fosse possível comunicar padrões gerais de conduta que multidões de indivíduos pudessem perceber, sem ulteriores 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 qualificável 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 subsunção 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 irreduzivelmente 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 trabalhemos 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 encarámos 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<sup>(\*)</sup>, 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

(\*) 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 conjunção 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 excluímos 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<sup>(\*)</sup>; 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<sup>(\*\*)</sup> 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*»<sup>(\*\*\*)</sup> «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 Hallet*) 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.<sup>a</sup> 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 legislada. Só podem agora ser alteradas por lei, uma vez que os próprios tribunais o declaram 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*<sup>(\*)</sup> 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»<sup>(\*\*)</sup>, ou a pretensão de que falar sobre regras é um mito que

(\*) *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 régios gozam de autoridade, são vinculativos, devendo ser seguidos por todos os tribunais quando ocorram no futuro casos semelhantes.

(\*\*) No original inglês, «*rule cepticism*».

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 confirmam 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 objecções, 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 deveriam 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 prevendo 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 objecções 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 juízes 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 juízes 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 juízes 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 predizer o que os juízes farão. Tal é a sua única importância, à parte do facto de que constituem lindos brinquedos»<sup>1</sup>.

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 sejamos 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, aplicamos 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

<sup>1</sup> Llewellyn, *The Bramble Bush* (2.<sup>a</sup> edição), pag. 9.

coincide. É assim que distinguiríamos, 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 conscienciosamente 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» (\*).

(\*) 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*».

### 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 acatarão, 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

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<sup>(1)</sup>. 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 distincões 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.<sup>a</sup> edição revista por T.E. Smith, Londres, 1969, pág. 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 «discricionaridade 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 «discricionaridade 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 desrespeitado 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 «discricionaridade 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 pode ser garantida 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 Caríbdis da teoria jurídica; são grandes exageros, salutares 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 onipotência jurídica. Na verdade, faz uma escolha entre uma onipotência *permanente* em todas as questões que não afectem a competência legislativa dos sucessivos parlamentos e uma onipotência sem restrições e *auto-limitativa*<sup>(\*)</sup>, cujo exercício só pode ser feito uma vez. Estas duas concepções de onipotência têm o seu paralelo em duas concepções de um Deus onipotente: 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 onipotência. Saber de qual das formas de onipotência — 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-embracing*».

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»<sup>(\*)</sup> 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 onipotência 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 aceite — 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

(\*) No original inglês, «entrench».

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*<sup>(1)</sup> 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 Dicey<sup>1</sup>, 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 Parlamentos. 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, «Parliament Acts».

<sup>1</sup> *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 suscitem.

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*<sup>(\*)</sup> 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*<sup>1</sup>, 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 colectânea 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. Distinguimos 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<sup>(\*)</sup> 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.

que é, em certo sentido, «necessária», e que é ela que merece ser tomada como ponto central em qualquer tentativa de análise ou de elucidação da noção de direito. Os que advogam este ponto de vista podem não estar interessados em discutir as nossas críticas à teoria imperativa simples. Podem até aceitar que constituiu um avanço útil; e que a união das regras primárias e das regras secundárias foi, na verdade, uma noção mais importante do que a de ordens baseadas em ameaças, como ponto de partida para a compreensão do direito. O seu argumento seria, contudo, o de que isto não basta: que mesmo aqueles elementos são de importância subalterna e que, até que a relação «necessária» com a moral se torne explícita e a sua importância central seja posta em relevo, as brumas que há tanto tempo enevoam a compreensão do direito não podem ser dissipadas. Deste ponto de vista, os casos discutíveis ou controversos de direito não seriam meramente os do direito das sociedades primitivas ou do direito internacional, que têm sido considerados duvidosos por neles não existirem órgãos legislativos, tribunais com jurisdição obrigatória e sanções organizadas centralmente. Bem mais questionável, deste ponto de vista, é o título de serem tratados como direito os sistemas internos que apresentam os necessários complementos de *juge, gendarme et legislature*<sup>(1)</sup> mas não se conformam com certos requisitos fundamentais da justiça ou da moral. Nas palavras de Santo Agostinho<sup>1</sup>: «o que são os Estados sem justiça senão bandos de ladrões alargados?».

A pretensão de que entre direito e moral há uma conexão necessária tem muitas variantes importantes, nem todas conspícuas pela sua clareza. Há muitas interpretações possíveis dos termos-chave «necessário» e «moral» e estas nem sempre têm sido distinguidas e consideradas separadamente, tanto pelos defensores como pelos críticos. A mais clara, talvez, porque é a forma de expressão mais extrema deste ponto de vista, é a que está associada à tradição tomista do Direito Natural. Ela contém uma afirmação dupla: em primeiro lugar, que há certos princípios de verdadeira moral ou justiça, passíveis de descoberta pela razão humana sem o auxílio da revelação, ainda que tenham uma origem divina; em segundo lugar, que as leis elaboradas pelos homens que contrariam estes princípios não são direito válido. «Lex iniusta non est lex». Outras variantes deste ponto de vista geral adoptam uma diferente visão, tanto do estatuto dos princípios da moral, como das consequências do conflito

(1) Em francês, no original.

1. *Confessiones*, IV.

entre direito e moral. Algumas delas concebem a moral, não como princípios imutáveis de conduta, ou como passíveis de descoberta pela razão, mas como expressões de atitudes humanas em relação à conduta, as quais podem variar de sociedade para sociedade ou de indivíduo para indivíduo. As teorias deste tipo também sustentam habitualmente que o conflito entre o direito e as exigências da moral, mesmo as mais fundamentais, não é suficiente para privar a regra do seu estatuto de direito; interpretam a conexão «necessária» entre o direito e a moral de um modo diverso. Pretendem que, para um sistema jurídico existir, deve haver um reconhecimento amplamente difundido, ainda que não necessariamente universal, de uma obrigação moral de obedecer ao direito, embora esta possa ser superada, em casos concretos, por uma obrigação moral mais forte de não obedecer a leis concretas moralmente iníquas.

A avaliação completa das diferentes variedades da teoria que afirma uma conexão necessária entre o direito e a moral levar-nos-ia longe, bem até ao interior da filosofia moral. Mas algo menos do que isso pode facultar a qualquer leitor reflexivo o suficiente para formar uma opinião raciocinada da verdade e da importância de tais pretensões. Para esta finalidade, o que é sobretudo necessário é uma separação e uma identificação de algumas questões, emaranhadas há longo tempo, que consideraremos neste capítulo e no seguinte. A primeira destas questões diz respeito à distinção, dentro da esfera geral da moral, da ideia específica de justiça e nos traços especiais que explicam a sua conexão particularmente íntima com o direito. A segunda tem a ver com as características que distinguem as regras e os princípios morais não só das regras jurídicas, mas de todas as outras formas de regra social ou padrões de conduta. Estas duas questões constituem o tema deste capítulo; a terceira, que é objecto do capítulo seguinte, diz respeito aos sentidos e modos muito diferentes através dos quais as regras jurídicas e a moral podem ser consideradas como estando relacionadas.

### 1. Princípios de justiça

Os termos mais frequentemente usados pelos juristas no elogio ou na condenação do direito, ou da sua aplicação, são as palavras «justo» e «injusto» e muito frequentemente eles exprimem-se por escrito como se as ideias de justiça e moral fossem coextensivas. Há óptimas razões, na verdade, para que a justiça tenha um lugar dos mais proeminentes na crítica das soluções jurídicas; contudo, é importante ver que se trata de um distinto segmento da moral e que

as leis e a sua aplicação podem demonstrar excelências de diversos géneros ou carecer destas. Basta uma pequena reflexão sobre alguns tipos comuns de juízo moral para mostrar este carácter especial da justiça. Um homem culpado de grande crueldade para com o filho será muitas vezes julgado como tendo feito algo de moralmente *errado*, *mau*, ou mesmo *perverso*, ou como tendo faltado à sua *obrigação* moral ou dever para com o filho. Mas seria estranho criticar a sua conduta como *injusta*. Não é porque a força condenatória da palavra «injusto» seja demasiado fraca, mas porque o sentido da crítica moral em termos de justiça ou injustiça é usualmente diferente, e mais específico do que os outros tipos de crítica moral geral que são apropriados neste caso concreto e se exprimem por palavras como «errado», «mau» ou «perverso». O termo «injusto» tornar-se-ia apropriado se o homem em causa tivesse arbitrariamente escolhido um dos filhos para castigo mais severo do que os infligidos aos outros culpados da mesma falta, ou se tivesse castigado a criança por alguma infracção, sem procurar ver se era ela realmente o autor da falta. De modo semelhante, quando passamos da crítica da conduta individual à crítica do direito, poderíamos exprimir a nossa aprovação quanto a uma lei que obrigasse os pais a mandar os filhos à escola, dizendo que era uma boa lei, e exprimir a nossa desaprovação sobre uma lei que proibisse a crítica ao governo, designando-a como uma má lei. Tais críticas não serão normalmente formuladas em termos de «justiça» e «injustiça». Por outro lado, o termo «justo» seria a palavra apropriada para exprimir aprovação por uma lei que distribuisse a carga fiscal segundo a riqueza; e «injusto» seria apropriado como expressão da desaprovação de uma lei que proibisse o uso de meios de transporte públicos ou dos parques às pessoas de cor. Que justo e injusto sejam formas mais específicas de crítica moral do que bom e mau, ou certo e errado, resulta evidente do facto de que poderíamos pretender de forma inteligível que uma lei era boa porque era justa, ou que era má porque era injusta, mas não era justa por ser boa, ou injusta por ser má.

Os traços distintivos da justiça e a sua conexão especial com o direito começam a tomar forma, se se observar que a maior parte das críticas feitas em termos de justo e injusto poderiam ser quase tão bem formuladas pelas palavras «equitativo» e «não equitativo»<sup>(\*)</sup>. A noção de equidade<sup>(\*)</sup> não é evidentemente coextensiva com a moral

(\*) Traduziram-se os termos «*fair*» e «*unfair*» por equitativo e não equitativo. O adjectivo «*fair*» exprime uma ideia de correcção de comportamento que surge em expressões como «*fair play*» ou «*fair trial*».

(\*\*) No original inglês, «*fairness*».

em geral; as referências a ela são principalmente relevantes em duas situações da vida social. Uma das situações é a que ocorre quando nos ocupamos, não com a conduta de um único indivíduo, mas com o modo por que são tratadas *classes* de indivíduos, quando recai algum ónus ou é atribuído algum benefício para ser distribuído entre eles. Daí que aquilo que é tipicamente equitativo ou não-equitativo seja uma «quota-parte». A segunda situação verifica-se quando se causa algum dano e se exige indemnização ou reconstituição. Estes contextos não são os únicos em que se fazem avaliações em termos de justiça ou equidade. Falamos não só de distribuições ou indemnizações como justas ou equitativas, mas também de um juiz como justo ou injusto; de um julgamento como equitativo ou não-equitativo; de uma pessoa como justa ou injustamente condenada. Trata-se de aplicações derivativas da noção de justiça que são explicáveis, desde que se compreenda a aplicação primária da justiça a questões de distribuição e indemnização.

O princípio geral latente nestas diversas aplicações da ideia de justiça é o de que os indivíduos têm direito, uns em relação aos outros, a uma certa posição relativa de igualdade ou desigualdade. Trata-se de algo que deve ser respeitado nas vicissitudes da vida social quando se têm de distribuir encargos ou benefícios; é também algo a ser restaurado quando é perturbado. Por isso a justiça é tradicionalmente concebida como mantendo ou restaurando um *equilíbrio* ou uma *proporção*, e o seu preceito condutor é frequentemente formulado como «tratar da mesma maneira os casos semelhantes»<sup>(\*)</sup>; ainda que devamos acrescentar a este último «e tratar diferentemente os casos diferentes». Portanto, quando, em nome da justiça, protestamos contra uma lei que proíbe às pessoas de cor o uso dos parques públicos, o sentido de tal crítica reside em que uma tal lei é má, porque ao distribuir os benefícios dos equipamentos públicos entre a população discrimina entre pessoas que são, em todos os aspectos relevantes, semelhantes. Inversamente, se uma lei é exaltada como justa porque retira a um sector especial algum privilégio ou imunidade, por exemplo nos impostos, o pensamento orientador consiste em que não há uma tal diferença relevante entre a classe privilegiada e o resto da comunidade que justifique dar àquela o direito a um tratamento especial. Estes simples exemplos são, porém, suficientes para mostrar que, embora «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes»

(\*) No original inglês, «*treat like cases alike*».

seja um elemento central na ideia de justiça, ele é em si mesmo incompleto e, até ser complementado, não permite nenhum guia determinado para a conduta. Tal sucede assim porque, em qualquer conjunto de seres humanos, eles assemelham-se entre si em alguns aspectos e diferem entre si noutros e, até que estejam estabelecidas que semelhanças e que diferenças são relevantes, «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes» permanecerá uma fórmula vazia. Para a preencher, devemos saber quando, para as finalidades em vista, hão-de ser considerados semelhantes os casos e que diferenças são relevantes. Sem mais este complemento, não podemos proceder à crítica das leis ou de outras disposições sociais como injustas. Não é injusto para o direito, quando proíbe o homicídio, tratar os assassinos de cabelo ruivo do mesmo modo que os outros; seria, na verdade, tão injusto se os tratasse diversamente, quanto o seria se se recusasse a tratar diversamente o mentalmente são do anormal de espírito.

Há, portanto, uma certa complexidade na estrutura da ideia de justiça. Podemos dizer que consiste em duas partes: um aspecto uniforme ou constante, resumido no preceito «tratar da mesma maneira os casos semelhantes», e um critério mutável ou variável usado para determinar quando, para uma dada finalidade, os casos são semelhantes ou diferentes. A este respeito, a justiça é semelhante às noções do que é genuíno, ou alto, ou quente, que contém uma referência implícita a um padrão que varia com a classificação da coisa a que são aplicados. Uma criança alta pode ser da mesma altura de um homem baixo, um inverno quente da mesma temperatura de um verão frio e um diamante falso pode ser uma peça genuína em antiguidade. Mas a justiça é bastante mais complicada do que estas noções, porque o critério variável de semelhança relevante entre casos diferentes nela incorporado varia não só com o tipo de questão a que é aplicado, mas pode estar muitas vezes sujeito a impugnação, mesmo em relação a um tipo único de questão.

Em certos casos, por certo, as semelhanças e as diferenças entre os seres humanos, que são relevantes para a crítica de disposições jurídicas em termos de justas ou injustas, são bastante evidentes. É o caso, de forma proeminente, quando nos ocupamos não da justiça ou da injustiça do *direito*, mas da sua *aplicação* a casos concretos. Porque aqui as semelhanças e as diferenças relevantes entre indivíduos, a que a pessoa que aplica o direito deve atender, são determinadas pelo próprio direito. Dizer que a norma<sup>(\*)</sup> que reprime o

(\*) No original inglês, «law».

homicídio é aplicada justamente é dizer que é aplicada imparcialmente a todos aqueles e só àqueles que são semelhantes, ao praticarem o que a lei proíbe; nenhum preconceito ou interesse impediu o órgão aplicador de os tratar «da mesma maneira». De forma coerente com isto, os princípios processuais tais como «*audi alteram partem*» ou «ninguém pode ser juiz em causa própria» são concebidos como exigências da justiça, e, na Inglaterra e na América, são muitas vezes referidos como princípios de Justiça Natural. E assim, porque eles são garantes de imparcialidade ou objectividade, concebidos para assegurar que o direito é aplicado a todos aqueles e só àqueles que são semelhantes no aspecto relevante fixado pelo próprio direito.

A conexão entre este aspecto da justiça e a própria noção de proceder de harmonia com a regra é obviamente muito estreita. Pode na verdade dizer-se que aplicar o direito de forma justa a diferentes casos é simplesmente levar a sério a asserção de que aquilo que deve ser aplicado em diferentes casos é a mesma regra geral, sem preconceito, interesse ou capricho. Esta conexão estreita entre a justiça na aplicação do direito e a noção mesma de regra levou alguns pensadores famosos à tentação de identificar justiça e conformidade com o direito. Contudo, isto é evidentemente fruto de um erro, a não ser que ao «direito» seja dado algum significado especialmente amplo; porque uma tal ideia de justiça deixa sem explicação o facto de que a crítica em nome da justiça não está confinada à aplicação do direito em casos concretos, mas as próprias leis são muitas vezes criticadas como justas ou injustas. Na verdade, não é absurdo admitir que uma lei injusta proibindo o acesso de pessoas de cor aos parques seja aplicada de forma justa, no sentido de que apenas as pessoas genuinamente culpadas de violação da lei tenham sido castigadas nos termos desta, e isso só após um julgamento equitativo.

Quando passamos da justiça ou injustiça na aplicação do direito à crítica do próprio direito nestes termos, é claro que o direito em si mesmo não pode determinar agora quais as semelhanças e as diferenças entre indivíduos que ele deve reconhecer, se se quiser que as suas regras tratem da mesma maneira os casos semelhantes e, portanto, sejam justas. Há aqui, por conseguinte, considerável espaço para dúvidas e controvérsias. Diferenças fundamentais, de perspectiva geral, moral e política, podem conduzir a diferenças e a desacordo inconciliáveis quanto às características dos seres humanos que devem ser consideradas relevantes para a crítica do direito como injusto. Assim, quando no exemplo precedente qualificámos de injusta uma lei proibindo o acesso das pessoas de cor aos parques, fizémo-lo na base de que, pelo menos na distribuição de tais

equipamentos, as diferenças de cor são irrelevantes. Por certo no mundo moderno, o facto de os seres humanos, seja qual for a sua cor, se mostrarem capazes de pensar, sentir e auto-controlar-se será geralmente, embora não universalmente, aceite como constituindo semelhanças cruciais entre eles, às quais o direito deve atender. Por isso, na maior parte dos países civilizados existe, em larga medida, acordo sobre o facto de que, quer o direito criminal (concebido não apenas como restringindo a liberdade, mas como facultando protecção em relação a vários tipos de males), quer o direito civil (concebido como oferecendo reparação desses males), seriam injustos se, na distribuição destes encargos e benefícios, discriminassem entre pessoas, por referência a características tais como a cor ou as convicções religiosas. E se, em vez destes bem conhecidos *foci* de preconceito humano, o direito discriminasse por referência a aspectos tão irrelevantes como a altura, o peso, ou a beleza, seria não só injusto, mas também ridículo. Se os assassinos pertencentes à igreja oficial estivessem imunes da pena capital, se somente os pares do reino pudessem exercer acção por injúrias, se as agressões a pessoas de cor fossem punidas com menor severidade do que as praticadas em brancos, as leis seriam condenadas na maior parte das modernas comunidades como injustas, na base de que os seres humanos deverão ser tratados *prima facie* por igual e estes privilégios e imunidades assentavam em fundamentos irrelevantes.

Está na verdade tão profundamente arraigado no homem moderno o princípio de que os seres humanos têm direito *prima facie* a ser tratados por igual que, quase universalmente, onde as leis discriminam realmente por referência a questões tais como a cor e a raça, pelo menos amplo tributo verbal continua a ser prestado a este princípio. Se tais discriminações são atacadas, são muitas vezes defendidas pela afirmação de que a categoria objecto de discriminação carece de certos atributos humanos essenciais, ou não os desenvolveu ainda; ou pode ser dito que, por muito lamentável que seja, as exigências da justiça postulando o seu tratamento igualitário devem ser desatendidas para preservar algo que se considera de maior valor e seria afectado severamente se tais discriminações não fossem feitas. Contudo, embora o tributo verbal prestado seja agora geral, é certamente possível conceber uma moral que não recorresse a estes artifícios frequentemente pouco engenhosos para justificar a discriminação e as desigualdades, mas rejeitasse abertamente o princípio de que *prima facie* os seres humanos deviam ser tratados da mesma maneira. Ao invés, os seres humanos poderiam ser concebidos como pertencendo natural e imutavelmente a certas classes, de tal

modo que alguns estavam naturalmente aptos a ser livres e outros a ser seus escravos ou, como se exprimiu Aristóteles, instrumentos vivos dos outros. Aqui o sentido da igualdade *prima facie* entre os homens estaria ausente. Podem encontrar-se elementos decorrentes deste ponto de vista em Aristóteles e Platão, embora mesmo neles haja mais do que uma alusão a que qualquer defesa plena da escravatura implicaria a demonstração de que os escravizados careciam da capacidade para levarem uma existência independente ou diferiam dos seres livres na sua capacidade para realizarem um certo ideal de vida segundo o bem.

É, por consequência, claro que os critérios das semelhanças e diferenças relevantes podem variar frequentemente com a perspectiva moral fundamental de uma dada pessoa ou sociedade. Onde isto sucede, a avaliação da justiça ou injustiça do direito pode defrontar-se com pretensões contraditórias inspiradas por uma moral diferente. Mas, por vezes, uma análise do objecto que a lei em questão reconhecidamente visa abranger pode tornar claras as semelhanças e as diferenças que uma lei justa deve reconhecer e elas podem então oferecer pouco espaço para controvérsia. Se uma lei estabelece formas de auxílio na pobreza, então a exigência do princípio de que «devem ser tratados da mesma maneira os casos semelhantes» implicaria por certo levar em conta as *necessidades* dos diferentes pretendentes a esse auxílio. Um critério semelhante de necessidade está implicitamente reconhecido, quando a carga fiscal é ajustada por um imposto de rendimento proporcional à riqueza dos indivíduos tributados. Por vezes o que é relevante são as *capacidades* das pessoas para uma específica função, com a qual a aplicação da lei em questão pode relacionar-se. As leis que não concedem o direito de voto, ou retiram a capacidade para outorgar testamentos ou celebrar contratos, às crianças ou aos dementes, são consideradas justas porque tais pessoas carecem da capacidade, que se presume existir nas pessoas maiores mentalmente sãs, para fazer um uso racional dessas faculdades. Tais discriminações são feitas com fundamentos que são evidentemente relevantes, enquanto que as discriminações em matérias tais como a diferença entre sexos, ou entre pessoas de diferente cor, o não são: embora, evidentemente, se tenha sustentado em defesa da sujeição das mulheres, ou das pessoas de cor, que as mulheres e as pessoas de cor careciam da capacidade do branco do sexo masculino, de pensamento e decisão racionais. Argumentar desta forma é evidentemente, admitir que a capacidade igual para uma função particular constitui o critério de justiça no caso de tal lei, embora na ausência de qualquer prova de que tal capacidade esteja ausente nas

mulheres ou nas pessoas de cor, mais uma vez, só verbalmente se está a defender este princípio.

Até aqui considerámos a justiça ou a injustiça de leis que podem ser vistas como *distribuindo* encargos ou benefícios entre indivíduos. Alguns dos benefícios são tangíveis, como sejam o auxílio aos pobres ou as rações de alimentos; outros são intangíveis, como sejam a protecção contra os danos corporais dada pelo direito criminal, ou as faculdades concedidas por leis relativas à capacidade testamentária ou contratual, ou ao direito de voto. Devemos distinguir entre a distribuição, neste sentido lato, e a *indemnização* pelo dano causado por uma pessoa a outra. Aqui a conexão entre o que é justo e o preceito central da justiça «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes» é por certo menos directa. Contudo, não é demasiado indirecta para que não possa ser detectada, e pode ser vista da seguinte maneira: as leis que estabelecem indemnizações a pagar por uma pessoa a outra pela prática de actos geradores de responsabilidade civil<sup>(\*)</sup> ou ilícitos civis<sup>(\*\*)</sup> podem considerar-se injustas por duas razões diferentes. Por um lado, podem estabelecer privilégios ou imunidades não-equitativos<sup>(\*\*\*)</sup>: seria o caso, se apenas os pares do reino pudessem exercer acção por injúria<sup>(\*\*\*\*)</sup>, ou nenhuma pessoa branca fosse responsável por violação dos direitos<sup>(\*\*\*\*\*)</sup> ou agressão<sup>(\*\*\*\*\*)</sup> cometidas em relação a pessoa de cor. Tais leis violariam, de uma maneira directa, os princípios de distribuição equitativa dos direitos e deveres de indemnização. Mas tais leis poderiam ser também injustas de uma maneira bem diversa: porque, ainda que não fazendo discriminações não-equitativas, poderiam abster-se em absoluto de oferecer remédio para certos danos causados por uma pessoa a outra, mesmo que se considerasse moralmente devida uma indemnização. Nesta matéria, o direito poderia ser injusto, ainda que tratando todos da mesma maneira.

O vício de tais leis não residiria então na má distribuição, mas na recusa, a todos da mesma maneira, da indemnização por danos que se considerava moralmente ilícito causar a outros. O caso mais chocante de uma tal recusa injusta de reparação seria um sistema em que ninguém pudesse obter indemnização por danos físicos intencio-

(\*) No original inglês, «*torts*».

(\*\*) No original inglês, «*civil injuries*».

(\*\*\*) No original inglês, «*unfair*».

(\*\*\*\*) *Sue for libel*, no original inglês. «*Libel*» e «*slander*» são dois tipos de «*tort*» designados como «*defamation*».

(\*\*\*\*\*) No original inglês, «*trespass*», um dos «*torts*» mais antigos.

(\*\*\*\*\*) No original inglês, «*assault*».

nalmente causados. Vale a pena observar que *esta* injustiça ainda continuaria a existir, mesmo se o direito criminal proibisse tais agressões sob cominação de pena. São raros os exemplos de algo tão chocante que se nos deparam, mas a incapacidade do direito inglês de atribuir uma indemnização pela intromissão na privacidade, frequentemente considerada lucrativa pelos agentes de publicidade, tem sido muitas vezes criticada deste modo. O facto da não atribuição de indemnização quando se considera moralmente devida constitui, todavia, também o fundamento mais sério de acusação de injustiça contra certos aspectos técnicos do direito da responsabilidade civil<sup>(\*)</sup> ou do direito dos contratos que permitem um «enriquecimento sem causa»<sup>(\*\*)</sup> à custa de outrem, mediante uma acção considerada moralmente ilícita.

A conexão entre a justiça e a injustiça da indemnização por dano e o princípio de «tratar da mesma maneira os casos semelhantes e diferentemente os casos diferentes» reside no facto de que, fora do direito, há uma convicção moral de que aqueles com quem o direito se ocupa têm direito a uma abstenção recíproca quanto a certos tipos de conduta prejudicial. Uma tal estrutura de direitos e obrigações recíprocos, banindo pelo menos as espécies mais brutais de dano, constitui a base, ainda que não a totalidade, da moral de todo o grupo social. O seu efeito é criar entre os indivíduos uma moral e, em certo sentido, uma igualdade artificial para compensar as desigualdades da natureza. Porque quando o código moral proíbe que um homem roube ou use de violência para com outro, mesmo quando a superioridade de força ou a astúcia lhe permitiriam fazê-lo com impunidade, o forte e o astuto são nivelados com o fraco e o ingénuo. As suas situações tornam-se moralmente semelhantes. Por isso, o homem forte que não observa a moral e se aproveita da sua força para causar dano a outrem é visto como factor de perturbação deste equilíbrio, ou ordem de igualdade, estabelecido pela moral; a justiça exige então que este *status quo* moral seja reposto na medida do possível pelo autor do ilícito. Em casos simples de furto, isto envolveria simplesmente devolver a coisa tirada; e a indemnização por outros danos é uma extensão desta noção primitiva. Aquele que tenha causado dano físico a outro, intencionalmente ou por negli-

(\*) No original inglês, «*law of torts*». Dever-se-á recordar que este ramo de direito privado mostra hoje ainda nas suas soluções o peso da tradição, devendo-se algumas das respectivas incoerências e imperfeições ao desenvolvimento histórico das decisões dos tribunais reais ao longo de vários séculos.

(\*\*) No original inglês, «*unjust enrichment*».

gência, é considerado como tendo tirado algo à sua vítima; e embora ele não o tenha feito literalmente, a imagem não é demasiado forçada: porque ele beneficiou à custa da sua vítima, mesmo que tenha sido apenas por condescender com o seu desejo de lhe causar dano ou por não ter sacrificado o seu conforto ao dever de tomar precauções adequadas. Assim, quando as disposições legais atribuem uma indemnização onde a justiça a exige, reconhecem indirectamente o princípio «Tratar da mesma maneira os casos semelhantes», ao assegurar a restauração, após a perturbação, do *status quo* moral em que a vítima e o autor do ilícito estão numa base de igualdade e são, portanto, semelhantes. De novo é concebível que possa existir uma perspectiva moral que não pusesse os indivíduos numa base de igualdade recíproca nestas matérias. O código moral poderia proibir os Bárbaros de agredir os Gregos mas permitir aos Gregos agredir os Bárbaros. Em tais casos, um Bárbaro pode ser concebido como moralmente vinculado a indemnizar um Grego pelos danos causados, embora ele próprio não goze de direito a uma tal indemnização. A ordem moral seria, nesta situação, uma ordem de desigualdade em que a vítima e o autor do ilícito eram tratados de forma diferente. Para uma tal perspectiva, por repelente que ela nos possa parecer, o direito só seria justo se reflectisse esta diferença e tratasse diferentemente os casos diferentes.

Neste breve esboço da noção de justiça, considerámos somente algumas das suas aplicações mais simples, para mostrar a forma específica de excelência atribuída a leis que se consideram como justas. Não apenas ela é distinta de outros valores que as leis podem conter ou não, mas por vezes as exigências da justiça podem estar em conflito com outros valores. Tal pode ocorrer quando um tribunal, ao condenar um determinado criminoso por um crime cuja prática se tornou muito frequente, profere uma sentença mais severa do que a proferida em outros casos semelhantes e fá-lo confessadamente «a título de advertência». Ocorre aqui um sacrifício do princípio «tratar da mesma maneira os casos semelhantes» à segurança e bem-estar gerais da sociedade. Em litígios civis, um conflito semelhante entre a justiça e o bem geral é resolvido a favor deste último, quando o direito não concede remédio para certos actos moralmente ilícitos, porque a execução de uma indemnização em tais casos poderia envolver grandes dificuldades de prova, ou sobrecarregar os tribunais, ou indevidamente prejudicar o espírito de iniciativa. Há um limite para a quantidade de execuções forçadas de direito que qualquer sociedade pode suportar, mesmo quando tenha sido praticado um ilícito moral. Inversamente, o direito pode, em nome do bem-estar

geral da sociedade, impor uma indemnização àquele que tenha causado danos a outrem, mesmo quando moralmente, enquanto questão de justiça, se poderia julgar não devida. Diz-se frequentemente ser este o caso, quando a responsabilidade civil é objectiva<sup>(\*)</sup>, isto é, isenta da intenção de causar dano ou da abstenção do emprego de diligência. Esta forma de responsabilidade é, por vezes, defendida na base de que é no interesse da «sociedade» que aqueles que sofram acidentalmente danos devem ser indemnizados, e argumenta-se que a via mais fácil para o fazer é impor o encargo àqueles de cujas actividades, por mais cuidadosamente fiscalizadas que sejam, resultam tais acidentes. Essas pessoas têm geralmente largos recursos e oportunidades para se segurarem contra tais riscos. Quando este argumento é avançado, há nele um apelo implícito ao bem-estar geral da sociedade que difere, embora possa ser moralmente aceitável e algumas vezes chamado mesmo de «justiça social», das formas primárias de justiça que se ocupam simplesmente de repor, tanto quanto possível, o *status quo* entre dois indivíduos.

Deve notar-se um importante ponto de junção entre as ideias de justiça e de bem social ou de bem-estar da sociedade. São muito raras as mudanças sociais ou as leis que estão de harmonia como o bem-estar de todos os indivíduos por igual ou para ele contribuem. Somente as leis que asseguram as mais elementares necessidades, como sejam a protecção policial ou as estradas, se aproximam de tal situação. Na maior parte dos casos, o direito só faculta benefícios para uma classe da população à custa de privar outros daquilo que eles preferem. O auxílio aos pobres só pode ser prestado a partir dos bens de outros; a educação escolar obrigatória para todos pode não só significar a perda da liberdade para os que desejam educar privadamente os seus filhos, mas pode ser financiada apenas à custa da redução ou do sacrifício de investimentos de capital na indústria, ou de pensões de velhice, ou de serviços de saúde gratuitos. Ao fazer uma escolha entre tais alternativas concorrentes, ela pode ser defendida como a escolha correcta na base de que contribuiu para o «bem público» ou o «bem comum». Não é claro o que significam tais frases, visto que não parece haver escala pela qual possam medir-se as contribuições das várias alternativas para o bem comum e as maiores possam identificar-se. É claro, porém, que uma escolha feita sem consideração prévia dos interesses de todos os sectores da comunidade

(\*) No original inglês, «when liability in tort is strict». A expressão «strict liability» designa a responsabilidade sem culpa, ou seja, a responsabilidade em que incorre o agente que actuou sem intenção malévola, nem negligência.

estaria exposta à crítica como sendo meramente parcial e injusta. Todavia, seria poupada a *esta* imputação se as pretensões de todos tivessem sido imparcialmente consideradas antes da legislação, ainda que no resultado final as pretensões de um sector fossem subalternizadas às de outros.

Algumas pessoas poderiam na verdade argumentar no seguinte sentido: tudo o que de facto podia querer significar-se com a pretensão de que uma escolha entre exigências concorrentes de classes ou interesses diferentes se fizera «para o bem comum» era que as pretensões de todos tinham sido imparcialmente examinadas antes de decisão. Quer tal seja verdade ou não, parece claro que a justiça neste sentido é, pelo menos, uma condição necessária que deve ser satisfeita por qualquer escolha legislativa que pretenda ser assumida para o bem comum. Temos aqui um aspecto suplementar da justiça distributiva, diferenciado daquelas formas simples que temos discutido. Isto porque aquilo que é «distribuído» de forma justa não é qualquer benefício específico entre uma classe de pessoas que o pretenda, mas uma atenção imparcial e uma consideração das pretensões em conflito, relativamente a benefícios diferentes.

## 2. Obrigação moral e jurídica

A justiça constitui um segmento da moral que se ocupa primariamente, não com a conduta individual, mas com os modos por que são tratadas *classes* de indivíduos. É isto que dá à justiça a sua especial relevância na crítica do direito e de outras instituições públicas ou sociais. Trata-se da mais jurídica das virtudes e da mais pública delas. Mas os princípios de justiça não exaurem a ideia de moral; e nem toda a crítica do direito com fundamentos morais é feita em nome da justiça. Podem condenar-se leis como moralmente más pela simples razão de que exigem dos homens acções concretas que a moral proíbe os indivíduos de praticar, ou porque exigem que os homens se abstenham de praticar as que são moralmente obrigatórias.

É, por isso, necessário caracterizar, em termos gerais, tais princípios, regras e padrões, relativos à conduta dos indivíduos, que pertencem à moral e tornam moralmente obrigatória a conduta. Aqui, duas dificuldades relacionadas entre si vão-nos confrontar. A primeira reside em que a palavra «moral» e todas as outras que lhe estão associadas, ou os termos aproximadamente sinónimos como «ética», têm elas próprias uma considerável área de imprecisão ou de

«textura aberta». Há certas formas de princípio ou de regra que alguns classificariam como moral e outros não. Em segundo lugar, mesmo quando haja acordo neste ponto e certas regras ou princípios sejam aceites como indiscutivelmente pertencendo à moral, pode ainda haver um grande desacordo filosófico quanto ao seu *estatuto* ou relação com o resto do conhecimento e experiência humanos. Serão princípios imutáveis que fazem parte da estrutura do Universo, não sendo feitos pelo homem, mas aguardando a descoberta pelo intelecto humano? Ou serão expressões de realidades mutáveis, sejam elas atitudes, escolhas, exigências, ou sentimentos humanos? Estas são formulações sem rigor de duas posições extremas em filosofia moral. Entre elas existem múltiplas variantes, complicadas e subtis, que os filósofos desenvolveram, num esforço para elucidar a natureza da moral.

Na exposição que se segue, tentaremos evitar estas dificuldades filosóficas. Adiante<sup>1</sup> identificaremos sob as designações de «importância», «imunidade à mudança deliberada», «carácter voluntário dos delitos morais», e «formas de pressão moral» quatro características fundamentais que constantemente se encontram conjugadas nesses princípios, regras e padrões de conduta que são mais comumente considerados «morais». Estas quatro características reflectem aspectos diferentes de uma típica função importante que tais padrões desempenham na vida social ou na vida dos indivíduos. Isto só por si justificaria que delimitássemos tudo quanto haja nestas quatro características para consideração em separado e, sobretudo, para contraposição e comparação com o direito. Além disso, a pretensão de que a moral tem estas quatro características aparece como neutra entre teorias filosóficas opostas, quanto ao seu *estatuto* ou carácter «fundamental». Por certo, quase todos, senão todos, os filósofos estariam de acordo em que estas quatro características serão necessárias em qualquer regra ou princípio moral, embora apresentassem interpretações ou explicações muito diferentes do facto de a moral as possuir. Pode, na verdade, objectar-se que estas características, embora necessárias, são *apenas* necessárias e não suficientes para distinguir a moral de certas regras ou princípios de conduta, que seriam excluídos da moral por um teste mais exigente. Referir-nos-emos aos factos em que se baseiam tais objecções, mas daremos a nossa adesão ao sentido mais amplo de «moral». A nossa justificação para tal consiste tanto no facto de que está de acordo com os usos prevaletentes como no facto de que aquilo que a palavra, neste

<sup>1</sup> *Infra*, pág. 188.

sentido amplo, designa, desempenha uma importante função, susceptível de distinção na vida social e individual.

Vamos considerar em primeiro lugar o fenómeno social amiúde referido como «a moral» de uma dada sociedade ou a moral «aceite» ou «convencional» de um dado grupo social. Estas frases referem-se a padrões de conduta que são largamente partilhados numa sociedade determinada, e devem ser contrapostas aos princípios ou ideais morais que podem reger a vida de um indivíduo, mas que ele não partilha com qualquer conjunto considerável das pessoas com as quais vive. O elemento básico na moral partilhada ou aceite de um grupo social consiste em regras do tipo que já descrevemos no Capítulo V, quando nos preocupámos em elucidar a ideia geral de obrigação e que aí designámos por regras primárias de obrigação. Estas regras distinguem-se de outras, quer pela pressão social séria através da qual são sustentadas, quer pelo considerável sacrifício dos interesses ou inclinações individuais que o seu cumprimento implica. No mesmo capítulo, também esboçámos o quadro de uma sociedade vivendo num estádio em que as regras desse tipo constituíam o meio único de controlo social. Observámos que nesse estádio poderia não existir nada de correspondente à distinção clara, que se fez, nas sociedades mais desenvolvidas, entre regras jurídicas e morais. Possivelmente uma qualquer forma embrionária desta distinção poderia estar presente, se houvesse algumas regras que fossem mantidas primariamente através de ameaças de castigo por desobediência, e outras mantidas por apelos ao respeito presumido pelas regras ou a sentimentos de culpa ou de remorso. Quando este estádio inicial é superado e é dado o passo do mundo pré-jurídico para o jurídico, de forma que os meios de controlo social incluam agora um sistema de regras contendo regras de reconhecimento, de julgamento e de alteração, este contraste entre regras jurídicas e outras regras ganha contornos mais definidos. As regras primárias de obrigação, identificadas através do sistema oficial, são agora autonomizadas das outras regras, que continuam a existir, lado a lado, com as reconhecidas oficialmente. De facto, nas nossas próprias comunidades e, na verdade, em todas aquelas que atingem este estádio, há muitos tipos de regra social e de padrão que estão fora do sistema jurídico; apenas alguns deles são usualmente pensados e referidos como moral, embora certos teorizadores do direito tenham usado a palavra «moral» para designar todas as regras não-jurídicas.

Tais regras não-jurídicas podem distinguir-se e classificar-se de modos muito diferentes. Algumas são regras de alcance muito limitado, dizendo respeito apenas a uma esfera particular de conduta

(por exemplo, o vestuário) ou a actividades para as quais há somente oportunidades intermitentes, deliberadamente criadas (cerimónias e jogos). Algumas regras são concebidas como aplicando-se ao grupo social em geral; outras a subgrupos especiais dentro daquele, separados por certas características como uma classe social distinta, ou pela sua própria opção de unir-se ou associar-se para fins limitados. Algumas regras são consideradas vinculativas em virtude de acordo e podem permitir a renúncia voluntária; outras são concebidas como não tendo origem em acordo ou em qualquer outra forma de opção deliberada. Algumas regras, quando violadas, podem não enfrentar mais do que uma afirmação ou advertência do que é «correcto» fazer (por exemplo, as regras de etiqueta ou as de correcção da linguagem), outras são objecto de recriminações sérias ou de desprezo, ou de exclusão, mais ou menos prolongada, da associação a que dizem respeito. Embora não se possa construir uma escala precisa, a concepção da importância relativa atribuída a estes diferentes tipos de regras reflecte-se tanto na medida do sacrifício do interesse privado que exigem, como no peso da pressão social exercida para o seu acatamento.

Em todas as sociedades que desenvolveram um sistema jurídico há, entre as suas regras não-jurídicas, algumas a que se atribui suprema importância e que, apesar de diferenças cruciais, têm muitas semelhanças com o seu direito. Muitas vezes o vocabulário de «direitos», «obrigações» e «deveres» usado para expressar as exigências das regras jurídicas é utilizado com o aditamento do adjectivo «moral», para expressar os actos ou omissões exigidos por estas regras. Em qualquer comunidade há uma sobreposição parcial de conteúdo entre a obrigação jurídica e a moral; embora as exigências das regras jurídicas sejam mais específicas e estejam rodeadas por excepções mais detalhadas do que as correspondentes regras morais. Caracteristicamente, a obrigação e o dever morais, tal como muitas regras jurídicas, dizem respeito ao que deve ou não deve ser feito em circunstâncias constantemente repetidas na vida do grupo, mais do que em actividades raras ou intermitentes em ocasiões deliberadamente seleccionadas. Tais regras exigem omissões, ou acções, que são simples, no sentido de que não se exigem qualquer aptidão ou inteligência especiais para a sua realização. As obrigações morais, como a maior parte das obrigações jurídicas, estão ao alcance da capacidade de qualquer adulto normal. A observância destas regras morais, como das regras jurídicas, é considerada como uma questão assente, por forma que, enquanto a infracção acarreta censuras sérias, a conformidade com a obrigação moral, novamente como

sucedem com a obediência ao direito, não constituem motivo para elogio, excepto quando é marcada por rectidão, estoicismo ou resistência a tentação especial, quando sejam de natureza excepcional. São possíveis várias classificações das obrigações e deveres morais. Algumas pertencem a funções ou papéis relativamente distintos e duradouros que nem todos os membros da sociedade ocupam. É o caso dos deveres do pai ou do marido, de cuidarem da sua família. Por outro lado, há obrigações, quer gerais, que se concebem como persistindo através de toda a vida dos adultos normais (por exemplo, abster-se da violência), quer especiais, nas quais pode incorrer qualquer de tais membros ao entrar em relações especiais com outrem (por exemplo, a obrigação de cumprir compromissos ou de retribuir serviços prestados).

As obrigações e os deveres reconhecidos em regras morais deste tipo fundamentalíssimo podem variar de uma sociedade para outra ou, dentro de uma mesma sociedade, em momentos diferentes de tempo. Alguns deles podem reflectir crenças assaz erróneas, ou mesmo supersticiosas, quanto àquilo que é necessário para a saúde ou a segurança do grupo; numa sociedade, pode constituir um dever da esposa lançar-se ela própria na pira fúnebre do marido, e numa outra o suicídio pode constituir um delito contra a moral comum. Há uma diversidade entre códigos morais que tanto pode provir das necessidades peculiares, mas reais, de uma dada sociedade, como da superstição ou da ignorância. Contudo, a moral social das sociedades que atingiram o estágio em que esta pode ser distinguida do seu direito, sempre inclui certas obrigações e deveres que exigem o sacrifício de inclinações ou interesses privados, facto que é essencial à sobrevivência de qualquer sociedade, enquanto os homens e o mundo em que habitam mantiverem algumas das suas características mais familiares e evidentes. Entre tais regras obviamente exigidas pela vida social estão as que proíbem, ou, pelo menos, restringem o livre uso da violência, as regras que exigem certas formas de honestidade e veracidade no trato com os outros, e as regras que proíbem a destruição de coisas corpóreas ou a sua apropriação, tirando-as a outros. Se a observância destas regras muito elementares não fosse concebida como coisa corrente no seio de um qualquer grupo de indivíduos, que vivam em estreita proximidade uns dos outros, deveríamos duvidar da descrição do grupo como uma sociedade e poderíamos ter a certeza de que ele não haveria de durar por muito tempo.

As regras morais e jurídicas de obrigação e de dever têm, portanto, certas semelhanças notáveis, suficientes para mostrar que

o seu vocabulário comum não é accidental. Estas podem ser resumidas como segue: são semelhantes na medida em que são concebidas como vinculativas, independentemente do consentimento do indivíduo e são sustentadas por uma pressão social séria para a sua observância; o cumprimento das obrigações, quer jurídicas, quer morais, é encarado não como motivo de elogio, mas como um contributo mínimo para a vida social que é tomado como coisa corrente. Além disso, quer o direito, quer a moral incluem regras que regem o comportamento de indivíduos em situações constantemente repetidas no decurso da vida, mais do que em actividades ou ocasiões especiais, e, embora ambos possam incluir muito do que é específico em relação às necessidades reais ou imaginadas de uma sociedade concreta, um e outra fazem exigências que devem evidentemente ser satisfeitas por qualquer grupo de seres humanos que pretenda conseguir viver em comum. Daí que certas formas de proibição da violência exercida sobre pessoas ou sobre a propriedade, e certas exigências de honestidade e de veracidade surjam em ambos, de forma semelhante. Contudo, apesar destas semelhanças, tem parecido evidente a muitas pessoas que há certas características que o direito e a moral não podem partilhar, embora na história da teoria do direito estas se tenham revelado muito difíceis de formular.

A mais famosa tentativa de veicular de forma sumária a diferença essencial entre elas é a teoria que assevera que, enquanto as regras jurídicas exigem apenas um comportamento «exterior» e são indiferentes aos motivos, intenções ou outros acessórios «interiores» da conduta, a moral, pelo contrário, não exige quaisquer acções externas específicas mas apenas a boa vontade ou as intenções adequadas ou o motivo apropriado. Isto equivale, na verdade, à afirmação surpreendente de que as regras jurídicas e as morais correctamente compreendidas não poderiam ter nunca o mesmo conteúdo; e, ainda que tal contenha uma sugestão de verdade, é, tal como está formulada, profundamente equívoca. É, de facto, uma inferência, embora errada, de certas características importantes da moral e particularmente de certas diferenças entre a censura moral e a punição jurídica. Se alguém fizer algo proibido por regras morais ou se abster de fazer o que estas exigem, o facto de que o fez não-intencionalmente e apesar de todas as precauções é um motivo de desculpa perante a censura *moral*; ao passo que um sistema jurídico ou um costume podem ter regras de «responsabilidade objectiva» (\*) pelas quais aqueles que as tenham violado não-inten-

(\*) No original inglês, «*strict liability*».

cionalmente e sem «culpa» podem estar sujeitos a castigo. Porém, é realmente verdade que, enquanto a noção de «responsabilidade objectiva» na moral está tão perto de constituir uma contradição nos termos como qualquer outra noção o pode estar nesta esfera, trata-se de algo que pode ficar sujeito a mera crítica, quando se detecte num sistema jurídico. Mas isto não quer dizer que a moral exija apenas boas intenções, boas vontades ou bons motivos. Argumentar desta forma é, na verdade, como mostraremos adiante, confundir a ideia de uma *desculpa* com a de uma *justificação* para a conduta.

Todavia, existe algo de importante que é caricaturado nesta argumentação confusa; o sentido vago de que a diferença entre o direito e a moral está relacionada com o contraste entre a «interioridade» de uma e a «exterioridade» do outro é um tema demasiado repetido na especulação sobre o direito e a moral para que seja completamente desprovido de fundamento. Em vez de o pormos de lado, vamos tratá-lo como uma afirmação condensada das quatro características fundamentais, relacionadas entre si, que em conjunto servem para distinguir a moral não só das regras jurídicas, como de outras formas de regra social.

(i) *Importância*. Dizer que um traço essencial de *qualquer* regra ou padrão moral é aquele que é encarado como algo de grande importância a manter, pode parecer ao mesmo tempo como um truismo e uma afirmação vaga. Porém, este traço não pode omitir-se em qualquer descrição fiel da moral de um grupo social ou de um indivíduo, nem pode ser tornado mais preciso. Manifesta-se por muitos modos: em primeiro lugar, no simples facto de que os padrões morais são mantidos contra o assalto de fortes paixões que eles restringem, e à custa do sacrifício de interesses pessoais consideráveis; em segundo lugar, nas formas sérias de pressão social exercida, não apenas para alcançar a observância nos casos individuais, mas para garantir que os padrões morais sejam ensinados ou comunicados como algo que se dá por assente a todos os membros da sociedade; em terceiro lugar, no reconhecimento geral de que, se os padrões morais não fossem geralmente aceites, ocorreriam desagradáveis alterações de largo alcance na vida dos indivíduos. Em contraste com a moral, as regras de bom porte, de boas maneiras, de vestuário e algumas, embora nem todas, das regras do direito ocupam um lugar relativamente baixo na escala da importância<sup>(\*)</sup>. Podem ser aborrecidas de observar, mas não exigem grandes sacri-

(\*) No original inglês, «*serious importance*».

fícios: não é exercida grande pressão para obter a sua observância e não resultariam grandes alterações em outras áreas da vida social se não fossem observadas ou fossem alteradas. Boa parte da importância assim atribuída à manutenção das regras morais pode ser explicada muito simplesmente em termos agradavelmente racionalistas; porque embora exijam o sacrifício de interesses privados da parte das pessoas vinculadas, a sua observância protege interesses vitais que todos partilham por igual. Fá-lo protegendo directamente as pessoas de danos evidentes ou preservando o tecido de uma sociedade tolerável e ordenada. Mas, embora a racionalidade de boa parte da moral social, como protecção de danos evidentes, possa ser defendida deste modo, esta simples abordagem utilitarista nem sempre é possível; nem, quando o seja, deve ser tomada como representando o ponto de vista daqueles que observam uma moral nas suas vidas. No fim de contas, uma parte muitíssimo proeminente da moral de qualquer sociedade consiste em regras que se ocupam do comportamento sexual, e está longe de ser claro que a importância a elas atribuída esteja relacionada com a crença de que a conduta que proíbem seja causadora de danos a outrem; nem se poderia de facto mostrar em todos os casos que tais regras têm esta justificação. Mesmo numa sociedade moderna que deixou de encarar a sua moral como proveniente de ordem divina, o cálculo de danos causados a outros não explica a importância atribuída à regulação moral do comportamento sexual, como seja a interdição usual da homossexualidade. As funções sexuais e os sentimentos a esse respeito são uma questão tão momentosa e de tamanha preocupação emocional para todos, que os desvios das formas normais ou aceites da sua expressão facilmente se revestem de um «pudor»<sup>(\*)</sup> ou importância intrínsecos. São desprezados, não por convicção quanto ao seu carácter socialmente prejudicial, mas simplesmente por serem considerados como «contrários à natureza» ou, em si mesmos, repugnantes. Contudo seria absurdo negar o título de moral às proibições sociais enfáticas deste género; na verdade, a moral sexual é talvez o aspecto mais proeminente do que os homens comuns pensam que a moral seja. Evidentemente que o facto de que a sociedade possa ver a sua própria moral deste modo «não-utilitarista» não significa que as suas regras estejam imunes à crítica ou à condenação, onde a sua manutenção seja julgada inútil ou adquirida ao preço de grande sofrimento.

As regras jurídicas, como vimos, podem ter correspondência com

(\*) No original inglês, aparece a palavra latina «*pudor*», pudor ou vergonha.

as regras morais, no sentido de exigirem ou proibirem o mesmo comportamento. Aquelas que assim fazem são sentidas sem dúvida como sendo tão importantes como as suas contrapartidas morais. Contudo, a importância não é essencial ao estatuto de todas as regras jurídicas como o é às da moral. Uma regra jurídica pode ser considerada pelas pessoas em geral como não tendo importância suficiente para ser mantida; pode até haver concordância geral em como deveria ser revogada: porém, permanece como regra jurídica até ser revogada. Por outro lado, seria absurdo conceber uma regra como fazendo parte da moral de uma sociedade, mesmo que ninguém a considerasse já importante ou que valesse a pena manter. As tradições ou costumes antigos mantidos actualmente em vigor pelo mero respeito do passado podem, na verdade, ter tido em dado momento o estatuto de regras morais, mas o seu estatuto como parte da moral desapareceu, ao mesmo tempo que a importância atribuída à sua observância e violação.

(ii) *Imunidade à alteração deliberada.* É característico de um sistema jurídico que novas regras jurídicas possam ser introduzidas e as antigas alteradas ou revogadas por acto legislativo intencional, mesmo que algumas leis possam estar protegidas de alterações por uma constituição escrita que limite a competência do poder legislativo supremo. Contrastando com isto, as regras ou princípios morais *não podem* ser criados, alterados ou eliminados por este modo. Afirmar que tal «não pode» ocorrer não é, porém, o mesmo que negar que qualquer estado de coisas imaginável se encontre efectivamente realizado, tal como sucederia com a afirmação de que os seres humanos «não podem» alterar o clima. Em vez disso, esta afirmação aponta para os factos seguintes: revela um perfeito bom senso fazer afirmações tais como «A partir de 1 de Janeiro de 1960 será um facto criminoso fazer isto ou aquilo» ou «A partir de 1 de Janeiro de 1960 já não será ilícito fazer isto ou aquilo» e apoiar tais afirmações por referência a regras jurídicas<sup>(\*)</sup> que foram aprovadas ou revogadas. Em confronto com isto, afirmações tais como «A partir de amanhã já não será imoral fazer isto ou aquilo» ou «Em 1 de Janeiro último tornou-se imoral fazer isto ou aquilo» e tentativas para as apoiar por referência a actos legislativos intencionais constituiriam paradoxos surpreendentes, se não mesmo desprovidos de sentido. Porque é incoerente com o papel desempenhado pela moral na vida dos indivíduos que as regras, princípios ou padrões

(\*) No original inglês, «laws».

morais possam ser encarados, como o são as regras jurídicas<sup>(\*)</sup>, como algo passível de criação ou alteração por acto intencional. Aos padrões de conduta não pode ser atribuído, ou retirado, o estatuto moral por um *fiat* humano, embora o uso quotidiano de conceitos tais como promulgação e revogação mostre que o mesmo não é verdadeiro quanto ao direito.

Boa parte da filosofia moral está consagrada à explicação desta característica da moral e à elucidação do sentido de que a moral é algo que «existe» para ser reconhecido e não feito por uma opção humana intencional. Mas o próprio facto, na medida em que é realidade distinta da sua explicação, não é uma particularidade das regras morais. É por isso que esta característica da moral, embora extremamente importante, não pode servir por si própria para distinguir a moral de todas as outras formas de normas sociais. Porque quanto a este aspecto, embora não quanto a outros, qualquer tradição social é como a moral: a tradição é também incapaz de promulgação ou revogação por um *fiat* humano. A história, talvez aprócrifa, do director<sup>(\*\*)</sup> de um novo colégio<sup>(\*\*\*)</sup> inglês que anunciara que, a partir do período lectivo seguinte, passaria a ser uma tradição da escola que os alunos mais adiantados<sup>(\*\*\*\*)</sup> usassem um certo vestuário, depende totalmente, para produzir o seu efeito cómico, da incompatibilidade lógica entre a noção de tradição e a de aprovação e opção deliberadas. As regras adquirem e perdem o estatuto de tradições ao desenvolverem-se, ao serem praticadas, ao deixarem de ser praticadas e ao caírem em desuso; e as regras criadas ou eliminadas de outro modo que não por estes processos lentos e involuntários não poderiam, por isso, adquirir ou perder o estatuto de tradição.

O facto de que a moral e as tradições não podem ser directamente alteradas por acto legislativo, como sucede com as regras jurídicas, não deve confundir-se com a imunidade a outras formas de alteração. Na verdade, embora uma regra moral ou uma tradição não possam ser revogadas ou alteradas por opção ou acto legislativo intencionais, a aprovação ou a revogação de leis podem bem estar entre as causas de alteração ou decadência de um qualquer padrão moral ou de uma qualquer tradição. Se uma prática tradicional, tal

(\*) No original inglês, «laws».

(\*\*) No original inglês, «headmaster».

(\*\*\*) No original inglês, «public school».

(\*\*\*\*) No original inglês, «senior».

como as celebrações da noite de Guy Fawkes<sup>(\*)</sup>, for proibida por lei e sujeita a punição, a prática pode cessar e a tradição pode desaparecer. Inversamente, se as leis exigirem o serviço militar a certas categorias de pessoas, tal pode, em última análise, desenvolver uma tradição entre elas que poderá muito bem sobreviver à lei. De igual modo, também os actos legislativos podem estabelecer padrões de honestidade e de humanidade que, em última análise, vão alterar e elevar a moral corrente; inversamente, a repressão jurídica de práticas consideradas moralmente obrigatórias pode, finalmente, levar a que o sentido da sua importância e, portanto, o seu estatuto como moral se perca; contudo, muitas vezes, o direito perde tais batalhas com a moral arreigada, e a regra moral continua em plena vigência, a par das leis que proíbem o que ela estabelece.

Estes modos de alterar a tradição e a moral em que o direito pode ser um factor causal devem distinguir-se da alteração ou revogação legislativas. Porque, embora a aquisição ou a perda do estatuto *jurídico*, em virtude do acto legislativo, possam na verdade ser referidas como o «efeito jurídico» da lei promulgada, não se trata de uma alteração causal contingente, como sucede com o eventual efeito da lei na moral e na tradição. Esta diferença pode ser vista de modo simples no facto de que, enquanto é sempre possível duvidar se um acto legislativo claro e válido conduzirá a uma alteração na moral, nenhuma dúvida semelhantes se podem ter quanto a saber se um acto legislativo claro e válido terá alterado o direito.

A incompatibilidade da ideia de moral ou tradição com a de alteração por acto legislativo intencional deve também distinguir-se da imunidade conferida a certas leis em alguns sistemas pelas cláusulas restritivas de uma constituição. Tal imunidade não é um elemento necessário ao estatuto de uma lei enquanto tal, porque esta imunidade pode ser retirada por uma revisão constitucional. Diversamente de tal imunidade jurídica à alteração legislativa, a incapacidade da moral ou da tradição para experimentar semelhantes modos de alteração não é algo que varie de comunidade para comunidade ou de uma época para outra. Está incorporada no significado destes termos; a ideia de um poder legislativo moral com competência para criar e alterar a moral, como os actos legislativos

(\*) A noite de Guy Fawkes é comemorada na Inglaterra e nos países de tradição inglesa em 5 de Novembro. Trata-se de uma festa de carácter popular em que as crianças pedem um óbolo para queimar efígies deste conspirador católico que tentou destruir o Parlamento Britânico em 1605, no reinado de Jaime I (Conspiração da Pólvora).

criam e alteram o direito, repugna a toda a noção de moral. Quando viermos a considerar o direito internacional, veremos a importância da distinção entre a mera ausência *de facto* de um poder legislativo, que pode ser encarada como um defeito do sistema, e a incoerência fundamental que, como sublinhámos aqui, está latente na ideia de que as regras ou padrões morais podem ser criados ou revogados por legislação.

(iii) *Carácter voluntário dos delitos morais*. A antiga concepção de que a moral se ocupa exclusivamente com o que é «interno», enquanto o direito se ocupa apenas com o comportamento «externo», constitui em parte uma representação infiel dos dois aspectos já discutidos. Mas é de forma mais frequente tratada como uma referência a certas características proeminentes da responsabilidade moral e da censura moral. Se uma pessoa, cujas acções, apreciadas *ab extra*, tenham ofendido regras ou princípios morais, conseguir provar que agiu assim de forma não-intencional e não obstante ter tomado todas as precauções que lhe era possível tomar, beneficia duma desculpa no plano moral e seria em si considerado moralmente susceptível de objecção censurá-lo nestas circunstâncias. A censura moral está, portanto, excluída porque a pessoa fez tudo o que podia fazer. O mesmo é verdade, até certo ponto, em qualquer sistema jurídico desenvolvido, porque a exigência geral do dolo<sup>(\*)</sup> é um elemento da responsabilidade criminal destinado a assegurar que aqueles que ofendem por incúria, sem intenção ou em condições em que lhes faltava a capacidade do corpo ou do espírito para agirem em conformidade com o direito, deviam beneficiar de desculpa. Um sistema jurídico estaria sujeito a condenação moral séria se isto não fosse desse modo, pelo menos nos casos de crimes graves puníveis com penas severas.

Todavia, a admissão de tais causas de exclusão de culpa em todos os sistemas jurídicos é limitada de modos muito diferentes. As dificuldades de prova, reais ou supostas, de factos psicológicos podem levar um sistema jurídico a recusar-se a investigar os estados mentais efectivos ou as capacidades de indivíduos concretos e, em vez disso, utilizar «testes objectivos», através dos quais o acusado de ter cometido um delito é considerado como possuindo a capacidade de

(\*) No original inglês, «*mens rea*», expressão da terminologia jurídica inglesa em latim jurídico que significa à letra mente culpada ou intenção criminosa (*rea, ae* — criminosa, feminino de *reus, i*). No direito criminal inglês, significa a intenção malévola ou conhecimento do carácter ilícito de um acto. Existe uma presunção de que é um ingrediente em todos os ilícitos criminais, salvo se o contrário resultar da lei aplicável ou da própria matéria da incriminação.

controlo ou a aptidão para tomar as precauções que um homem normal ou «razoável» teria tomado. Alguns sistemas podem recusar-se a considerar inaptidões «volitivas» distintas de incapacidades «cognitivas»; se assim for, limitam o âmbito das causas de exclusão de culpa à falta de intenção ou aos defeitos do conhecimento. De novo, o sistema jurídico pode impor, quanto a certos tipos de delito, «responsabilidade objectiva» (\*) e tornar a responsabilidade totalmente independente do *dolo* (\*\*), excepto talvez quanto à exigência mínima de que o acusado deva possuir um domínio muscular normal.

É, por isso, claro que a responsabilidade jurídica não é necessariamente excluída pela demonstração de que uma pessoa acusada não podia ter observado o direito que violou; pelo contrário, na moral, a frase «não pude evitá-lo» é sempre uma causa de desculpa e a obrigação moral seria completamente diferente do que é se a expressão moral «deve» não implicasse neste sentido «pode». Contudo, é importante ver que a frase «não pude evitá-lo» é apenas uma causa de desculpa (embora uma boa causa) e distinguir a desculpa da justificação; isto porque, como dissemos, a pretensão de que a moral não exige comportamento externo repousa numa confusão destas duas ideias. Se as boas intenções fossem uma justificação para fazer o que as regras morais proíbem, não haveria nada a deplorar na acção de um homem que tivesse, acidentalmente e não obstante todos os cuidados, matado outro. Devemos considerar isso do modo como consideramos a acção de um homem que mata outro, quando a tal precisa de recorrer, como uma medida necessária de auto-defesa. A última é *justificada* porque o acto de matar é, em tais circunstâncias, uma espécie de conduta que o sistema não cuida de impedir e pode mesmo encorajar, embora seja, claro, uma excepção à proibição geral de matar. Quando alguém beneficia de uma causa de *exclusão de culpa* porque praticou um delito de forma não-intencional, a concepção moral subjacente não reside em que esta acção seja de uma espécie que a política do direito vise permitir ou mesmo acolher favoravelmente; sucede que, quando investigamos o estado mental do autor concreto do delito, descobrimos que lhe faltava a capacidade normal, para acatar as exigências do direito. Daí que este aspecto do «carácter interno» da moral não signifique que a moral não seja uma forma de controlo da conduta exterior, mas tão-somente que é uma condição necessária para a responsabilidade

(\*) No original inglês, «*strict liability*».

(\*\*) No original inglês, «*mens rea*».

moral que o indivíduo deva ter um certo tipo de controlo sobre a sua conduta. Mesmo na moral há uma diferença entre a frase «ele não procedeu mal» e a frase «não pôde evitar fazer o que fez».

(iv) *A forma de pressão moral.* Um outro aspecto distintivo da moral reside na forma característica de pressão moral que é exercida em seu apoio. Este aspecto acha-se intimamente relacionado com o anterior e, tal como aquele, tem contribuído poderosamente para o sentimento vago de que a moral se preocupa com o que é «interno». Os factos que levaram a esta interpretação da moral são os seguintes: se se desse o caso de, sempre que alguém estivesse prestes a violar uma regra de conduta, serem *apenas* usadas ameaças de castigo físico ou de consequências desagradáveis como argumento para o dissuadir, então seria impossível considerar tal regra como parte da moral da sociedade, embora tal não constituísse qualquer objecção para a tratar como fazendo parte do seu direito. Na verdade, pode considerar-se correctamente que a forma típica de pressão jurídica consiste em tais ameaças. Relativamente à moral, pelo contrário, a forma típica de pressão consiste em apelos ao respeito pelas regras como realidades importantes em si mesmas, o que se presume ser partilhado pelos respectivos destinatários. Assim, a pressão moral é exercida de forma característica, embora não exclusiva, não através de ameaças ou de apelos ao medo ou ao interesse, mas sim através da lembrança da natureza moral da acção encarada e das exigências da moral. «Isso seria mentir», «isso seria violar a tua promessa». No pano de fundo surgem de facto as analogias morais «internas» do medo de castigo; porque se presume que os protestos despertarão nos seus destinatários um sentimento de vergonha ou de culpa: podem ser «castigados» pela sua própria consciência. Claro que tais apelos caracteristicamente morais são por vezes acompanhados de ameaças de castigo físico ou de apelos ao interesse pessoal comum; os desvios do código moral são objecto de muitas formas diferentes de reacção social hostil, as quais vão desde expressões relativamente informais de desprezo até ao corte de relações sociais ou ostracismo. Mas a lembrança carregada de ênfase do que as regras exigem, os apelos à consciência e a confiança no funcionamento da culpa e do remorso são as formas características e mais salientes da pressão usada para apoiar a moral social. Que esta seja apoiada precisamente destas maneiras, constitui uma consequência simples da aceitação das regras e padrões morais, como realidades que é suprema e obviamente importante manter. Os padrões que não fossem apoiados destes modos não poderiam ter na vida social e pessoal o lugar distintivo da obrigação moral.

morais são qualidades que consistem na aptidão e na disposição de levar avante, para além da extensão limitada exigida pelo dever, a espécie de preocupação pelos interesses dos outros ou o sacrifício do interesse pessoal que efectivamente exige. A benevolência e a caridade são exemplos disso. Outras virtudes morais como a temperança, a paciência, a coragem ou a rectidão são, num certo sentido, subordinadas: são qualidades de carácter mostradas na devoção excepcional ao dever ou na prossecução de ideais morais absolutos perante uma tentação ou perigo excepcionais.

As outras ramificações da moral levam-nos por diferentes caminhos, para além dos limites das obrigações e ideais reconhecidos em grupos sociais concretos, até aos princípios e ideais utilizados na crítica moral da própria sociedade; contudo, mesmo aqui mantêm-se importantes conexões com a forma social primordial de moral. É sempre possível, quando vamos examinar a moral aceite, quer da nossa própria sociedade, quer de qualquer outra, que encontremos muitas coisas para criticar; pode parecer, à luz dos conhecimentos correntemente disponíveis, desnecessariamente repressiva, cruel, supersticiosa ou não-esclarecida. Pode restringir a liberdade humana, especialmente na discussão e na prática da religião ou na experimentação de formas diferentes de vida humana, mesmo quanto tal atitude assegura benefícios irrelevantes para os outros. Acima de tudo, a moral de uma dada sociedade pode estender a sua protecção contra o mal apenas aos seus próprios membros, ou mesmo só a certas classes, deixando uma classe de escravos ou de hilotas à mercê dos caprichos dos seus senhores. Está implícita neste tipo de crítica, à qual (mesmo que pudesse ser rejeitada) seria certamente atribuído o reconhecimento como crítica «moral», a presunção de que o ordenamento da sociedade, incluindo a sua moral aceite, deve satisfazer duas condições formais, uma de racionalidade e outra de generalidade. Assim, está implícito em tal crítica, em primeiro lugar, que o ordenamento social não deve repousar nas crenças que se pode demonstrar serem erróneas, e, em segundo lugar, que a protecção contra o mal que a moral assegura de forma característica, através das acções e omissões que exige, deve ser estendida, pelo menos, a todos os homens que são capazes de observar tais restrições e estão dispostos a fazê-lo. Desse modo, tal crítica moral da sociedade, bem como a consagrada em palavras de ordem<sup>(\*)</sup> como liberdade, fraternidade e igualdade e prossecução da felicidade retira a sua natureza moral do facto de convidar a reformas, quer em nome de um valor ou

(\*) No original inglês. «watchwords».

conjunto de valores já reconhecidos (embora, talvez, numa dimensão inadequada) em todas as morais sociais existentes, quer em nome de uma concepção destes, refinada e ampliada, de forma a satisfazer as duas exigências de racionalidade e generalidade.

Evidentemente, do facto de a crítica da moral aceite ou de outros ordenamentos sociais, em nome da liberdade ou da igualdade, ser em si mesma reconhecida como crítica *moral*, não se segue que a sua rejeição em nome de outros valores não possa também ser moral. A denúncia das restrições à liberdade pode ser contrariada pela pretensão de que o sacrifício da liberdade à igualdade económica e social e à segurança era em si mesmo justificado. Tais diferenças de peso ou de ênfase postas em diferentes valores morais podem vir a demonstrar-se como sendo inconciliáveis. Podem significar concepções ideais radicalmente diferentes da sociedade e formar a base moral de partidos políticos opostos. Uma das grandes justificações da democracia reside em que permite a experimentação e uma escolha susceptível de revisão entre tais alternativas.

Por último, nem todos os prolongamentos da moral para além das obrigações e dos ideais geralmente reconhecidos numa sociedade dada têm necessidade de tomar a forma de crítica social. É importante recordar que a moral tem os seus aspectos privados, mostrados no reconhecimento pelo indivíduo dos ideais que ele não tem necessidade nem de partilhar com os outros, nem de considerar como uma fonte de crítica dos outros e, muito menos, da sociedade como um todo. Há vidas que podem ser regidas pela dedicação à prossecução de ideais heróicos, românticos, estéticos ou intelectuais ou, de forma menos agradável, à mortificação da carne. Aqui também podia sustentar-se que, se falamos de moral, fazemo-lo assim porque os valores desse modo prosseguidos pelos indivíduos são, pelo menos, análogos a alguns dos valores reconhecidos na moral da sua própria sociedade. Porém, a analogia não é certamente uma analogia de conteúdo, mas de forma ou função. Isto porque tais ideais desempenham na vida dos indivíduos o mesmo papel que a moral desempenha na sociedade. São considerados como ideais supremamente importantes, de tal forma que a sua prossecução é sentida como um dever a que devem sacrificar-se outros interesses ou desejos; embora sejam possíveis os casos de conversão, a noção de que tais ideais podiam ser adoptados, alterados ou eliminados por uma escolha deliberada é fruto de uma quimera; e, finalmente, os desvios de tais ideais são «punidos» pela mesma consciência, por idêntica culpa e pelo mesmo remorso que aqueles a quem a moral social faz primariamente apelo.

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

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

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

---

(\*) No original inglês, «*laws*».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. O conteúdo mínimo do direito natural

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

<sup>1</sup> Hume, *Treatise of Human Nature*, III, ii, «Of Justice and Injustice».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 3. Validade jurídica e valor moral

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

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

(\*) No original inglês, «lip service».

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

(\*\*\*) Outra personagem da mesma série de livros de aventuras.

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

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

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

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

Por isso, uma sociedade com direito abrange os que encaram as

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

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

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

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

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

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

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

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

(\*) No original inglês, «fairness».

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

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

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

(\*) No original inglês, «judicial law-making».

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

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

(v) *Princípios de legalidade e justiça.* Pode dizer-se que a distinção entre um bom sistema jurídico, que se conforma em certos pontos com a moral e a justiça, e um sistema jurídico que o não faz é falaciosa, isto porque é necessariamente realizado um mínimo de justiça sempre que o comportamento humano é controlado por regras gerais anunciadas publicamente e aplicadas por via judicial. Na verdade, já referimos<sup>1</sup>, ao analisar a ideia de justiça, que a sua forma mais simples (a justiça na aplicação do direito) não consiste noutra coisa senão na tomada a sério da noção de que aquilo que deve aplicar-se a uma multiplicidade de pessoas diferentes é a mesma regra geral, sem desvios causados por preconceitos, interesses ou caprichos. Esta imparcialidade é aquilo que os padrões processuais, conhecidos dos juristas ingleses e americanos como princípios de «Justiça Natural», pretendem assegurar. Daí que, embora as leis

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

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

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

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

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

<sup>2</sup> Gray, *The Nature and Sources of the Law*, art. 213.

<sup>3</sup> Kelsen, *General Theory of Law and State*, pág. 113.

<sup>1</sup> *Supra*, pág. 175.

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

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

por violação de tais leis era de facto ilegal, e o acto de provocar tal prisão era em si próprio um delito!<sup>1</sup>? Por simples que a questão pareça entre os que aceitariam e os que repudiariam o ponto de vista de que as regras moralmente iníquas não podem ser direito, os contendores parecem frequentemente ser muito pouco claros quanto à sua natureza geral. É verdade que estamos aqui confrontados com modos alternativos de formular uma decisão moral de não aplicar, não obedecer a ou não permitir que outros aleguem em sua defesa regras moralmente iníquas: contudo a questão é mal apresentada como sendo uma questão de palavras. Nenhum dos lados da contenda ficaria satisfeito se se lhes dissesse: «Sim: têm razão, o modo correcto de colocar tal tipo de questão em inglês (ou em alemão) é dizer o que disseram». Por isso, embora o positivista pudesse apontar para o peso do uso inglês, que mostra não haver contradição na afirmação de que uma regra de direito é demasiado iníqua para a ela se obedecer e que se não segue da proposição de que uma regra é demasiado iníqua para se lhe obedecer que não seja uma regra de direito válida, os seus oponentes não encarariam de forma alguma tal como resolvendo o caso.

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

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

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

(\*) A palavra direito aparece no texto inglês escrita em diversas linguas (latim, alemão, italiano e francês).

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

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

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

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

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

(\*) No original inglês, «moral scrutiny».

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

## X

**O DIREITO INTERNACIONAL****1. Fontes de dúvida**

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

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

primárias e secundárias. No final, rejeitámos tal pretensão; mas fizemo-lo, não porque estivesse em conflito com o ponto de vista de que as regras pertencentes a tal sistema deviam ser designadas como «direito», nem porque estivesse em conflito com o peso dos usos. Em vez disso, criticámos a tentativa de restringir a categoria de leis válidas através da exclusão daquilo que fosse moralmente iníquo, com o fundamento de que fazer isso não avançava ou clarificava, nem as investigações teóricas, nem a deliberação moral. Para tais fins, o conceito mais amplo, que é compatível com tantos usos e que nos permitiria considerar como direito as regras, por mais iníquas que fossem do ponto de vista moral, veio a provar-se através de exame que era adequado.

O Direito Internacional apresenta-nos o caso oposto. Isto porque, embora seja compatível com os usos dos últimos 150 anos a utilização aqui da expressão «direito», a ausência de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição obrigatória e de sanções centralmente organizadas tem inspirado desconfianças, pelo menos no espírito dos teorizadores do direito. A ausência destas instituições significa que as regras aplicáveis aos Estados se assemelham àquela forma simples de estrutura social, composta apenas de regras primárias de obrigação, a qual, quando a descobrimos nas sociedades de indivíduos, nos acostumámos a contrastar com um sistema jurídico desenvolvido. É na verdade sustentável, como iremos mostrar, que o direito internacional não só não dispõe de regras secundárias de alteração e de julgamento que criem um poder legislativo e tribunais, como ainda lhe falta uma regra de reconhecimento unificadora que especifique as «fontes» do direito e que estabeleça critérios gerais de identificação das suas regras. Estas diferenças são na verdade flagrantes e a questão «é o direito internacional realmente direito?» não pode ser posta de lado. Mas também neste caso, não afastaremos as dúvidas, que muitos sentem, com a mera lembrança dos usos existentes; nem as confirmaremos simplesmente com o fundamento de que a existência de uma união de regras primárias e secundárias é uma condição não só necessária, como suficiente, para o uso correcto da expressão «sistema jurídico». Em vez disso, procederemos a uma averiguação acerca da natureza detalhada das dúvidas que se têm sentido e, como no caso alemão, perguntaremos se os usos comuns mais amplos que falam de «direito internacional» são susceptíveis de constituir obstáculo a qualquer finalidade prática ou teórica.

Embora lhe dediquemos apenas um único capítulo, alguns autores propuseram um tratamento ainda mais reduzido quanto a

esta questão respeitante à natureza do direito internacional. Pareceu a tais autores que a questão «o direito internacional é realmente direito?» só se tem suscitado e só tem sobrevivido, porque se tem erradamente tomado uma questão corriqueira respeitante ao significado das palavras por uma questão séria acerca da natureza das coisas: uma vez que os factos que diferenciam o direito internacional do direito interno sejam claros e bem conhecidos, a única questão a resolver consiste em saber se deveremos observar a convenção existente ou afastar-nos dela; e tal é uma questão que cada pessoa há-de ela própria resolver. Mas este modo sucinto de arrumar a questão é seguramente demasiado sucinto. É verdade que entre as razões que levaram os teorizadores a hesitar quanto à extensão da palavra «direito» ao direito internacional, tem desempenhado um certo papel uma visão demasiado simples e efectivamente absurda daquilo que justifica a aplicação da mesma palavra a coisas muito diferentes. A variedade dos tipos de princípios que comumente guiam a extensão de termos classificativos gerais tem sido ignorada com demasiada frequência na ciência do direito. Todavia, as fontes de dúvida acerca do direito internacional são mais profundas e mais interessantes do que estas visões erróneas acerca do uso das palavras. Além do mais, as duas alternativas oferecidas por este modo abreviado de arrumar a questão («iremos observar a convenção existente ou afastar-nos-emos dela?») não são exaustivas; isto porque, além delas, há a alternativa de tornar explícitos e de examinar os princípios que têm de facto guiado os usos existentes.

O modo sucinto sugerido seria na verdade apropriado, se estivessemos a lidar com um nome próprio. Se alguém devesse perguntar se o lugar chamado «Londres» é *realmente* Londres, tudo o que podíamos fazer seria recordar-lhe a convenção e deixar-lhe a opção de a acatar ou de escolher outro nome que condissesse com o seu gosto. Seria absurdo em tal caso perguntar com base em que princípio é que Londres era assim chamada e se esse princípio era aceitável. Tal seria absurdo porque, enquanto a atribuição de nomes próprios repousa *unicamente* numa convenção *ad hoc*, a extensão dos termos gerais de qualquer disciplina séria nunca é feita sem certos princípios ou sem uma certa base racional<sup>(\*)</sup>, embora possa não ser óbvio quais sejam esses princípios ou base. Quando, como no caso presente, a extensão é questionada por aqueles que de facto dizem, «sabemos que é designado como direito, mas será realmente direito?»,

(\*) No original inglês, «*rational*».

o que se pede — sem dúvida, de forma obscura — é que os princípios sejam explicitados e analisadas as suas credenciais.

Consideraremos duas fontes principais de dúvidas respeitantes à natureza jurídica do direito internacional e, conjuntamente com elas, os passos que os teorizadores deram para enfrentar estas dúvidas. Ambas as formas de dúvida surgem a partir de uma comparação desfavorável do direito internacional com o direito interno, o qual é tomado como o exemplo claro ou padrão do que é direito. A primeira tem as suas raízes profundamente mergulhadas na concepção do direito como uma questão fundamentalmente de ordens baseadas em ameaças e confronta a natureza das *regras* do direito internacional com as do direito interno. A segunda forma de dúvida provém da crença obscura de que os Estados são fundamentalmente incapazes de serem sujeitos de obrigações jurídicas e confronta a natureza dos *sujeitos* do direito internacional com os do direito interno.

## 2. Obrigações e sanções

As dúvidas que iremos considerar são muitas vezes expressas nos capítulos iniciais dos livros de direito internacional sob a forma da questão «como pode o direito internacional ser vinculativo?». Contudo, há algo de muito confuso neste modo favorito de pergunta; e antes que possamos tratar dela, temos de enfrentar uma questão anterior, relativamente à qual a resposta não é de forma alguma clara. Esta questão anterior é a seguinte: o que se quer significar quando se diz que um sistema inteiro de direito é «vinculativo»? A afirmação de que uma regra concreta de um sistema é vinculativa quanto a uma pessoa concreta é familiar aos juristas e razoavelmente clara no seu significado. Podemos parafraseá-la através da afirmação de que a regra em questão é uma regra válida, e, por força dela, a pessoa em questão tem certa obrigação ou dever. Além disto, há certas situações em que se fazem afirmações mais gerais deste tipo. Podemos estar em dúvida em certas circunstâncias sobre se se aplica a uma pessoa concreta um sistema jurídico ou outro. Tais dúvidas podem surgir nos conflitos de leis<sup>(\*)</sup> ou no direito internacional público. Podemos perguntar, no primeiro caso, se o direito francês ou o inglês vinculam uma pessoa concreta no que toca a um negócio

(\*) Recordar-se que os conflitos de leis (*conflicts of laws*) são, na terminologia jurídica inglesa, a designação do direito internacional privado.

concreto, e, no último caso, podemos perguntar se os habitantes da Bélgica ocupada pelo inimigo, por exemplo, estavam vinculados por aquilo que o governo no exílio pretendia ser o direito belga ou pelos decretos da potência ocupante. Mas em ambos os casos, as questões são questões de direito que surgem *dentro de* certo sistema de direito (interno ou internacional) e são resolvidas por referência a regras ou princípios daquele sistema. Não põem em questão a natureza geral das regras, mas só o seu âmbito ou a aplicabilidade a pessoas ou a negócios concretos, em dadas circunstâncias. Evidentemente que a questão «é o direito internacional vinculativo?» e as suas congéneres «como pode o direito internacional ser vinculativo?» ou «o que é que torna o direito internacional vinculativo?» são questões de ordem diferente. Expressam uma dúvida não acerca da aplicabilidade, mas acerca do estatuto jurídico geral do direito internacional: esta dúvida seria expressa de forma mais ingénua na forma seguinte: «pode dizer-se de forma significativa e verdadeira que regras como estas dão alguma vez origem a obrigações?». Como mostram as discussões nos livros, uma fonte de dúvidas neste ponto é simplesmente a ausência, no sistema, de sanções centralmente organizadas. Trata-se de um ponto de comparação desfavorável com o direito interno, cujas regras são consideradas indiscutivelmente «vinculativas» e como paradigmas da obrigação jurídica. A partir deste estádio, o argumento seguinte é simples: se, por esta razão, as regras do direito internacional não forem «vinculativas», é seguramente indefensável tomar a sério a sua classificação como direito; por mais tolerantes que possam ser os modos do discurso comum, tal constitui uma diferença demasiado grande para ser ignorada. Toda a especulação acerca da natureza do direito parte da suposição de que a sua existência torna obrigatória, pelo menos, certa conduta.

Ao considerar este argumento, dar-lhe-emos o benefício de todas as dúvidas respeitantes aos factos do sistema internacional. Aceitaremos que nem o Artigo 16.º do Pacto da Sociedade das Nações, nem o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas introduziram no direito internacional algo que possa ser equiparado às sanções do direito interno. Apesar da guerra da Coreia e seja qual for a moralidade que se possa retirar do incidente do Suez, iremos supor que, sempre que o seu uso se revista de importância, as disposições de aplicação coactiva do direito existentes na Carta ficarão provavelmente paralisadas pelo veto e tem de se dizer que existem só no papel.

Argumentar no sentido de que o direito internacional não é vinculativo por causa da sua falta de sanções organizadas traduz-se na aceitação tácita da análise da obrigação contida na teoria de que o

direito é essencialmente uma questão de ordens baseadas em ameaças. Esta teoria, como vimos, identifica a afirmação «ter uma obrigação» ou «estar vinculado» com a afirmação de que é «provável sofrer a sanção ou o castigo objecto de ameaça pela desobediência». Todavia, como sustentámos, esta identificação distorce o papel desempenhado em todo o pensamento e discurso jurídicos pelas ideias de obrigação e dever. Mesmo no direito interno, em que há sanções efectivas organizadas, devemos distinguir, pela diversidade de razões dadas no Capítulo III, o significado da afirmação externa em termos de predição «Eu (tu) provavelmente sofrerei (sofrerás) por causa da desobediência», da afirmação normativa interna, «Eu (tu) tenho (tens) a obrigação de agir deste modo», a qual avalia a situação de uma pessoa concreta a partir do ponto de vista das regras aceites como padrões orientadores de comportamento. É verdade que nem todas as regras dão origem a obrigações ou deveres; e é também verdade que as regras que o fazem, geralmente exigem certo sacrifício de interesses privados e são geralmente apoiadas em pedidos sérios de acatamento e na crítica insistente dos desvios. Contudo, desde que nos libertemos da análise em termos de predição e da concepção aparentada de direito como consistindo essencialmente numa ordem baseada em ameaças, parece não haver boas razões para limitar a ideia normativa de obrigação às regras apoiadas em sanções organizadas.

Temos, contudo, de considerar outra forma do argumento, mais plausível, porque não está vinculada à definição da obrigação em termos de probabilidade das sanções objecto de ameaça. O céptico pode apontar que há num sistema interno, como nós próprios acentuámos, certas disposições que são justificadamente designadas como necessárias; entre estas, acham-se as regras primárias de obrigação que proíbem a livre utilização da violência e as regras que dispõem sobre o uso oficial da força como sanção para aquelas e outras regras. Se tais regras e as sanções organizadas que as apoiam forem neste sentido necessárias para o direito interno, não o hão-de ser igualmente para o direito internacional? Pode sustentar-se que são necessárias, sem insistir no facto de que tal decorre do próprio significado de palavras como «vinculativo» ou «obrigação».

A resposta ao argumento nesta forma há-de encontrar-se naquelas verdades elementares sobre os seres humanos e o seu meio ambiente, que constituem o enquadramento duradouro, psicológico e físico, do direito interno. Nas sociedades de indivíduos aproximadamente iguais na força física e na vulnerabilidade, as sanções físicas são simultaneamente necessárias e possíveis. São exigidas para que

aqueles que se submetem voluntariamente às restrições da lei não sejam meras vítimas de malfeitores, os quais aproveitariam, na ausência de tais sanções, as vantagens do respeito pelo direito por parte dos outros, sem eles próprios o respeitarem. Entre indivíduos vivendo em estreita proximidade uns dos outros, as oportunidades para ferir os outros, através de artil, se não mesmo através de ataque frontal, são tão grandes e as possibilidades de fuga tão consideráveis que nenhuns meios naturais de simples dissuasão podiam ser adequados em quaisquer formas de sociedade, salvo nas mais simples, para restringir os demasiado maus, os demasiado estúpidos ou os demasiado fracos para obedecerem à lei. Contudo, por causa da mesma circunstância da igualdade aproximada e das vantagens evidentes da submissão a um sistema de restrições, não é provável que qualquer associação de malfeitores consiga exceder em força os que cooperariam voluntariamente na sua manutenção. Nestas circunstâncias, que constituem o pano de fundo do direito interno, as sanções podem ser usadas com êxito contra os malfeitores, com relativamente poucos riscos, e a ameaça dessas sanções aumentará em muito a eficácia de sejam quais forem os meios de dissuasão naturais que possa haver. Mas apenas porque estas verdades evidentes, que valem para os indivíduos, não valem para os Estados e o pano de fundo factual do direito internacional é tão diferente do do direito interno, não existe uma necessidade semelhante de sanções (por mais desejável que possa ser que o direito internacional se deva apoiar nelas), nem existe uma expectativa semelhante do seu uso seguro e eficaz.

Isto é assim, porque a agressão entre os Estados é muito diferente da que ocorre entre os indivíduos. O uso da violência entre os Estados é necessariamente público e, embora não haja uma força internacional de polícia, pode considerar-se altamente incerto que venha a confinar-se a uma questão entre agressor e vítima, como poderia suceder com um homicídio ou um furto, se não houvesse uma força de polícia. Iniciar uma guerra significa, mesmo para a potência mais forte, arriscar muito por um resultado que é raramente susceptível de predição com razoável confiança. Por outro lado, em virtude da desigualdade dos Estados, não pode haver uma forma permanente de assegurar que a força combinada daqueles que estão do lado da ordem internacional previsivelmente suplantarão a das potências sujeitas à tentação de agredir. Por isso, a organização e o uso das sanções pode envolver riscos temíveis e a ameaça destes pouco pode acrescentar aos meios de dissuasão naturais. Perante este pano de fundo factual muito diferente, o direito internacional tem-se desen-

volvido numa forma diferente da do direito interno. Na população dum Estado moderno, se não houvesse repressão organizada e castigo dos crimes, a violência e o furto seriam de esperar a toda a hora; mas para os Estados, têm decorrido longos anos de paz entre guerras desastrosas. É perfeitamente racional que estes anos de paz sejam de esperar, dados os riscos e os imprevistos da guerra e as necessidades mútuas dos Estados; mas merecem ser regulamentados através de regras que diferem das do direito interno quanto (entre outras coisas) à não previsão do seu cumprimento forçado através de qualquer órgão central. Todavia, o que estas regras exigem é pensado e referido como obrigatório; há uma pressão geral para o acatamento das regras; as pretensões e os reconhecimentos são baseados nelas e a sua violação é considerada como justificando não só os pedidos insistentes de indemnização, mas as represálias e medidas retaliatórias. Quando as regras não são acatadas, não é com o fundamento de que não são vinculativas; pelo contrário, fazem-se esforços para escamotear os factos. Pode, claro, dizer-se que tais regras são eficazes apenas na medida em que respeitam a questões, relativamente às quais os Estados não estão dispostos a lutar. Isto pode ser assim e pode reflectir-se de forma contrária sobre a importância do sistema e o seu valor para a humanidade. Todavia, o facto de que tanto, mesmo assim, possa ser assegurado mostra que não se pode fazer nenhuma dedução simples a partir da necessidade de sanções organizadas no direito interno, no seu enquadramento de factos físicos e psicológicos, até à conclusão de que sem elas o direito internacional, no seu enquadramento muito diferente, não impõe obrigações, não é «vinculativo» e não merece assim o título de «direito».

### 3. A Obrigação e a Soberania dos Estados

A Grã-Bretanha, a Bélgica, a Grécia, a Rússia Soviética têm direitos e obrigações no domínio do direito internacional e assim acham-se entre os seus sujeitos. São exemplos ao acaso de Estados que o leigo conceberia como independentes e o jurista reconheceria como «soberanos». Uma das fontes mais persistentes de perplexidade acerca do carácter obrigatório do direito internacional tem residido na dificuldade sentida em aceitar ou explicar o facto de que um Estado que é soberano pode também estar «vinculado» pelo direito internacional ou ter uma obrigação dele decorrente. Esta forma de cepticismo é, num certo sentido, mais extrema do que a objecção de que o direito internacional não é vinculativo porque lhe faltam

sanções. Isto sucede porque, enquanto a primeira receberia resposta, se um dia o direito internacional viesse a ser reforçado por um sistema de sanções, a presente objecção é baseada numa incoerência radical, que se diz ou se sente existir, na concepção de um Estado que é, ao mesmo tempo, soberano e sujeito ao direito.

O exame desta objecção implica a análise da noção de soberania, aplicada não a um poder legislativo ou a qualquer outro elemento ou pessoa *dentro de* um Estado, mas ao próprio Estado. Sempre que a palavra «soberania» surge na teoria do direito, há uma tendência para associar com ela a ideia de uma pessoa acima do direito, cuja palavra constitui direito relativamente aos seus inferiores ou súbditos. Vimos nos primeiros capítulos deste livro que esta noção sedutora é um péssimo guia para a estrutura de um sistema jurídico interno; mas tem sido uma fonte ainda mais potente de confusão na teoria do direito internacional. É, claro, *possível* conceber um Estado segundo tais linhas, como se fosse uma espécie de Super-homem — um Ser intrinsecamente sem lei, mas fonte de direito para os seus súbditos. Desde o século dezasseis para cá, a identificação simbólica do Estado e do monarca («L'État c'est moi»)<sup>(\*)</sup> pode ter encorajado esta ideia que tem constituído a inspiração dúbida de muitas teorias políticas, assim como jurídicas. Mas é importante para a compreensão do direito internacional sacudir estas associações. A expressão «um Estado» não é o nome de qualquer pessoa ou coisa intrinsecamente, ou «por natureza», fora do direito; é um modo de referir dois factos: em primeiro lugar, que a população habitando num território vive sob aquela forma de governo ordenado, conferida por um sistema jurídico com a sua estrutura característica de poder legislativo, tribunais e regras primárias; e, em segundo lugar, que o governo goza de um grau de independência vagamente definido.

A palavra «Estado» tem certamente uma esfera própria de imprecisão que é grande, mas o que foi dito bastará para expor o seu significado central. Estados tais como a Grã-Bretanha ou o Brasil, os Estados Unidos ou a Itália, de novo para utilizar exemplos ao acaso, possuem uma medida muito grande de independência não só de controlo jurídico, como de controlo de facto, provenientes de quaisquer autoridades ou pessoas fora das respectivas fronteiras, e seriam classificados como «Estados soberanos» no direito internacional. Por outro lado, os Estados individuais que são membros de uma união federal, tal como os Estados Unidos, estão sujeitos de muitos modos

(\*) No original, a expressão surge em francês. A frase «O Estado sou eu» é atribuída ao rei francês Luís XIV e simboliza a doutrina do absolutismo real.

diferentes à autoridade e controlo do governo e da constituição federais. Todavia, a independência que mesmo estes Estados federados conservam é grande, se a compararmos com a posição, digamos, de um condado inglês, relativamente ao qual não seria usada, em caso algum, a palavra «Estado». Um condado pode ter um conselho local que preencha, na sua área, algumas das funções de um poder legislativo, mas os seus magros poderes são subordinados aos do Parlamento e, excepto quanto a certos aspectos menores, a área do condado está sujeita às mesmas leis e governo que o resto do país.

Entre estes extremos, há muitos tipos e graus diferentes de dependência (e, assim, de independência) entre unidades territoriais que possuem um governo organizado. As colónias, os protectorados, as suzeranias, os territórios sob mandato, as confederações apresentam problemas fascinantes de classificação, deste ponto de vista. Na maior parte dos casos, a dependência de uma unidade relativamente a outra é expressa através de formas jurídicas, de tal modo que aquilo que é direito no território da unidade dependente irá, pelo menos em certas questões, depender em última análise de procedimentos de criação do direito no outro território.

Em alguns casos, contudo, o sistema jurídico do território dependente pode não reflectir a sua dependência. Isto pode ser assim, ou porque é apenas formalmente independente e o território é, de facto, governado do exterior, através de um governo fantoche; ou pode ser assim porque o território dependente tem uma autonomia real relativamente aos seus assuntos internos, embora não quanto aos externos, e a sua dependência de um outro país quanto aos negócios externos não exige que tenha expressão como parte do seu direito interno. A dependência de uma unidade territorial face a outra por estes modos diferentes não é, todavia, a única forma pela qual a sua independência pode ser limitada. O factor limitativo pode não ser o poder ou a autoridade de uma outra dessas unidades, mas uma autoridade internacional que afecta as unidades que são igualmente independentes entre si. É possível imaginar muitas formas diferentes de autoridade internacional e, correspondentemente, muitas limitações diferentes sobre a independência dos Estados. As possibilidades incluem, entre muitas outras, uma assembleia legislativa mundial segundo o modelo do Parlamento britânico, que possua poderes juridicamente ilimitados para regular os assuntos internos e externos de todos; uma assembleia legislativa federal segundo o modelo do Congresso, com competência jurídica apenas sobre questões específicas, ou uma assembleia limitada pelas garan-

tias de direitos específicos das unidades constituintes; um regime em que a única forma de controlo jurídico consista em regras geralmente aceites como aplicáveis a todos; e, finalmente, um regime em que a única forma de obrigação reconhecida seja contratual ou auto-imposta, de tal forma que a independência de um Estado seja juridicamente limitada apenas pelos seus próprios actos.

É salutar considerar este conjunto de possibilidades, porque a mera consideração de que há muitas formas e graus de dependência e independência possíveis é um passo para responder à pretensão de que, porque os Estados são soberanos, eles «*não podem*» estar sujeitos ou vinculados pelo direito internacional ou «*podem*» apenas estar vinculados por certa forma específica do direito internacional. Isto porque a palavra «soberano» não significa aqui mais do que «independente»; e, como esta última palavra, tem um valor negativo: um Estado soberano é um Estado *não* sujeito a certos tipos de controlo e a sua soberania é aquele domínio da conduta em que é autónomo. Uma certa medida de autonomia é implicada, como vimos, pelo próprio significado da palavra Estado, mas a afirmação de que este «*deve*» ser ilimitado ou «*pode*» só ser limitado por certos tipos de obrigação é, na melhor das hipóteses, a afirmação de uma pretensão de que os Estados deviam ser livres de todas as outras restrições e, na pior das hipóteses, é um dogma não racional. Porque se, de facto, descobrirmos que existe entre os Estados uma forma dada de autoridade internacional, a soberania dos Estados está limitada nessa medida e tem apenas aquela extensão que as regras permitem. Por isso, só podemos saber que Estados são soberanos e qual a extensão da sua soberania, se soubermos quais são as regras; tal como só podemos saber se um inglês ou um americano são livres e a extensão da sua liberdade quando soubermos o que é o direito inglês ou o americano. As regras do direito internacional são, na verdade, vagas e conflitantes em muitos pontos, de tal forma que as dúvidas acerca da zona de independência deixada aos Estados é bem maior do que as respeitantes à extensão da liberdade de um cidadão no domínio do direito interno. Porém, estas dificuldades não conferem validade ao argumento *a priori* que tenta deduzir a natureza geral do direito internacional de uma soberania absoluta, que é tida, sem referência ao direito internacional, como pertencente aos Estados.

Merece ser observado que um uso acrítico da ideia de soberania espalhou uma confusão semelhante na teoria, quer do direito interno, quer de direito internacional, e exige em ambos os casos um correctivo semelhante. Sob a sua influência, somos levados a acreditar que *deve* haver em cada sistema jurídico interno um legislador

soberano não sujeito a quaisquer limitações jurídicas; tal como somos levados a acreditar que o direito internacional *deve* ter uma certa natureza porque os Estados são soberanos e incapazes de limitação jurídica, salvo por eles próprios. Em ambos os casos, a crença na existência necessária do soberano juridicamente ilimitado prejudica a questão, a que só poderemos responder quando examinarmos as regras efectivas. A questão para o direito interno é a seguinte: qual é a extensão da autoridade legislativa suprema reconhecida neste sistema? Para o direito internacional é a seguinte: qual é a zona máxima de autonomia que as regras permitem aos Estados?

Por isso a resposta mais simples à presente objecção consiste em que ela inverte a ordem por que as questões devem ser consideradas. Não há modo de saber que soberania têm os Estados, até que saibamos quais são as formas do direito internacional e se são ou não meras formas vazias. Muitos debates jurídicos têm resultado em confusão, porque este princípio tem sido ignorado e é proveitoso considerar à sua luz essas teorias do direito internacional, que são conhecidas como «voluntaristas» ou teorias de «autolimitação». Estas tentaram conciliar a soberania (absoluta) dos Estados com a existência de regras vinculativas do direito internacional, tratando todas as obrigações internacionais como auto-impostas, tal como a obrigação que nasce de uma promessa. Tais teorias são de facto a contrapartida no direito internacional das teorias do contrato social da ciência política. As últimas procuravam explicar o facto de os indivíduos, «naturalmente» livres e independentes, estarem, todavia, vinculados pelo direito interno, considerando a obrigação de obediência ao direito como surgindo de um contrato que aqueles que estavam vinculados tinham celebrado uns com os outros, e, em certos casos, com os seus governantes. Não consideraremos aqui as objecções bem conhecidas a essa teoria quando tomada literalmente, nem o seu valor quando tomada apenas como uma analogia esclarecedora. Ao contrário, retiraremos da sua história um argumento triplo contra as teorias voluntaristas do direito internacional.

Em primeiro lugar, estas teorias falham por completo na explicação de como se sabe que os Estados só «*podem*» estar vinculados por obrigações auto-impostas, ou por que razão este ponto de vista da sua soberania devia ser aceite, antes de qualquer exame da natureza efectiva do direito internacional. Existe algo mais para o apoiar, além do facto de que tem sido repetido frequentemente? Em segundo lugar, há algo de incoerente no argumento destinado a mostrar que os Estados, em virtude da sua soberania, só *podem* estar sujeitos a ou

vinculados por regras que impuseram a si próprios. Em certas formas mais extremas da teoria da «autolimitação», o acordo de um Estado ou os compromissos decorrentes de um tratado são encarados como meras declarações da sua conduta futura proposta e a não execução não é considerada como a violação de qualquer obrigação. Isto, embora esteja francamente em desacordo com os factos, tem, pelo menos, o mérito da coerência: é a teoria simples de que a soberania absoluta dos Estados é incompatível com obrigações de qualquer espécie, de tal forma que, como o Parlamento, o Estado em si não se pode vincular a si próprio. A visão menos extrema de que o Estado pode impor obrigações a si próprio através de promessas, acordo ou tratado não é, contudo, coerente com a teoria de que os Estados só estão sujeitos às regras que eles impuseram assim a si próprios. Para que as palavras, faladas ou escritas, devam em certas circunstâncias funcionar como uma promessa, acordo ou tratado e assim dêem origem a obrigações e confirmam direitos que os outros podem exigir, devem já existir *regras* que disponham que um Estado fica vinculado a fazer seja o que for que ele se comprometa a fazer através de palavras apropriadas. Tais regras pressupostas na própria noção de obrigação auto-imposta não podem obviamente derivar o seu estatuto obrigatório de uma obrigação auto-imposta de lhes obedecer.

É verdade que cada *acção* específica que um dado Estado estivesse vinculado a fazer podia teoricamente derivar a sua natureza obrigatória de uma promessa; todavia, isto só podia ser o caso se a *regra* de que as promessas, etc. criam obrigações for aplicável ao Estado, independentemente de qualquer promessa sua. Em qualquer sociedade, seja composta de indivíduos, seja de Estados, o que é necessário e suficiente para que as palavras de uma promessa, acordo ou tratado dêem origem a obrigações, é que as regras que dispõem sobre tal e que especificam um processo para estes actos auto-vinculativos sejam geralmente reconhecidas, ainda que não seja necessário serem universalmente reconhecidas. Quando elas são reconhecidas, o indivíduo ou o Estado que usarem conscientemente destes processos estão vinculados por eles, quer escolham ou não estar vinculados. Por isso, mesmo esta forma mais voluntária de obrigação social envolve algumas regras que são vinculativas, independentemente da escolha da parte por elas vinculada e isto, no caso dos Estados, é incompatível com a suposição de que a sua soberania exige liberdade de todas essas regras.

Em terceiro lugar, existem os factos. Devemos distinguir a pretensão *a priori* acabada de criticar, de que os Estados só *podem*

estar vinculados por obrigações auto-impostas, da pretensão de que, embora pudessem estar vinculados de outras formas no domínio de um sistema diferente, de facto não existe nenhuma outra forma de obrigação para os Estados por força das presentes regras do direito internacional. É, claro, possível que o sistema pudesse ser um sistema desta forma totalmente consensual e podem encontrar-se não só afirmações, como também repúdios desta visão da sua natureza nos escritos dos juristas, nas opiniões dos juizes, mesmo de tribunais internacionais e nas declarações dos Estados. Só um exame desapassionado da prática efectiva dos Estados pode mostrar se esta visão é correcta ou não. É verdade que o moderno direito internacional é em medida muito considerável direito convencional, e tentativas elaboradas têm sido feitas para mostrar que as regras que parecem ser vinculativas quanto aos Estados sem o seu consentimento prévio repousam de facto no consentimento, embora este possa ter sido dado só «tacitamente» ou tenha de ser «inferido». Embora nem todas as tentativas sejam ficções, pelo menos algumas dessas tentativas de reduzir a uma das formas a obrigação internacional provocam a mesma suspeita que a noção de «comando tácito», a qual, como vimos, visava desempenhar uma simplificação semelhante do direito interno, embora mais obviamente espúria.

Não pode levar-se a cabo aqui uma análise detalhada da pretensão de que todas as obrigações internacionais surgem a partir do consentimento da parte vinculada, mas deve dar-se noticia de duas excepções claras e importantes a tal doutrina. A primeira é o caso de um novo Estado. Nunca se duvidou de que, quando um novo Estado independente surge como tal, como sucedeu com o Iraque em 1932 e com Israel em 1948, está vinculado pelas obrigações gerais do direito internacional, incluindo, entre outras, as regras que dão força vinculativa aos tratados. Aqui, a tentativa de fazer basear as obrigações internacionais do novo Estado num consentimento «tácito» ou «inferido» parece totalmente gasta pelo uso. O segundo caso é o de um Estado que adquire território ou passa por qualquer outra mudança que traz com ela, pela primeira vez, a incidência de obrigações no domínio de regras que previamente não tivera oportunidade, quer de observar, quer de violar e relativamente às quais não tivera ocasião de dar ou retirar o consentimento. Se um Estado, anteriormente sem acesso ao mar, adquirir território marítimo, é claro que tal basta para o tornar sujeito a todas as regras do direito internacional respeitantes às águas territoriais e ao mar alto. Além destes, há casos mais discutíveis, principalmente relativos aos efeitos dos tratados gerais ou multilaterais sobre os que deles não são parte;

mas estas duas importantes excepções são bastantes para justificar a suspeita de que a teoria geral, segundo a qual todas as obrigações internacionais são auto-impostas, tem sido inspirada por demasiados dogmas abstractos e demasiado pouco respeito pelos factos.

#### 4. Direito Internacional e Moral

No Capítulo V considerámos a forma simples de estrutura social que consiste em regras primárias de obrigação isoladas e vimos que, quanto a todas as sociedades, salvo as mais pequenas, de tessitura mais apertada e mais isoladas, sofria de graves defeitos. Tal regime deve ser estático, alterando-se as suas regras apenas através dos processos lentos de crescimento e decadência; a identificação das regras é necessariamente incerta; e a determinação do facto da sua violação em casos concretos, bem como a aplicação da pressão social aos violadores, são necessariamente sujeitas ao acaso, com desperdício de tempo e forças. Considerámos ser esclarecedor conceber as regras secundárias de reconhecimento, de alteração e de julgamento, características do direito interno, como remédios diferentes, embora relacionados, para estes diferentes defeitos.

Na forma, o direito internacional assemelha-se a tal regime de regras primárias, mesmo se o conteúdo das suas regras frequentemente complexas for muito diferente do das regras de uma sociedade primitiva, e muitos dos seus conceitos, métodos e técnicas forem os mesmos que os do moderno direito interno. Os juristas têm muito frequentemente pensado que estas diferenças formais entre o direito internacional e o direito interno podem ser expressas da melhor maneira através da classificação do primeiro como «moral». Parece claro, contudo, que marcar a diferença deste modo é formular um convite à confusão.

Por vezes, a insistência em que as regras que disciplinam as relações entre os Estados são apenas regras morais, é inspirada pelo velho dogmatismo de que qualquer forma de estrutura social, que não seja redutível a ordens baseadas em ameaças, só pode ser uma forma de «moral». É, claro, possível usar a palavra «moral» deste modo muito amplo; usada assim, fornece um cesto de papéis conceptual para onde irão as regras dos jogos, de clubes, de etiqueta, as disposições fundamentais do direito constitucional e do direito internacional, juntamente com regras e princípios que nós comumente pensamos como regras e princípios morais, tais como as proibições de crueldade, de desonestidade e de mentira. A objecção a este

procedimento reside em que entre aquilo que é assim classificado em conjunto como «moral» existem diferenças tão importantes, quer de forma, quer de função social, que uma classificação tão grosseira não poderia servir nenhum propósito concebível, de natureza prática ou teórica. Dentro da categoria de moral assim alargada artificialmente teríamos de marcar de novo as velhas distinções que aquela obscurece.

No caso concreto do direito internacional, há um certo número de diferentes razões para resistir à classificação das suas regras como «moral». A primeira consiste em que os Estados, frequentemente censuram-se uns aos outros por causa de condutas imorais ou elogiam-se a si próprios ou aos outros por se elevarem ao padrão da moral internacional. Sem dúvida, *uma* das virtudes que os Estados podem mostrar ou abster-se de apresentar é a de acatarem o direito internacional, mas isso não significa que esse direito seja moral. De facto, a apreciação da conduta dos Estados em termos de moral é nitidamente diferente da formulação de pretensões, exigências e reconhecimento de direitos e obrigações no domínio das regras do direito internacional. No Capítulo V, fizemos uma lista de certos aspectos que poderiam ser tomados como características definidoras de moral social: entre elas, encontrava-se a forma distintiva da pressão moral pela qual as regras morais são primariamente apoiadas. Esta consiste, não em apelos ao medo ou ameaças de retaliação ou pedidos de indemnização, mas em apelos à consciência, feitos na expectativa de que, uma vez que a pessoa interpelada se recorde do princípio moral em jogo, ela possa ser levada a respeitá-lo pelo sentimento de culpa ou vergonha e a reparar o mal praticado.

As pretensões no domínio do direito internacional não são formuladas em tais termos, embora evidentemente, como no direito interno, possam ser acompanhadas por um apelo moral. O que predomina nas argumentações, por vezes técnicas, que os Estados dirigem uns aos outros sobre questões controvertidas de direito internacional, são referências a precedentes, tratados e escritos doutrinários; frequentemente não é feita qualquer menção ao respectivo carácter moralmente certo ou errado, bom ou mau. Daí que a pretensão de que o Governo de Pequim tenha ou não um direito subjectivo<sup>(\*)</sup>, segundo o direito internacional, de expulsar as forças nacionalistas da Formosa, seja muito diferente da questão sobre se tal é justo, equo ou um acto moralmente bom ou mau e é apoiada por argumentos especificamente diferentes. Sem dúvida, nas relações entre os Estados há um meio caminho entre o que é claramente

(\*) No original inglês, «right».

direito e o que é claramente moral, análogo aos padrões de delicadeza e cortesia reconhecidos na vida privada. Tal é a esfera da «cortesia»<sup>(\*\*)</sup> internacional, exemplificada no privilégio estendido aos enviados diplomáticos de receber mercadorias sem direitos aduaneiros, destinadas ao uso pessoal.

Um fundamento mais importante de distinção é o seguinte: as regras de direito internacional, tal como as do direito interno, são frequentes vezes totalmente indiferentes do ponto de vista moral. Uma regra pode existir porque é conveniente ou necessário ter certa regra clara fixada acerca dos objectos com os quais se ocupa, mas não porque se ligue qualquer importância moral à regra particular. Pode bem ser apenas uma de grande número de regras possíveis, qualquer das quais teria servido igualmente bem. Por tal razão, as regras jurídicas, internas e internacionais, contêm normalmente muitos detalhes específicos e traçam distinções arbitrárias, que seriam ininteligíveis como elementos em regras ou princípios morais. É verdade que não devemos ser dogmáticos acerca do conteúdo possível da moral social: como vimos no Capítulo V, a moral de um grupo social pode conter muitas noções incluídas em ordens que podem parecer absurdas ou supersticiosas quando contempladas à luz dos conhecimentos modernos. Por isso é possível, embora difícil, imaginar que homens com crenças gerais muito diferentes das nossas pudessem ligar importância *moral* ao acto de conduzir pela esquerda em vez de o fazer pelo lado direito da estrada, ou pudessem chegar a ter o sentimento moral de culpa se violassem um compromisso testemunhado por duas pessoas, mas já sem essa culpa se o compromisso fosse testemunhado apenas por uma. Embora morais tão estranhas sejam possíveis, todavia continua a ser verdade que uma moral não pode (logicamente) conter regras que não sejam, de modo geral, consideradas por aqueles que mostram concordar com elas, de forma alguma preferíveis às alternativas e sem importância intrínseca. O direito, contudo, embora contenha também muito que se reveste de importância moral, pode conter e contém tais regras, e as distinções arbitrárias, formalidades e detalhes altamente específicos, que seriam mais difíceis de entender como parte da moral, são conseqüentemente aspectos do direito naturais e facilmente compreensíveis. Porque uma das funções típicas do direito, diferentemente da moral, consiste em introduzir esses mesmos elementos, em ordem a maximizar a certeza e a previsibilidade e a facilitar a prova ou as apreciações das pretensões. A preocupação pelas formas e detalhes levadas ao excesso

(\*\*) No original inglês, «comity».

grangeou ao direito as censuras de «formalismo» e «legalismo»; todavia, é importante recordar que estes vícios são exageros de algumas das qualidades distintivas do direito.

É por esta razão que tal como esperamos que um sistema jurídico interno, mas não a moral, nos diga quantas testemunhas deve ter um testamento validamente outorgado, também esperamos que o direito internacional, mas não a moral, nos esclareça sobre matérias como o número de dias que um navio beligerante pode permanecer num porto neutral para se reabastecer ou ser reparado, como a extensão das águas territoriais, ou ainda os métodos a utilizar na respectiva medição. Todas estas matérias constituem disposições necessárias e desejáveis que as *regras jurídicas* devem conter, mas enquanto se mantiver o sentimento de que tais regras podem igualmente assumir uma qualquer de diferentes formas, ou só são importantes como apenas um entre muitos meios possíveis de atingir fins específicos, permanecerão distintas das regras que têm o estatuto característico da moral na vida individual ou social. Claro que nem todas as regras de direito internacional pertencem a este tipo formal, arbitrário ou moralmente neutral. O caso é que, simplesmente, as regras jurídicas *podem* e as regras morais *não podem* ser deste tipo.

A diferença de natureza entre o direito internacional e algo que nós pensamos naturalmente como sendo moral tem outro aspecto. Embora o efeito de uma lei que exija ou proscruva certas práticas pudesse em última análise ser o de introduzir alterações na moral de um grupo, a noção de que um poder legislativo cria ou revoga regras morais é, como vimos no Capítulo VII, absurda. O poder legislativo não pode introduzir uma regra e dar-lhe o estatuto de regra moral pelo seu *fiat*, tal como não pode, pelo mesmo processo, conferir a uma regra o estatuto de tradição, embora as razões por que isto é assim possam não ser as mesmas nos dois casos. Por tal razão, a moral não se limita a não ter um poder legislativo, nem acontece que o não tenha; a própria ideia de alteração por um *fiat* legislativo humano é repugnante à ideia de moral. Isto é assim, porque concebemos a moral como o padrão último pelo qual as acções humanas (legislativas ou de outra natureza) são avaliadas. O contraste com o direito internacional é claro. Não há nada na natureza ou função do direito internacional que seja similarmente incompatível com a ideia de que as regras podem estar sujeitas a alteração legislativa; a falta de um poder legislativo é apenas uma falta que muitos pensam em termos de defeito que virá a ser um dia remediado.

Finalmente, devemos traçar um paralelo na teoria do direito internacional entre o argumento, criticado no Capítulo V, de que

mesmo que as regras concretas do direito interno pudessem estar em conflito com a moral, ainda assim o sistema como um todo deveria repousar numa convicção geralmente difundida de que há uma obrigação moral de obediência às suas regras, embora tal pudesse ser afastado em casos específicos de natureza excepcional. Tem-se frequentemente dito na discussão dos «fundamentos» do direito internacional que, em último recurso, as regras do direito internacional *devem* basear-se na convicção dos Estados de que há uma obrigação moral de lhes obedecer; contudo, se tal significa algo mais do que o facto de as obrigações que reconhecem não serem susceptíveis de execução através de sanções organizadas de forma oficial, parece não haver razão para o aceitar. Claro que é possível pensar em circunstâncias que certamente justificariam a nossa afirmação de que um Estado considerava certo tipo de conduta exigido pelo direito internacional como moralmente obrigatório e agia por tal razão. Poderia, por exemplo, continuar a cumprir as obrigações de um tratado oneroso por causa do dano evidente para a humanidade que se verificaria se a confiança nos tratados fosse gravemente abalada, ou por causa do sentimento de que era apenas justo suportar os encargos desagradáveis decorrentes das normas das quais ele, por sua vez, tirou lucros no passado, quando o encargo recaía sobre outros. Saber precisamente quais os motivos, pensamentos e sentimentos respeitantes a tais matérias de convicção moral que devem ser atribuídos ao Estado é uma questão que não precisa de nos deter aqui.

Mas embora *possa* existir tal sentido de obrigação moral, é difícil ver por que razão ou em que sentido ele *deve* existir como condição da existência do direito internacional. É claro que na prática dos Estados certas regras são regularmente respeitadas, mesmo à custa de certos sacrifícios; as pretensões são formuladas por referência a elas; as violações das regras expõem o infractor a críticas sérias e são consideradas como fundamento de pretensões a indemnização ou retaliação. Seguramente, estes são todos os elementos exigidos para apoiar a afirmação de que existem entre os Estados regras que lhes impõem obrigações. A prova da existência de regras «vinculativas» em qualquer sociedade consiste simplesmente no facto de que são pensadas, referidas e funcionam como tal. Que mais é exigido como «fundamentos» e por que razão, se mais for exigido, tal deve ser fundamento de obrigação moral? É, evidentemente, verdade que as regras podiam não existir ou não funcionar nas relações entre os Estados, a menos que uma maioria preponderante aceitasse as regras e voluntariamente cooperasse na sua manutenção. É também verdade

que a pressão exercida sobre os que violam ou ameaçam violar as regras é com frequência relativamente fraca e tem sido geralmente descentralizada ou não organizada. Mas como no caso dos indivíduos, que aceitam voluntariamente o sistema coercivo, de longe mais forte, do direito interno, os motivos para apoiar voluntariamente tal sistema podem ser extremamente diversos. Bem pode ser que qualquer forma de ordem jurídica atinja a sua forma mais saudável quando há um sentido geralmente difuso de que é moralmente obrigatório conformar-se com ela. Seja como for, a adesão ao direito pode não ser motivada por tal, mas por cálculos de interesse a longo prazo, ou pelo desejo de continuar uma tradição ou por uma preocupação desinteressada pelos outros. Não parece haver boas razões para identificar qualquer destes últimos como uma condição necessária da existência do direito, quer entre os indivíduos, quer entre os Estados.

### 5. Analogias de forma e conteúdo

A estrutura formal do direito internacional a que faltam um poder legislativo, tribunais com jurisdição obrigatória e sanções oficialmente organizadas, aparece a olhos inocentes de forma muito diferente da do direito interno. Assemelha-se, como dissemos, na forma, embora de modo algum no conteúdo, a um regime simples de direito primário ou consuetudinário. Todavia, alguns teorizadores, na sua ansiedade de defender dos cépticos o título do direito internacional a chamar-se «direito», sucumbiram à tentação de minimizar estas diferenças formais e de exagerar as analogias que podem encontrar-se no direito internacional com a legislação ou outros aspectos formais desejáveis do direito interno. Por isso, tem sido sustentado que a guerra, ao pôr termo a um tratado pelo qual a potência derrotada cede território, ou assume obrigações ou aceita qualquer forma diminuída de independência, é essencialmente um acto legislativo; porque, como a legislação, é uma alteração jurídica imposta. Poucos ficariam agora impressionados por esta analogia ou pensariam que ajudava a mostrar que o direito internacional tinha um título igual ao do direito interno para ser designado como «direito»; porque uma das diferenças salientes entre o direito interno e o internacional é que o primeiro usualmente não reconhece, e o último reconhece, a validade de acordos extorquidos pela violência.

Uma diversidade de outras e mais respeitáveis analogias foi acentuada por aqueles que consideram que o título de «direito»

depende delas. O facto de que em quase todos os casos as sentenças do Tribunal Internacional, e do seu predecessor, o Tribunal Permanente de Justiça Internacional, foram devidamente executadas pelas partes, tem sido frequentemente posto em relevo, como se isto de algum modo compensasse o facto de que, em contraste com os tribunais internos, nenhum Estado possa ser levado a estes tribunais internacionais sem o seu consentimento prévio. Têm-se também encontrado analogias entre o uso da força, juridicamente regulado e oficialmente aplicado como sanção no direito interno e as «sanções descentralizadas», isto é, o recurso à guerra ou à retaliação pela força por parte de um Estado, que pretende terem sido violados por outro os seus direitos no domínio do direito internacional. Que existe alguma analogia é evidente; mas o seu significado deve ser apreciado à luz do facto igualmente evidente de que, enquanto um tribunal interno tem uma jurisdição obrigatória para investigar o carácter lícito ou ilícito da «autodefesa» e para punir o recurso ilegal a ela, nenhum tribunal internacional tem uma jurisdição semelhante.

Algumas destas analogias dúbias podem ser consideradas como tendo passado a estar altamente fortalecidas pelas obrigações que os Estados assumiram no domínio da Carta das Nações Unidas. Mas, de novo, qualquer apreciação da sua força pouco vale, se ignorar a extensão em que as disposições de execução forçada da Carta, que são admiráveis no papel, têm sido paralisadas pelo veto e pelas divisões ideológicas e as alianças das grandes potências. A resposta por vezes dada, de que as disposições de execução forçada do direito interno *poderiam* também ser paralisadas por uma greve geral, é dificilmente convincente; porque na nossa comparação entre o direito interno e o direito internacional interessa-nos o que existe de facto e aqui os factos são inegavelmente diferentes.

Há, contudo, uma analogia formal sugerida entre o direito internacional e o direito interno que merece aqui alguma análise. Kelsen e muitos teorizadores modernos insistem em que, tal como o direito interno, o direito internacional possui, e na verdade deve possuir, uma «norma fundamental», ou aquilo que designámos como uma regra de reconhecimento, por referência à qual é aferida a validade das outras regras do sistema, e em virtude da qual as regras constituem um único sistema. O ponto de vista oposto é o de que esta analogia de estrutura é falsa: o direito internacional consiste simplesmente em um conjunto de regras primárias de obrigação separadas, que não estão unidas deste modo. É, na terminologia usual dos internacionalistas, um conjunto de regras consuetudinárias, uma das quais é a regra que dá força vinculativa aos tratados. É notório que

aqueles que meteram ombros à tarefa têm encontrado muito grandes dificuldades na formulação da «norma fundamental» do direito internacional. O princípio *pacta sunt servanda* inclui-se entre os candidatos a essa função. Foi, porém, abandonado pela maioria dos teorizadores, uma vez que parece incompatível com o facto de que nem todas as obrigações no domínio do direito internacional surgem dos «*pacta*», por mais amplamente que esse termo seja entendido. Por isso, tem sido substituído por algo menos familiar: a chamada regra de que «os Estados se devem comportar como se comportam consuetudinariamente».

Não iremos discutir os méritos destas e de outras formulações concorrentes da norma fundamental do direito internacional; em vez disso, poremos em causa a suposição de que ele deve conter um tal elemento. Aqui a primeira, e talvez a última, questão a pôr é esta: por que razão devíamos fazer disto uma suposição *a priori* (porque é o que ela é) e assim encarar de forma preconcebida a natureza efectiva das regras de direito internacional? Porque é seguramente concebível (e talvez tenha frequentemente sido o caso) que uma sociedade possa viver com regras que imponham obrigações aos seus membros de forma «vinculativa», mesmo que elas sejam encaradas simplesmente como um conjunto de regras independentes, não unificadas por nenhuma regra mais fundamental, nem derivando desta a sua validade. É claro que a mera existência de regras não envolve a existência de tal regra fundamental. Na maior parte das sociedades modernas, há regras de etiqueta e, embora não pensemos nelas como impondo obrigações, bem podemos falar de tais regras como existentes; contudo, não iríamos procurar, nem poderíamos descobrir uma regra fundamental de etiqueta, da qual fosse possível derivar a validade de regras independentes. Tais regras não formam um sistema, mas um mero conjunto e, claro, os inconvenientes desta forma de controlo social, quando estão em jogo assuntos mais importantes do que os de etiqueta, são consideráveis. Já foram descritos no Capítulo V. Todavia, se as regras forem de facto aceites como padrões de conduta e apoiadas em formas apropriadas de pressão social distintas das regras obrigatórias, nada mais se exige para mostrar que são regras vinculativas, ainda que, nesta forma simples de estrutura social, não tenhamos algo que temos efectivamente no direito interno: a saber, um modo de demonstrar a validade das regras individuais por referência a uma qualquer regra última do sistema.

Há, claro, um certo número de questões que podemos pôr acerca das regras que não constituem um sistema, mas formam um simples

conjunto. Podemos, por exemplo, formular perguntas sobre a sua origem histórica, ou questões respeitantes às influências causais que auxiliaram o desenvolvimento das regras. Também podemos fazer perguntas sobre o valor das regras aos que vivem em conformidade com elas e sobre se se consideram a si próprios como vinculados moralmente a obedecer-lhes ou se obedecem por qualquer outro motivo. Mas não podemos fazer, no caso mais simples, um tipo de pergunta que podemos formular a respeito das regras de um sistema enriquecido, como é o direito interno, por uma norma fundamental ou regra secundária de reconhecimento. No caso mais simples, não podemos perguntar: «De que disposição última do sistema derivam as regras independentes a sua validade ou «força vinculativa»?». Porque não há tal disposição e não é necessária nenhuma. É, por isso, um erro supor que a regra fundamental ou regra de reconhecimento é uma condição geralmente necessária da existência de regras de obrigação ou de regras «vinculativas». Isto não é uma necessidade, mas um luxo, encontrado em sistemas sociais avançados, cujos membros não só chegam a aceitar regras independentes caso a caso, mas estão vinculados a aceitar antecipadamente categorias gerais de regras delimitadas por critérios gerais de validade. Na forma mais simples de sociedade, devemos esperar para ver se uma regra é aceite como regra ou não; num sistema com uma regra fundamental de reconhecimento, podemos dizer, antes que uma regra seja efectivamente elaborada, que *será* válida se se conformar com as exigências de regra de reconhecimento.

O mesmo ponto pode ser apresentado de forma diferente. Quando tal regra de reconhecimento é aditada ao conjunto simples de regras independentes, não só traz com ela as vantagens do sistema e a facilidade de identificação, mas torna possível pela primeira vez numa nova forma de afirmação. São as afirmações internas acerca da validade das regras; porque nós podemos perguntar, agora num sentido novo: «Que disposição do sistema torna esta regra vinculativa?» ou, na terminologia de Kelsen: «Qual é, dentro do sistema, a razão da sua validade?». As respostas a estas questões novas são fornecidas pela regra fundamental de reconhecimento. Mas embora, na estrutura mais simples, a validade das regras não possa assim demonstrar-se por referência a qualquer regra mais fundamental, tal não significa que haja qualquer questão acerca das regras ou da sua força vinculativa ou validade que fique por explicar. Não se dá o caso de que haja qualquer mistério respeitante à razão por que as regras são vinculativas numa estrutura social tão simples, o qual seria resolvido por uma regra fundamental, se nós pudéssemos descobri-la.

As regras da estrutura simples são, como a regra fundamental dos sistemas mais avançados, vinculativas, desde que sejam aceites e funcionem como tal. Estas simples verdades acerca das diferentes formas de estrutura social podem, contudo, ser facilmente obscurecidas pela pesquisa obstinada de unidade e de sistema, quando estes elementos desejáveis de facto não existem.

Há, na verdade, algo de cómico nos esforços feitos para moldar uma regra fundamental para as formas mais simples de estrutura social que existem sem ela. É como se insistíssemos em que um selvagem nu *tivesse* de estar realmente vestido com qualquer espécie invisível de vestuário moderno. Infelizmente, há aqui também uma possibilidade permanente de confusão. Podemos ser persuadidos a tratar, como regra fundamental, algo que é uma repetição vazia do mero facto de que a sociedade em causa (seja de indivíduos, seja de Estados) observa certos padrões de conduta como regras obrigatórias. Este é seguramente o estatuto da estranha norma fundamental que tem sido sugerida para o direito internacional: «Os Estados devem comportar-se como se têm comportado consuetudinariamente». Porque não diz mais do que isto: aqueles que aceitam certas regras devem também observar uma regra exprimindo que as regras devem ser observadas. Trata-se de uma mera duplicação repetida do facto de que um conjunto de regras é aceite pelos Estados como regras vinculativas.

De novo, uma vez que nos emancipemos da suposição de que o direito internacional *deve* conter uma regra fundamental, a questão a encarar é uma questão de facto. Qual é a natureza efectiva das regras, tais como funcionam nas relações entre os Estados? São, claro, possíveis diferentes interpretações dos fenómenos a observar; mas afirma-se que não há regra fundamental que atribua critérios gerais de validade às regras de direito internacional e que as regras, que de facto vigoram e se aplicam, não constituem um sistema, mas um conjunto de regras, entre as quais estão as regras que atribuem força vinculativa aos tratados. E verdade que, relativamente a muitas matérias importantes, as relações entre os Estados são reguladas por tratados multilaterais, e argumenta-se por vezes com a circunstância de estes tratados poderem vincular Estados que deles não são parte. Se tal fosse geralmente reconhecido, tais tratados seriam de facto actos legislativos e o direito internacional teria critérios distintos de validade para as suas regras. Poderia então formular-se uma regra fundamental de reconhecimento, que representaria um aspecto efectivo do sistema e seria mais do que uma reafirmação vazia do facto de que um conjunto de regras é efectivamente observado pelos

Estados. Talvez que o direito internacional esteja presentemente num estágio de transição para a aceitação desta e de outras formas, que o trariam para um lugar mais próximo, em termos de estrutura, do direito interno. Se, e quando, esta transição estiver completa, as analogias formais que, no presente, parecem ténues e mesmo enganadoras, adquirirão substância e as últimas dúvidas dos cépticos acerca da «qualidade» jurídica do direito internacional poderão então ser enterradas. Até que este estágio seja alcançado, as analogias são seguramente as de função e conteúdo, e não de forma. As analogias de função emergem de forma mais clara quando reflectimos sobre os modos por que o direito internacional difere da moral, alguns dos quais examinámos na última secção. As analogias de conteúdo consistem na série de princípios, conceitos e métodos que são comuns quer ao direito interno, quer ao direito internacional e fazem que a técnica do jurista seja livremente transferível de um para o outro. Bentham, o inventor da expressão «direito internacional», defendeu-a, dizendo simplesmente que ele era «suficientemente análogo»<sup>1</sup> ao direito interno. Quanto a isto, vale a pena talvez acrescentar dois comentários. Em primeiro lugar, que a analogia é uma analogia de conteúdo e não de forma; em segundo lugar, que, nesta analogia de conteúdo, nenhuma das outras regras sociais estão tão próximas do direito interno como as do direito internacional.

<sup>1</sup> *Principles of Morals and Legislation*, XVII, 25, (n). 1.

## NOTAS

O texto deste livro basta-se a si próprio, e o leitor pode considerar ser melhor ler cada capítulo até ao fim, antes de recorrer a estas notas. As notas de pé de página só referem as fontes das citações e os casos jurisprudenciais e leis citados. As notas que se seguem destinam-se a levar à atenção do leitor questões de três tipos diferentes, a saber: (i) mais ilustrações ou exemplos de afirmações gerais feitas no texto; (ii) escritos em que os pontos de vista adoptados ou referidos no texto são expostos ou criticados de forma mais completa; (iii) sugestões para investigação ulterior das questões levantadas no texto. Todas as referências a este livro são indicadas simplesmente pelos números de capítulo e secção; por exemplo, Capítulo I, Secção 1. São usadas as seguintes abreviaturas:

Austin, <i>The Province</i>	Austin, <i>The Province of Jurisprudence Determined</i> (ed. Hart, Londres, 1954)
Austin, <i>The Lectures</i>	Austin, <i>Lectures on the Philosophy of Positive Law</i>
Kelsen, <i>General Theory</i>	Kelsen, <i>General Theory of Law and State</i>
B.Y.B.I.L.	<i>British Year Book of International Law</i>
H.L.R.	<i>Harvard Law Review</i>
L.Q.R.	<i>Law Quarterly Review</i>
M.L.R.	<i>Modern Law Review</i>
P.A.S.	<i>Proceedings of the Aristotelian Society</i>

## CAPÍTULO I

*Páginas 5-6.* Cada uma das citações nestas páginas, de Llewellyn, Holmes, Gray, Austin e Kelsen, são modos paradoxais ou exagerados de dar ênfase a certo aspecto do direito que, do ponto de vista do autor, ou é obscurecido pela terminologia jurídica usual, ou foi

indevidamente desprezado pelos teorizadores anteriores. No caso de qualquer jurista importante, é frequentemente vantajoso adiar a consideração da questão sobre se as suas afirmações acerca do direito são literalmente verdadeiras ou falsas, e examinar primeiro as razões detalhadas que por ele são dadas em apoio das suas afirmações e, em segundo lugar, a concepção ou teoria do direito que a sua afirmação pretende suplantar.

Um uso semelhante de asserções paradoxais ou exageradas enquanto método de dar ênfase a verdades desprezadas é familiar na filosofia. Veja-se J. Wisdom, «Methaphysics and Verification» in *Philosophy and Psycho-analysis* (1953); Frank, *Law and the Modern Mind* (Londres, 1949), Apêndice VII («Notas sobre Ficções»).

As doutrinas afirmadas ou implícitas em cada uma das cinco citações nestas páginas são examinadas no Capítulo VII, secções 2 e 3 (Holmes, Gray e Llewellyn); Capítulo IV, secções 3 e 4 (Austin); e Capítulo III, secção 1, págs. 44-50 (Kelsen).

*Página 8. Casos-padrão e casos de fronteira.* O aspecto da linguagem referido aqui é discutido em geral sob a epígrafe de «A Textura Aberta do Direito», no Capítulo VII, secção 1. É algo que deve ter-se no espírito, não só quando se procura expressamente uma definição para termos gerais como «direito», «Estado», «crime», etc., mas também quando se fazem tentativas para caracterizar o raciocínio implicado na aplicação de regras, expressas em termos gerais, a casos concretos. Entre os autores jurídicos que acentuaram a importância deste aspecto da linguagem, acham-se: Austin, *The Province*, Lição VI, págs. 202-7 e *Lectures in Jurisprudence* (5.<sup>a</sup> ed., 1885), pág. 997 («Nota sobre a Interpretação»); Glanville Williams, «International Law and the Controversy Concerning the Word «Law», in *B.Y.B.I.L.*, n.º 22 (1945), e «Language in the Law» (5 artigos), *L.Q.R.*, n.ºs 61 e 62 (1945-1946). Sobre o último, contudo, vejam-se os comentários de J. Wisdom em «Gods» e em «Philosophy, Metaphysics and Psycho-Analysis», ambos em *Philosophy and Psycho-analysis* (1953).

*Página 11. Austin sobre a obrigação.* Vejam-se *The Province*, Lição I, págs. 14-18; *The Lectures*, Lições 22 e 23. A ideia de obrigação e as diferenças entre «ter uma obrigação» e «ser obrigado» por coerção são examinadas em detalhe no Capítulo V, secção 2. Sobre a análise de Austin, vejam-se as notas ao Capítulo II *infra*, pág. 261.

*Página 12. Obrigação jurídica e moral.* A pretensão de que o direito é mais bem compreendido através da sua conexão com a moral é

examinada nos Capítulos VIII e IX. Tem tomado muitas formas diferentes. Algumas vezes, como nas teorias clássicas e escolásticas do Direito Natural, esta pretensão é associada com a afirmação de que as distinções morais fundamentais são «verdades objectivas» susceptíveis de descoberta pela razão humana; mas muitos outros juristas, igualmente preocupados em acentuar a interdependência do direito e da moral, não se vinculam a este ponto de vista sobre a natureza da moral. Vejam-se as notas ao Capítulo IX, *infra*, pág. 287.

*Página 15. A teoria jurídica escandinava e a ideia de regra vinculativa.* Os mais importantes trabalhos desta escola, para os leitores ingleses, são de Hägerström (1868-1939), *Inquiries into the Nature of Law and Morals* (trad. Broad, 1953), e de Olivecrona, *Law as Fact* (1939). A afirmação mais clara dos pontos de vista deles sobre a natureza das regras jurídicas encontra-se em Olivecrona, *ob. cit.* A crítica deste da análise em termos de predição das regras jurídicas, acarinhada por muitos juristas americanos (veja-se *ob. cit.*, págs. 85-88, 213-15) deve ser comparada com as críticas semelhantes de Kelsen, em *General Theory* (págs. 165 e segs., «A Predição da Função Jurídica»). Vale a pena perguntar por que razão estes dois juristas retiram conclusões tão diferentes quanto à natureza das regras jurídicas, apesar do seu acordo em muitos pontos. Para críticas da Escola Escandinava, vejam-se Hart, recensão de Hägerström, *ob. cit.*, in *Philosophy*, 30 (1955); «Scandinavian Realism», *Cambridge Law Journal* (1959); Marshall, «Law in a Cold Climate», *Juridical Review* (1956).

*Páginas 16-17. Cepticismo sobre as regras na teoria jurídica americana.* Veja-se Capítulo VII, secções 1 e 2 sobre «Formalismo e Cepticismo sobre as Regras», em que são examinadas algumas das principais doutrinas, que vieram a ser conhecidas como «Realismo Jurídico».

*Página 17. Dúvida quanto ao significado de palavras comuns.* Para casos respeitantes ao significado de «assinar» e «assinatura» veja-se Halsbury 34, *Laws of England* (2.<sup>a</sup> ed.), parágrafos 165-9 e «In the Estate of Cook» (1960), *A.E.R.*(<sup>1</sup>), 1, 689 e casos aí citados.

*Página 18. Definição.* Para um ponto de vista geral moderno sobre as formas e funções de definição, veja-se Robinson, *Definition*

(<sup>1</sup>) *All England Law Reports*, colectânea anual de casos jurisprudenciais publicada a partir de 1936.

(Oxford, 1952). A inadequação da definição tradicional *per genus et differentiam* como método de elucidar termos jurídicos é discutida por Bentham, *Fragment on Government* (notas ao Capítulo V, secção 6) e Ogden, *Bentham's Theory of Fictions* (págs. 75-104). Vejam-se ainda Hart, «Definition and Theory in Jurisprudence», *L.Q.R.*, n.º 70 (1954) e Cohen e Hart, «Theory and Definition in Jurisprudence», *P.A.S. Sup.* ao vol. XXIX (1955).

Para a definição do termo «direito» veja-se Glanville Williams, *ob. cit.*; R. Wolheim, «The Nature of Law», em *Political Studies*, n.º 2 (1954); e Kantorowicz, *The Definition of Law* (1958), esp. o Capítulo I. Sobre a necessidade geral e a função de clarificação de uma definição dos termos, embora não se sintam dúvidas acerca do seu uso no dia a dia em casos concretos, veja-se Ryle, *Philosophical Arguments* (1954); Austin, «A Plea for Excuses», *P.A.S.*, n.º 57 (1956-7), págs. 15 e segs.

*Página 20.* «Termos Gerais e Qualidades Comuns. A crença acrítica de que se um termo geral (por ex., «direito», «Estado», «nação», «crime», «bom», «justo») for usado correctamente, então a série de casos a que é aplicado deve quanto a todos partilhar de «qualidades comuns», tem sido fonte de muita confusão. Muito tempo e ingenuidade têm sido desperdiçados na teoria do direito com a tentativa vã de descobrir, para fins de definição, as qualidades comuns que são, segundo este ponto de vista, consideradas como a *única* razão respeitável para usar a mesma palavra para muitas coisas diferentes (veja-se Glanville Williams, *ob. cit.*. É todavia importante notar que este ponto de vista errado sobre a natureza das palavras gerais não envolve sempre a ulterior confusão de «questões verbais» com questões de facto que este autor sugere).

A compreensão dos diferentes modos por que os vários casos de um termo geral podem estar relacionados reveste-se de particular importância no caso de termos jurídicos, morais e políticos. Para a analogia, veja-se Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, i, cap. 6 (em que se sugere que os diferentes casos de «bem» podem estar assim relacionados), Austin, *The Province*, Lição V, págs. 119-24. Para relações diferentes com um caso central, por ex., saudável: veja-se Aristóteles, *Categorias*, cap. I e exemplos em *Tópicos*, I, cap. 15, ii, cap. 9, de «parónimos». Para a noção de «semelhança de família», veja-se Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, i, parágrafos 66-67. Cf. capítulo VIII, secção 1 sobre a estrutura do termo «justo». A recomendação de Wittgenstein (*ob. cit.*, parágrafo 66) é especialmente relevante para a análise de termos jurídicos e políticos. Considerando

a definição de «jogo», escreveu: «Não digam que *deve* haver algo de comum ou não seriam chamados «jogos», mas *olhem e vejam* se há algo de comum a todos. Porque se olharem para eles, não verão nada de comum a *todos* excepto semelhanças, relações e uma série completa delas».

## CAPÍTULO II

*Página 23.* *As variedades de imperativos.* A classificação dos imperativos como «ordens», «implorações», «comentários», etc., que depende de muitas circunstâncias, tais como a situação social, as relações das partes e as suas intenções quanto ao uso da força, é até agora um objecto virtualmente inexplorado de indagação. A maior parte da discussão filosófica dos imperativos preocupa-se quer com (1) as relações entre a linguagem imperativa e a indicativa ou descritiva e as possibilidades de reduzir a primeira à última (veja-se Bohnert, «The Semiotic Status of Commands», in *Philosophy of Science*, n.º 12 (1945)), quer com (2) a questão sobre se existem quaisquer, e no caso afirmativo quais, relações dedutivas entre imperativos (veja-se Hare, «Imperative Sentences», in *Mind*, LVIII (1949) e também *The Language of Morals* (1952); Hofstadter e McKinsey, «The Logic of Imperatives», in *Philosophy of Science*, n.º 6 (1939); Hall, *What is Value* (1952), cap. 6; e Ross, «Imperatives and Logic» in *Philosophy of Science*, n.º 11 (1944)). O estudo destas questões lógicas é importante; mas há também grande necessidade de uma discriminação das variedades de imperativos por referência a situações sociais de contexto. Perguntar em que tipos-padrão de situação o uso de frases no modo gramatical imperativo seria normalmente classificado como «ordens», «implorações», «exigências», «comandos», «directivas», «instruções», etc. é um método de descoberta não só de factos relativos à linguagem, mas de semelhanças e diferenças, reconhecidas na linguagem, entre várias situações e relações sociais. A apreciação destas é de grande importância para o estudo do direito, da moral e da sociologia.

*Página 23.* *Imperativos como expressões do desejo de que outros devam agir ou abster-se de agir.* Ao caracterizar deste modo o uso-padrão do modo imperativo na linguagem, deve ter-se o cuidado de distinguir o caso em que a pessoa que fala simplesmente revela o seu desejo de que outrem actue de certo modo, enquanto infor nação acerca dele próprio, do caso em que fala com a intenção de que o

outro seja levado por forma a agir como o autor da frase deseje. O modo indicativo em vez do imperativo seria normalmente adequado no primeiro caso (veja-se esta distinção em Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, cap. 3, secção 4, págs. 116-26). Mas embora seja necessário, não é suficiente caracterizar o uso-padrão do modo imperativo pelo facto de que o propósito da pessoa que fala, ao falar, reside em que o outro deva agir do modo por ela desejado; é também necessário que a pessoa que fala pretenda que a pessoa a quem se dirige reconheça que este é o seu propósito ao falar e seja por ele influenciada para agir como aquele pretende. Sobre esta complicação (que é desprezada no texto), veja-se Grice, «Meaning», *Philosophical Review*, n.º 66 (1957) e Hart, «Signs and Words», *Philosophical Quarterly*, n.º 11 (1952).

*Página 24. A situação do assaltante armado, ordens e obediência.* Uma das dificuldades a enfrentar na análise da noção geral de «imperativo» reside em que não existe qualquer palavra para aquilo que é comum a ordens, comandos, pedidos e muitas outras variedades, isto é, a expressão de intenção de que outrem deva ou não praticar certa acção; de forma semelhante, não existe uma única palavra para a execução ou a abstenção de tal acção. Todas as expressões naturais (tais como «ordens», «exigências», «obediência», «acatamento») são coloridas pelos aspectos especiais das diferentes situações em que são normalmente usadas. Mesmo a mais incolor destas, nomeadamente «dizer a», sugere certo ascendente de uma parte sobre a outra. Para o fim de descrever a situação do assaltante armado, escolhemos as expressões «ordens» e «obediência», uma vez que seria perfeitamente natural dizer do assaltante que *ordenou* ao empregado que entregasse o dinheiro e que o empregado *obedeceu*. É verdade que os *substantivos* abstractos «ordens» e «obediência» não seriam naturalmente utilizados para descrever esta situação, uma vez que uma certa sugestão se liga ao primeiro, e o último é frequentemente considerado uma virtude. Mas ao expor e criticar a teoria do direito como ordens coercivas, usámos os substantivos «ordens» e «obediência», bem como os verbos «ordenar» e «obedecer» sem esta implicação de autoridade ou propriedade. Trata-se de uma questão de conveniência e não prejudica qualquer questão. Quer Bentham (in *Fragment of Government*, cap. I, nota ao parágrafo. 12), quer Austin (*The Province*, pág. 14) usam a palavra «obediência» deste modo. Bentham estava consciente de todas as dificuldades mencionadas aqui (veja-se *Of Laws in General*, 298, n.a.).

*Página 25. O direito como ordens coercivas: relação com a doutrina de Austin.* O modelo simples do direito como ordens coercivas, construído na secção 2 deste capítulo, difere da doutrina de Austin em *The Province* nos seguintes aspectos:

(a) *Terminologia.* As expressões «ordem baseada em ameaças» e «ordens coercivas» são utilizadas em vez de «comando» pelas razões dadas no texto;

(b) *Generalidade das leis.* Austin (*ob. cit.*, pág. 19) distingue entre «leis» e «comandos particulares» e afirma que um comando é uma lei ou regra, se ele «obrigar de forma geral a actos ou omissões de certa categoria». Segundo este ponto de vista, um comando seria uma lei, mesmo se fosse «dirigido» pelo soberano a um único indivíduo, desde que lhe exigisse que fizesse ou se abstivesse de uma categoria ou espécie de acção e não apenas de um único acto ou de um conjunto de diferentes acções individualmente indicadas. No modelo de um sistema jurídico construído no texto, as ordens são gerais, não só no sentido de que se aplicam a categorias de indivíduos, mas também se referem a categorias de actos;

(c) *Medo e obrigação* Austin sugere por vezes que uma pessoa está vinculada ou obrigada somente se temer *efectivamente* a sanção (*ob. cit.*, págs. 15 e 24, e *The Lectures*, Lição 22 (5.ª ed.), pág. 444: «a parte está *vinculada ou obrigada* a fazer algo ou abster-se porque está sujeita ao mal e porque teme o mal»). A sua doutrina principal, contudo, parece ser a de que basta que haja «a *mais pequena* probabilidade de incorrer no mais ligeiro mal», quer a pessoa vinculada o tema, quer não (*The Province*, pág. 16). No modelo de direito como ordens coercivas, estipulámos apenas que devia existir uma *crença geral* de que a desobediência será provavelmente seguida pelo mal ameaçado;

(d) *Poder e obrigação jurídica.* De forma semelhante, na sua análise de comando e de obrigação Austin sugere em primeiro lugar que o autor do comando deve efectivamente possuir o poder (ser «capaz e querer») de infligir o mal eventual; mas enfraquece posteriormente esta exigência até à *mais pequena* probabilidade do mais pequeno mal (*ob. cit.*, págs. 14 e 16). Veja-se sobre estas ambiguidades nas definições de Austin de comando e obrigação Hart, «Legal and Moral Obligation», in Melden, *Essays in Moral Philosophy* (1958) e Capítulo V, secção 2.

(e) *Excepções.* Austin trata as leis declarativas, as leis permissivas (por ex., leis revogatórias) e as leis imperfeitas como excepções à sua definição geral de direito em termos de comando (*ob. cit.*, págs. 25-29). Isto não foi considerado no texto deste capítulo.

(f) *O órgão legislativo como soberano.* Austin sustentou que numa democracia o eleitorado, e não os seus representantes na assembleia legislativa, constitui ou forma parte do corpo soberano, embora no Reino Unido o único uso feito pelo eleitorado da sua soberania seja o de designar os seus representantes e de delegar neles o resto dos seus poderes soberanos. Embora pretendesse que, «falando com rigor», esta era a verdadeira posição, permitiu-se falar (como todos os autores constitucionalistas fazem) do Parlamento como possuindo a soberania (*ob. cit.*, Lição VI, págs. 228-35). No texto deste capítulo, um poder legislativo, tal como o Parlamento, é identificado com o soberano; mas veja-se o Capítulo IV, secção 4, para uma análise detalhada deste aspecto da doutrina de Austin.

(g) *Precisões e apreciações da doutrina de Austin.* Embora não tenham sido reproduzidas no modelo construído neste capítulo, certas ideias que têm sido utilizadas para defender de críticas a teoria de Austin são consideradas em pormenor nos últimos capítulos. Essas ideias foram introduzidas pelo próprio Austin, embora, em alguns casos, só de uma forma esquemática ou incipiente, antecipando as doutrinas de autores mais recentes como Kelsen. Incluem a noção de comando «tácito» (vejam-se Capítulo III, secção 3, *supra*, pág. 62 e Capítulo IV, secção 2, *supra*, pág. 81); nulidade como sanção (Capítulo III, secção 1); a doutrina de que o direito na sua «realidade» é uma regra dirigida aos funcionários, exigindo-lhes que apliquem sanções (Capítulo III, secção 1); o eleitorado como um órgão legislativo soberano extraordinário (Capítulo IV, secção 4); a unidade e continuidade do corpo soberano (Capítulo IV, secção 4, pág. 74). Em qualquer apreciação de Austin, deve levar-se em conta «Some Myth about Positivism» de W. L. Morison no *Yale Law Journal*, n.º 68, 1958, artigo que corrige incompreensões graves de autores mais antigos relativamente a Austin. Veja-se também A. Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico* (1959), cap. 5.

### CAPÍTULO III

*Página 23. As diversidades de direito.* A procura de uma definição geral de direito tem deixado na sombra diferenças de forma e de função entre diferentes tipos de regras jurídicas. O argumento desenvolvido neste livro reside em que a diferença entre regras que impõem obrigações, ou deveres, e as regras que conferem poderes se reveste de importância crucial na teoria do direito. O direito pode ser mais bem compreendido como uma união destes dois tipos diversos de

regra. Esta é, por isso, a principal distinção entre tipos de regras jurídicas acentuada neste capítulo, mas muitas outras distinções podiam e, para certos fins, deviam ser traçadas (Veja-se Daube, *Forms of Roman Legislation* (1956), relativamente a outras classificações esclarecedoras de leis, reflectindo as suas diversas funções sociais, o que é frequentemente posto em evidência pela sua forma linguística).

*Página 34. Deveres em direito criminal e civil.* Para fazer incidir a atenção sobre a distinção entre regras que impõem deveres e regras que conferem poderes, desprezamos muitas distinções entre os deveres do direito criminal e os que aparecem na responsabilidade civil<sup>(\*)</sup> e nos contratos<sup>(\*\*)</sup>. Alguns teorizadores, impressionados por estas diferenças, têm argumentado que, nos contratos e na responsabilidade civil, os deveres «primários» ou «antecedentes» de fazer ou de abster-se de certos actos (por ex., executar certo acto estipulado por contrato ou abster-se de injuriar) são ilusórios e os únicos deveres «genuínos» são os deveres que constituem remédio ou sanção, a saber, pagar uma indemnização em certos casos, incluindo a omissão de execução do chamado dever primário (veja-se Holmes, *The Common Law*, cap. 8, criticado por Buckland em *Some Reflections on Jurisprudence*, pág. 96 e em «The Nature of Contractual Obligation» in *Cambridge Law Journal* n.º 8 (1944); cf. Jenks, *The New Jurisprudence*, pág. 179).

*Página 34. Obrigação e dever.* No Direito anglo-americano, estes termos são hoje aproximadamente sinónimos, embora, excepto em discussões abstractas das exigências do direito (por ex., a análise da obrigação jurídica enquanto oposta à obrigação moral), não seja usual referir-se ao direito criminal como impondo obrigações. A palavra «obrigação» é, talvez, ainda usada de forma mais comum pelos juristas para referir os contratos ou outros casos, tais como a obrigação de pagar uma indemnização depois da prática de um acto gerador de responsabilidade civil<sup>(\*\*\*)</sup>, em que um determinado indivíduo tem um direito sobre um outro indivíduo determinado (direito *in personam*). Noutros casos, a palavra «dever» é utilizada de

(\*) Traduzimos a expressão inglesa *tort* por responsabilidade civil. Trata-se de uma tradução aproximada. *Torts* aparece como uma das divisões tradicionais do direito privado inglês.

(\*\*) *Torts* e *contracts* correspondem *grasso modo* ao direito das obrigações da classificação romano-germânica.

(\*\*\*) No original inglês, *commission of a tort*.

forma mais vulgar. É tudo o que sobrevive actualmente no uso jurídico inglês moderno do significado original da *obligatio* romana como *vinculum juris* ligando entre si determinados indivíduos (veja-se Salmond, *Jurisprudence*, 11.<sup>a</sup> ed., cap. 10, pág. 260 e cap. 21; cf. também o Capítulo V, secção 2).

*Página 35. Regras que atribuem poderes.* Na teoria do direito continental, as regras que atribuem poderes jurídicos são por vezes designadas como «normas de competência» (vejam-se Kelsen, *General Theory*, pág. 90 e A. Ross, *On Law and Justice* (1958), págs. 34, 50-59, 203-25). Ross distingue entre competência privada e social (e, assim, entre disposições privadas como um contrato e actos jurídicos públicos). Observa também que as normas de competência não prescrevem deveres. «A norma de competência não constitui em si imediatamente uma directiva; não prescreve um procedimento como dever... A norma de competência em si não diz que a pessoa competente é obrigada a exercer a sua competência» (*ob. cit.*, pág. 207). Deve, todavia, notar-se que apesar de fazer estas distinções, Ross adopta o ponto de vista criticado neste capítulo (*supra*, págs. 44-50) de que as normas de competência são redutíveis a «normas de conduta», uma vez que ambos os tipos de norma devem «ser interpretados como directivas aos Tribunais» (*ob. cit.*, pág. 33).

Ao considerar a crítica no texto das várias tentativas de eliminar a distinção entre estes dois tipos de regra ou de mostrar que é meramente superficial, dever-se-iam recordar formas de vida social diversas do direito, em que esta distinção surge como importante. Na moral, as regras vagas que determinam se uma pessoa fez uma promessa vinculativa atribuem poderes limitados de legislação moral aos indivíduos e precisam, por isso, de ser distinguidas das regras que impõem deveres *in invitum* (vejam-se Melden, «On Promising», in *Mind*, n.º 65 (1956); Austin, «Other Minds», in *P.A.S.*, Suplem. ao vol. XX (1946), reeditado em *Logic and Language*, 2.<sup>a</sup> série; Hart, «Legal and Moral Obligation», in Melden, *Essays on Moral Philosophy*). As regras de qualquer jogo complexo podem também ser estudadas com proveito deste ponto de vista. Certas regras (análogas ao direito criminal) proíbem, sob cominação de pena, certos tipos de comportamento, por ex. jogo contrário às regras ou desrespeito ao árbitro. Outras regras definem a jurisdição das autoridades do jogo (árbitro, marcador ou juiz); outras definem ainda o que deve fazer-se para marcar pontos (por ex., golos ou corridas). O preenchimento das condições para conseguir uma corrida ou um golo marca uma fase crucial no caminho da vitória; a

omissão do respectivo preenchimento é uma omissão de marcação de pontos e constitui, desse ponto de vista, uma «nulidade». Aqui estão, à primeira vista, diferentes tipos de regra com diversas funções no jogo. Todavia, um teorizador poderia pretender que podiam e deviam ser reduzidos a um tipo, quer porque a omissão de marcar pontos («nulidade») podia ser encarada como uma «sanção» ou penalidade em virtude do comportamento proibido, quer porque todas as regras podiam ser interpretadas como directivas aos funcionários para em certas circunstâncias tomar medidas (por ex., marcar um ponto ou expulsar do campo jogadores). Reduzir deste modo estes dois tipos de regra seria, contudo, obscurecer a sua natureza e subordinar o que tem importância nuclear no jogo ao que é meramente secundário. Vale a pena considerar até que ponto as teorias jurídicas reducionistas, criticadas neste capítulo, deixam igualmente na sombra as diversas funções que os diferentes tipos de regras jurídicas têm no sistema de actividade social de que fazem parte.

*Página 38. Regras que atribuem poderes judiciais e regras complementares que impõem deveres ao juiz.* A distinção entre estes dois tipos de regra mantém-se, embora a mesma conduta possa ser tratada não só como um excesso de jurisdição, tornando uma decisão judicial susceptível de ser anulada por estar afectada por uma nulidade, mas também como violação do dever decorrente de uma regra específica que exige que um juiz não exceda a sua jurisdição. Isto ocorreria se se pudesse obter uma medida cautelar<sup>(\*)</sup> destinada a impedir o juiz de julgar um caso fora da sua jurisdição (ou comportando-se de outros modos que causariam a invalidade da sua decisão) ou se fossem cominadas penas para tal comportamento. De modo semelhante, se uma pessoa sem a qualidade jurídica exigida participar em procedimentos oficiais, tal pode expô-la a uma pena, assim como pode tornar o procedimento inválido (veja-se como exemplo de tal pena a Lei do Poder Local de 1933<sup>(\*\*)</sup>, art. 76; caso *Rands V. Oldroyd* (1958), A.E.R.<sup>(\*\*\*)</sup> n.º 3, 344. Esta Lei, contudo, estatui que os procedimentos de uma autoridade local não são invalidados pela

(\*) No original inglês, faz-se referência a *injunction*, ordem ou providência pela qual uma das partes numa acção judicial é intimada a fazer ou a deixar de fazer algo. Corresponde aproximadamente este instituto, pois, às providências cautelares previstas no direito processual civil português.

(\*\*) No original inglês, *Local Government Act*.

(\*\*\*) Abreviatura do repertório de jurisprudência inglesa publicado a partir de 1936, *All England Law Reports*.

existência de um vício na qualidade jurídica dos seus membros (*ibidem* Apêndice III, Parte 5 (5)).

*Página 41. Nulidade como sanção.* Austin adopta mas não desenvolve esta concepção in *The Lectures*, Lição 23, mas vejam-se as críticas de Buckland, *ob. cit.*, cap. 10.

*Página 44. As regras que atribuem poderes como fragmentos das regras que impõem deveres.* A versão extrema desta teoria é elaborada por Kelsen em conjunção com a teoria de que as regras primárias do direito são as regras que exigem que os tribunais ou os funcionários apliquem sanções, verificadas certas condições (veja-se *General Theory*, págs. 58-63 e (com referência ao direito constitucional), *ibid*, págs. 143-4. «As normas da constituição não são assim normas completas e independentes; são partes intrínsecas de todas as normas jurídicas que os Tribunais e os outros órgãos têm de aplicar»). Esta doutrina é limitada pela sua restrição à apresentação «estática» do direito, distinta duma apresentação «dinâmica» (*ibid*, pág. 144). A exposição de Kelsen é também complicada pela sua pretensão de que, no caso de regras atribuindo poderes privados, por ex. celebrar um contrato, a «norma secundária» ou os deveres criados pelo contrato não são «uma mera construção auxiliar da teoria jurídica» (*ob. cit.*, págs. 90 e 137). Mas no essencial a teoria de Kelsen é a criticada neste capítulo. Veja-se, para uma versão mais simples, a doutrina de Ross de que «as normas de competência são normas de conduta em formulação indirecta» (Ross, *ob. cit.*, pág. 50). Quanto à teoria mais moderada, que reduz todas as regras a regras criadoras de deveres, veja-se Bentham, *Of Laws in General*, cap. 16 e Apêndices A-B.

*Página 47. Deveres jurídicos como predições e sanções como impostos sobre a conduta.* Quanto a estas duas teorias, veja-se Holmes, «The Path of Law» (1897), in *Collected Legal Papers*. Holmes pensava que era necessário lavar a ideia de dever em «ácido cínico», porque se tinha vindo a confundir com o dever moral. «Enchemos a palavra com todo o conteúdo que retiramos da moral» (*ob. cit.*, pág. 173). Mas a concepção de regras jurídicas como padrões de conduta não torna necessária a sua identificação com padrões morais (veja-se Capítulo V, secção 2). Para críticas da identificação por Holmes do dever com a «profecia de que, se ele (o Homem Mau) fizer certas coisas, será sujeito a consequências desagradáveis» (*loc. cit*), veja-se A.H. Campbell, recensão da obra de Frank, «Courts on Trial», in *M.L.R.*, n.º 13 (1950); e também o Capítulo V, secção 2 e o Capítulo VII, secção 2 e 3.

Os tribunais americanos têm encontrado dificuldades na distinção entre uma pena e um imposto, para efeitos do Artigo I, secção 8 da Constituição dos E.U.A., o qual atribui o poder de criar impostos ao Congresso. Veja-se o caso *Charles C. Steward Machine Co. v. Davis*, U.S. (¹) n.º 301, 548 (1937).

*Página 49. O indivíduo como portador de deveres e como legislador privado.* Cf. a descrição de Kelsen de capacidade jurídica e de autonomia privada (*General Theory*, págs. 90 e 136).

*Página 51. Legislação que vincula o legislador.* Para críticas das teorias imperativas do direito com fundamento em que as ordens e os comandos só se aplicam aos outros, veja-se Baier, *The Moral Point of View* (1958), págs. 136-9. Alguns filósofos, contudo, aceitam a ideia de comando dirigido a si próprio e até a utilizam na sua análise do julgamento moral da primeira pessoa (veja-se Hare, *The Language of Morals*, caps. 11 e 12 sobre «Dever»). Quanto à analogia sugerida no texto entre a legislação e a assunção de uma promessa, veja-se Kelsen, *General Theory*, pág. 36.

*Página 53. Costume e comandos tácitos.* A doutrina criticada no texto é de Austin (vejam-se *The Province*, Lição I, págs. 30-33 e *The Lectures*, Lição 30). Quanto à noção de comando tácito e ao seu uso na explicação, de forma coerente com a teoria imperativa, do reconhecimento das várias formas de direito, vejam-se as doutrinas de Bentham da «adopção» e da «aceitação» (\*\*) in *Of Laws in General*, pág. 21; Morison, «Some Myth about Positivism», *Yale Law Journal*, n.º 68 (1958); e também o Capítulo IV, secção 2. Para a crítica da noção de comando tácito, veja-se Gray, *The Nature and Sources of the Law*, secções 193-9.

*Página 58. Teorias imperativas e interpretação da lei.* A doutrina de que as leis são essencialmente ordens e, por isso, expressões da vontade ou intenção de um legislador está sujeita a muitas críticas, além das avançadas neste capítulo. Alguns críticos têm-na considerada responsável por uma concepção enganadora da tarefa da interpretação das leis como uma procura da «intenção» do legislador, sem atenção ao facto de que, quando o órgão legislativo é um corpo

(¹) Abreviatura da colectânea de jurisprudência norte-americana *United States Reports*.

(\*\*) Em inglês, «susception».

artificial complexo, pode não só haver dificuldades em descobrir ou apresentar prova da sua intenção, como também não se dá um sentido claro à expressão «a intenção da assembleia legislativa» (veja-se Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, págs. 74-97 e, relativamente à ficção implicada na ideia de intenção legislativa, consulte-se Payne, «The Intention of the Legislature in the Interpretation of Statute», *Current Legal Problems* (1956); cf. Kelsen, *General Theory*, pág. 33, sobre a «vontade» do legislador).

#### CAPÍTULO IV

*Página 59. Austin sobre a soberania.* A teoria da soberania examinada neste capítulo é a exposta por Austin in *The Province*, Lições V e VI. Interpretámo-lo não só como oferecendo certas definições formais ou um esquema abstracto para a arrumação lógica de um sistema jurídico, mas também como apresentando a pretensão de facto de que em todas as sociedades, tais como a Inglaterra ou os Estados Unidos, onde existe direito, há-de encontrar-se algures um soberano com os atributos definidos por Austin, embora isto possa ser deixado na sombra por diferentes formas constitucionais e jurídicas. Alguns teorizadores interpretaram Austin de forma diferente, como não tendo apresentado tais pretensões de facto (veja-se Stone, *The Province and Function of Law*, caps. 2 e 6, especialmente págs. 60, 61, 138 e 155, em que os esforços de Austin para identificar o soberano nas diferentes comunidades são tratados como desvios irrelevantes do seu propósito principal). Para críticas desta visão da doutrina de Austin, veja-se Morison, «Some Myth about Positivism», *loc. cit.*, págs. 217-22. Cf. Sidgwick, *The Elements of Politics*, Apêndice (A) «Sobre a Teoria da Soberania de Austin».

*Página 63. A continuidade da autoridade legislativa em Austin.* As breves referências em *The Province* às pessoas que «tomam a soberania através da sucessão» (Lição V, págs. 152-4) são sugestivas mas obscuras. Austin parece admitir que, para explicar a continuidade da soberania através da sucessão de pessoas mutáveis que a adquirem, algo mais é exigido além das suas noções-chave de «obediência habitual» e de «comandos», mas nunca identifica claramente este elemento ulterior. Fala neste contexto de um «título» e de «pretensões» a suceder e também de um título «legítimo», embora todas estas expressões, tal como são utilizadas normalmente, impliquem a existência de uma regra reguladora da sucessão e não meros

*hábitos* de obediência a sucessivos soberanos. A explicação de Austin destes termos e das expressões «título genérico» e «modo genérico» de adquirir a soberania, que ele utiliza, tem de ser extraída da sua doutrina respeitante ao carácter «determinado» do soberano (*ob. cit.*, Lição V, págs. 145-55). Aí distingue o caso em que a pessoa ou pessoas que são soberanas são individualmente identificadas, por ex. pelo nome, do caso em que são identificadas «como correspondendo a qualquer descrição genérica». Assim (para tornar o exemplo mais simples) numa monarquia hereditária, a descrição genérica podia ser «o descendente do sexo masculino mais velho vivo» de um dado antepassado; numa democracia parlamentar, seria uma descrição altamente complexa que reproduzisse as qualidades exigidas para membro da assembleia legislativa.

O ponto de vista de Austin parece ser o de que, quando uma pessoa satisfaz tal descrição «genérica», tem um «título» ou «direito» de suceder. Esta explicação em termos da descrição genérica do soberano é, tal como se apresenta, inadequada, a menos que Austin queira significar com a palavra «descrição» neste contexto uma regra aceite reguladora da sucessão. Há evidentemente uma distinção entre o caso em que os membros duma sociedade, todos e cada um deles, obedecem *de facto* habitualmente seja a quem for que, em certo momento, corresponda a certa descrição e aquele em que é aceite uma regra segundo a qual seja quem for que corresponda a esta descrição tem um *direito* ou *título* a ser obedecido. Trata-se de um lugar paralelo ao da diferença entre o caso das pessoas que movimentam uma peça de xadrez habitualmente de certo modo e os que, ao mesmo tempo que o fazem, aceitam a regra de que tal é o modo *correcto* de fazer o movimento. Para haver um «direito» ou «título» de suceder, deve existir uma regra que disponha sobre a sucessão. A doutrina de Austin das descrições genéricas não pode tomar o lugar de tal regra, embora revele claramente a sua necessidade. Para uma crítica, de alguma forma semelhante, da incapacidade de Austin de admitir a noção de regra atribuindo às pessoas a qualidade de legislador, veja-se Gray, *The Nature and Sources of the Law*, cap. III, especialmente as secções 151-7. A descrição de Austin na Lição V da unidade e da capacidade colectiva ou «colegial» do corpo soberano enferma do mesmo defeito (veja-se a secção 4 deste capítulo).

*Página 64. Regras e hábitos.* O aspecto interno das regras que é acentuado aqui é discutido ulteriormente nos Capítulos V, secção 2, pág. 98 e secção 3, pág. 108 VI, secção 1 e VII, secção 3. Veja-se também Hart, «Theory and Definition in Jurisprudence», *P.A.S.*

n.º 29, vol. suplem. (1955), págs. 247-50. Para um ponto de vista semelhante, vejam-se Winch sobre «Regras e Hábitos», in *The Idea of a Social Science* (1958), cap. II, pág. 57-65, cap. III, págs. 84-94; Piddington, «Malinowski's Theory of Needs», in *Man and Culture* (ed. Firth).

*Página 68. Aceitação geral de regras constitucionais fundamentais.* O conjunto complexo de atitudes diferentes para com as regras de direito da parte dos funcionários e de cidadãos privados que está implicado na aceitação de uma constituição e assim na existência de um sistema jurídico é examinado posteriormente no Capítulo V, secção 2, págs. 98-6 e Capítulo VI, secção 2, págs. 126-9. Veja-se também Jennings, *The Law of the Constitution* (3.ª ed.), Apêndice 3: «Uma Nota sobre a Teoria do Direito».

*Página 72. Hobbes e a teoria dos comandos tácitos.* Veja-se ante, Capítulo III, secção 3 e notas correspondentes; e também Sidgwick, *Elements of Politics*, Apêndice A. Relativamente à teoria «realista» parcialmente semelhante que afirma que mesmo as leis de um poder legislativo contemporâneo não são direito até que sejam judicialmente impostas, veja-se Gray, *The Nature and Sources of the Law*, cap. 4; J. Frank, *Law and Modern Mind*, cap. 13.

*Página 75. Limitações jurídicas ao poder legislativo.* Diferentemente de Austin, Bentham sustentou que o poder supremo podia ser limitado por «convenção expressa» e que as leis feitas em violação da convenção seriam nulas. Veja-se *A Fragment on Government*, cap. 4, parágrafos 26 e 34-38. O argumento de Austin contra a possibilidade de uma limitação jurídica que recaísse sobre o poder do soberano baseia-se na assunção de que estar submetido a tal limitação é estar submetido a um *dever*. Veja-se *The Province*, Lição IV, págs. 254-68. De facto, as limitações sobre a autoridade legislativa consistem em *incapacidades*<sup>(\*)</sup> e não em deveres (veja-se Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions* (1923), cap. I).

*Página 76. Disposições sobre o modo e a forma de legislação.* A dificuldade de as distinguir das limitações substantivas referentes ao poder legislativo é considerada mais à frente no Capítulo VII, secção 4, págs. 162-6. Veja-se Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth* (1957), caps. 1-6, para uma discussão exaustiva da

distinção entre «definir» e «limitar» as competências de um corpo soberano.

*Página 81. Salvaguardas constitucionais e fiscalização judicial de constitucionalidade.* Relativamente às constituições em que não é admitida fiscalização judicial de constitucionalidade, veja-se Wheare, *Modern Constitutions*, cap. 7. Incluem-se aí a Suíça (exceptuada a legislação cantonal), a Terceira República francesa, a Holanda e a Suécia. Quanto à recusa do Supremo Tribunal dos E.U.A. de decidir pretensões de inconstitucionalidade que suscitem «questões políticas» vejam-se *Luther v. Borden, Howard* n.º 7,1 12 L. Ed. 581<sup>(\*)</sup> (1849); Frankfurter, «The Supreme Court», in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, 14, págs. 474-6.

*Página 83. O eleitorado como «órgão legislativo extraordinário».* Quanto ao uso por Austin desta noção, no esforço de escapar à objecção de que em muitos sistemas o poder legislativo comum está sujeito a limitações jurídicas, veja-se *The Province*, Lição VI, págs. 222-33 e 245-51.

*Página 85. Os legisladores na sua qualidade privada e na sua qualidade oficial.* Austin distingue frequentemente entre os membros do corpo soberano «considerados separadamente» e «considerados como membros ou na qualidade colegial e soberana». (*The Province*, Lição VI, págs. 261-6). Mas esta distinção envolve a ideia de uma regra reguladora da actividade legislativa do corpo soberano. Austin alude apenas a uma análise da noção de qualidade oficial ou colegial nos termos insatisfatórios de uma «descrição genérica» (veja-se acima nota da pág. 63).

*Página 87. Âmbito limitado dos poderes de revisão.* Veja-se a cláusula restritiva ao Artigo V da Constituição dos Estados Unidos. Os artigos 1.º e 20.º da Lei Fundamental da República Federal Alemã (de 1949) estão colocados completamente fora do âmbito do poder de revisão conferido pelo Artigo 79 (3). Vejam-se também os Artigos 1.º e 102.º da Constituição da Turquia (1945).

(\*) Abreviatura da colectânea de jurisprudência do Supremo Tribunal federal. *Howard v. S. Supreme Court*.

(\*) No original inglês, *disabilities*.

## CAPÍTULO V

*Página 93. Obrigação como probabilidade do mal objecto de ameaça.* Para as análises em termos de «predição» das obrigações veja-se Austin, *The Province*, Lição I, págs. 15-24 e *The Lectures*, Lição 22; Bentham, *A Fragment on Government*, cap. 5, espec. parágrafo 6 e nota ao mesmo; Holmes, *The Path of the Law*. A análise de Austin é criticada por Hart, «Legal and Moral Obligation», in Melden, *Essays in Moral Philosophy*. Quanto à noção geral de obrigação, cf. Nowell-Smith, *Ethis* (1954), cap. 14.

*Página 95. A obrigação e a figura de vínculo («vinculum juris»).* Veja-se A. H. Campbell, *The Structure of Stairs Institute* (Glasgow, 1954), pág. 31. O dever deriva do latim *debitum*, através da palavra francesa *devoir*. Daí a ideia latente de uma dívida.

*Página 96. Obrigação e sentimentos de compulsão.* Ross analisa o conceito de validade em termos de dois elementos, nomeadamente a efectividade da regra e «o modo por que se sente como sendo motivante, isto é, socialmente vinculativa». Tal envolve uma análise da obrigação em termos de experiência mental que acompanha padrões de comportamento experimentados. Veja-se Ross, *On Law and Justice*, caps. I e II, e *Kritik der sogenannten praktischen Erkenntniss* (1933), pág. 280. Para uma discussão elaborada da ideia de dever na sua relação com o sentimento, veja-se Hägerström, *Inquiries into the Nature of Law and Morals*, págs. 197-200 e, sobre este, veja-se Broad, «Hägerström's Account of Sense of Duty and Certain Allied Experiences», *Philosophy*, n.º 26 (1951); Hart, «Scandinavian Realism» in *Cambridge Law Journal* (1959), págs. 236-240.

*Página 96. O aspecto interno das regras.* O contraste entre o ponto de vista externo, em termos de predição, do observador e o ponto de vista interno dos que aceitam e usam as regras como guias é feito, embora não nestes termos, por Dickinson, «Legal Rules. Their Function in the Process of Decision», in *University of Pennsylvania Law Review*, n.º 79, pág. 833 (1931). Cf. L. J. Cohen, *The Principles of World Citizenship* (1954), cap. 3. Deve notar-se que, do ponto de vista externo, isto é, do de um observador que não aceita as regras da sociedade que está a observar, podem fazer-se muitos tipos diferentes de afirmação, nomeadamente: (i) ele pode simplesmente anotar as regularidades de comportamento da parte daqueles que acatam as regras como se fossem meros hábitos, sem se referir ao facto de que

tais modelos são considerados pelos membros da sociedade como padrões de comportamento correcto; (ii) pode, adicionalmente, anotar as reacções hostis regulares aos desvios do modelo usual de comportamento como algo de habitual, novamente sem se referir ao facto de que tais desvios são consideradas pelos membros da sociedade como razões e justificações para tais reacções; (iii) pode anotar não só tais regularidades observáveis de comportamento e de reacções, mas também o facto de que os membros da sociedade aceitam certas regras como padrões de comportamento e que o comportamento e reacções observáveis são considerados por *eles* como exigidos ou justificados pelas regras. É importante distinguir a afirmação externa de facto, que refere que os membros da sociedade aceitam uma determinada regra, da afirmação interna da regra feita por alguém que, ele próprio, a aceita. Vejam-se Wedberg, «Some Problems on the Logical Analysis of Legal Science», in *Theoria*, n.º 17 (1951); Hart, «Theory and Definition in Jurisprudence», *P.A.S.*, n.º 29, vol. suplem. (1955), págs. 247-50. Veja-se também o Capítulo VI, secção 1., págs. 113-117 e 120-1.

*Página 101. Regras consuetudinárias em comunidades primitivas.* Poucas sociedades têm existido em que faltassem completamente e na sua totalidade os órgãos legislativos e decisórios e as sanções organizadas de forma centralizada. Para estudos das aproximações mais acentuadas deste estado vejam-se Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*; A.S. Diamond, *Primitive Law* (1935), cap. 18; Llewellyn e Hoebel, *The Cheyenne Way* (1941).

*Página 103. O julgamento sem sanções organizadas.* Quanto às sociedades primitivas, em que se prevê a resolução de litígios por formas rudimentares de julgamento, embora não exista nenhum sistema de sanções organizadas de forma centralizada para a execução de decisões, veja-se Evans — Pritchard sobre a «anarquia ordenada» em *The Nuer* (1940), págs. 117 e segs., citado por Gluckman, *The Judicial Process among the Barotse* (1955), pág. 262. No direito romano, um sistema elaborado de litigância precedeu de longa data a criação pelo Estado de uma organização para executar as decisões nos casos civis. Até ao Baixo Império, ao autor que vencia, se o réu se abstivesse de pagar, era-lhe dado prender este último ou apreender a sua propriedade. Veja-se Schulz, *Classical Roman Law*, pág. 26.

*Página 103. A passagem do mundo pré-jurídico para o jurídico.* Veja-se Baier sobre «Direito e Costume», in *The Moral Point of View*, págs. 127-33.

*Página 104. Regra de reconhecimento.* Para a discussão suplementar deste elemento num sistema jurídico e a sua relação com a Norma Fundamental (*Grundnorm*) de Kelsen, vejam-se o Capítulo VI, secção 1 e Capítulo X, secção 5 e notas respectivas.

*Página 104. Textos de regras dotados de autoridade.* Em Roma, segundo a tradição, as XII Tábuas foram colocadas na praça do mercado em tabuletas de bronze, em resposta às exigências dos Plebeus de publicação de um texto da lei dotado de autoridade. Parece improvável, a partir das escassas provas disponíveis, que as XII Tábuas se apartassem muito das regras tradicionais consuetudinárias.

*Página 106. Contratos, testamentos, etc. enquanto exercício de poderes legislativos.* Veja-se, quanto a esta comparação, Kelsen, *General Theory*, pág. 136, sobre o negócio jurídico<sup>(\*)</sup> como um «acto criador de direito».

## CAPÍTULO VI

*Página 111. A regra de reconhecimento e a «norma fundamental» de Kelsen.* Uma das teses centrais deste livro reside em que os fundamentos de um sistema jurídico consistem, não num hábito geral de obediência a um soberano juridicamente ilimitado, mas numa regra última de reconhecimento que prevê critérios dotados de autoridade para a identificação de regras válidas do sistema. Esta tese assemelha-se em alguns aspectos à concepção de Kelsen de uma norma fundamental e, mais estreitamente, à concepção insuficientemente elaborada de Salmond dos «princípios jurídicos últimos» (vejam-se Kelsen, *General Theory*, págs. 110-24, 131-4, 369-73, 395-6 e Salmond, *Jurisprudence*, 11.<sup>a</sup> ed., pág. 137 e Apêndice I). Uma terminologia diferente da de Kelsen foi, todavia, adoptada neste livro, porque o ponto de vista perfilhado aqui difere do de Kelsen nos seguintes aspectos mais importantes:

1. A questão de saber se uma regra de reconhecimento existe e qual é o seu conteúdo, isto é, quais são os critérios de validade em qualquer sistema dado, é considerada em todo este livro como uma questão de facto empírica, embora complexa. Isto é verdade, embora

(\*) No original inglês, *legal transaction*.

seja também verdade que, normalmente, quando um jurista, que age dentro do sistema, afirma que certa regra concreta é válida, *ele não afirma explicitamente mas pressupõe tacitamente* o facto de que a regra de reconhecimento (por referência à qual ele testou a validade da regra concreta) existe como regra de reconhecimento aceite do sistema. Se for posto em causa, o que é assim pressuposto mas deixado por afirmar, poderia ser estabelecido com apelo aos factos, isto é, à prática efectiva dos tribunais e dos funcionários do sistema quando identificam o direito que vão aplicar. A terminologia de Kelsen, ao classificar a norma fundamental como uma «hipótese jurídica» (*ib.* XV), como «hipotética» (*ib.* pág. 396), como uma «regra última postulada» (*ib.*, pág. 113), como uma «regra existente na consciência jurídica» (*ib.* pág. 116), ou como «uma suposição» (*ib.*, pág. 396), obscurece, se é que na verdade não é com ele incompatível, o ponto acentuado neste livro, nomeadamente que a questão sobre quais são os critérios de validade jurídica, em qualquer sistema jurídico, é uma questão de facto. É uma questão de facto, embora seja uma questão acerca da existência e conteúdo de uma regra. Cf. Ago, «Positive Law and International Law» in *American Journal of International Law*. n.º 51 (1957), págs. 703-7.

2. Kelsen fala de «pressupor a validade» da norma fundamental. Pelas razões invocadas no texto (págs. 119-21), não pode surgir nenhuma questão respeitante à validade ou invalidade da regra de reconhecimento geralmente aceite, enquanto questão distinta da questão factual da sua existência.

3. A norma fundamental de Kelsen tem, num certo sentido, sempre o mesmo conteúdo; porque é, em todos os sistemas jurídicos, simplesmente a regra de que a constituição ou aqueles «que estatuíram a primeira constituição» devem ser obedecidos (*General Theory*, págs. 115-16).

Esta aparência de uniformidade e simplicidade pode ser enganadora. Se uma constituição que especifique as várias fontes de direito for uma realidade viva, no sentido de que os tribunais e funcionários do sistema efectivamente identificam o direito de acordo com os critérios que prevê, então essa constituição é aceite e existe efectivamente. Parece ser uma duplicação repetida e inútil sugerir que há uma regra ulterior estabelecendo que a constituição (ou os que «a editaram») deve ser obedecida. Isto é particularmente claro onde, como no Reino Unido, não há constituição escrita: aqui parece não haver lugar para a regra «de que a constituição deve ser obedecida» em aditamento à regra de que certos critérios de validade

(por ex., promulgação da Rainha no Parlamento) devem ser utilizados ao identificar o direito. Tal é a regra aceite e considera-se causador de mistificação falar de uma regra, dizendo que essa regra deve ser obedecida.

4. O ponto de vista de Kelsen (*General Theory*, págs. 373-5, 408-10) é o de que é logicamente impossível considerar uma regra concreta de direito como válida e, ao mesmo tempo, aceitar, como moralmente vinculativa, uma regra moral que proíba o comportamento exigido pela regra jurídica. Tais consequências não se seguem da descrição de validade jurídica dada neste livro. Uma razão para usar a expressão «regra de reconhecimento» em vez de «norma fundamental» é para evitar qualquer comprometimento com a visão de Kelsen do conflito entre o direito e a moral.

*Página 112. Fontes de direito.* Alguns autores distinguem fontes de direito «formais» ou «jurídicas» de «históricas» ou «materiais» (Salmond, *Jurisprudence*, 11.<sup>a</sup> ed., cap. V). Tal é criticado por Allen, *Law in the Making*, 6.<sup>a</sup> ed., pág. 260, mas esta distinção, interpretada como uma diferenciação dos dois sentidos da palavra «fonte», é importante (veja-se Kelsen, *General Theory*, págs. 131-2, 152-3). Num sentido (isto é, «material», «histórico») uma fonte reconduz-se simplesmente às influências causais ou históricas que explicam a existência de uma dada regra de direito num dado tempo e lugar: neste sentido, a fonte de certas regras de direito inglesas contemporâneas pode ser constituída por regras do Direito Romano ou do Direito Canónico, ou mesmo regras de moral popular. Mas quando se diz que uma «lei» é uma fonte de direito, a palavra «fonte» refere-se, não a simples influências históricas ou causais, mas a um dos critérios de validade jurídica aceites no sistema jurídico em questão. A aprovação como lei feita por uma assembleia legislativa competente é a razão por que uma dada regra legal é direito válido e não apenas a causa da sua existência. Esta distinção entre a causa histórica e a razão para a validade de uma dada regra do direito pode ser traçada apenas quando o sistema contém uma regra de reconhecimento, em subordinação à qual certas coisas (elaboração por uma assembleia legislativa, prática consuetudinária ou precedente) são aceites como marcas identificadoras de direito válido.

Mas esta distinção clara entre fontes históricas ou causais e jurídicas ou formais pode esbater-se na prática efectiva e foi isto que levou autores como Allen (*ob. cit.*) a criticar a distinção. Em sistemas em que uma lei é uma fonte de direito formal ou jurídica, um

tribunal, ao decidir um caso, está vinculado a atender a uma lei relevante, embora se deixe sem dúvida considerável liberdade ao interpretar o significado da linguagem da lei (veja-se Capítulo VII, secção 1). Mas, por vezes, deixa-se ao juiz muito mais do que liberdade de interpretação. Quando ele considera que nenhuma lei ou outra fonte formal do direito determina o caso perante ele, pode basear a sua decisão, por exemplo, num texto do Digesto, na obra de um jurista francês (veja-se, por exemplo, Allen, *ob. cit.*, págs. 260 e segs.). O sistema jurídico não exige que ele use estas fontes, mas é aceite como perfeitamente correcto que ele o faça. São, por isso, mais do que meras influências históricas ou causais, uma vez que tais obras são reconhecidas como «boas razões» para decisões. Talvez pudéssemos falar de tais fontes como fontes jurídicas «permissivas» para as distinguir, quer das fontes jurídicas ou formais «obrigatórias», como a lei, quer das fontes históricas ou materiais.

*Página 115. Validade jurídica e eficácia.* Kelsen distingue entre a eficácia de uma ordem jurídica que é, na totalidade, eficaz e a eficácia de uma norma concreta (*General Theory*, págs. 41-42, 118-22). Para ele, uma norma é válida se, e só se, pertencer a um sistema que é eficaz na totalidade. Ele também exprime este ponto de vista, talvez de forma mais obscura, ao dizer que a eficácia do sistema como um todo é uma *conditio sine qua non* (uma condição necessária), embora não uma *conditio per quam* (uma condição suficiente: *sed quaere*) da validade das suas regras. O objectivo desta distinção, expressa na terminologia deste livro, é o seguinte: a eficácia geral do sistema não é um critério de validade conferido pela regra do reconhecimento de um sistema jurídico, mas é pressuposta, embora não afirmada especificamente, sempre que uma regra do sistema é identificada como uma regra válida do sistema por referência ao seu critério de validade, e, a menos que o sistema seja eficaz em geral não pode fazer-se qualquer afirmação significativa de validade. O ponto de vista adoptado no texto difere de Kelsen neste ponto, uma vez que é sustentado neste lugar que, embora a eficácia do sistema seja o contexto normal para fazer afirmações de validade, todavia, em circunstâncias especiais, tais afirmações podem ser significativas, mesmo se o sistema já não for eficaz (veja-se *ante*, pág. 115).

Kelsen discute também, sob a epígrafe de *desuetudo*, a possibilidade de um sistema jurídico fazer depender a validade de uma regra da sua eficácia continuada. Em tal caso, a eficácia (de uma regra concreta) faria parte dos critérios de validade do sistema e não seria uma mera «pressuposição» (*ob. cit.*, págs. 119-22).

*Página 116. Validade e Predição.* Para o ponto de vista de que a afirmação de que uma lei é válida é uma predição de comportamento judicial futuro e do seu sentimento especial motivador, veja-se Ross, *On Law and Justice*, cap. 1 e 2, criticado por Hart, «Scandinavian Realism», in *Cambridge Law Journal* (1959).

*Página 118. Constituições com poderes de revisão limitados.* Vejam-se os casos da Alemanha Ocidental e da Turquia nas notas ao Capítulo V, ante, pág. 271.

*Página 122. Categorias convencionais e estruturas constitucionais.* Relativamente à divisão alegadamente exaustiva em «lei» e «convenção», veja-se Dicey, *Law of the Constitution*, 10.<sup>a</sup> ed., págs. 23 e segs; Wheare, *Modern Constitutions*, cap. I.

*Página 123. A regra de reconhecimento: direito ou facto?* Vejam-se os argumentos pró e contra a sua classificação como facto político em Wade, «The Basis of Legal Sovereignty», *Cambridge Law Journal* (1955), especialmente pág. 189 e Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, págs. 43-46.

*Página 124. A existência de um sistema jurídico, a obediência habitual e a aceitação da regra de reconhecimento.* Relativamente aos perigos da sobre-simplificação do fenómeno social complexo que envolve não só a obediência do cidadão comum como a aceitação por parte dos funcionários das regras constitucionais, vejam-se o Capítulo IV, secção 1, págs. 69-70 e Hughes, «The Existence of a Legal System», in *New York University L.R.*, n.º 35 (1960), pág. 1010, o qual critica justamente, neste ponto, a terminologia usada por Hart, «Legal and Moral Obligation» in *Essays in Moral Philosophy* (ed. Melden, 1958).

*Página 129. Colapso parcial da ordem jurídica.* No texto só se referem alguns estados intermédios, dos muitos possíveis, entre existência plenamente normal e não-existência do sistema jurídico. A revolução é discutida de um ponto de vista jurídico por Kelsen, *General Theory*, págs. 117 e segs., 219 e segs. e detidamente por Cattaneo em *Il Concetto di Rivoluzione nella Scienza del Diritto* (1960). A interrupção de um sistema jurídico por ocupação de inimigos pode tomar formas muito diferentes, algumas das quais têm sido classificadas no direito internacional: vejam-se Mc Nair, «Municipal Effects of Belligerent Occupation», in *L.Q.R.*, n.º 56 (1941) e a discussão teórica por Goodhart in «An Apology for Jurisprudence», in *Interpretations of Modern Legal Philosophies*, págs. 288 e segs.

*Página 131. A embriologia de um sistema jurídico.* O desenvolvimento de colónia a domínio traçado por Wheare, in *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5.<sup>a</sup> ed., é um campo de estudo compensador para a teoria jurídica. Veja-se também Latham, *The Law and the Commonwealth* (1949). Latham foi o primeiro a interpretar o desenvolvimento constitucional da Comunidade Britânica em termos de desenvolvimento de uma nova norma fundamental com «raiz local». Vejam-se também Marshall, *ob. cit.*, espec. Cap. VII sobre o Canadá e Wheare, *The Constitutional Structure of the Commonwealth* (1960), cap. 4 intitulado «Autoctonia».

*Página 132. Renúncia ao poder legislativo.* Ver a discussão dos efeitos jurídicos do art. 4.<sup>o</sup> do *Estatuto de Westminster*<sup>(\*)</sup> em Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5.<sup>a</sup> ed., págs. 297-8; caso *British Coal Corporation v. the King*. (1935), A.C.<sup>(\*\*)</sup>, 500; Dixon «The Law and the Constitution», *L.Q.R.*, n.º 51 (1935); Marshall, *ob. cit.*, págs. 146 e segs; também o Capítulo VII, secção 4.

*Página 131. Independência não reconhecida pelo sistema mãe.* Veja-se a discussão do Estado Livre Irlandês em Wheare, *ob. cit.*; caso *Moore v. A.G. for the Irish Free State* (1935), A.C.<sup>(\*\*)</sup>, 484; caso *Ryan v. Lennon*, (1935), in *I.R.R.*<sup>(\*\*\*)</sup>, 170.

*Página 133. Afirmações de facto e afirmações de direito respeitantes à existência de um sistema jurídico.* A descrição de Kelsen (*ob. cit.*, págs. 373-83) das possíveis relações entre o direito interno e o direito internacional («primazia do direito nacional ou primazia do direito internacional») parte do princípio de que a afirmação sobre a existência dum sistema jurídico *deve* ser uma afirmação de direito, feita do ponto de vista de um sistema jurídico acerca de um outro,

(\*) O *Estatuto de Westminster* foi publicado em 1931, na sequência de uma conferência imperial realizada em 1929 sobre os actos legislativos dos Domínios coloniais e a legislação da marinha mercante. Tal lei teve em atenção as recomendações dessa conferência, constituindo o diploma orgânico sobre o poder legislativo nos Domínios britânicos e outros territórios de estatuto colonial, lançando as bases da Comunidade Britânica, através da união de diferentes territórios mais ou menos autónomos, mas ligados entre si pela comum obediência à coroa britânica. O art. 4.<sup>o</sup> deste Estatuto dispõe que nenhuma lei aprovada pelo Parlamento do Reino Unido pode vigorar num Domínio, a menos que conste da própria lei que um certo Domínio pediu essa lei e prestou o seu consentimento à mesma.

(\*\*) A.C. — abreviatura de *Appeal Cases*, 3.<sup>a</sup> série dos *Law Reports*, publicação a partir de 1891.

(\*\*\*) Abreviatura de *Irish Law Reports*, colectânea de jurisprudência irlandesa.

aceitando o outro sistema como «válido» e como formando um único sistema consigo próprio. A visão do senso comum de que o direito interno e o direito internacional constituem sistemas jurídicos separados, implica tratar a afirmação de que existe um sistema jurídico (nacional ou internacional) como uma afirmação de facto. Tal é, para Kelsen, um «pluralismo» inaceitável (Kelsen, *loc. cit.*; Jones, «The «Pure» Theory of International Law», in *B.Y.B.I.L.*, n.º 16, 1935). Veja-se Hart, «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», in *Ethics and Social Justice*, vol. 4 do *Contemporary Philosophical Thought* (Nova York, 1970).

*Página 131. África do Sul.* Para um exame completo da importante lição jurídica que pode tirar-se das perturbações constitucionais sul-africanas, veja-se Marshall, *ob. cit.*, cap. 11.

## CAPÍTULO VII

*Página 138. Comunicação das regras através de exemplos.* Para uma caracterização do uso do precedente nestes termos, veja-se Levi, «An Introduction to Legal Reasoning», secção 1, in *University of Chicago Law Review*, n.º 15 (1948). Wittgenstein in *Philosophical Investigations* (espec. I, secções 208-38) faz observações muito importantes respeitantes às noções de ensinar e de seguir as regras. Veja-se a discussão de Wittgenstein in Winch, *The Idea of a Social Science*, págs. 24-33, 91-93.

*Página 139. Textura aberta de regras verbalmente formuladas.* Para a ideia de textura aberta, veja-se Waismann sobre «Verifiability» in *Essays on Logic and Language*, I (ed. Flew), págs. 117-30. Para a sua relevância quanto ao raciocínio jurídico, veja-se Dewey, «Logical Method and Law», *Cornell Law Quarterly*, n.º 10 (1924); Stone, *The Province and Function of Law*, cap. VI; Hart, «Theory and Definition in Jurisprudence», *P.A.S.*, n.º 29, vol. supl., 1955, págs. 258-64 e «Positivism and the Separation of Law and Morals», *H.L.R.*, n.º 71 (1958), págs. 606-12.

*Página 142. Formalismo e conceptualismo.* Sinónimos aproximados para estas expressões, usadas nas obras jurídicas, são jurisprudência «mecânica» ou «automática», «a jurisprudência dos conceitos», «o uso excessivo da lógica». Veja-se Pound, «Mechanical Jurisprudence» in *Columbia Law Review*, n.º 8 (1908) e *Interpretations of Legal History*,

cap. 6. Nem sempre é claro qual o vício exactamente referido nestes termos. Veja-se Jensen, *The Nature of Legal Argument*, cap. I e a recensão por Honoré, in *L.Q.R.*, n.º 74 (1958), pág. 296; Hart, *ob. cit.*, *H.L.R.*, n.º 71, págs. 608-12.

*Página 144. Padrões jurídicos e regras específicas.* A discussão geral mais esclarecedora da natureza e relações entre estas formas de controlo jurídico acha-se em Dickinson, *Administrative Justice and the Supremacy of Law*, págs. 128-40.

*Página 144. Padrões jurídicos desenvolvidos por regulamentação administrativa.* Nos Estados Unidos, os organismos federais de regulamentação tais como a *Interstate Commerce Commission*(\*) e a *Federal Trade Commission*(\*\*) elaboram regras de desenvolvimento dos padrões amplos de «concorrência justa», «preços justos e razoáveis», etc. (veja-se Schwartz, *An Introduction to American Administrative Law*, págs. 6-18, 33-37). Em Inglaterra, uma função regulamentar semelhante é levada a cabo pelo executivo, embora normalmente sem a audição formal e quase judicial das partes interessadas, corrente nos Estados Unidos. Vejam-se os *Welfare Regulations*(\*\*\*) elaborados ao abrigo do art. 46.º da *Lei dos Estabelecimentos Fabris*(\*\*\*\*) de 1957 e os *Building Regulations*(\*\*\*\*\*) elaborados ao abrigo do art.º 60.º da mesma lei. Os poderes do *Transport Tribunal*(\*\*\*\*\*) nos termos da *Lei dos Transportes*(\*\*\*\*\*) de 1947 para fixar um «esquema de pagamentos», depois de ouvir opositores, aproxima-se mais estreitamente do modelo americano.

*Página 145. Padrões de diligência.* Para uma análise esclarecedora dos elementos constitutivos de um «dever de diligência» veja-se a opinião do juiz Learned Hand no caso *U.S. v. Carroll Towing Co.* (1947), *F.*, 159, 2.ª ed. 169, 173(\*\*\*\*\*). Relativamente ao carácter desejável da substituição dos padrões gerais por regras específicas,

(\*) Comissão interestadual de Comércio.

(\*\*) Comissão de Comércio Federal.

(\*\*\*) Regulamentos de Segurança Social.

(\*\*\*\*) No original inglês, *Factories Act*.

(\*\*\*\*\*) Regulamentos de Construção.

(\*\*\*\*\* *Tribunal dos Transportes*, organismo para-judiciário de tipo frequente em Inglaterra.

(\*\*\*\*\* No original inglês, *Transport Act*.

(\*\*\*\*\* Abreviatura da publicação norte-americana de jurisprudência, *Federal Reporter*.

veja-se Holmes, *The Common Law*, Lição 3, págs. 111-19, criticado por Dickinson, *ob. cit.*, págs. 146-50.

*Página 146. Controlo através de regras específicas.* Para as condições que tornam as regras rígidas e inflexíveis, em vez dos padrões flexíveis, a forma apropriada de controlo, veja-se Dickinson, *ob. cit.*, págs. 128-32, 145-50.

*Página 147. Precedente e actividade legislativa dos Tribunais.* Para uma descrição moderna e geral do uso inglês do precedente veja-se R. Cross, *Precedent in English Law* (1961). Uma ilustração bem conhecida do processo de estreitamento referido no texto é o caso *L.S.W. Railway Co. v. Gomm* (1880), 20 *Ch. D.*<sup>(\*)</sup> 562, o qual restringe a regra do caso *Tulk v. Moxhay* (1848), 2 *Ph*<sup>(\*\*)</sup>, 774.

*Página 149. Variedades de cepticismo sobre as regras.* A literatura americana sobre esta matéria pode ler-se esclarecedoramente como debate. Assim, os argumentos de Frank, in *Law and the Modern Mind* (espec. o cap. I e o Apêndice 2, «Notas sobre Fetichismo das regras e o Realismo») e de Llewellyn, *The Bramble Bush* devem ser considerados à luz de Dickinson, «Legal Rules: Their Function in the Process of Decision», in *University of Pennsylvania Law Review*, n.º 79 (1931); «The Law behind the Law», in *Columbia Law Review*, n.º 29 (1929); «The Problem of the Unprovided Case», in *Récueil d'Études sur les sources de droit en l'honneur de F. Geny*, II, cap. 5; e Kantorowicz, «Some Rationalism about Realism», in *Yale Law Review*, n.º 43 (1934).

*Página 152. O céptico enquanto absolutista desapontado.* Veja-se Miller, «Rules and Exceptions», in *International Journal of Ethics*, n.º 66 (1956).

*Página 153. Aplicação intuitiva das regras.* Veja-se Hutcheson, «The Judgment Intuitive»; «The Function of the «Hunch» in Judicial Decision», *Cornell Law Quarterly*, n.º 14 (1928).

(\*) Abreviatura da publicação de casos jurisprudenciais (*Law Reports*) da divisão de chancelaria da *High Court of Justice (Chancery Division)*, editada entre 1875 e 1890 (2.ª série).

(\*\*) Abreviatura da recolha jurisprudencial organizada por Phillips referente ao Tribunal de Chancelaria (Ch.), publicada entre 1841 e 1849.

*Página 155. «A constituição é aquilo que os juizes dizem que é».* Tal frase é atribuída ao Juiz President Hughes dos Estados Unidos por Hendel, *Charles Evan Hughes and the Supreme Court* (1951), págs. 11-12. Mas veja-se C.E. Hughes, *The Defence Court of the United States* (ed. 1966), págs. 37 e 41 sobre o dever dos Juizes de interpretar a Constituição independentemente dos pontos de vista pessoais respeitantes à política.

*Página 162. Análises alternativas da soberania do Parlamento.* Veja-se H.W.R. Wade, «The Basis of Legal Sovereignty», in *Cambridge Law Journal* (1955), criticado por Marshall, *Parliamentary Sovereignty and the Commonwealth*, caps. 4 e 5.

*Página 163. Soberania parlamentar e onnipotência divina.* Veja-se Mackie, «Evil and Omnipotence», *Mind*, 1955, pág. 211.

*Página 164. Vincular ou redefinir o Parlamento.* Sobre esta distinção, vejam-se Friedmann, «Trethowan's Case, Parliamentary Sovereignty and the Limits of Legal Change», in *Australian Law Journal*, n.º 24 (1950); Cowen, «Legislature and Judiciary» *M.L.R.*, n.º 15 (1952) e *M.L.R.*, n.º 16 (1953); Dixon, «The Law and the Constitution», *L.Q.R.*, n.º 51 (1935); Marshall *ob. cit.*, cap. 4.

*Página 165. Leis do Parlamento de 1911 e 1949.* Para a interpretação destas leis enquanto autorizam uma forma de legislação delegada, veja-se H.W.R. Wade, *ob. cit.*, e Marshall, *ob. cit.*, págs. 44-46.

*Página 165. Estatuto de Westminster, art. 4.º.* O peso da opinião dominante<sup>(\*)</sup> dá apoio ao ponto de vista de que a elaboração deste artigo não podia constituir uma forma irrevogável de pôr termo ao poder de criar legislação para um Domínio sem o seu consentimento. Veja-se o caso *British Coal Corporation v. the King* (1935), A.C.<sup>(\*\*)</sup> 500; Wheare, *The Statute of Westminster and Dominion Status*, 5.ª ed., págs. 297-8; Marshall, *ob. cit.*, págs. 146-7. O ponto de vista contrário de que «A liberdade, uma vez concedida, não pode ser revogada» foi expresso pelos tribunais sul-africanos no caso *Ndlwana v. Hofmeyr* (1937), A.D.<sup>(\*\*\*)</sup> 229, na pág. 237.

(\*) No original inglês, *the weight of authority*.

(\*\*) A.C. — abreviatura de *Appeal Cases*, 3.ª série dos *Law Reports*, publicação a partir de 1891.

(\*\*\*) A abreviatura A.D. corresponde à publicação periódica *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, editada entre 1929 e 1950.

## CAPÍTULO VIII

Página 171. *A justiça como um segmento distinto da moral.* Aristóteles na *Ética a Nicómaco*, Livro 5, caps. 1-3 apresenta a justiça como especificamente ligada com a manutenção ou restauração de um equilíbrio ou proporção (*ἀναλογία*) entre pessoas. As melhores dilucidações modernas da ideia de justiça acham-se em Sidgwick, *The Method of Ethics*, cap. 6 e Perelman, *De la Justice* (1945), seguido por Ross, *On Law and Justice*, cap. 12. Encontra-se material histórico de grande interesse em *Justice* de Del Vecchio, objecto de recensão por Hart em *Philosophy*, n.º 28 (1953).

Página 174. *A justiça na aplicação do direito.* A tentação de tratar este aspecto da justiça como forma exaustiva da ideia de justiça justifica talvez a afirmação de Hobbes de que «nenhum direito pode ser injusto» (*Leviathan*, cap. 30). Austin em *The Province*, Lição VI, pág. 260, nota, exprime o ponto de vista de que «justo é um termo de significação relativa» e «é utilizado em relação a uma lei determinada que um orador adopta como padrão de comparação». Por isso, para ele uma lei pode ser moralmente injusta, se for «julgada pela» moral positiva ou pela lei de Deus. Austin pensava que Hobbes queria simplesmente dizer que uma lei não pode ser *juridicamente* injusta.

Página 176. *Justiça e igualdade.* Para discussões plenas de ensinamentos do estatuto do princípio segundo o qual à primeira vista os seres humanos deviam ser tratados de igual modo e das suas conexões com a ideia de justiça, vejam-se Benn e Peters, *Social Principles and the Democratic State*, cap. 5, «Justiça e Igualdade»; J. Rawls, «Justice as Fairness», in *Philosophical Review* (1958); Raphael, «Equality and Equity», in *Philosophy*, n.º 21 (1946), e «Justice and Liberty», *P.A.S.*, n.º 51 (1951-2).

Página 177. *Aristóteles sobre a escravatura.* Veja-se *A Política*, I, cap. II, 3-22. Sustentou que alguns dos que eram escravos não o eram «por natureza» e para eles a escravatura não era justa ou vantajosa.

Página 178. *Justiça e indemnização.* Tal é claramente distinguido por Aristóteles da justiça distributiva, *ob. cit.*, Livro V, cap. 4, embora seja acentuado o princípio unificador de que existe, em todas as aplicações da ideia de justiça, uma proporção «justa» ou adequada (*ἀναλογία*) que deve ser mantida ou restaurada. Veja-se H. Jackson, *Book 5 of the Nichomachean Ethics* (Comentário — 1879).

Página 179. *Reparação jurídica devido a intromissões na privacidade.* Sobre a tese de que o direito devia reconhecer o direito subjectivo à privacidade e de que os princípios da *Common Law*<sup>(\*)</sup> exigem este reconhecimento, vejam-se Warren e Brandeis, «The Right to Privacy», *H.L.R.*, n.º 4 (1890) e o voto de vencido do Juiz Gray no caso *Roberson V. Rochester Folding Box Co.* (1902), 171 N.Y.<sup>(\*\*)</sup>, 538. O direito inglês da responsabilidade civil<sup>(\*\*\*)</sup> não protege a privacidade como tal, embora seja agora protegida de forma ampla nos Estados Unidos. Veja-se, quanto ao direito inglês, o caso *Tolley v. J. S. Fry and Sons, Ltd.* (1931), A.C.,<sup>(\*\*\*\*)</sup> 333.

Página 180. *Conflito de justiça entre indivíduos e interesses sociais mais amplos.* Veja-se a discussão da responsabilidade objectiva e da responsabilidade civil por facto de terceiro, em Prosser, sobre *Torts*, caps. 10 e 11 e Friedmann *Law in a Changing Society*, cap. 5. Sobre a justificação da responsabilidade objectiva em matéria criminal, vejam-se Glanville Williams, *The Criminal Law*, cap. 7; Friedmann, *ob. cit.*, cap. 6.

Página 181. *Justiça e o «Bem Comum».* Vejam-se Benn e Peters, *Social Principles and the Democratic State*, cap. 13, onde a procura do bem comum é identificada com a actuação de forma justa ou o atender aos interesses de todos os membros de uma sociedade com espírito de imparcialidade. Esta identificação do «bem comum» com a justiça não é universalmente aceite. Veja-se Sidgwick, *The Method of Ethics*, cap. 3.

Página 182. *A obrigação moral.* Quanto à necessidade de distinguir a obrigação e os deveres de moral social, quer dos ideais morais, quer da moral pessoal, vejam-se Urmson, «Saints and Heroes», in *Essays on Moral Philosophy* (ed. Melden); Whiteley, «On Defining «Morality»», in *Analysis*, n.º 20 (1960); Strawson, «Social Morality and Individual Ideal», in *Philosophy* (1961); Bradley, *Ethical Studies*, caps. 5 e 6.

<sup>(\*)</sup> Mantivemos a expressão *common law* (cuja tradução à letra é «direito comum») em inglês no texto, dado designar, neste sentido, o conjunto de direitos da família anglo-americana ou da *commom law*. Trata-se do sentido mais amplo da expressão como, entre nós, salientou o Prof. Castro Mendes in *Direito Comparado*, policop., 1982/3, págs. 155 e segs.

<sup>(\*\*)</sup> N.Y. abreviatura de *New York (Court of Appeals)*, colectânea de jurisprudência deste Estado norte-americano.

<sup>(\*\*\*)</sup> No original inglês, *law of torts*.

<sup>(\*\*\*\*)</sup> A.C. abreviatura de *Appeal cases*, 3.ª série dos *Law Reports*, publicação a partir de 1891.

*Página 184. A moral do grupo social.* Austin in *The Province* usa a expressão «moral positiva» para distinguir a moral efectiva, observada numa sociedade, da «lei de Deus», a qual constitui para ele o padrão último pelo qual devem ser testadas não só a moral positiva, como o direito positivo. Tal marca a distinção muito importante entre uma moral social e os princípios morais que a transcendem e são utilizados na sua crítica. A «moral positiva» de Austin, contudo, inclui todas as regras sociais diferentes do direito positivo; abarca as regras de etiqueta, de jogos, de clubes e de direito internacional, assim como aquilo que é vulgarmente considerado e designado como moral. Este uso amplo do termo moral obscurece demasiadas distinções importantes de forma e de função social. Veja-se o Capítulo X, secção 4.

*Página 186. Regras essenciais.* Veja-se o Capítulo IX, secção 2, para o desenvolvimento da ideia de que as regras que restringem o uso da violência e exigem respeito pela propriedade e pelos compromissos constituem «o conteúdo mínimo» do Direito Natural que subjaz ao direito positivo e à moral social.

*Página 187. O direito e o comportamento externo.* O ponto de vista criticado no texto de que, enquanto o direito exige um comportamento externo, a moral não o exige, foi herdado pelos juristas da distinção de Kant entre leis jurídicas e leis éticas. Veja-se a Introdução Geral à *Metafísica da Moral* em Hastie, *Kant's Philosophy of Law* (1887), pág. 14 e 20-24. Encontra-se uma reafirmação moderna desta doutrina em Kantorowicz, *The Definition of Law*, págs. 43-51, criticado por Hughes em «The Existence of a Legal System», *New York University L.R.* n.º 35 (1960).

*Página 193. Dolo<sup>(\*)</sup> e padrões objectivos.* Vejam-se Holmes, *The Common Law*, Lição 11; Hall, *Principles of Criminal Law*, caps. 5 e 6; Hart, «Legal Responsibility and Excuses», in *Determinism and Freedom* (ed. Hook).

*Página 194. Justificação e desculpabilidade.* Sobre esta distinção no direito do homicídio veja-se Kenny, *Outlines of Criminal Law* (24.<sup>a</sup> ed.), págs. 109-16. Para a sua importância moral geral, vejam-se

(\*) No original inglês, «*mens rea*», expressão latina utilizada na dogmática penalística inglesa.

Austin, «A Plea for Excuses», *P.A.S.*, n.º 57 (1956-7); Hart, «Prolegomenon to The Principles of Punishment», *P.A.S.*, n.º 60 (1959-60), pág. 12. Para uma distinção semelhante, veja-se Bentham, *Of Laws in General*, págs. 121-2 sobre «isenção» e «exculpação»<sup>(\*)</sup>.

*Página 196. Moral, necessidades humanas e interesses.* Para o ponto de vista de que o critério para chamar a uma regra regra moral é o produto da consideração raciocinada e imparcial dos interesses das pessoas afectadas, vejam-se Benn e Peters, *Social Principles of the Democratic State*, cap. 2. Compare-se com Devlin, *The Enforcement of Morals* (1959).

## CAPÍTULO IX

*Página 201. Direito Natural.* A existência de uma vasta literatura de comentário sobre as concepções clássicas, escolásticas e modernas de Direito Natural e sobre as ambiguidades da expressão «positivismo» (veja-se *infra*) torna frequentemente difícil ver precisamente que questão está em jogo quando o Direito Natural é oposto ao Positivismo Jurídico. Faz-se um esforço no texto para identificar uma tal questão. Mas pode ganhar-se muito pouco com uma discussão deste assunto, se se lerem apenas fontes secundárias. É indispensável um conhecimento em primeira mão do vocabulário e dos pressupostos filosóficos das fontes primárias. As fontes seguintes representam um mínimo facilmente acessível, Aristóteles, *Física*<sup>(\*\*)</sup>, II, cap. 8 (trad. Ross, Oxford); São Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, Quaestiones 90-97 (incluído com tradução em D'Entrèves, *Aquiñas: Selected Political Writings*, Oxford, 1948); Grócio, *On the Law of War and Peace; Prolegomena* (trad. in *The Classics of International Law*, vol. 3, Oxford, 1925); Blackstone, *Commentaries*, Introdução, secção 2.

*Página 201. Positivismo jurídico.* A expressão «positivismo» é usada na literatura anglo-americana contemporânea para designar uma ou mais das seguintes afirmações: (1) de que as leis são comandos de seres humanos; (2) de que não existe uma conexão necessária entre o direito e a moral, ou entre o direito como é e o direito como devia ser; (3) de que a análise ou o estudo dos significados dos conceitos jurídicos é um estudo importante que deve distinguir-se (embora lhes

(\*) No original inglês, «*exculpation*».

(\*\*) Em inglês, «*Physics*».

não seja de forma alguma hostil) das pesquisas históricas, das pesquisas sociológicas e da apreciação crítica do direito em termos de moral, finalidades sociais, funções, etc.; (4) de que um sistema jurídico é um «sistema lógico fechado» em que as decisões correctas só podem deduzir-se das regras jurídicas pré-determinadas através de meios lógicos; (5) de que os juízos morais não podem determinar-se, como podem as afirmações de facto, através de argumento racional, demonstração ou prova («não cognitivismo na ética»). Bentham e Austin sustentaram os pontos de vista expressos em (1), (2) e (3), mas não os contemplados em (4) e (5); Kelsen sustenta os expressos em (2), (3) e (5), mas não os contemplados em (1) ou (4). A afirmação (4) é frequentemente atribuída aos «juristas analíticos», mas aparentemente sem boas razões.

Na literatura continental, a expressão «positivismo» é frequentemente utilizada para o repúdio geral da pretensão de que certos princípios ou regras da conduta humana são susceptíveis de descoberta apenas através da razão. Veja-se a discussão valiosa das ambiguidades do «positivismo» por Ago, *ob. cit.*, in *American Journal of International Law*, n.º 5 (1957).

*Página 203. Mill sobre o Direito Natural.* Veja-se o seu Ensaio sobre a Natureza in *Nature, the Utility of Religion and Theism*.

*Página 203. Blackstone e Bentham sobre Direito Natural.* Blackstone, *loc. cit.* e Bentham, *Comment on the Commentaries*, secções 1-6.

*Página 209. O conteúdo mínimo do direito natural.* A versão empírica do direito natural é baseada em Hobbes, *Leviathan*, caps. 14 e 15 e Hume, *Treatise of Human Nature*. Livro III, parte 2, esp. secções 2 e 4-7.

*Página 216. Huckleberry Finn.* O romance de Mark Twain é um estudo profundo do dilema moral criado pela existência de uma moral social que segue em sentido oposto às simpatias de um indivíduo e ao humanitarismo. É um correctivo valioso da identificação de toda a moral com este último.

*Página 217. Escravidão.* Para Aristóteles, um escravo era um «instrumento vivo» (*Política*, I, caps. 2-4).

*Página 220. A influência da moral no direito.* Estudos valiosos dos modos por que o desenvolvimento do direito tem sido influenciado

pela moral encontram-se em Ames, «*Law and Morals*», *H.L.R.*, n.º 22 (1908); Pound, *Law and Morals* (1926); Goodhart, *English Law and the Moral Law* (1953). Austin reconheceu plenamente esta conexão factual ou causal. Veja-se *The Province*, Lição V, pág. 162.

*Página 220. Interpretação.* Sobre o lugar das considerações morais na interpretação do direito, vejam-se Lamont, *The Value Judgment*, págs. 296-301; Wechsler, «*Towards Neutral Principles of Constitutional Law*», *H.L.R.*, n.º 73, pág. 960; Hart, *ob. cit.*, in *H.L.R.*, n.º 71, págs. 606-15 e a crítica de Fuller, *ibid.* pág. 661, *ad fin.*. Quanto ao reconhecimento de Austin da área deixada em aberto à escolha judicial entre «analogias competitivas» e à crítica deste sobre a incapacidade dos juízes de adaptarem as suas decisões ao padrão da utilidade, veja-se *The Lectures*, Lições 37 e 38.

*Página 222. Crítica do direito e do direito subjectivo<sup>(\*)</sup> de todos os homens a igual consideração.* Vejam-se Benn e Peters, *Social Principles and the Democratic State*, caps. 2 e 5 e Baier, *The Moral Point of View*, cap. 8, para o ponto de vista de que o reconhecimento de tal direito subjectivo não é apenas uma entre muitas morais possíveis, mas um aspecto definidor da verdadeira moral.

*Página 222. Princípios de legalidade e justiça.* Vejam-se Hall, *Principles of Criminal Law*, cap. I e, para a «moral interna do direito», veja-se Fuller, *ob. cit.*, in *H.L.R.*, n.º 71 (1958), págs. 644-8.

*Página 224. Renascimento das doutrinas do Direito Natural na Alemanha do pós-guerra.* Veja-se para uma discussão dos últimos pontos de vista de G. Radbruch, Hart e resposta de Fuller in *ob. cit.*, in *H.L.R.*, n.º 71 (1958). A discussão aí da decisão do *Oberlandsgericht*<sup>(\*)</sup> de Bamberg de Julho de 1949, em que uma mulher que tinha denunciado o marido por um delito contra uma lei nazi de 1934 foi condenada por o ter privado ilegalmente da sua liberdade, era feita segundo o princípio de que o relato do caso na *H.L.R.*, n.º 64 (1951), pág. 1005 era correcto e que o tribunal alemão considerara inválida a lei de 1934. A correcção deste relato foi recentemente posta em causa por Pappe, «*On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi Era*», *M.L.R.*, n.º 23 (1960). A crítica do Dr. Pappe está bem fundamentada e

(\*) No original inglês, *right*.

(\*) Em alemão, no original. Trata-se de um tribunal regional de 2.ª instância (ou, como se traduz na mesma nota, um tribunal provincial de apelação).

o caso discutido por Hart deve ter-se como estritamente hipotético. Como o Dr. Pappe mostra (*ob. cit.*, pág. 263), no caso real o tribunal (Tribunal Provincial de Apelação), depois de aceitar a possibilidade teórica de que as leis podiam ser ilegais se violassem o Direito Natural, sustentou que a lei nazi em questão o não violava; a acusada foi considerada culpada de uma privação ilegal de liberdade, uma vez que não tinha o dever de delatar, mas fê-lo por razões puramente pessoais e deve ter-se apercebido de que agir assim era, naquelas circunstâncias, «contrário à sã consciência e ao sentido de justiça de todos os seres humanos decentes». A análise cuidadosa do Dr. Pappe de uma decisão do Supremo Tribunal alemão num caso semelhante deve ser estudada (*ib.*, pág. 268, *ad fin.*).

## CAPÍTULO X

*Página 230.* «É o direito internacional realmente direito?». Para o ponto de vista de que tal é uma mera questão de palavras tomada erradamente por uma questão de facto, veja-se Glanville Williams, *ob. cit.*, in *B.Y.B.I.L.*, n.º 22 (1945).

*Página 232.* *Fontes de dúvida.* Para uma exposição geral construtiva veja-se A. H. Campbell, «International Law and the Student of Jurisprudence», in *Grotius Society Proceedings*, n.º 35 (1950); Gihl, «The Legal Character and Sources of International Law» in *Scandinavian Studies in Law* (1957).

*Página 232.* «Como pode ser o direito internacional vinculativo?». Esta questão (por vezes referida como «o problema da força vinculativa» do direito internacional) é suscitada por Fischer Williams, *Chapters on Current International Law*, págs. 11-27; Brierly, *The Law of Nations*, 5.ª ed. (1955), cap. 2; *The Basis of Obligation in International Law* (1958), cap. I. Veja-se também Fitzmaurice, «The Foundations of the Authority of International Law and the Problem of Enforcement» in *M.L.R.*, n.º 19 (1956). Estes autores não discutem explicitamente o significado da afirmação de que um sistema de regras é (ou não é) vinculativo.

*Página 233.* *Sanções no Direito Internacional.* Para a posição sob o domínio do art. 16.º do Pacto da Sociedade das Nações, veja-se Ficher Williams, «Sanctions under the Covenant», in *B.Y.B.I.L.*, n.º 17 (1936). Para as sanções segundo o capítulo VII da Carta da O.N.U., vejam-se Kelsen, «Sanctions in International Law under the Charter

of U.N.», *Iowa L.R.*, n.º 31 (1946) e Tucker, «The Interpretation of War under present International Law», in *The International Law Quarterly*, n.º 4 (1951). Sobre a guerra da Coreia, veja-se Stone, *Legal Controls of International Conflict* (1954), cap. IX, Discurso 14. Pode, evidentemente, argumentar-se que a Resolução da União para a Paz mostrou que as Nações Unidas não estavam «paralisadas».

*Página 236.* *O Direito Internacional considerado e referido como obrigatório.* Veja-se Jessup, *A Modern Law of Nations*, cap. I e «The Reality of International Law», in *Foreign Affairs*, n.º 118 (1940).

*Página 236.* *A Soberania dos Estados.* Para uma exposição clara do ponto de vista de que «a soberania é apenas um nome dado a tantos aspectos do domínio internacional, quantos se deixam por força do direito à acção individual dos Estados», vejam-se Fischer Williams, *ob. cit.*, págs. 10-11, 285-99 e *Aspects of Modern International Law*, págs. 24-26 e Van Kleffens, «Sovereignty and International Law», in *Recueil des Cours* (1953) I, págs. 82-83.

*Página 237.* *O Estado.* Para a noção de «Estado» e de tipos de Estados dependentes, veja-se Brierly, *The Law of Nations*, cap. 4.

*Página 240.* *Teorias voluntaristas e de «auto-limitação».* Os principais autores são Jellinek, *Die Rechtliche Natur der Staatsverträge*; Triepel, «Les Rapports entre le droit interne et le droit internationale», *Recueil des Cours* (1923). O ponto de vista extremo é o de Zorn, *Grundzüge des Völkerrechts*. Veja-se a discussão crítica desta forma de «positivismo» em Gihl, *ob. cit.*, in *Scandinavian Studies in Law* (1957); Starke, *An Introduction to International Law*, cap. I; Fischer Williams, *Chapters on Current International Law*, pág. 11-16.

*Página 240.* *Obrigaçao e consentimento.* O ponto de vista de que nenhuma regra de direito internacional é vinculativa relativamente a um Estado sem o seu consentimento prévio, expresso ou tácito, tem sido expresso por tribunais ingleses (veja-se o caso *R.v. Keyn*, 1876, 2 *Ex. Div.* 63<sup>(\*)</sup>, «The Franconia») e também pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional. Veja-se o caso *The Lotus*, *P.C.I.J.*, *Series A*, n.º 10<sup>(\*\*)</sup>.

(\*) *Ex. Div.* abreviatura da publicação da 2.ª série dos *Law Reports*, colectânea de jurisprudência da divisão do *Exchequer* da *High Court of Justice*, publicada em 1875 e 1880.

(\*\*) Referência à publicação oficial de decisões do Tribunal Permanente de Justiça Internacional de Haia.

Página 242. *Novos Estados e Estados que adquirem território marítimo.* Veja-se Kelsen, *Principles of International Law*, págs. 312-13.

Página 242. *Efeitos dos tratados internacionais gerais sobre não-partes.* Vejam-se Kelsen, *ob. cit.*, págs. 345 e segs; Starke, *ob. cit.*, cap. I; Brierly, *ob. cit.*, cap. VII, págs. 251-2.

Página 243. *Uso amplo do termo «moral».* Veja-se Austin acerca da «moral positiva», in *The Province*, Lição V, págs. 125-9, 141-2.

Página 247. *Obrigação moral de obedecer ao direito internacional.* Para o ponto de vista de que tal é «o fundamento» do direito internacional, vejam-se Lauterpacht, Introdução à obra de Brierly, *The Base of Obligation in International Law*, XVIII e Brierly, *ib.*, cap. I.

Página 248. *Tratado imposto pela força como legislação.* Veja-se Scott, «The Legal Nature of International Law» in *American Journal of International Law* (1907), nas págs. 837, 862-4. Para a crítica da descrição vulgar dos tratados gerais como «legislação internacional» veja-se Jennings, «The Progressive Development of International Law and its Codification», in *B.Y.B.I.L.*, n.º 24 (1947), na pág. 303.

Página 249. *Sanções descentralizadas.* Vejam-se Kelsen, *ob. cit.*, pág. 20 e Tucker, na *ob. cit.*, in *International Law Quarterly*, n.º 4 (1951).

Página 249. *A norma fundamental do direito internacional.* Para a sua formulação como *pacta sunt servanda* veja-se Anzilotti, *Corso di diritto internazionale* (1923), pág. 40. Para a substituição daquela por «os Estados devem comportar-se como se têm consuetudinariamente comportado», veja-se Kelsen *General Theory*, pág. 369 e *Principles of International Law*, pág. 418. Veja-se a importante discussão crítica em Gihl, *International Legislation* (1937) e *ob. cit.*, in *Scandinavian Studies in Law* (1957), págs. 62 e segs. Para o desenvolvimento mais marcado da interpretação do direito internacional com não contendo qualquer norma fundamental, veja-se Ago, «Positive Law and International Law» in *American Journal of International Law* n.º 51 (1957) e *Scienza giuridica e diritto internazionale* (1958). Gihl tira a conclusão de que, apesar do Artigo 38.º do Estatuto do Tribunal Internacional<sup>(\*)</sup>,

(\*) Referência no texto original à designação abreviada do Tribunal Internacional de Justiça, sucessor do Tribunal Permanente de Justiça Internacional, o qual é um órgão das Nações Unidas (veja-se Carta da ONU, arts. 92.º e segs.).

o direito internacional não tem fontes formais de direito. Veja-se para uma tentativa de formular uma «hipótese inicial» para o direito internacional, que parece ser alvo de críticas semelhantes às apresentadas no texto, Lauterpacht, *The Future of Law in the International Community*, págs. 420-3.

Página 253. *Analogia de conteúdo entre o direito internacional e o direito interno.* Veja-se Campbell, *ob. cit.*, in *Grotius Society Proceedings* n.º 35 (1950), pág. 121 *ad fin.*, e a discussão dos tratados e das regras que disciplinam a aquisição de território, prescrições, arrendamentos, mandatos, servidões, etc., em Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law* (1927).

Página 335. [Inclui-se aqui um começo alternativo para esta secção, uma vez que não foi abandonado.]

Ao longo da vasta sequência dos seus escritos sobre o julgamento, Dworkin manteve, sem desvios, a negação da ideia de que os tribunais têm um poder discricionário<sup>(1)</sup>, na acepção de um poder de criação de direito para decidir casos deixados incompletamente regulados pelo direito existente.

Na verdade, ele tem sustentado que, excluídas certas excepções sem importância, não existem tais casos, uma vez que, como ele afirmou numa formulação célebre, há sempre uma única «resposta correcta» relativamente a alguma questão significativa respeitante a saber qual é o direito sobre determinado ponto de natureza jurídica suscitado em qualquer caso<sup>(2)</sup>.

Mas não obstante esta aparência de uma doutrina sem alterações, a introdução por Dworkin, mais tarde, das ideias interpretativas na sua teoria jurídica e a sua pretensão de que todas as proposições de direito são «interpretativas», no sentido especial que ele tem dado a esta expressão, aproximou muito (como Raz foi o primeiro a tornar claro)<sup>(3)</sup> o essencial da sua posição do da minha própria posição, quando reconheceu que os tribunais têm de facto exercido e exercem frequentemente um poder discricionário<sup>(4)</sup> de criação do direito. É sustentável que, antes de introdução das ideias interpreta-

<sup>(1)</sup> *Discretion*, no texto original.

<sup>(2)</sup> [Veja-se o seu artigo «No Right Answer», em P.M.S. Hacker e J. Raz (editores), *Law, Morality and Society* (1977), págs. 58-84; reeditado com revisões em «Is There Really No Right Answer in Hard Cases?», *AMP*, cap. 5.]

<sup>(3)</sup> [Veja-se J. Raz, «Dworkin: A New Link in the Chain», in *California Law Review*, 74, 1103 (1986), a págs. 1110, 1115-16.]

tivas na sua teoria, parecia existir uma grande diferença entre as nossas respectivas concepções de julgamento, porque a negação por Dworkin, em momento mais antigo, do poder discricionário<sup>11</sup> judicial, em sentido forte, e a sua insistência em que há sempre uma resposta correcta estavam associadas à ideia de que o papel do juiz, ao decidir os casos, era o de *discernir o direito existente e de lhe dar execução*. Mas a sua concepção mais antiga que, claro, estava em conflito de forma muito aguda com a minha pretensão de que os tribunais, ao decidirem os casos, exercem frequentemente um poder discricionário<sup>12</sup> de criação do direito, deixou completamente de figurar em [o texto do começo alternativo para a secção 6 termina neste ponto.]

## GLOSSÁRIO DE PALAVRAS OU EXPRESSÕES LATINAS UTILIZADAS NA OBRA<sup>13</sup>

Além de palavras ou expressões latinas com as quais o leitor português se acha familiarizado, nomeadamente para identificar a localização de uma frase ou trecho na obra (por ex., *ante, supra, infra, ad fin.* ou *ad finem*) ou para se referir a outras obras (por ex., *op. cit.*), surgem palavras ou expressões em latim cujo significado se indica para facilitar a compreensão do texto a muitos dos estudantes de direito que não frequentaram já disciplinas de língua latina antes de entrar na universidade. Muitas das expressões utilizadas pelo autor são usuais na terminologia jurídica inglesa.

<i>A fortiori</i> (pág. 63)	— por maioria de razão; por uma razão mais forte.
<i>A priori</i> (págs. 239-41, 250)	— referência ao raciocínio dedutivo, da causa para o efeito. Diz-se do conhecimento que é anterior à experiência.
<i>Ab extra</i> (págs. 114, 162, 193)	— de fora, do exterior.
<i>Ab initio</i> (págs. 144-46)	— desde o princípio ou início.
<i>Ad hoc</i> (pág. 231)	— para tal finalidade ou efeito; para tal propósito.
<i>Audi alteram partem</i> (pág. 175)	— ouvi a outra parte; referência a um princípio basilar do processo judicial designado como princípio do contraditório (« <i>audiatur et altera pars</i> »), implicando que nenhum réu deva ser condenado sem antes ser ouvido, para poder dizer de sua justiça.
<i>Conditio per quam</i> (pág. 177)	— condição pela qual ou condição suficiente para produzir certo efeito.
<i>Conditio sine qua non</i> (pág. 177)	— condição sem a qual se não produz

<sup>11</sup> *Discretion*, no texto original.

<sup>13</sup> Da responsabilidade do tradutor.

- certo efeito ou evento; condição necessária.
- De facto* (pág. 78) — de facto, factual. A expressão *de facto* contrapõe-se a *de jure*, de direito.
- De novo* (pág. 337) — de novo, de forma nova.
- Debitum* (pág. 272) — dívida.
- Desuetudo* (pág. 277) — desuso.
- Ex hypothesi* (pág. 102) — por hipótese.
- Ex post facto* (págs. 144-145, 154, 337, 339) — depois de ocorrido um certo facto; por um acto subsequente; de forma retroactiva.
- Fiat* (págs. 191, 246) — forma verbal da conjugação passiva do verbo *facere* (*fio, is, fieri, factus sum*). Significa à letra «faça-se» (*fiat lux* — faça-se luz). Na forma substantivada usada no texto refere-se a um acto humano voluntário. Na terminologia jurídica inglesa designa, por vezes, um decreto.
- Foci* (pág. 176) — nominativo plural de *focus, i*, vocábulo que pode significar chama, foco, fogo, lar, altar, família, lareira, etc.
- Genus* (pág. 19) — género.
- In invitum* (pág. 265) — contra o relutante ou constrangido. O adjectivo *invitus, a, um*, significa constrangido (contra a vontade), obrigado. É usual a utilização da expressão na terminologia jurídica como, por ex., na expressão do direito romano «*invito beneficium non datur*», não se faz uma liberalidade a alguém sem o consentimento deste.
- In personam* (pág. 263) — expressão latina utilizada na terminologia jurídica para designar uma realidade referente a uma pessoa e não a uma coisa. Fala-se de um direito *in personam* para indicar um direito de crédito, direito a uma prestação do devedor. Os direitos reais são direitos *in rem*. Há acções *in personam* contrapostas a acções judiciais *in rem*. As obrigações são situações de vinculação *in personam*.

- Inter alia* (pág. 132) — entre outras coisas (ou argumentos).
- Ius* (pág. 224) — direito.
- Lusus naturae* (pág. 128) — um divertimento da natureza; referência a uma anomalia que parece resultar de um divertimento da natureza.
- Mens rea* (págs. 193-4, 286) — expressão da terminologia jurídica inglesa em formulação latina que significa espírito ou mente culpados, sendo utilizada em direito criminal para designar uma intenção dolosa.
- Nulla poena sine lege* (pág. 228) — significa que não pode aplicar-se nenhuma pena criminal sem que uma lei a preveja. A expressão é utilizada para referir o princípio da legalidade das penas (princípio que costuma aparecer ligado ao princípio de legalidade do direito criminal, *nullum crimen sine lege*).
- Obligatio* (pág. 264) — obrigação.
- Pacta sunt servanda* (pág. 250) — Os pactos ou acordos devem ser cumpridos. Referência ao princípio de vinculação aos contratos livremente celebrados, ou, de forma mais geral, ao princípio do respeito pela palavra dada.
- Perseverare in esse suo* (pág. 207) — persistir em conservar-se a si próprio, em manter-se como o próprio.
- Per genus et differentiam* (págs. 19, 258) — através do género e da diferença (específica). Refere-se ao modo de classificar os entes na lógica em géneros e espécies, neste último caso através das diferenças específicas.
- Prima facie* (págs. 176-7) — à primeira vista, consoante a primeira impressão. Na terminologia jurídica inglesa fala-se de um *prima facie case* para se referir um caso judicial em que há prova suficiente para apoiar a acusação ou imputação feitas.

- Pro tanto* (pág. 146) — por tanto; nessa medida.
- Pudor* (pág. 189) — pudor, vergonha.
- Quoad* (pág. 164) — até onde, até que ponto, para certo efeito, respeitante a.
- Ratio decidendi* (pág. 145) — razão ou motivo de decidir.
- Sed quaere* (pág. 277) — mas há-de perguntar-se! A forma verbal imperativa «quaere» (verbo *quaero is, ere, quaesivi* ou *sii, situm* ou *questum*) é utilizada para introduzir uma pergunta ou formular uma nota para investigação ulterior.
- Stare decisis* (pág. 149) — acatar o já decidido, seguir uma solução já adoptada. A expressão aparece na terminologia jurídica inglesa de forma mais completa (*stare decisis et non quieta movere*) e designa o «princípio sagrado» do direito inglês pelo qual os precedentes judiciais gozam de autoridade e são vinculativos em casos semelhantes futuros.
- Status quo* (págs. 179-80, 81) — o estado em que as questões ou coisas estavam anteriormente (*status quo ante*) ou estão agora.
- Vinculum juris* (pág. 272) — vínculo jurídico.

## PÓS-ESCRITO

### Introdução

Este livro foi publicado pela primeira vez há 32 anos. Desde então, a Teoria Geral do Direito <sup>(1)</sup> e a Filosofia aproximaram-se ambas muito mais e o objecto da Teoria Jurídica desenvolveu-se, quer neste país, quer nos Estados Unidos. Gostaria de pensar que este livro ajudou a estimular este desenvolvimento, mesmo se, entre os juristas académicos e os filósofos, os críticos das suas doutrinas principais tenham sido, pelo menos, tão numerosos quantos os convertidos a elas. Como quer que, eventualmente, tenha sido, deu-se o caso de que o livro, embora eu o tivesse originalmente escrito tendo em mente os seus leitores, estudantes ingleses ainda não licenciados, atingiu uma circulação muito mais ampla e gerou uma vasta literatura subsidiária de comentários críticos, no mundo de língua inglesa e em vários países em que surgiram traduções da obra. Muita desta literatura crítica é constituída por artigos em revistas jurídicas e filosóficas, mas, para além disso, foi publicado um certo número de livros importantes, em que várias doutrinas deste trabalho foram tomadas como alvos de crítica e ponto de partida para a exposição das próprias teorias jurídicas desses críticos.

Embora tenha disparado alguns projecteis pelo meio dos arcos de flechas de alguns dos meus críticos, nomeadamente o falecido Professor Lon Fuller <sup>1</sup> e o Professor R.M. Dworkin <sup>2</sup>, não elaborei

<sup>(1)</sup> *Jurisprudence*, no original inglês.

<sup>1</sup> Veja-se a minha recensão do seu livro *The Morality of law* (1964), em *Harvard Law Review*, 78, 1281, (1965), publicado de novo nos meus *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), pág. 343. [Nota: as notas de pé de página do pós-escrito que estão dentro de parênteses rectos foram introduzidas pelos editores.]

<sup>2</sup> Veja-se o meu «Law in the Perspective of Philosophy: 1776-1976», em *New York University Law Review*, 51, 538 (1976); «American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream», em *Georgia Law Review*, 11, 969 (1977); «Between Utility and Rights», em *Columbia Law Review*, 79, 828 (1979). Todos os artigos atrás indicados acham-se reimpressos em *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Veja-se também «Legal Duty and Obligation», capítulo VI dos meus *Essays on Bentham* (1982), e «Comment» em R. Gavison (ed.) *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (1987), pág. 35.

até agora nenhuma resposta completa a nenhum deles; preferi observar e aprender, a partir de um debate em curso muito instrutivo, em que alguns dos críticos divergiam tanto de outros críticos quanto divergiam de mim. Mas neste pós-escrito tento responder a algumas das críticas de largo alcance avançadas por Dworkin em muitos dos artigos notavelmente criadores coligidos nos seus *Taking Rights Seriously* (1977) e *A Matter of Principle* (1985), e no seu livro *Law's Empire* (1986)<sup>1</sup>. Neste Pós-escrito cinto-me principalmente às críticas de Dworkin, porque este sustentou não só que quase todas as teses distintivas deste livro estavam radicalmente erradas, mas também pôs em questão toda a concepção de teoria jurídica e daquilo que esta devia fazer, que está implícita na obra. Os argumentos de Dworkin contra os principais temas do livro têm sido plenamente coerentes ao longo dos anos, mas houve algumas mudanças importantes, não só na substância de vários argumentos, como na terminologia em que são expressos. Algumas das suas críticas salientes nos seus ensaios mais antigos não aparecem no seu trabalho mais recente, embora não tenham sido explicitamente retiradas. Essas críticas ganharam, contudo, amplo curso e são muito influentes, e, por isso, considere apropriado responder-lhes, bem como às suas críticas mais recentes.

O primeiro capítulo<sup>(\*)</sup>, e o mais longo, deste Pós-escrito ocupa-se dos argumentos de Dworkin. Mas considero, num segundo capítulo, as alegações de um certo número de outros críticos no sentido de que, na exposição de algumas das minhas teses, há não só pontos obscuros e inexactidões mas, em determinados temas, efectiva incoerência e contradição<sup>2</sup>. Tenho de admitir aqui que, em mais instâncias das que cuido de encarar, têm tido razão os meus críticos, e aproveito a oportunidade deste Pós-escrito para tornar claro o que é obscuro e para rever o que originariamente escrevi, quando tal seja incoerente ou contraditório.

## 1. A natureza da teoria jurídica

O meu objectivo neste livro foi o de fornecer uma teoria sobre o que é o direito, que seja, ao mesmo tempo, geral e descritiva. *Geral*, no sentido de que não está ligada a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos, mas procura dar um relato explicativo e clarificador do direito como instituição social e política complexa, com uma

vertente regida por regras (e, nesse sentido, «normativa»). Esta instituição, a despeito de muitas variações em diferentes culturas e em diferentes tempos, tomou a mesma forma e estrutura gerais, embora se tenham acumulado à volta dela numerosos mal-entendidos e mitos obscurecedores que apelam à clarificação. O ponto de partida para esta tarefa de clarificação é o conhecimento comum e difundido dos aspectos salientes de um moderno sistema jurídico interno que, na página 7<sup>(\*)</sup> deste livro, atribuo a qualquer homem educado. O meu relato é descritivo, na medida em que é moralmente neutro e não tem propósitos de justificação; não procura justificar ou recomendar, por razões morais ou outras, as formas e estruturas que surgem na minha exposição geral do direito, embora uma compreensão clara destas constitua, penso eu, um ponto preliminar importante, relativamente a qualquer crítica moral do direito que seja útil.

Como meio de executar este empreendimento, o meu livro faz repetido uso de um certo número de conceitos tais como *regras que impõem deveres*, *regras que conferem poderes*, *regras de reconhecimento*, *regras de alteração*, *aceitação de regras*, *pontos de vista internos e externos*, *afirmações internas e externas*, e *validade jurídica*. Estes conceitos fazem incidir a atenção em elementos em cujos termos podem ser analisadas, de forma clarificadora, diversas instituições e práticas jurídicas e se podem dar respostas a perguntas respeitantes à natureza geral do direito, que a reflexão sobre estas instituições e práticas tem impulsionado. Estas últimas incluem questões tais como: O que são regras? Como diferem as regras de meros hábitos ou de regularidades de comportamento? Há tipos radicalmente diferentes de regras jurídicas? Como podem relacionar-se as regras? O que é preciso para que as regras formem um sistema? Como estão relacionadas as regras jurídicas, e a autoridade que detêm, por um lado, com as ameaças e, por outro, com exigências morais?<sup>1</sup>

A teoria jurídica, concebida deste modo como sendo ao mesmo tempo descritiva e geral, constitui um empreendimento radicalmente diferente do da concepção de Dworkin de teoria jurídica (ou de «Teoria Geral do Direito»<sup>(\*\*)</sup>, como ele com frequência a designa), concebida, em parte, como teoria de avaliação e de justificação e como «dirigida a uma cultura jurídica concreta»<sup>2</sup>, que é usualmente

<sup>(\*)</sup> *Section*, no original inglês.

<sup>1</sup> Citados de ora em diante como *TRS*, *AMP* e *LE*, respectivamente.

<sup>2</sup> [Hart não completou o segundo dos dois capítulos mencionados aqui. Veja-se a Nota dos Editores.]

<sup>(\*)</sup> Na edição portuguesa; corresponde à pág. 3 da edição inglesa.

<sup>(\*\*)</sup> *Jurisprudence*, no original inglês.

<sup>1</sup> Veja-se H.L.A. Hart, «Comment», in Gavison, *supra*, nota 2 da pág. 35.

<sup>2</sup> *LE*, 102.

a própria cultura do teorizador e, no caso de Dworkin, a do direito anglo-americano. A tarefa central da teoria jurídica assim concebida é designada por Dworkin como «interpretativa»<sup>1</sup> e é, em parte, avaliadora, uma vez que consiste na identificação dos princípios que simultaneamente se «ajustam» melhor ao direito estabelecido e às práticas jurídicas de um sistema jurídico, ou se mostram em coerência com eles e também fornecem a melhor justificação moral para os mesmos, mostrando, assim, o direito «na sua melhor iluminação»<sup>2</sup>. Para Dworkin, os princípios assim identificados são não só partes de uma teoria do direito, mas também partes implícitas do próprio direito. Assim, para ele, «a Teoria Geral do Direito»<sup>(3)</sup> é a parte geral do julgamento, prólogo silencioso a qualquer decisão no âmbito do direito»<sup>3</sup>. Nas suas obras mais antigas, tais princípios eram designados simplesmente como «a teoria do direito mais perfeita»<sup>4</sup>, mas, no seu trabalho mais recente, *Law's Empire*, ele caracteriza estes princípios, e as concretas proposições de direito que decorrem a partir deles, como direito num «sentido interpretativo». As práticas jurídicas estabelecidas ou paradigmas de direito que tal teoria interpretativa deve interpretar são designados por Dworkin como «pré-interpretativos»<sup>5</sup> e considera-se que um teorizador não terá dificuldade, nem terá de executar para tal uma tarefa teórica, em identificar tais dados pré-interpretativos, uma vez que estão estabelecidos como uma questão de consenso geral dos juristas de sistemas jurídicos concretos<sup>6</sup>.

Não é óbvia a razão por que deverá haver, ou efectivamente poderá haver, qualquer conflito significativo entre empreendimentos tão diferentes como o das minhas próprias concepções de teoria jurídica e o das concepções de Dworkin sobre tal teoria. Por isso, muito do trabalho de Dworkin, incluindo *Law's Empire*, é consagrado ao estabelecimento dos méritos comparativos de três diferentes concepções sobre o modo como o direito («decisões políticas passadas») <sup>7</sup> justifica a coerção, e, assim, gera três diferentes formas de teoria jurídica, a que ele chama «convencionalismo», «pragmatismo jurídico» e «direito como integridade»<sup>8</sup>. Tudo o que escreve

<sup>(1)</sup> *Jurisprudence*, no original inglês.

<sup>2</sup> *LE*, cap. 3.

<sup>3</sup> *LE*, 90.

<sup>4</sup> *LE*, 90.

<sup>5</sup> *TRS*, 66.

<sup>6</sup> *LE*, 65-66.

<sup>7</sup> Mas Dworkin adverte para o facto de a identificação de tal direito pré-interpretativo poder envolver, em si, interpretação. Veja-se *LE*, 66.

<sup>8</sup> *LE*, 93.

<sup>9</sup> *LE*, 94.

acerca destes tipos de teoria reveste-se de grande interesse e importância, enquanto contributos para uma Teoria Geral do Direito <sup>(1)</sup> justificativa e avaliadora, e não estou preocupado em disputar a elaboração destas suas ideias interpretativas<sup>1</sup>, salvo na medida em que ele sustenta que uma teoria jurídica positivista, como a apresentada neste meu livro, pode ser reapresentada, de forma iluminadora, como uma tal teoria interpretativa. Esta última pretensão está errada, do meu ponto de vista, e darei adiante as minhas razões para objectar a uma tal versão interpretativa da minha teoria.

Mas, nos seus livros, Dworkin parece pôr de lado uma teoria jurídica geral e descritiva por considerá-la desorientada ou, na melhor das hipóteses, simplesmente inútil. «Teorias úteis do direito», diz ele, são «interpretativas de um estágio concreto de uma prática historicamente em desenvolvimento»<sup>2</sup>, e tinha escrito antes que «a distinção simples entre descrição e avaliação» enfraqueceu «a teoria jurídica»<sup>3</sup>.

Tenho dificuldade em seguir as razões precisas de Dworkin para rejeitar a teoria jurídica descritiva, ou «Teoria Geral do Direito»<sup>(2)</sup>, como frequentemente lhe chama. A sua objecção central parece ser a de que a teoria jurídica deve levar em conta uma perspectiva interna sobre o direito, que é o ponto de vista de uma pessoa de dentro do sistema ou de um participante no sistema jurídico, e que nenhum relato adequado desta perspectiva interna pode ser fornecido por uma teoria descritiva cujo ponto de vista não é o de um participante, mas o de um observador externo<sup>4</sup>. Mas nada há, de facto, no projecto de uma Teoria Geral de Direito <sup>(2)</sup> descritiva, tal como está exemplificada no meu livro, que impeça um observador externo não participante de descrever os modos por que os participantes encaram o direito, de tal ponto de vista interno. Por isso, expliquei neste livro com algum detalhe que os participantes manifestam o seu

<sup>(1)</sup> *Jurisprudence*, no original inglês.

<sup>1</sup> Mas note-se que alguns críticos, por ex. Michael Moore no seu «The Interpretive Turn in Modern Theory: A Turn for the Worse», in *Stanford Law Review*, 41, 871 (1989), a págs. 947-8, embora aceitem que a prática jurídica é interpretativa no sentido de Dworkin, negam que a teoria jurídica possa ser interpretativa.

<sup>2</sup> *LE*, 102; cfr. «As teorias gerais do direito, para nós, são interpretações gerais da nossa própria prática judicial». *LE*, 410.

<sup>3</sup> *AMP*, 148; cfr. «As teorias do direito não podem ser compreendidas de forma sensata como... relatos neutros da prática social», in «A Reply by Ronald Dworkin», in Marshall Cohen (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence* (1983) [citado, a partir de agora, como RDCJ], págs. 247 a 254.

<sup>4</sup> [Veja-se *LE*, 13-14.]

ponto de vista interno ao aceitarem o direito enquanto este lhes fornece orientações para a sua conduta e padrões de crítica. Claro que um teorizador jurídico descritivo não partilha, ele próprio enquanto tal, a aceitação do direito desse modo por parte dos participantes, mas pode e deve descrever tal aceitação, como, de facto, tentei fazer neste trabalho. É verdade que, para esse objectivo, o teorizador jurídico descritivo deve *compreender* o que é adoptar o ponto de vista interno e, nesse sentido limitado, deve estar apto a pôr-se, ele próprio, no lugar de uma pessoa de dentro do sistema, mas isso não é aceitar o direito, ou partilhar, ou sustentar o ponto de vista interno da pessoa de dentro, ou, de qualquer outro modo, renunciar à sua postura descritiva.

Na sua crítica à Teoria Geral do Direito<sup>(9)</sup> descritiva, Dworkin parece pôr de lado esta possibilidade óbvia de um observador externo levar em conta, deste modo descritivo, o ponto de vista interno de um participante, uma vez que, como eu disse, ele identifica a Teoria Geral do Direito<sup>(9)</sup> como a «parte geral do julgamento», e isto é tratar a Teoria Geral do Direito<sup>(9)</sup> ou teoria jurídica, como, em si mesma, uma parte do direito de um sistema, visto do ponto de vista interno dos seus participantes judiciais. Mas o teorizador jurídico descritivo pode compreender e descrever a perspectiva interna da pessoa de dentro sobre o direito, sem a adoptar ou partilhar. Mesmo que (como Neil MacCormick<sup>1</sup> e muitos outros críticos sustentaram) a perspectiva interna do participante, manifestada na aceitação do direito, enquanto este fornece orientações para a conduta e padrões de crítica, incluísse também necessariamente uma crença de que há razões *morais* para uma pessoa se conformar com as exigências do direito e justificação *moral* para o uso da coerção por ele, isto seria também algo que uma Teoria Geral do Direito<sup>(9)</sup> moralmente neutra registaria, mas não sustentaria ou partilharia.

Contudo, em resposta à minha afirmação de que as questões parcialmente avaliadoras, a que Dworkin chama «interpretativas», não são as únicas questões adequadas para a Teoria Geral do Direito<sup>(9)</sup> e a teoria jurídica e de que há um lugar importante para a Teoria Geral do Direito<sup>(9)</sup> geral e descritiva, ele concedeu que assim é, e explicou que as suas observações do tipo de «a Teoria Geral do Direito<sup>(9)</sup> é a parte geral do julgamento» carecem de qualificação, uma vez que tal, como ele agora refere, só é «verdadeiro, quanto à Teoria Geral

<sup>(9)</sup> *Jurisprudence*, no original inglês.

<sup>1</sup> [Veja-se, *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978), 63-4, 139-40.]

do Direito<sup>(9)</sup>, relativamente à questão de sentido»<sup>1</sup>. Isto constitui uma correcção importante e bem-vinda daquilo que parecia ser a pretensão extravagante e, na verdade, como o próprio Dworkin a designou, «imperialista», de que a única forma adequada de teoria jurídica é a interpretativa e avaliadora.

Mas acho ainda fortemente causadoras de perplexidade as implicações das seguintes palavras cautelares que Dworkin juntou agora à retirada de sua pretensão aparentemente imperialista: «mas vale a pena acentuar quão evanescente é a questão [de sentido] nas implicações que as teorias gerais, como a de Hart, têm principalmente discutido»<sup>2</sup>. A relevância desta prevenção não é clara. As questões que discuto (veja-se a lista na pág. 301 *supra*<sup>(10)</sup>), incluem questões como a da relação do direito com as ameaças coercivas, por um lado, e com as exigências morais, por outro, e o cerne da prevenção de Dworkin parece ser o de que, ao discutir tais questões, mesmo o teorizador jurídico descritivo terá de encarar as questões respeitantes ao sentido ou significado das proposições de direito, que só podem ser satisfatoriamente respondidas por uma teoria jurídica interpretativa e parcialmente avaliadora. Se tal fosse o caso, para determinar o sentido de qualquer proposição de direito dada, mesmo o teorizador jurídico descritivo deveria perguntar e responder à questão interpretativa e avaliadora, «Qual o significado que deve ser atribuído a esta proposição, se ela houver de decorrer de princípios que melhor se ajustam ao direito constituído e melhor o justificam?». Mas mesmo que fosse verdade que o teorizador jurídico geral e descritivo que procurasse uma resposta para este tipo de questões, que mencionei, deveria determinar o significado das proposições em muitos sistemas jurídicos diferentes, isso parece não constituir razão para aceitar o ponto de vista de que tal *deve* determinar-se pela formulação, por este teorizador, da pergunta interpretativa e avaliadora de Dworkin. Além disso, mesmo que os juízes e os juristas de todos os sistemas jurídicos, que o teorizador jurídico geral e descritivo teve de levar em conta, resolvessem, eles próprios, de facto, questões de significado, deste modo interpretativo e parcialmente avaliador, isso seria algo que o teorizador geral e descritivo registaria como um facto, sobre o qual basearia as suas conclu-

<sup>(10)</sup> *Jurisprudence*, no original.

<sup>(11)</sup> Corresponde à pág. 240 do original inglês.

<sup>1</sup> R.M. Dworkin, «Legal Theory and the Problem of Sense» in R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart* (1987), na pág. 19.

<sup>2</sup> *Ibid.*

sões descritivas gerais, relativamente ao significado de tais proposições de direito. Constituiria, claro, um erro sério supor, porque estas conclusões se baseavam desse modo, que elas próprias devem ser interpretativas e avaliadoras e que, ao oferecê-las, o teorizador se tinha desviado da tarefa de descrição para a de interpretação e avaliação. Uma descrição pode ainda continuar a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma avaliação.

## 2. A natureza do positivismo jurídico

### (i) *O Positivismo como uma Teoria Semântica*

Dworkin considera o meu livro como um trabalho representativo do moderno positivismo jurídico, distinto de anteriores versões, tais como as de Bentham e Austin, principalmente pela rejeição nesse livro das teorias imperativas do direito destes últimos e pela concepção de que todo o direito emana de uma pessoa ou corpo legislativo soberanos, juridicamente ilimitados. Dworkin encontra na minha versão do positivismo jurídico um largo número de diferentes erros, embora relacionados. O mais fundamental desses erros consiste no ponto de vista de que a verdade das proposições de direito, tais como as que descrevem direitos e deveres jurídicos, depende apenas de questões de mera factualidade histórica, incluindo factos relativos a crenças individuais e atitudes sociais<sup>1</sup>. Os factos de que depende a verdade das proposições do direito constituem o que Dworkin designa como «os fundamentos do direito»<sup>2</sup> (3), e o positivista, segundo ele, aceita erradamente que os mesmos estão fixados por regras linguísticas, partilhadas pelos juízes e juristas, as quais regulam o uso e, por isso, o significado da palavra «direito», não só quando esta surge nas afirmações do que é «o direito» de um sistema concreto sobre um ponto concreto, mas também em afirmações acerca do que é «direito» (i.e., direito em geral)<sup>3</sup>. Deste ponto de vista positivista do direito seguir-se-ia que os únicos desacordos que pode haver acerca de questões de direito são os que dizem respeito à existência ou inexistência de tais factos históricos; não pode haver desacordos teóricos ou controvérsia relativamente ao que constitui os «fundamentos» do direito.

<sup>1</sup> «*The grounds of law*», no original inglês.

<sup>2</sup> *LE*, 6 e segs.

<sup>3</sup> *LE*, 4.

<sup>4</sup> *LE*, 31 e segs.

Dworkin consagra muitas páginas luminosas da sua crítica do positivismo jurídico para mostrar que o desacordo teórico relativamente àquilo que constitui os fundamentos do direito é, contrariamente ao ponto de vista do positivista, um aspecto proeminente das práticas jurídicas anglo-americanas. Contra o ponto de vista de que estes estão fixados, de forma não controvertida, pelas regras linguísticas partilhadas por juristas e juízes, Dworkin insiste em que são essencialmente controvertidos, uma vez que, entre eles, estão não só factos históricos mas, muito frequentemente, juízos morais e juízos de valor controvertidos.

Dworkin apresenta duas versões muito diferentes acerca de como é que os positivistas, como eu próprio, vieram a adoptar esta ideia como seu ponto de vista radicalmente errado. De harmonia com a primeira destas versões, os positivistas acreditam em que, se aquilo que são os fundamentos do direito não fosse fixado de modo não controvertido por regras, mas fosse antes uma matéria controvertida que permitisse desacordos teóricos, então a palavra «direito» significaria coisas diferentes para diferentes pessoas e, ao usá-la, cada uma estaria simplesmente a falar para o seu lado, não comunicando acerca da mesma coisa. Esta crença, assim imputada ao positivista, é, do ponto de vista de Dworkin, totalmente errada, e ele chama ao argumento contra os fundamentos controvertidos do direito, em que se presume que o positivista se funda, o «ferrão semântico»<sup>1</sup> (2), porque repousa numa teoria acerca do significado da palavra «direito». Assim, no seu livro *Law's Empire*, ele decidiu extrair este «ferrão semântico».

Embora no primeiro capítulo de *Law's Empire* eu seja classificado, juntamente com Austin, como um teorizador semântico e seja, assim, visto como fazendo derivar uma teoria de direito positivista e meramente factual do significado da palavra «direito» e como padecendo do ferrão semântico, de facto, nada no meu livro ou em qualquer outro texto que eu tenha escrito pode servir de apoio a tal versão da minha teoria. Por isso, a minha tese de que os sistemas jurídicos internos desenvolvidos contêm uma regra de reconhecimento que especifica os critérios para a identificação das leis que os tribunais têm de aplicar pode ser errónea, mas em nenhum lugar a baseio na ideia errada de que faz parte do significado da palavra «direito», que tenha de haver uma tal regra de reconhecimento em todos os sistemas jurídicos, ou ainda na ideia mais errada de que, se os critérios para a identificação dos fundamentos do direito não fos-

<sup>1</sup> «*Semantic sting*», no original inglês.

<sup>2</sup> *LE*, 45.

sem fixados de forma não controvertida, «direito» significaria coisas diferentes para pessoas diferentes.

Na verdade, este último argumento que me é imputado confunde o significado de um conceito com os critérios para a sua aplicação, e assim, longe de aceitar isso, chamei expressamente a atenção (na página 174<sup>1)</sup> deste livro), ao explicar o conceito de justiça, para o facto de que os critérios para aplicação de um conceito com um significado constante podem não só variar, mas também ser controvertidos. Para tornar isto claro, tracei, de facto, a mesma distinção entre um conceito e diferentes concepções sobre um conceito que figura de forma tão acentuada no trabalho mais recente de Dworkin<sup>2</sup>.

Por último, Dworkin também insiste em que a pretensão do positivista, de que a sua teoria do direito não é uma teoria semântica mas um relato descritivo dos aspectos distintivos do direito em geral, enquanto fenómeno social complexo, apresenta um contraste com a teoria semântica, que é vazio e enganador. O seu argumento<sup>3</sup> é o de que, uma vez que um dos aspectos característicos do direito como um fenómeno social é o de os juristas debaterem a verdade das proposições de direito e «explicarem» isso por referência ao significado de tais proposições, tal teoria descritiva do direito deve ser, no fim de contas, semântica<sup>4</sup>. Este argumento parece-me que confunde o significado de «direito» com o significado de proposições de direito. Uma teoria semântica do direito é considerada por Dworkin como sendo uma teoria, segundo a qual o próprio significado da palavra «direito» faz o direito depender de certos critérios específicos. Mas as proposições de direito são tipicamente afirmações não daquilo que é «direito», mas do que é o direito, isto é, o que o direito de certo sistema permite, ou exige, ou confere o poder às pessoas de fazerem algo. Assim, mesmo se o significado de tais proposições de direito fosse determinado por definições ou pelas suas condições-de-verdade, isto não levaria à conclusão de que o próprio significado da palavra «direito» faz o direito depender de certos critérios específicos. Isto só aconteceria se os critérios fornecidos pela regra de reconhecimento de um sistema e a necessidade

<sup>1)</sup> Da edição portuguesa; correspondente à pág. 160 da edição inglesa.

<sup>2)</sup> Sobre esta distinção veja-se John Rawls, *A Theory of Justice* (1971), págs. 5-6, 10. [Ao distinguir o conceito de justiça das concepções sobre justiça, Rawls afirma: «Sigo aqui H.L.A. Hart. *The Concept of Law...* págs. 155-159» (Primeira edição). Veja-se *A Theory of Justice*, p. 5, n. 1.]

<sup>3)</sup> *LE*, 418-19, n. 29.

<sup>4)</sup> Veja-se *LE*, 31-3.

de uma tal regra fossem derivados do significado da palavra «direito». Mas não existe nenhum vestígio de semelhante doutrina no meu trabalho<sup>5</sup>.

Há um aspecto ulterior em que Dworkin apresenta indevidamente a minha forma de positivismo jurídico. Trata a minha doutrina da regra de reconhecimento como exigindo que os critérios que esta fornece para a identificação do direito devam consistir apenas em factos históricos e, assim, como sendo um exemplo de «positivismo meramente factual»<sup>6</sup>. Mas embora os meus exemplos principais dos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento sejam questões daquilo a que Dworkin tem chamado «pedigree»<sup>7(8)</sup> dizendo respeito apenas ao modo como as leis são adoptadas ou criadas por instituições jurídicas, e não ao seu conteúdo, eu expressamente afirmo os dois seguintes pontos neste livro (na pág. 80<sup>(9)</sup>) e no meu artigo anterior intitulado «Positivism and the Separation of Law and Morals»<sup>4</sup>, que em muitos sistemas de direito, tal como nos Estados Unidos, os critérios últimos de validade jurídica podiam incorporar explicitamente, para além de *pedigree*, princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes podem integrar o conteúdo de restrições jurídico-constitucionais. Ao imputar-me o positivismo «meramente factual» em *Law's Empire*, Dworkin ignora este aspecto da minha teoria. Assim, a versão «semântica» do positivismo meramente factual que me atribui não é pura e simplesmente minha, nem é minha qualquer forma de positivismo meramente factual.

## (ii) O Positivismo como uma Teoria Interpretativa

A segunda versão de Dworkin do positivismo meramente factual não o trata com uma teoria semântica ou baseada em considerações linguísticas, mas tenta reconstruí-lo como uma forma da teoria interpretativa dworkiana, por ele chamada de «convencionalismo».

<sup>5)</sup> *Pedigree* significa linhagem, ascendência. Parece preferível usar a palavra inglesa, que é frequentemente utilizada na língua portuguesa.

<sup>6)</sup> Na edição portuguesa. Corresponde à pág. 71 da edição inglesa.

<sup>7)</sup> Veja-se a pág. 225 deste livro onde repudiei qualquer doutrina dessas [na edição inglesa corresponde à pág. 209].

<sup>8)</sup> [Esta frase é de Hart e não surge em *LE*.]

<sup>9)</sup> *TRS*, 17.

<sup>4)</sup> *Harvard Law Review*, 71, 598 (1958), publicado de novo nos meus *Essays on Jurisprudence and Philosophy* (veja-se especialmente págs. 54-5).

De acordo com esta teoria (que Dworkin rejeita, em última instância, como defeituosa), o positivista disfarçado de um teorizador interpretativo, apostado em mostrar o direito na sua melhor iluminação, apresenta os critérios de direito como consistentes em meros factos à disposição de todos, de forma que todos serão destinatários de uma advertência leal, antes do uso de coerção. A isto chama Dworkin «o ideal das expectativas protegidas»<sup>1</sup>, mas, para ele, os seus méritos não compensam, afinal, os seus vários defeitos.

Mas esta versão interpretativa do positivismo como convencionalismo não pode ser apresentada como uma versão plausível, ou como uma reconstrução plausível da minha teoria do direito. Isto é assim, por duas razões. Em primeiro lugar, como já deixei afirmado, a minha teoria não é uma teoria meramente factual do positivismo, uma vez que, entre os critérios do direito, admite valores, e não apenas «meros» factos. Em segundo lugar e de forma mais importante, enquanto que a teoria jurídica interpretativa de Dworkin, em todas as suas formas, se baseia na pressuposição de que o cerne<sup>(2)</sup> ou a finalidade do direito e da prática jurídica reside em justificar a coerção<sup>3</sup>, não é seguramente, nem nunca foi, o meu ponto de vista de que o direito tenha esta justificação como seu cerne ou propósito. Como outras formas de positivismo, a minha teoria não apresenta qualquer pretensão de identificar o cerne ou a finalidade do direito e das práticas jurídicas enquanto tais; assim, não há nada na minha teoria que apoie o ponto de vista de Dworkin, que eu, seguramente, não partilho, segundo o qual a finalidade do direito consiste em justificar o uso da coerção. De facto, penso que é totalmente despicando procurar qualquer finalidade mais específica que o direito, enquanto tal, sirva, para além de fornecer orientações à conduta humana e padrões de crítica de tal conduta. Isto não serviria, claro, para distinguir as leis de outras regras ou princípios com os mesmos objectivos gerais; os aspectos distintivos do direito residem na consagração que faz, através das regras secundárias, de providências para identificação, alteração e execução dos seus padrões, e na pretensão geral que adopta quanto à primazia sobre outros padrões. Contudo, mesmo que a minha teoria estivesse por inteiro vinculada ao positivismo meramente factual, na forma de convencionalismo, que protege as expectativas através da garantia de que estão disponíveis, de um modo geral, advertências prévias quanto às ocasiões de uso de coerção jurídica, isto apenas mostraria que eu encaro isso

como um mérito moral especial que o direito tem, não que toda a finalidade do direito, enquanto tal, seja a de disponibilizá-las. Uma vez que as ocasiões de coerção jurídica são principalmente casos em que a função primária do direito, de orientar a conduta dos seus sujeitos, falhou, a coerção jurídica, embora constitua, claro, uma questão importante, desempenha uma função secundária. A sua justificação não pode considerar-se, de modo sensato, como sendo o cerne ou a finalidade do direito enquanto tal.

As razões de Dworkin para reconstruir a minha teoria jurídica como uma teoria interpretativa convencionalista, que sustenta a pretensão de que a coerção jurídica só é justificada «quando se conforma com compreensões convencionais»<sup>1</sup>, fundam-se na minha descrição dos Elementos do Direito no Capítulo V, Secção 3ª, deste livro. Aí apresento as regras secundárias de reconhecimento, de alteração e de julgamento como remédios para os defeitos de um regime simples imaginário, consistente apenas em regras primárias de obrigação. Esses defeitos são a incerteza quanto à identificação das regras, a sua qualidade estática, e a ineficiência, causadora de desperdícios de tempo, da pressão social difusa, através da qual as regras são exclusivamente executadas. Mas, ao apresentar essas regras secundárias como remédios para tais defeitos, não sustento, em parte alguma, qualquer pretensão de que a coerção jurídica só é justificada quando se conforma com estas regras, e, menos ainda, de que a consagração de tal justificação constitui o cerne ou a finalidade do direito em geral. Na verdade, a única referência que faço à coerção na minha discussão das regras secundárias surge a propósito da ineficiência, causadora de desperdício de tempo, de deixar a execução das regras à pressão social difusa, em vez de a deixar às sanções organizadas aplicadas pelos tribunais. Mas, simplesmente, um remédio para a ineficiência não é uma justificação.

É verdade, claro, que a junção ao regime de regras primárias de obrigação de uma regra secundária de reconhecimento ajudará, enquanto permita, com frequência, aos indivíduos identificar antecipadamente as ocasiões de uso da coerção, a justificar o seu uso, no sentido de que excluirá uma objecção moral ao seu uso. Mas a certeza e o conhecimento antecipado das exigências do direito que a regra de reconhecimento trará não se revestem apenas de importância ali onde a coerção está em causa: é igualmente crucial para o exercício inteligente de poderes jurídicos (por ex., fazer testamentos ou contratos) e, de um modo geral, para a planificação, inteligente da vida privada e pública. A justificação da coerção, para que a regra

<sup>(2)</sup> *Point*, no original inglês.

<sup>1</sup> *LE*, 117.

<sup>3</sup> [*LE*, 93.]

<sup>1</sup> *LE*, 429, n. 3.

de reconhecimento contribui, não pode, por isso, ser apresentada como o seu cerne ou finalidade gerais, ainda menos pode ser apresentada como o cerne ou finalidade gerais do direito, como um todo. Nada na minha teoria sugere que possa ser assim apresentada.

### (iii) *O Positivismo Moderado*<sup>1)</sup>

Dworkin, ao atribuir-me a doutrina do «positivismo meramente factual», tratou erroneamente a minha teoria enquanto exige não só (como, na realidade, o faz) que a existência e a autoridade de regra de reconhecimento devam depender da sua aceitação pelos tribunais, mas também enquanto exige (como, de facto, não o faz) que os critérios de validade jurídica que a regra fornece devam consistir exclusivamente no tipo específico de mero facto que ele designa como questões de *pedigree* e que respeitam ao modo e à forma de criação do direito ou da sua adopção. Isto está duplamente errado. Em primeiro lugar, ignora o meu reconhecimento explícito de que a regra de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos; por isso, a minha doutrina é aquilo que tem sido designado como «positivismo moderado» e não, como na versão de Dworkin acerca da mesma, positivismo «meramente factual». Em segundo lugar, não há nada no meu livro que sugira que os critérios meramente factuais fornecidos pela regra de reconhecimento devam ser unicamente questões de *pedigree*; podem ser, em vez disso, constrangimentos materiais sobre o conteúdo da legislação, tais como os Décimo-Sexto ou Décimo-Nono Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, respeitantes ao estabelecimento da religião ou às restrições ao direito de voto.

Mas esta resposta não enfrenta as críticas mais essenciais de Dworkin, porque, ao responder a outros teorizadores que também adoptaram alguma forma de positivismo moderado<sup>2)</sup>, ele tem feito importantes críticas desse positivismo que, se fossem válidas, se aplicaríamos à minha teoria e pedem, assim, uma resposta agora.

A crítica mais fundamental de Dworkin reside no facto de que há uma profunda incoerência entre o positivismo moderado, que permite que a identificação do direito dependa de questões contro-

vertidas de conformidade com a moral ou com outros juízos de valor, e a «imagem» positivista geral do direito como respeitando essencialmente ao fornecimento de padrões públicos de confiança da conduta que podem identificar-se com certeza como questões de mero facto, sem dependência de argumentos morais controvertidos<sup>3)</sup>. Para provar esta incoerência entre o positivismo moderado e o resto da minha teoria, Dworkin citaria a minha descrição da regra de reconhecimento, destinada a sanar, entre outros defeitos, a incerteza do regime pré-jurídico imaginário das regras primárias de obrigação de tipo costumeiro.

Esta crítica do positivismo moderado parece-me exagerar não só o grau de certeza que um positivista coerente deve atribuir a um corpo de padrões jurídicos, como também a incerteza que resultará, se os critérios de validade jurídica incluírem a conformidade com específicos princípios ou valores morais. É verdade, claro, que uma função importante da regra de reconhecimento consiste em promover a certeza com que o direito deve ser declarado. Ela não conseguiria fazer isso, se os testes que introduziu para o direito não só suscitassem questões controvertidas em alguns casos, mas as suscitassem em todos os casos, ou na maioria deles. Mas a exclusão de toda a incerteza, seja a que preço for, sobre outros valores não é um objectivo que eu tenha alguma vez encarado para a regra de reconhecimento. Isso torna-se simples, ou pelo menos assim eu o esperava, através da minha afirmação explícita neste livro não só de que a regra de reconhecimento, em si, mas também as regras concretas de direito identificadas por referência a ela, podem ter uma discutível «penumbra» de incerteza<sup>4)</sup>. Há também o meu argumento geral de que, mesmo que as leis fossem redigidas de modo a resolverem antecipadamente todas as questões possíveis que pudessem suscitar-se acerca do seu significado, a adopção de tais leis entraria frequentemente em conflito com outros objectivos que o direito deve acariñar<sup>5)</sup>. Deveria tolerar-se uma margem de incerteza e, na verdade, deveria considerar-se a mesma bem-vinda, no caso de muitas regras jurídicas, de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e, assim, resolvidas racionalmente. Só se a função de fornecimento-de-certeza da regra de reconhecimento for tratada como primacial e predominante, poderá ser encarada como incoerente a forma de

<sup>1)</sup> *Soft Positivism*, no original inglês.

<sup>2)</sup> Vejam-se as suas respostas a E.P. Soper e a J.L. Coleman, in *RDCJ*, 247 e segs. e 252 e segs.

<sup>3)</sup> *RDCJ*, 248.

<sup>4)</sup> [Veja-se este livro, págs. 134-5, 161-8; na edição inglesa, págs. 123, 147-54.]

<sup>5)</sup> [Veja-se este livro, pág. 141; na edição inglesa, pág. 128.]

positivismo moderado que inclui, entre os critérios de direito, a conformidade com princípios ou com valores morais que podem ser controvertidos. A questão subjacente diz respeito aqui ao grau ou extensão de incerteza que um sistema jurídico pode tolerar, se tiver de traduzir um qualquer avanço significativo a partir de um regime descentralizador de regras de tipo costumeiro, ao fornecer orientações geralmente fiáveis e determinadas para uma conduta antecipadamente identificável.

A segunda crítica de Dworkin sobre a coerência da minha versão do positivismo moderado suscita questões diferentes e mais complexas, respeitantes à determinação e plenitude do direito. O meu ponto de vista avançado neste livro é o de que as regras e os princípios jurídicos, identificados em termos gerais pelos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, têm, muitas vezes, o que desigmo, com frequência, por «textura aberta», de forma que, quando a questão é de saber se uma dada regra se aplica a um caso concreto, o direito é incapaz de determinar uma resposta em qualquer dos sentidos e, assim, vem a provar-se que é parcialmente indeterminado. Tais casos não são apenas «casos difíceis», controvertidos no sentido de que juristas razoáveis e inteligentes podem discordar acerca de qual a resposta que é juridicamente correcta, mas o direito em tais casos é, no fundamental, *incompleto*; não fornece *qualquer* resposta para as questões em causa, em tais situações. Não estão juridicamente regulados e, para se obter uma decisão nesses casos, os tribunais devem exercer a função restrita de criação de direito que eu desigmo como «poder discricionário»<sup>(1)</sup>. Dworkin rejeita a ideia de que o direito pode ser incompleto deste modo e pode deixar espaços para serem preenchidos pelo exercício de tal poder discricionário criador de direito. Este ponto de vista é, pensa ele, uma inferência errada do facto de uma proposição de direito que afirma a existência de um direito ou dever jurídicos poder ser controvertida e, assim, constituir um assunto sobre o qual homens razoáveis e inteligentes podem discordar, e, quando efectivamente discordam, não há muitas vezes modo de demonstrar, de forma conclusiva, se a inferência é verdadeira ou falsa. Tal inferência é errada porque, quando uma proposição de direito é, assim, controvertida, pode, não obstante, haver ainda «factos da questão», em virtude dos quais seja verdadeira ou falsa, e, embora a sua verdade ou falsidade não possam ser demonstradas, podem os argumentos no sentido de que é verdadeira ser ainda avaliados como melhores do que os argumentos no sentido

<sup>(1)</sup> *Discretion*, no original inglês.

de que é falsa, e vice-versa. Esta distinção entre direito que é controvertido e direito que é incompleto ou indeterminado é uma matéria de importância considerável para a teoria interpretativa de Dworkin, uma vez que, de acordo com essa teoria, uma proposição de direito é verdadeira somente se, em conjunção com outras premissas, decorre de princípios que não só se ajustam melhor à história institucional do sistema jurídico, como também fornecem a melhor justificação moral para ele. Daqui resulta, para Dworkin, que a verdade de qualquer proposição de direito depende, em última instância, da verdade de um juízo moral relativo ao que melhor a justifica, e uma vez que, para ele, os juízos morais são essencialmente controvertidos, assim o são todas as proposições de direito.

Para Dworkin, a ideia de um critério de validade jurídica, cuja aplicação envolve um juízo moral controvertido, não apresenta qualquer dificuldade teórica; pode ainda configurar-se, segundo o seu ponto de vista, como um teste genuíno para o direito preexistente, porque a sua natureza controvertida é perfeitamente compatível com a existência de factos (em muitos casos, factos morais) em virtude dos quais é verdadeira.

Mas o positivismo moderado, que permite que um critério de validade jurídica possa ser, em parte, um teste moral está, assim o pretende Dworkin, envolvido numa segunda incoerência, a acrescentar à já discutida a págs. 313-4<sup>(2)</sup>, *supra*. Porque é não só inconsistente com a «imagem» positivista do direito, enquanto identificável com a certeza, mas inconsistente também com o desejo, que atribui aos positivistas, de tornarem «a posição objectiva das proposições de direito»<sup>1</sup> independente de qualquer compromisso com qualquer teoria filosófica controvertida acerca do estatuto dos juízos morais. Porque um teste moral só pode ser um teste para o direito preexistente, se houver factos morais objectivos, em virtude dos quais os juízos morais são verdadeiros. Mas a questão de existirem tais factos morais objectivos constitui uma teoria filosófica controvertida; se não houver tais factos, um juiz, que receba directivas para aplicar um teste moral, só pode tratar isso como um apelo ao exercício, por ele, do poder discricionário criador de direito, de acordo com a sua melhor compreensão da moral e das exigências desta, e sujeito a todos e quaisquer constrangimentos que sobre ela sejam impostos pelo sistema jurídico.

Ainda continuo a pensar que a teoria jurídica devia evitar um compromisso com teorias filosóficas controvertidas sobre o estatuto

<sup>(2)</sup> Na edição portuguesa; corresponde a págs. 251-2 da edição inglesa.

<sup>1</sup> *RDCJ*, 25.

geral dos juízos morais e devia deixar em aberto, como eu faço neste livro (pág. 183<sup>(1)</sup>), a questão geral de saber se têm aquilo a que Dworkin chama «posição objectiva». Porque, seja qual for a resposta a esta questão filosófica, o dever do juiz será o mesmo: a saber, fazer o melhor juízo moral que puder sobre quaisquer questões morais que possa ter para decidir. Não importará, para qualquer finalidade prática, saber se, ao decidir assim os casos, o juiz está a criar direito de harmonia com a moral<sup>(2)</sup> (sujeito a quaisquer que sejam os constrangimentos impostos pelo direito) ou, em alternativa, é orientado pelo seu juízo moral relativamente ao direito já *existente* que é revelado por um teste moral para o direito. Claro, se a questão da posição objectiva dos juízos morais for deixada em aberto pela teoria jurídica, como eu sustento que deve ser, então o positivismo moderado não pode ser simplesmente caracterizado como a teoria, segundo a qual os princípios ou valores morais podem estar entre os critérios de validade jurídica, porquanto, se for uma questão em aberto saber se os princípios e valores morais têm uma posição objectiva, também deve ser uma questão em aberto saber se disposições «positivistas moderadas», que pretendem incluir a conformidade com eles entre os testes para o direito existente, podem ter esse efeito ou, em vez disso, podem apenas constituir directivas aos tribunais para que *criem* direito, de harmonia com a moral.

Deve observar-se que alguns teorizadores, nomeadamente Raz, sustentam que, seja qual for eventualmente o estatuto dos juízos morais, sempre que o direito exija que os tribunais apliquem padrões morais para determinar o direito, ele confere desse modo aos tribunais um poder discricionário e dá-lhes directivas para o usarem de acordo com o seu melhor juízo moral, ao criarem o que é um direito novo; não converte desse modo a moral em direito pre-existente<sup>3</sup>.

### 3. A natureza das regras

#### (i) A Teoria das Regras da Prática

Em vários pontos deste livro, chamei a atenção para a distinção entre afirmações de direito internas e externas e entre aspectos do direito internos e externos.

<sup>(1)</sup> Na edição portuguesa; corresponde à pág. 168 da edição inglesa.

<sup>(2)</sup> *Morality*, no original inglês.

<sup>(3)</sup> Veja-se J. Raz, «Dworkin: A New Link in the Chain», in *California Law Review*, 74, 1103 (1986), a págs. 1110, 1115-16.

Para explicar estas distinções e a sua importância, comecei (a págs. 65-6<sup>(1)</sup>) por examinar não o caso altamente complexo de um sistema jurídico que abranja quer regras legisladas, quer regras de tipo costumeiro, mas o caso mais simples (a que se aplicam as mesmas distinções entre o plano interno e o externo) de regras de tipo costumeiro de qualquer grupo social, grande ou pequeno, e designei a essas regras por «regras sociais». O relato que fiz delas tornou-se conhecido como «a teoria da prática» das regras porque trata as regras sociais de um grupo como sendo constituídas por uma forma de prática social que abrange tanto modelos de conduta regularmente seguidos pela maior parte dos membros do grupo, como uma atitude normativa distinta em relação a tais modelos, a que chamei de «aceitação». Isto consiste na disposição permanente de os indivíduos tomarem tais modelos não só como guias para a sua futura conduta, mas também como padrões de crítica que podem legitimar pretensões e várias formas de pressão no sentido da conformidade. O ponto de vista externo das regras sociais é o de um observador da sua prática, e o ponto de vista interno é o de um participante em tal prática, que aceita as regras como guias para a conduta e como padrões de crítica.

A minha teoria da prática das regras sociais tem sido amplamente criticada por Dworkin, o qual, como já referi, faz uma distinção semelhante, mas de facto muito diferente, a vários títulos, entre a descrição externa pelo sociólogo das regras sociais de uma comunidade e o ponto de vista interno de um participante, que faz apelo às regras com a finalidade de avaliação e de crítica da sua própria conduta e da dos outros<sup>2</sup>. Algumas das críticas de Dworkin à minha concepção originária das regras sociais são seguramente procedentes e importantes para a compreensão do direito e, no que se vai seguir aqui, indico as alterações consideráveis à minha concepção originária que, agora, creio serem necessárias.

(i) A minha concepção é, como Dworkin afirmou, defeituosa, ao ignorar a importante diferença entre um consenso de *convenção*, manifestado nas regras convencionais de um grupo, e um consenso de *convicção* independente, manifestado nas práticas convergentes de um grupo. As regras são práticas sociais convencionais, se a conformidade geral de um grupo em relação a elas constituir parte das razões que os seus membros individuais têm para a respectiva aceitação; por contraste, as práticas meramente convergentes, tal como

<sup>(1)</sup> Na edição portuguesa; corresponde a págs. 56-7 da edição inglesa.

<sup>(2)</sup> [Veja-se *LE*, 13-14.]

a moral partilhada de um grupo, são constituídas não por convenção, mas pelo facto de os membros do grupo terem as mesmas razões, embora independentes, para se comportarem de certos modos específicos e, efectivamente, se comportam com base em tais razões.

(ii) A minha concepção de regras sociais é, como Dworkin também sustentou correctamente, aplicável apenas às regras que são convencionais, no sentido que acabei de explicar. Isso restringe consideravelmente o alcance da minha teoria da prática, e não a concebo agora como uma explanação apropriada da moral, quer individual, quer social. Mas a teoria permanece como um relato fiel das regras sociais convencionais que incluem, além dos costumes sociais comuns (que podem ser, ou não, reconhecidos como dispendo de eficácia jurídica), certas regras jurídicas importantes que abrangem a regra de reconhecimento, regra esta que é efectivamente uma forma de regra judicial costumeira, que somente existe se for aceite e executada nos actos dos tribunais de identificação do direito e de aplicação deste. As regras jurídicas legisladas, por contraste, embora sejam identificáveis como regras jurídicas válidas pelos critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, podem existir como regras jurídicas desde o momento da sua emissão, antes de verificada qualquer ocasião para a sua prática, e a teoria da prática não lhes é aplicável.

A crítica central de Dworkin à teoria da prática das regras reside em que esta toma erroneamente uma regra social como sendo constituída pela prática social e, por isso, trata a afirmação de que tal regra existe apenas como uma afirmação do facto sociológico externo, de que as condições-da-prática para a existência da regra estão satisfeitas<sup>1</sup>. Essa concepção não pode, alega Dworkin, explicar a natureza *normativa* possuída mesmo pela mais simples regra convencional. Porque estas regras estabelecem *deveres* e *razões para agir*, a que se faz apelo quando tais regras são invocadas, como sucede geralmente para fazer a crítica de condutas e em apoio de pedidos de actuação. Este aspecto de atribuição de razões e de estabelecimento de deveres das regras constitui a sua natureza normativa distintiva e mostra que a sua existência não pode consistir num mero estado de coisas factual, como sucede com as práticas e atitudes que, de harmonia com a teoria da prática, constituem a existência de uma regra social. Segundo Dworkin, uma regra normativa com estes traços característicos só pode existir se houver «um certo estado de coisas normativo»<sup>2</sup>. Acho estas palavras agora citadas torturante-

<sup>1</sup> [Veja-se TRS, 48-58.]

<sup>2</sup> TRS, 51.

mente obscuras: da discussão do exemplo da regra das pessoas que vão à igreja (os homens devem tirar o chapéu na igreja)<sup>1</sup>. Dworkin, ao que parece, quer significar com um estado de coisas normativo a existência de boas razões morais, ou de justificação, para fazer o que a regra exige, por isso sustenta que, enquanto que a mera prática regular, das pessoas que vão à igreja, de tirarem o chapéu no templo não pode constituir a regra, pode ajudar a justificá-la, através da criação de modos de causar desagrado e através do aparecimento de expectativas, que são boas razões para uma regra que exige que se tirem os chapéus na igreja. Se isto for o que Dworkin quer significar com a expressão estado normativo de coisas, exigido para justificar a afirmação de uma regra normativa, a sua concepção das condições de existência de uma regra social parece-me, decididamente, demasiado forte. Porque parece exigir não só que os participantes que fazem apelo às regras, enquanto estas estabelecem deveres ou conferem razões para actuação, devem acreditar que há boas razões morais ou justificação para se conformarem com as regras, mas também que deve efectivamente haver tais boas razões. Simplesmente, uma sociedade pode ter regras aceites pelos seus membros que sejam moralmente iníquas, tais como as regras que proíbem as pessoas com uma certa cor de pele de frequentarem alguns locais públicos, como parques ou praias. Na verdade, mesmo a condição mais fraca de que, para a existência de uma regra social, deve apenas verificar-se o caso de os participantes deverem *acreditar* que há boas razões morais para se conformarem com ela, é, decididamente, demasiado forte. Porque algumas regras podem ser aceites simplesmente por deferência com a tradição, ou pelo desejo de identificação com outros, ou pela crença de que a sociedade sabe melhor o que é vantajoso para os indivíduos. Estas atitudes podem coexistir com uma impressão mais ou menos vivida de que as regras são moralmente censuráveis. Claro que uma regra convencional pode, ao mesmo tempo, ser moralmente bem fundada e justificada, e objecto da crença de que o é. Mas quando a questão se suscita quanto à razão por que aqueles que aceitaram as regras convencionais como guias para os seus comportamentos ou como padrões de crítica o fizeram, não vejo razão para seleccionar, entre as muitas respostas que podem ser dadas (vejam-se as págs. 126, 128 deste livro<sup>2</sup>), uma crença na justificação moral das regras como a única resposta possível ou adequada.

<sup>1</sup> Na edição portuguesa; corresponde às págs. 114 e 116 no original inglês.

<sup>2</sup> [TRS, 50-8; veja-se este livro, págs. 137-8; *corresponde a págs. 124-5 no original inglês.*]

Finalmente, Dworkin sustenta que a teoria da prática das regras, ainda que restrita às regras convencionais, deve ser abandonada, porque não pode comportar a ideia de que o escopo de uma regra convencional pode ser controvertido e, por isso, objecto de desacordo<sup>1</sup>. Ele não nega que há algumas regras não controvertidas, constituídas pela prática regular e pela aceitação, mas pretende que as regras assim constituídas incluem apenas casos relativamente desprovidos de importância, tais como as regras de certos jogos; mas, neste livro, uma regra tão importante e tão pouco controvertida, como é a regra básica de reconhecimento de um sistema jurídico, é tratada como uma regra constituída pela prática uniforme dos tribunais ao aceitarem essa regra como um guia para os seus procedimentos de aplicação do direito e de execução do direito. Contra isto, Dworkin contrapõe que, em casos difíceis, há frequentes desacordos teóricos entre os juízes relativamente a qual o direito existente respeitante a certa matéria e que os mesmos mostram que é uma ilusão a aparência da falta de carácter controvertido e de aceitação geral. Claro que não podem negar-se a frequência e a importância de tais desacordos, mas os apelos à sua existência, usados como argumento contra a aplicabilidade da teoria de prática à regra do reconhecimento, repousam numa incompreensão defeituosa da função da regra. Parte-se do princípio de que a regra pretende determinar completamente o resultado jurídico em casos concretos, de forma que qualquer questão jurídica suscitada em qualquer caso pudesse, simplesmente, ser resolvida através do mero apelo aos critérios ou testes fornecidos pela regra. Mas isto constitui um equívoco: a função da regra é determinar apenas as condições gerais que as decisões jurídicas correctas devem satisfazer nos modernos sistemas de direito. A regra realiza isto, mais frequentemente, através do fornecimento de critérios de validade, a que Dworkin chama questões de *pedigree* e que se referem não ao conteúdo do direito, mas ao modo e à forma por que são criadas ou adoptadas as leis; mas como disse (pág. 312<sup>(2)</sup>), para além de tais questões de *pedigree*, a regra de reconhecimento pode fornecer testes relacionados não com o conteúdo factual das leis e sim com a sua conformidade com valores ou com princípios morais essenciais. Claro que, em casos concretos, os juízes podem discordar quanto à questão de saber se tais testes estão satisfeitos, ou não, e um teste moral quanto à regra de reconhecimento não resolverá tal discordância. Os juízes podem estar de acordo acerca da relevância de tais testes, enquanto algo resolvido

<sup>(1)</sup> Na edição portuguesa; corresponde à pág. 250 na edição inglesa.

<sup>(2)</sup> [TRS, 58.]

por uma prática judicial estabelecida, mesmo se discordarem sobre aquilo que os testes exigem em casos concretos. A teoria da prática das regras é plenamente aplicável à regra de reconhecimento, encarada deste modo.

## (ii) Regras e Princípios

Durante muito tempo, a mais conhecida das críticas de Dworkin a este livro foi a de que ele apresenta, erradamente, o direito como consistindo apenas em regras de «tudo-ou-nada», e ignora uma espécie diferente de padrão jurídico, a saber os princípios jurídicos, que desempenham um papel importante e distintivo no raciocínio jurídico e no julgamento. Alguns críticos, que descobriram este defeito no meu trabalho, concebem-no como uma falta mais ou menos isolada, que eu poderia reparar, de modo simples, através da inclusão dos princípios jurídicos, ao lado das regras jurídicas, como componentes de um sistema jurídico, e pensaram que eu podia fazer isto sem abandonar ou alterar seriamente qualquer dos temas principais do livro. Mas Dworkin, que foi o primeiro a fazer valer esta linha de crítica, tem insistido em que os princípios jurídicos só podiam ser incluídos na minha teoria do direito à custa da renúncia às suas doutrinas centrais. Se eu tivesse de admitir que o direito consiste, em parte, em princípios, não poderia, segundo ele, manter coerentemente, como o tenho feito, que o direito de um sistema se identifica através de critérios fornecidos pela regra de reconhecimento, aceite na prática dos tribunais, ou que os tribunais exercem um poder de criação do direito genuíno, embora intersticial, ou poder discricionário<sup>(3)</sup>, naqueles casos em que o direito explícito existente não consegue ditar uma decisão, ou que não existe uma conexão importante, necessária ou conceptual, entre o direito e a moral. Estas doutrinas são não só centrais para a minha teoria do direito, mas são consideradas, frequentemente, como constituindo o cerne do moderno positivismo jurídico; por isso, o seu abandono seria uma questão de certa gravidade.

Nesta secção de minha resposta considero vários aspectos da crítica de que ignorei os princípios jurídicos e tentarei mostrar que o que for válido nessa crítica pode ser conciliado, sem quaisquer consequências sérias para a minha teoria como um todo. Mas eu desejo, sem dúvida, confessar neste momento que disse demasiado pouco no meu livro sobre o tópico do julgamento e do raciocínio

<sup>(3)</sup> *Discretion*, no original inglês.

jurídico e, em especial, sobre os argumentos retirados daquilo que os meus críticos designam como princípios jurídicos. Concordo, neste momento, que constitui um defeito deste livro a circunstância de os princípios apenas serem abordados de passagem.

Mas em que consiste precisamente aquilo de que sou acusado de ignorar? O que são os princípios jurídicos, e de que modo diferem os mesmos das regras jurídicas? Tal como são usados pelos autores jurídicos, os «princípios» incluem frequentemente um vasto conjunto de considerações teóricas e práticas, das quais apenas algumas são relevantes para as questões que Dworkin pretendeu suscitar. Mesmo que a expressão «princípio» seja tomada na acepção de estar limitada a padrões de conduta, incluindo a conduta dos tribunais na decisão de casos, há diferentes modos de traçar um contraste entre as regras e tais princípios. Penso, todavia, que todos os meus críticos, que me têm acusado de ignorar os princípios, concordariam em que há, pelo menos, dois aspectos daqueles que os distinguem das regras. O primeiro é uma questão de grau: os princípios são, relativamente às regras, extensos, gerais ou não específicos, no sentido de que, com frequência, aquilo que seria encarado como um número de regras diferentes pode ser apontado como exemplificações ou ilustrações de um único princípio. O segundo aspecto reside em que os princípios, porque se referem mais ou menos explicitamente a um certo objectivo, finalidade, direito<sup>(1)</sup> ou valor, são encarados, a partir de certo ponto de vista, como desejáveis de manter ou de ser objecto de adesão, e, por isso, não apenas enquanto capazes de fornecer uma explicação ou fundamento lógico das regras que os exemplificam, mas também, pelo menos, enquanto capazes de contribuir para a justificação destas.

Para além destes dois aspectos relativamente incontrovertidos da extensão e do carácter desejável para certo ponto de vista, que explicam o papel explanatório e justificativo dos princípios em relação às regras, há um terceiro aspecto distintivo que eu, pessoalmente, penso ser uma questão de grau, enquanto Dworkin, que o vê como crucial, não o entende assim. Segundo ele, as regras funcionam, no raciocínio daqueles que as aplicam, de uma «maneira de tudo-ou-nada», no sentido de que se uma regra for válida e absolutamente aplicável a um caso dado, então ela «obriga»<sup>(2)</sup>, isto é, determina de forma conclusiva o resultado jurídico ou consequência<sup>3</sup>. Entre os exemplos que ele dá de regras jurídicas encontram-se as que estabelecem uma

<sup>1</sup> *Entitlement*, no original inglês.

<sup>2</sup> «*Necessitates*», no original inglês.  
[TRS, 24.]

velocidade máxima de 60 milhas por hora nas auto-estradas, ou as leis que regulam a outorga, a prova e a eficácia de testamentos, tal como a regra legislada de que um testamento é inválido se não estiver assinado por duas testemunhas. Os princípios jurídicos diferem de tais regras de «tudo-ou-nada» porque, quando são aplicáveis, não «obrigam» a uma decisão, mas apontam para, ou contam a favor de uma decisão, ou afirmam uma razão que pode ser afastada, mas que os tribunais levam em conta, enquanto factor de inclinação num ou outro sentido. Chamarei, abreviadamente, a este aspecto dos princípios o seu carácter «não conclusivo». Alguns exemplos dados por Dworkin de tais princípios não conclusivos são relativamente específicos, tal como «os tribunais devem analisar atentamente os acordos de compra [do sector automóvel], para ver se o consumidor e os interesses públicos são tratados de forma justa»<sup>4</sup>; outros têm um alcance muito mais amplo, tal como «ninguém pode aproveitar-se do seu próprio acto ilícito»<sup>5</sup>; e, de facto, muitas das mais importantes restrições aos poderes do Congresso dos Estados Unidos e à legislação estadual, tais como as disposições dos Primeiro, Quinto e Décimo-Quarto Aditamentos à Constituição dos Estados Unidos, funcionam como princípios não conclusivos<sup>6</sup>. Os princípios jurídicos, segundo Dworkin, diferem das regras porque têm uma dimensão de *peso*<sup>7</sup>, mas não de validade, e, por isso, sucede que, em conflito com outro princípio de maior peso, um princípio pode ser afastado, não logrando determinar a decisão, mas, não obstante, sobreviverá intacto para ser utilizado noutros casos em que possa prevalecer, em concorrência com qualquer outro princípio de menor peso. Por outro lado, as regras ou são válidas ou inválidas, mas não têm esta dimensão de peso; por isso, se entrarem em conflito, como inicialmente se referiu, apenas uma delas pode ser válida, segundo Dworkin, e uma regra que perca em concorrência com outra deve ser reformulada, de forma a torná-la coerente com a sua concorrente e, conseqüentemente, inaplicável ao caso dado<sup>8</sup>.

Não vejo razões nem para aceitar este contraste nítido entre princípios jurídicos e regras jurídicas, nem o ponto de vista de que, se

<sup>4</sup> TRS, 24, citação tirada do caso *Henningsen vs. K. Bloomfield Motors, Inc.*, NJ, 32, 358, 161 A 2.ª, 69 (1960), 387, 161 A 2.ª, 85.

<sup>5</sup> [Dworkin discute sobre se o Primeiro Aditamento é uma regra ou um princípio em TRS, 27.]

<sup>6</sup> TRS, 24-7.

<sup>7</sup> [TRS, 26.]

<sup>8</sup> TRS, 24-7.

uma regra válida for aplicável a um caso dado, deve, diferentemente de um princípio, determinar sempre o resultado do caso. Não há razões para que um sistema jurídico não deva reconhecer que uma regra válida determina o resultado nos casos em que é aplicável, excepto quando outra regra, julgada como sendo mais importante, seja também aplicável ao mesmo caso. Por isso, uma regra que seja superada, em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros casos, em que seja julgada como sendo mais importante do que outra regra concorrente<sup>1</sup>.

Por isso, para Dworkin, o direito abrange não só as regras de «tudo-ou-nada», como também os princípios «não conclusivos», e ele não pensa que esta diferença entre eles seja uma questão de grau. Mas eu não acho que a posição de Dworkin possa considerar-se coerente. Os seus exemplos mais antigos concluem no sentido de que as regras podem entrar em conflito com os princípios e que um princípio ganhará algumas vezes em concorrência com uma regra, e perderá outras vezes. Os casos que ele cita incluem *Riggs vs. Palmer*<sup>2</sup>, no qual foi aplicado o princípio de que não pode permitir-se a uma pessoa que se aproveite do seu próprio acto ilícito, não obstante a linguagem clara das regras legislativas que regulavam o efeito de um testamento, de forma a impedir que um assassino herdasse por força do testamento da sua vítima. Isto é um exemplo de um princípio que prevalece em concorrência com uma regra, mas a existência de tal concorrência mostra seguramente que as regras não têm um carácter de tudo-ou-nada, uma vez que são passíveis de entrar num tal conflito com princípios, que as podem superar. Mesmo se descrevermos tais casos (como Dworkin por vezes sugere) não como conflitos entre regras e princípios, mas como um conflito entre o princípio que explica e justifica a regra em análise e um qualquer outro princípio, o contraste pronunciado entre regras de tudo-ou-nada e princípios não conclusivos desaparece; porque, deste ponto de vista, a regra não conseguirá determinar um resultado, num caso em que seja aplicável de harmonia com os seus termos, se o seu princípio justificativo for superado por outro. O mesmo

<sup>1</sup> Raz e Waluchow têm acentuado este importante ponto para o qual eu não conseguira chamar a atenção. Vejam-se J. Raz, «Legal Principles and the Limits of Law», in *Yale LJ*, 81, 823 (1972), a págs. 832-4, e W. J. Waluchow, «Herculean Positivism» in *Oxford Journal of Legal Studies*, 5, 187 (1985), a págs. 189-92.

<sup>2</sup> N.Y. 115, 506, N.E. 22, 188 (1889); *TRS*, 23; veja-se também *LE*, 15 e segs.

é verdade se (como Dworkin também sugere) pensarmos num princípio que confira uma razão para uma nova interpretação de alguma regra jurídica claramente formulada<sup>3</sup>.

Esta incoerência, verificada na pretensão de que um sistema jurídico consiste tanto em regras de tudo-ou-nada como em princípios não conclusivos, pode ser sanada se se admitir que a distinção é uma questão de grau. Certamente que se pode fazer um contraste razoável entre regras quase-conclusivas, em que a satisfação das respectivas condições de aplicação basta para determinar o resultado jurídico, salvo em poucos exemplos (em que as suas disposições podem entrar em conflito com as de outra regra reputada de maior importância), e princípios geralmente não conclusivos, que se limitam a apontar para uma decisão, mas que podem muito frequentemente não conseguir determiná-la.

Penso, de forma segura, que os argumentos retirados de tais princípios não conclusivos constituem um aspecto importante do julgamento e do raciocínio jurídico, e que isso devia ser assinalado através de uma terminologia apropriada. Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância desses princípios e o respectivo papel no raciocínio jurídico, e, com certeza, eu cometi um sério erro ao não ter acentuado a eficácia não conclusiva deles. Mas também é seguro que não tencionava sustentar, através do uso que fiz da palavra «regra», que os sistemas jurídicos só contêm regras de «tudo-ou-nada» ou regras quase-conclusivas. Não só chamei a atenção (vejam-se as págs. 143-6<sup>(4)</sup> deste livro) para o que designei (talvez de forma infeliz) como «padrões jurídicos variáveis», que especificam factores que devem ser levados em conta e ponderados com outros, mas tentei (vejam-se págs. 146-7<sup>(5)</sup>) explicar por que razão algumas áreas de conduta eram adequadas para serem objecto de regulação, não através de tais padrões variáveis, como o de «diligência devida»<sup>(6)</sup>, mas antes por regras quase conclusivas que proíbem ou exigem as mesmas acções específicas em quase todas as situações, salvo casos raros. Por isso é que temos regras contra o homicídio e o furto e não meros princípios que exijam o devido respeito pela vida humana e pela propriedade.

<sup>3</sup> Na edição portuguesa; corresponde a págs. 130-3 da edição inglesa.

<sup>4</sup> Na edição portuguesa; corresponde a págs. 133-4 da edição inglesa.

<sup>5</sup> «*Due care*», no original inglês.

<sup>6</sup> [Para a discussão de Dworkin, vejam-se *TRS*, 22-8, e *LE*, 15-20.]

#### 4. Os princípios e a regra do reconhecimento

##### *Pedigree e Interpretação*

Dworkin tem sustentado que os princípios jurídicos não podem identificar-se por critérios atribuídos por uma regra de reconhecimento manifestada na prática dos tribunais e que, uma vez que os princípios são elementos essenciais do direito, deve abandonar-se a doutrina da regra de reconhecimento. Segundo ele, os princípios jurídicos só podem identificar-se, através de uma interpretação construtiva<sup>1</sup>, como membros de um conjunto único de princípios que não só se ajusta melhor a toda a história institucional do direito estabelecido de um sistema jurídico, como também melhor a justifica. Claro que nenhum tribunal inglês ou americano jamais adoptou explicitamente um tal critério holístico, extensivo a todo o sistema, para identificar o direito, e Dworkin concede que nenhum juiz humano real, distinto de «Hércules», o seu mítico juiz ideal, podia praticar o feito de construir uma interpretação de todo o direito do seu país, de forma imediata. Não obstante, os tribunais são, do seu ponto de vista, compreendidos de forma mais cristalina enquanto tentam «imitar Hércules» de um modo limitado, e encarar os seus julgamentos desta forma serve, segundo pensa, para trazer à luz «a estrutura escondida»<sup>1</sup>.

O mais famoso exemplo, familiar aos juristas ingleses, de identificação dos princípios através de uma forma limitada de interpretação construtiva é constituído pela formulação de Lorde Atkin, no caso *Donoghue vs. Stevenson*<sup>2</sup>, do «princípio do vizinho», princípio anteriormente não formulado, o qual subjaz a várias regras

<sup>1</sup> *Constructive interpretation*, no original inglês. A expressão *construction* significa, na terminologia jurídica anglo-americana, o processo de determinação do sentido de um documento escrito, nomeadamente de um texto de direito legislado, em regra prescindindo da averiguação da intenção ou vontade histórica do autor. A interpretação construtiva abrange a integração de lacunas, por recurso à analogia. Veja-se, entre nós, Prof. Oliveira Ascensão, *As Fontes do Direito no Sistema Jurídico Anglo-Americano*, separata dos n.ºs 175 e 176 de *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1974, págs. 55 e segs.

<sup>2</sup> Trata-se de uma célebre decisão proferida pela Câmara dos Lordes em 1932, num recurso interposto de um aresto de um tribunal superior escocês, em que se fixou o princípio da responsabilidade civil do produtor (de um refresco engarrafado, onde se encontrava um caracol em decomposição, refresco esse que fora consumido pela autora recorrente num café, de que era proprietária entidade diferente do fabricante do refresco). Veja-se uma descrição do caso, com remissões bibliográficas, na obra do Prof. João de Castro Mendes, *Direito Comparado*, págs. 213-8.

<sup>1</sup> *L.E.*, 265

<sup>2</sup> [1932] AC, 562.

diferentes que estabelecem um dever de diligência em situações diferentes. Não acho plausível o ponto de vista de que, em tais exercícios limitados de interpretação construtiva, os juízes sejam susceptíveis de ser mais bem compreendidos como estando a tentar imitar a aproximação holística do tipo de Hércules, extensiva a todo o sistema. Mas a minha crítica presente reside em que a preocupação com a interpretação construtiva tem levado Dworkin a ignorar o facto de que muitos princípios jurídicos devem o seu estatuto não ao conteúdo que serve como interpretação do direito estabelecido mas antes àquilo a que ele chama o seu *pedigree*; tal é o modo da sua criação ou adopção por uma fonte dotada de autoridade reconhecida. Esta preocupação levou-o, de facto, segundo penso, a um duplo erro: em primeiro lugar, à crença de que os princípios jurídicos não podem identificar-se pelo seu *pedigree*, e, em segundo lugar, à crença de que a regra de reconhecimento só pode fornecer critérios de *pedigree*. Ambas estas crenças são erradas; a primeira é-o porque não há nada no carácter não-conclusivo dos princípios, nem nos seus outros aspectos, que impeça a sua identificação por critérios de *pedigree*. Isto, simplesmente, porque uma disposição de uma constituição escrita ou de um aditamento constitucional ou de um acto legislativo pode ser considerada enquanto pretende actuar pelo modo não conclusivo característico dos princípios, conferindo razões para a decisão, as quais podem ser superadas nos casos em que qualquer outra regra ou princípio apresente razões mais fortes para uma decisão alternativa. O próprio Dworkin admitiu que o Primeiro Aditamento à Constituição dos Estados Unidos, que estatui que o Congresso não restringirá a liberdade de palavra, deve interpretar-se precisamente desse modo<sup>1</sup>. Também certos princípios jurídicos, incluindo alguns princípios básicos da *Common Law*, por exemplo o de que ninguém pode aproveitar-se do seu próprio acto ilícito, são identificados como direito pelo teste do *pedigree*, na medida em que têm sido invocados de forma coerente pelos tribunais, em séries de casos diferentes, como conferindo razões para decisão, as quais devem ser levadas em conta, embora susceptíveis de ser afastadas em alguns casos por razões que apontem em sentido oposto. Perante tais exemplos de princípios jurídicos identificados por critérios de *pedigree*, não poderá ter êxito qualquer argumento geral no sentido de que a inclusão de princípios como parte do direito acarreta o abandono da doutrina de uma regra de reconhecimento.

<sup>1</sup> [Veja-se *TRS*, 27.]

De facto, como mostrarei abaixo, a sua inclusão não só é coerente com tal doutrina, como realmente exige a aceitação dessa doutrina.

Se se conceder, como seguramente se deve fazer, que há, pelo menos, alguns princípios jurídicos que podem ser «capturados» ou identificados como direito por critérios de *pedigree* que uma regra de reconhecimento lhes confere, então a crítica de Dworkin deve reduzir-se à pretensão mais modesta de que há muitos princípios jurídicos que não podem ser capturados assim, porque são demasiado numerosos, demasiado fugazes, ou demasiado susceptíveis de alteração ou modificação, ou não têm uma característica que permita a sua identificação como princípios de direito por referência a qualquer outro teste diverso do de pertencerem a esse esquema coerente de princípios que não só melhor se ajusta à história institucional e às práticas do sistema, como também melhor as justifica. À primeira vista, este teste interpretativista parece não constituir uma alternativa a um critério fornecido por uma regra de reconhecimento, mas apenas, como certos críticos advertiram<sup>1</sup>, uma forma complexa, positivista moderada, de um tal critério que identifica os princípios pelo seu conteúdo e não pelo seu *pedigree*.

É verdade que uma regra de reconhecimento contendo tal critério interpretativo não podia assegurar, pelas razões discutidas a págs. 312 e segs.<sup>10</sup> supra, o grau de certeza na identificação do direito que, segundo Dworkin, seria desejado por um positivista. Não obstante, a demonstração de que o critério do teste interpretativo fazia parte de uma característica convencional de reconhecimento do direito ainda seria uma boa explanação teórica do seu estatuto jurídico. Por isso, não há, com certeza, incompatibilidade, tal como Dworkin pretende, entre a admissão de princípios, enquanto fazendo parte do direito, e a doutrina da regra de reconhecimento.

O argumento dos dois últimos parágrafos é suficiente para mostrar que, contrariamente à posição de Dworkin, a aceitação dos princípios como parte do direito é coerente com a doutrina de uma regra de reconhecimento, ainda que o teste interpretativo de Dworkin fosse, como ele pretende, o único critério apropriado para os identificar. Mas, de facto, justifica-se uma conclusão mais forte: a saber, que é necessária uma regra de reconhecimento, se os princípios jurídicos tiverem de ser identificados por um tal crité-

<sup>10</sup> Na edição portuguesa; corresponde a págs. 251 e segs. da edição inglesa.

<sup>1</sup> Vejam-se, por ex., E.P. Soper, «Legal Theory and the Obligation of a Judge», in *RDCJ*, págs. 3 e 16; J. Coleman, «Negative and Positive Positivism», in *RDCJ*, pág. 28; D. Lyons, «Principles, Positivism and Legal Theory», in *Yale Law Journal*, 87, 415 (1977).

rio. Isto é assim, porque o ponto de partida para a identificação de qualquer princípio jurídico, que seja trazido à luz pelo teste interpretativo de Dworkin, radica-se em alguma área específica do direito constituído a que o princípio se ajusta e que ajuda a justificar. O uso desse critério pressupõe, por isso, a identificação do direito constituído, e, para tal ser possível, é necessária uma regra de reconhecimento que especifique as fontes de direito e as relações de superioridade e de subordinação que se estabelecem entre elas. Na terminologia de *Law's Empire*, as regras e práticas jurídicas que constituem os pontos de partida para a tarefa interpretativa de identificação de princípios subjacentes ou juridicamente implícitos constituem «direito pré-interpretativo» e muito do que Dworkin diz acerca dessa matéria parece apoiar o ponto de vista de que, para a sua identificação, é necessário algo muito semelhante a uma regra de reconhecimento que identifique as fontes de direito de forma autorizada, como se descreveu neste livro. A principal diferença, nesta matéria, entre o meu ponto de vista e o de Dworkin reside em que, enquanto eu atribuo o acordo geral existente entre os juízes quanto aos critérios de identificação das fontes de direito à sua aceitação partilhada das regras que atribuem tais critérios, Dworkin prefere falar, não de *regras*, mas de «consensos»<sup>1</sup>, de «paradigmas»<sup>2</sup> e de «pré-compreensões»<sup>3</sup> que os membros da mesma comunidade interpretativa partilham. É claro que, como Dworkin tornou nítido, há uma importante distinção entre um consenso de convicções independentes, em que o concurso de outros não faz parte da razão que cada parte do consenso tem para nele convergir, e um consenso de convenção, em que a pessoa participa nesse concurso. É certo que a regra de reconhecimento é tratada no meu livro como estando baseada numa forma convencional de consenso judicial. Que ela se baseia efectivamente nessa forma, parece bastante claro, pelo menos no direito inglês e no americano, porque, seguramente, a razão de um juiz inglês para tratar a legislação do Parlamento (ou a razão de um juiz americano para tratar a Constituição) como fonte de direito que detém supremacia sobre outras fontes inclui o facto de os seus colegas de judicatura convergirem nesse entendimento, como o fizeram os seus predecessores. Na verdade, o próprio Dworkin fala da doutrina da supremacia legislativa como um facto em estado bruto da história jurídica, que

<sup>1</sup> *Assumptions*, no original inglês.

<sup>2</sup> [LE, 65-6, 91-2.]

<sup>3</sup> [LE, 72-3.]

<sup>4</sup> [LE, 47, 67.]

limita o papel que a convicção de um juiz pode desempenhar<sup>1</sup> e afirma que «a atitude interpretativa não pode sobreviver, a menos que os membros da mesma comunidade interpretativa partilhem, pelo menos de modo aproximado, as mesmas «pré-compreensões»<sup>2</sup> acerca «daquilo que vale como parte da prática»<sup>3</sup>. Concluo, por isso, que, sejam quais forem as diferenças que permaneçam entre as regras e as «pré-compreensões», «consensos» e «paradigmas» de que fala Dworkin, a sua explicação da identificação judicial das fontes de direito é substancialmente a mesma que a minha.

Todavia, continuam a existir grandes diferenças teóricas entre o meu ponto de vista e o de Dworkin. Porque Dworkin rejeitaria, seguramente, o meu tratamento do seu teste interpretativo para os princípios jurídicos como, simplesmente, uma forma específica tomada, em alguns sistemas jurídicos, por uma regra de reconhecimento convencional, cuja existência e autoridade dependem da sua aceitação pelos tribunais. Isso desvirtuaria completamente, do seu ponto de vista, e aviltaria o projecto de uma interpretação «construtiva», destinado a mostrar o direito sob a sua melhor iluminação moral, a qual está envolvida, do ponto de vista de Dworkin, na identificação do direito. Porque este estilo de interpretação não é concebido por ele como um método de reconhecimento de direito exigido por uma mera regra convencional aceite por juízes e juristas de sistemas jurídicos concretos. Em vez disso, ele apresenta-o como uma característica central de muito pensamento e prática sociais para além do direito, enquanto demonstra «uma profunda conexão entre todas as formas de interpretação», incluindo a interpretação tal como é entendida na crítica literária e mesmo nas ciências naturais<sup>3</sup>. Contudo, mesmo que este critério interpretativo não seja apenas um esquema de reconhecimento do direito exigido por uma regra convencional, e tenha afinidades e conexões com a interpretação, tal como é entendida noutras disciplinas, permanece o facto de que, se houver quaisquer sistemas jurídicos em que o critério interpretativo holístico de Dworkin seja efectivamente usado para identificar princípios jurídicos, poderá perfeitamente suceder que, em tais sistemas, o critério seja conferido por uma regra convencional de reconhecimento. Mas uma vez que não há sistemas jurídicos reais em que seja usado este critério plenamente holístico, mas ape-

<sup>1</sup> *Assumptions*, no original.

<sup>2</sup> [LE, 401.]

<sup>3</sup> LE, 67.

<sup>3</sup> LE, 53.

nas sistemas, como o direito inglês e o direito americano, em que são levados a cabo exercícios mais modestos de interpretação construtiva, em casos como o de *Donoghue vs. Stevenson*, para identificar princípios jurídicos latentes, a única questão a considerar é a de saber se tais exercícios devem ser entendidos como a aplicação de um critério fornecido por qualquer regra convencional de reconhecimento ou de outra qualquer forma, e, se tal assim suceder, qual é o seu estatuto jurídico.

## 5. Direito e moral

### (i) *Direitos e Deveres*

Sustento neste livro que, embora haja muitas conexões contingentes diferentes entre o direito e a moral, não há conexões conceptuais necessárias entre o conteúdo do direito e o da moral, e daí que possam ter validade, enquanto regras ou princípios jurídicos, disposições moralmente iníquas. Um aspecto desta forma de separação do direito e da moral é o de que pode haver direitos e deveres jurídicos que não têm qualquer justificação ou eficácia morais. Dworkin tem rejeitado esta ideia, em benefício do ponto de vista (derivado, em última instância, da sua própria teoria interpretativa do direito) de que deve haver, pelo menos, fundamentos morais indiciários<sup>(4)</sup> para as afirmações de existência de direitos e deveres jurídicos. Por isso, ele encara a ideia de que «os direitos jurídicos devem ser entendidos como [uma] espécie de direitos morais» como um elemento «crucial»<sup>1</sup> na sua teoria jurídica e diz que a doutrina positivista oposta pertence «ao mundo concreto do essencialismo jurídico»<sup>2</sup>, no qual só nos é dado conhecer, de forma pré-analítica, que pode haver direitos e deveres jurídicos sem qualquer fundamento ou eficácia morais. É importante, segundo penso, para a compreensão do tipo de contribuição que uma Teoria Geral do Direito<sup>(5)</sup>, geral e descritiva, pode dar para a compreensão do direito, ver que, sejam quais forem os méritos da sua teoria geral interpretativa, a crítica de Dworkin da doutrina de que os direitos e deveres jurídicos podem estar privados de eficácia ou justificação morais é errada. É-o pelas seguintes razões: os direitos e deveres jurídicos

<sup>(4)</sup> *Prima facie*, no original inglês.

<sup>(5)</sup> *Jurisprudence*, no original inglês.

<sup>1</sup> RDCJ, 260.

<sup>2</sup> RDCJ, 259.

são o ponto em que o direito, com os seus recursos coercivos, respectivamente protege a liberdade individual e a restringe, ou confere aos indivíduos, ou lhes nega, o poder de, eles próprios, recorrerem ao aparelho coercivo do direito. Assim, quer as leis sejam moralmente boas ou más, justas ou injustas, os direitos e os deveres requerem atenção como pontos focais nas actuações do direito, que se revestem de importância fundamental para os seres humanos, e isto independentemente dos méritos morais do direito. Por isso, é falso que as afirmações de direitos e deveres jurídicos só possam fazer sentido no mundo real se houver algum fundamento moral para sustentar a afirmação da sua existência.

### (ii) *A Identificação do Direito*

A diferença mais fundamental, no que respeita às conexões entre o direito e a moral, entre a teoria jurídica desenvolvida neste livro e a teoria de Dworkin respeita à identificação do direito. Segundo a minha teoria, a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados por referência às fontes sociais do direito (por exemplo, legislação, decisões judiciais, costumes sociais), sem referência à moral, excepto quando o direito assim identificado tenha, ele próprio, incorporado critérios morais para a identificação do direito. Na teoria interpretativa de Dworkin, por outro lado, todas as proposições de direito, que afirmam qual é o direito em certa matéria, envolvem necessariamente um juízo moral, uma vez que, segundo a sua teoria interpretativa holística, as proposições de direito são verdadeiras apenas se, juntamente com outras premissas, decorrerem daquele conjunto de princípios, os quais melhor se ajustam a todo o direito estabelecido, identificado por referência às fontes sociais do direito, e lhe conferem a melhor justificação moral. Esta teoria interpretativa globalmente holística tem, por isso, uma dupla função: serve não só para identificar o direito, como também para lhe conferir justificação moral.

Tal era a teoria de Dworkin, aqui sumariamente descrita, antes da introdução por ele, na obra *Law's Empire*, da distinção entre direito «interpretativo» e direito «pré-interpretativo». Considerada como uma alternativa à teoria positivista de que a existência e o conteúdo do direito podem ser identificados sem referência à moral, a teoria de Dworkin, tal como se achava originariamente estabelecida, era vulnerável à seguinte crítica. Quando o direito identificado por referência às suas fontes sociais é moralmente iníquo, os princípios que conferem a melhor «justificação» para ele só podem ser os

menos iníquos dos princípios que se ajustariam ao direito. Mas os tais princípios menos iníquos não podem ter eficácia justificativa e não podem constituir qualquer limite ou constrangimento moral, relativamente àquilo que vale como direito, e, uma vez que eles não podem deixar de ajustar-se a qualquer sistema jurídico, por mais perverso que seja, a teoria que pretende identificar o direito por referência a eles é insusceptível de se distinguir da teoria positivista de que o direito pode ser identificado sem referência à moral. Os princípios que são moralmente correctos, segundo os padrões daquilo a que Dworkin tem chamado a «moral de base»<sup>1</sup>, e não apenas os mais correctos, do ponto de vista moral, desses princípios que se ajustam ao direito, podem, de facto, criar limites ou constrangimentos morais sobre aquilo que vale como direito. Não discordo, de modo algum, de tal proposição, mas ela é plenamente compatível com a minha pretensão de que o direito pode ser identificado sem referência à moral.

Ao introduzir a sua distinção mais recente entre direito interpretativo e pré-interpretativo, Dworkin concede que pode haver sistemas jurídicos tão perversos que nenhuma interpretação das suas leis, que poderíamos achar moralmente aceitável, seja possível. Quando isto é assim, podemos, como ele explica, recorrer àquilo a que chama «cepticismo interno»<sup>2</sup> e negar que tais sistemas sejam direito. Mas, uma vez que os nossos recursos para descrever tais situações são altamente flexíveis, não estamos vinculados a chegar a tal conclusão, quando podemos, em vez disso, dizer que os sistemas jurídicos, por mais perversos que sejam, são direito num sentido pré-interpretativo<sup>3</sup>. Por isso, não somos forçados a afirmar mesmo quanto às piores leis nazis que não são direito, uma vez que podem diferir apenas no seu conteúdo moralmente iníquo das leis de regimes moralmente aceitáveis, enquanto partilham com estas de muitos dos aspectos distintivos do direito (por ex., formas de criação do direito, formas de julgamento e de execução). Pode haver razões suficientes para desconsiderar, em muitos contextos e para muitos fins, a diferença moral e dizer, com os positivistas, que tais sistemas perversos são direito. A isto Dworkin só acrescentaria, como se fosse uma apostilha que manifesta adesão geral ao seu ponto de vista interpretativo, que tais sistemas perversos são direito apenas num sentido pré-interpretativo.

<sup>1</sup> *Background morality*, no original inglês.

<sup>2</sup> [TRS 112, 128 e veja-se TRS, 93.]

<sup>3</sup> LE, 78-9.

<sup>4</sup> [LE, 103.]

Acho que este apelo à flexibilidade da nossa linguagem e a introdução neste ponto da distinção entre direito interpretativo e pré-interpretativo só dão razão à posição dos positivistas, em vez de a enfraquecerem. Porque pouco mais fazem do que transmitir a mensagem de que, enquanto ele insiste que, numa Teoria Geral do Direito<sup>(1)</sup> descritiva, o direito pode ser identificado sem referência à moral, as coisas são diversas para uma Teoria Geral do Direito<sup>(2)</sup> interpretativa e justificativa, segundo a qual a identificação do direito envolve sempre um juízo moral acerca do que melhor justifica o direito estabelecido. Esta mensagem, claro, não dá nenhuma razão ao positivista para abandonar o seu empreendimento descritivo, nem tem tal finalidade, mas mesmo essa mensagem tem de ser adjectivada, porque o direito pode ser tão perverso que se justifique o «cepticismo interno», caso em que a interpretação do direito não envolve qualquer juízo moral e deve abandonar-se<sup>3</sup> a interpretação, tal como Dworkin a entende.

Uma alteração adicional introduzida na sua teoria interpretativa influencia, de forma importante, a sua concepção de direitos jurídicos. Na sua teoria holística, segundo a exposição original da mesma, a identificação do direito e a sua justificação são ambas tratadas como decorrendo de todos aqueles princípios que melhor se ajustam a todo o direito estabelecido de um sistema e melhor o justificam. Tais princípios têm, por isso, como eu disse, uma dupla função. Mas, uma vez que o direito estabelecido de um sistema pode ser tão perverso que nenhuma interpretação globalmente justificativa do seu direito seja possível, Dworkin observou que estas duas funções podem vir a separar-se, deixando os princípios de direito apenas identificados sem referência a qualquer moral. Mas tal direito não pode estabelecer quaisquer direitos subjectivos que tenham a força indiciária que Dworkin pretende que todos estes direitos têm. Contudo, como Dworkin reconheceu mais tarde, mesmo quando o sistema é tão corrompido que nenhuma interpretação moral ou justificativa do direito como um todo é possível, pode haver ainda situações em que se possa dizer que os indivíduos têm direitos subjectivos com, pelo menos, eficácia moral indiciária<sup>4</sup>. Isso seria assim quando o sistema contenha leis (por exemplo, as relativas à formação e execução dos contratos) que podem não ser afectadas pela maldade geral do sistema e os indivíduos podem ter confiado nessas leis para planear as suas vidas ou dispor de propriedade. Para atender a tais situações, Dworkin modifica a sua ideia originária de

<sup>(1)</sup> *Jurisprudence*, no original inglês.

<sup>2</sup> [LE. 105.]

<sup>3</sup> [LE. 105-6.]

que os direitos e deveres jurídicos com eficácia moral indiciária devem fluir de uma teoria geral do direito interpretativa, e reconhece tais situações como constituindo «regras especiais», independentemente da sua teoria geral, para atribuir aos indivíduos direitos jurídicos com alguma eficácia moral.

## 6. Poder discricionário judicial<sup>(1)</sup>

O conflito directo mais agudo entre a teoria jurídica deste livro e a teoria de Dworkin é suscitado pela minha afirmação de que, em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em tempos, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu *poder discricionário*<sup>(2)</sup> e *criar* direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente. Assim, em tais casos juridicamente não previstos ou não regulados, o juiz cria direito novo e aplica o direito estabelecido que não só confere, mas também restringe, os seus poderes de criação do direito.

Esta imagem do direito, como sendo parcialmente indeterminado ou incompleto, e a do juiz, enquanto preenche as lacunas através do exercício de um poder discricionário<sup>(3)</sup> limitadamente criador de direito, são rejeitadas por Dworkin, com fundamento em que se trata de uma concepção enganadora, não só do direito, como também do raciocínio judicial. Ele pretende, com efeito, que o que é incompleto não é o direito, mas antes a imagem dele aceite pelo positivista, e que a circunstância, de isto assim ser emergirá da sua própria concepção «interpretativa» do direito, enquanto inclui, além do direito estabelecido *explícito*, identificado por referência às suas fontes sociais, princípios jurídicos *implícitos*, que são aqueles princípios que melhor se ajustam ao direito explícito ou com ele mantêm coerência, e também conferem a melhor justificação moral dele. Neste ponto de vista interpretativo, o direito nunca é incompleto ou inde-

<sup>(1)</sup> *Discretion*, no original inglês.

<sup>2</sup> [Uma versão alternativa do parágrafo introdutório desta secção surge numa nota final.]

terminado, e, por isso, o juiz nunca tem oportunidade de sair do direito e de exercer um poder de criação do direito, para proferir uma decisão.

É, por isso, para esses princípios implícitos, com as suas dimensões morais, que os tribunais se deviam voltar nesses «casos difíceis», em que as fontes sociais do direito não conseguem determinar a decisão sobre certo ponto de direito.

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juizes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objecto de muitos constrangimentos que *estreitam a sua escolha*, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes do juiz são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são *intersticiais*, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juizes confrontados com casos difíceis semelhantes.

Contra a minha concepção dos tribunais, enquanto exercem um poder discricionário<sup>(1)</sup> tão limitado para resolver casos deixados incompletamente regulados pelo direito, Dworkin dirige três críticas principais. A primeira é a de que esta concepção é uma falsa descrição do processo judicial e do que os tribunais fazem nos «casos difíceis»<sup>1</sup>. Para demonstrar isto, Dworkin faz apelo à linguagem utilizada pelos juizes e pelos juristas para descrever a tarefa do juiz, e à fenomenologia da elaboração de decisões judiciais. É dito que os juizes, ao decidirem os casos, e os juristas, ao insistirem com eles para os decidirem a seu favor, não falam do juiz como estando a «criar» direito, mesmo em casos dotados de novidade. Mesmo nos mais difíceis desses casos, o juiz não denuncia, com frequência, qualquer consciência de que há, como os positivistas sugere-

rem, dois estádios completamente diferentes no processo de decisão: um em que o juiz descobre, em primeiro lugar, que o direito existente não consegue ditar uma decisão em qualquer sentido; e outro em que o juiz se afasta então do direito existente para criar direito para as partes *de novo* e *ex post facto*, em conformidade com a sua ideia do que é melhor. Em vez disso, os juristas dirigem-se ao juiz, como se este estivesse sempre preocupado em descobrir e dar execução ao direito existente e o juiz fala como se o direito fosse um sistema de direitos<sup>(2)</sup> sem lacunas, em que se aguarda a descoberta pelo juiz de uma solução para cada caso, e não a pura invenção de tal solução pelo mesmo juiz.

Não há dúvida de que a retórica familiar do processo judicial encoraja a ideia de que não existem, num sistema jurídico desenvolvido, casos juridicamente não regulados. Mas com que grau de seriedade se deve aceitar tal ideia? Há, claro, uma longa tradição europeia e uma doutrina de divisão de poderes que dramatizam a distinção entre o Legislador e o Juiz e insistem em que o Juiz deve aparecer, em qualquer caso, como sendo aquilo que é, quando o direito existente é claro, ou seja, um mero «porta-voz» do direito, que ele não cria ou molda. Mas é importante distinguir a linguagem ritual utilizada pelos juizes e juristas, quando os primeiros decidem os casos nos tribunais, das suas afirmações mais reflexivas sobre o processo judicial. Juizes da estatura de Oliver Wendell Holmes e de Cardozo, nos Estados Unidos, ou de Lorde Macmillan, de Lorde Radcliffe ou de Lorde Reid, na Inglaterra, e um conjunto de outros juristas, não só académicos como práticos, têm insistido em que há casos deixados incompletamente regulados pelo direito, em que o juiz tem uma tarefa inevitável, embora «intersticial», de criação de direito, e que, tanto quanto diz respeito ao direito, muitos casos podiam ser decididos num sentido ou noutro.

Uma consideração principal ajuda a explicar a resistência à pretensão de que os juizes, por vezes, não só criam, como aplicam direito, e elucida também os principais aspectos que distinguem a criação de direito judicial da criação pelo órgão legislativo. Trata-se da importância caracteristicamente ligada pelos tribunais, quando decidem casos não regulados, ao procedimento por analogia, de forma a assegurarem que o novo direito que criam, embora *seja* direito novo, está em conformidade com os princípios ou razões subjacentes, reconhecidos como tendo já uma base no direito existente. É verdade que, quando certas leis ou precedentes concretos se revelam indeterminados, ou quando o direito explícito é omissivo, os

<sup>(1)</sup> *Discretionary power*, no original inglês.

<sup>1</sup> [TRS, 81; cfr. LE, 37-9.]

<sup>(2)</sup> *Entitlements*, no original inglês.

juízes não repudiam os seus livros de direito e desatam a legislar, sem a subsequente orientação do direito. Muito frequentemente, ao decidirem tais casos, os juízes citam qualquer princípio geral, ou qualquer objectivo ou propósito geral, que se pode considerar que determinada área relevante do direito exemplifica ou preconiza, e que aponta para determinada resposta ao caso difícil que urge resolver. Isto, na verdade, constitui o próprio núcleo da «interpretação construtiva» que assume uma feição tão proeminente na teoria do julgamento de Dworkin. Mas embora este último processo, seguramente, o retarde, a verdade é que não elimina o momento de criação judicial de direito, uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes, e um juiz terá frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz. Só se, para tais casos, houvesse sempre de se encontrar no direito existente um determinado conjunto de princípios de ordem superior atribuindo ponderações ou prioridades relativas a tais princípios concorrentes de ordem inferior, é que o momento de criação judicial de direito não seria meramente diferido, mas eliminado.

As outras críticas de Dworkin à minha concepção de poder discricionário<sup>(\*)</sup> judicial condenam esta última, não por ser descritivamente falsa, mas por dar apoio a uma forma de criação de direito que é antidemocrática e injusta<sup>1</sup>. Os juízes não são, em regra, eleitos e, numa democracia, segundo se alega, só os representantes eleitos do povo deveriam ter poderes de criação do direito. Existem muitas respostas a esta crítica. Que aos juízes devem ser confiados poderes de criação do direito para resolver litígios que o direito não consegue regular, pode ser encarado como o preço necessário que se tem de pagar para evitar o inconveniente de métodos alternativos de regulamentação desses litígios, tal como o reenvio da questão ao órgão legislativo, e o preço pode parecer baixo se os juízes forem limitados no exercício destes poderes e não puderem modelar códigos ou amplas reformas, mas apenas regras para resolver as questões específicas suscitadas por casos concretos. Em segundo lugar, a delegação de poderes legislativos limitados ao Executivo constitui um traço familiar das democracias modernas e tal delegação ao Poder Judiciário não parece constituir uma ameaça mais séria à democracia. Em ambas as formas de delegação, um órgão legisla-

tivo eleito terá normalmente um controlo residual e poderá revogar ou alterar quaisquer leis autorizadas que considere inaceitáveis. É verdade que quando, como nos E.U.A., os poderes do órgão legislativo são limitados por uma constituição escrita e os tribunais dispõem de amplos poderes de fiscalização da constitucionalidade das leis<sup>(2)</sup>, um órgão legislativo *democraticamente eleito* pode encontrar-se na situação de não poder modificar um acto de legislação judicial. Então, o controlo democrático em última instância só pode ser assegurado através do dispositivo complexo da revisão constitucional. Isso é o preço que tem de pagar-se pela consagração de limites jurídicos ao poder político<sup>(3)</sup>.

Dworkin formula uma outra acusação de que a criação judicial do direito é injusta e condena-a como uma forma de legislação retroactiva ou de criação de direito *ex post facto*, a qual é, com certeza, considerada, de forma geral, como injusta. Mas a razão para considerar injusta a criação de direito reside em que desaponta as expectativas justificadas dos que, ao agirem, confiaram no princípio de que as consequências jurídicas dos seus actos seriam determinadas pelo estado conhecido do direito estabelecido, ao tempo dos seus actos. Esta objecção, todavia, mesmo que valha contra uma alteração retroactiva do direito por um tribunal, ou contra um afastamento do direito estabelecido, parece bastante irrelevante nos casos difíceis, uma vez que se trata de casos que o direito deixou regulados de forma incompleta e em que não há um estado conhecido do direito, claramente estabelecido, que justifique expectativas.

<sup>(\*)</sup> *Discretion*, no original inglês.

<sup>1</sup> [TRS. 84-5.]

<sup>(2)</sup> *Extensive powers of review*, no original inglês.

<sup>(3)</sup> *Government*, no original inglês.

## ÍNDICE ALFABÉTICO

(N.B. — As referências às páginas subsequentes à pág. 255 são feitas para as Notas)

- África do Sul*, problemas constitucionais da, 80-82, 132-133, 167, 217, 280, 293.
- Agnelli, A., 262.
- Ago, 275, 280, 292.
- Alemanha,  
nazi, 217, 224.  
renascimento dos argumentos de Direito Natural no pós-guerra, 224-227, 287-290.
- Allen, C. K., 276-277.
- Alteração, regra de, 105-108; veja-se Legislação.
- Ames, J. B., 289.
- Analogia, 20, 91.
- Anzilotti, D., 292.
- Aristóteles, 177, 207, 252, 284, 287, 288.
- Atkin, Lorde, 326.
- Austin, John, 5, 11, 12, 21, 23, 24, 25, 27 n., 29, 31, 69, 72, 83, 91, 162, 223, 277, 256, 258, 260, 284, 286, 288, 289, 292, 306.
- Austin, J. L., 19, 258, 287.
- Autoridade, 24-25, 108.  
legislativa, 67-72, 79, 86.  
distinta de poder, 67, 217, 218-220.
- Baier, K., 267, 273, 289.
- Benn, S. I. e Peters, R. S., 284, 285, 287, 289.
- Bentham, Jeremias, 21, 72, 203, 227, 253, 260, 266, 267, 272, 287-288, 306, 335.
- Blackstone, 203, 287-288.
- Bohnert, H. G., 259.
- Bradley, F. H., 285.
- Brierly, J. L., 290, 291.
- Broad, C. D., 272.
- Buckland, W. W., 263, 266.
- Campbell, A. H., 266, 272, 290, 293.
- Cardoso, B., 337.
- Carta das Nações Unidas*, 233, 249, 290.
- Cattaneo, M., 278.
- Certeza do Direito*, veja-se Incerteza.
- Cohen, L.J., 258, 272.
- Cohen, M., 303.
- Coleman, J., 312, 328.
- Comandos*, 21, 24-25; veja-se Comandos Tácitos; Imperativos; Ordens.
- Comandos ou Ordens Tácitas*, 52-55, 73-75, 87, 90, 241, 268, 270.
- Comunidade Britânica*, aparecimento de sistemas jurídicos independentes na, 131-134, 273; veja-se Direito Constitucional; Estatuto de Westminster.
- Conceptualismo*, 135, 142-143, 280; veja-se Formalismo.
- Contratos*, 13, 35, 46, 49, 106; veja-se Promessas.
- Convenções da Constituição Britânica*, 122, 278.
- Costume*, estatuto jurídico do, 53-57, 73, 77, 101, 267, 273; veja-se Comando Tácito; Regras primárias.
- Cowen, D.V., 283.
- Cross, R., 241.
- D'Entrèves*, 287.
- Daube, D., 263.
- Definição*, 18-22; de direito, 10, 223-228, 229-231, 258-259.
- Del Vecchio*, G., 284.
- Democracia*:  
legisladores numa, 69.  
Soberano numa, 59, 83-85.
- Deveres*, 12, 34, 39-41, 48-50, 185-186.  
distinção de incapacidade, 78-80.  
natureza das regras que impõem, 97.  
e obrigação, 263.  
e predição, 266-267.  
Veja-se Obrigações; Regras.

- Devlin, L.J.*, 287.  
*Dewey, J.*, 280.  
*Diamond, A.S.*, 273.  
*Dicey, A.V.*, 122, 165, 278.  
*Dickinson, J.*, 272, 276-277.  
**Direito Constitucional:**  
 como moral positiva, 5.  
 restrições sobre o órgão legislativo, 76-77, 80-87, 270-271.  
 revisão da constituição, 72-73, 88, 271.  
*Veja-se:* África do Sul; Estados Unidos; Limitações Jurídicas; Órgão Legislativo; Parlamento; Reconhecimento, Regra de.  
*Direito Criminal*, 10-12, 13, 30, 34, 37, 39, 46, 47, 48, 89, 97.  
*Direito Internacional*, 7, 8, 77, 89, 130, 133, 170, 193, 212, 214-215, 229-263, 290-293.  
*Direito Natural*, 12, 170, 196, 216, 287-289.  
 conceito de natureza no, 204-207.  
 conteúdo mínimo do, 209-216.  
 renascimento na Alemanha do pós-guerra, 224-228, 289-290.  
*Direito Primitivo*, 7-8, 94, 101-102, 170, 273.  
*Direitos subjectivos*, 11-12, 94, 101-102, 170, 273.  
**Discricionariedade:**  
 de corpos criadores de direito, 144.  
 do marcador num jogo, 156-159.  
 dos Tribunais, 155-161.  
*Dixon, Sir O.*, 279, 283.  
*Dworkin, R. M.*, 293, 299 a 339.  
  
*Eficácia do Direito*, 115-116, 277.  
*Eleitorado como soberano*, 56, 82-87, 271.  
*Estado*, 59, 62, 108, 211-220, 236-243, 291.  
*Estados Unidos da América*, Constituição dos, 17, 45, 81, 82, 83, 84, 87, 118, 159-160, 271.  
*Estatuto de Westminster*, 165, 283.  
*Evans-Pritchard, E. E.*, 273.  
**Existência:**  
 de uma regra, 120-121.  
 de um sistema jurídico, 69-70, 124-129, 278-279.  
  
*Ficção implicada nas regras*, 16.  
*Fitzmaurice, G. G.*, 290.  
*Fontes de Direito*, 106-108, 112, 117, 276-277; *veja-se* Reconhecimento, Regra de; Validade.  
  
**Formalismo**, 137-168, 280-281; *veja-se* Conceptualismo.  
*Frank, Jerome*, 256, 266, 270, 282.  
*Frankfurter, F.*, 271.  
*Friedmann, W.*, 283, 285.  
*Fuller, L. L.*, 225 n. 1, 289, 299.  
**Funcionários**, 26-27, 47, 69-70, 101-109, 124-129.  
  
*Gavison, R.*, 299, 301, 305.  
*Ghil, I.*, 290, 291, 292.  
*Gluckmann, M.*, 273.  
*Goodhart, A. L.*, 278, 289.  
*Gray, J. C.*, 5, 154, 223, 255, 269, 270.  
*Grice, P.*, 260.  
*Grócio*, 287.  
  
**Hábitos e regras**, 14-18, 64-70, 269; *veja-se* Obediência; Regras.  
*Hägerström, A.*, 257, 260, 268, 272.  
*Hall, J.*, 286.  
*Hand, Learned*, 266.  
*Hendel*, 283.  
*Hare, R. M.*, 259, 277, 284.  
*Hart, H. L. A.*, 225 n.º 1, 257, 258, 260, 261, 264, 269, 272, 273, 278, 280, 281, 284, 287, 289, 290, 299, 300, 303, 305, 308.  
*Hastie*, 286.  
*Hoadly, Bispo*, 154, 159.  
*Hobbes, I.*, 72, 207, 270, 284, 288.  
*Hofstadter, A. e Mckinvey, J. C. C.*, 259.  
*Hohfeld, W. N.*, 270.  
*Holmes, O. W. J.*, 6, 12, 255, 266, 272, 282, 337.  
*Honoré, A. M.*, 281.  
*Huckleberry Finn*, 216, 288.  
*Hughes, C. E., C. J.*, 283.  
*Hughes, G.*, 278, 286.  
*Hume, D.*, 208, 288.  
*Hutcheson, J. C.*, 282.  
  
**Imperativos**, variedades de, 23-25, 259-262.  
*Veja-se:* Comandos; Comandos Tácitos; Ordens.  
**Impostos contrastados com punições**, 47.  
**Incerteza:**  
 de regras jurídicas, 17, 134-147, 161-167.  
 do precedente, 138, 147-149.  
*Veja-se* Textura aberta.  
**Independência:**  
 de um Estado, 21, 22, 131-133, 279.  
 de um sistema jurídico, 237-243.

- Interpretação*, 220, 231, 326 a 331.  
*Iraque*, 242.  
*Israel*, 242.  
  
*Jackson, H.*, 284.  
*Jellinek, G.*, 291.  
*Jenks, E.*, 263.  
*Jennings, R.*, 292.  
*Jennings, W. Ivor*, 270.  
*Jensen, O. C.*, 281.  
*Jessup, P. C.*, 291.  
**Jogos:**  
 aspecto interno das regras dos, 65-66.  
 definição de, 258-259.  
 discricionariedade do marcador e Teoria de que o direito é o que os Tribunais decidem, 156-160.  
 movimentar peças no xadrez e obediência às regras, 153-154.  
 persistência do direito ilustrada pela decisão do árbitro nos, 72.  
 regra de marcação nos, 42-43, 68, 113.  
 teoria de que todas as regras são dirigidas a funcionários, aplicada a, 48-49, 254-255.  
 variedade de regras nos, 13, 38.  
  
*Jones, J. W.*, 280.  
**Juiz:**  
 poderes do, 35-37, 50, 106-107.  
 deveres do, 36-37.  
*Veja-se* Tribunais.  
**Julgamento**, regras de, 106-108; *veja-se* Juízes, Tribunais.  
**Jurisdição**, 36-37, 44-45, 106, 107; *veja-se* Tribunais.  
**Justiça**, 11, 169-181, 284-285.  
 na distribuição, 12, 169-182, 284-285.  
 na indemnização, 178-181.  
 natural, 175, 222.  
  
*Kant, I.*, 286.  
*Kantorowicz, H.*, 258, 282, 286.  
*Kelsen, H.*, 6, 23, 44-45, 223, 251, 255, 256, 264, 266, 267, 268, 275, 276, 278, 279, 280, 288, 291, 294; *veja-se* Reconhecimento, Regra de.  
  
*Kenny*, 286.  
  
*Lamont, W. D.*, 289.  
*Latham, R. T.*, 289.  
*Lauterpacht, H.*, 294, 295.

- Legislação*, 27-28, 38-39, 108-109, 261-262, 268-269.  
 autovinculativa, 51-52, 267.  
 autoridade da, 63-64, 67-72, 268-269.  
 dependência da linguagem, 137-142.  
 e direito internacional, 245-247, 249, 294.  
 limites jurídicos sobre a, 75-80.  
 e moral, 189-193, 245, 247.  
 modo e forma de, 76-77, 78, 81, 163-165, 270-271.  
*Leis do Parlamento de 1911 e 1949*, 165.  
*Leis como meras fontes de direito*, 6, 74-75, 150-151.  
*Levi, E.*, 280.  
*Liga das Nações*, 233.  
**Limitações jurídicas sobre o órgão legislativo**, 75-80, 83-84, 86-87, 117-118.  
**Linguagem normativa**, 66, 95-96, 129; *veja-se* Obrigações; Regras.  
*Llewellyn, K.*, 5, 152, 256, 273.  
*Llewellyn, K., e Hoebel, E. A.*, 273.  
*Lyons, D.*, 328  
  
*Mackie*, 283.  
*MacCormick, Neil*, 304.  
*Macmillan, Lorde*, 337.  
*Malinowski, B.*, 270, 273.  
*Marshall, G.*, 257, 270, 278, 279, 283.  
*McNair*, 278.  
*Melden, A.*, 261, 264, 272, 285.  
*Mill, J. S.*, 203, 288.  
*Miller*, 282.  
*Montesquieu*, 203.  
*Moore, M.*, 303.  
**Moral:**  
 e direito, 11-12, 22, 96, 201-228.  
 caracterização da, 169-199, 243-248, 285-286.  
 obrigações da, 184-197.  
 «carácter interno» da, 186-188, 195.  
 importância da, 188-189.  
 imunidade da alteração deliberada, 189-193.  
 e acção voluntária, 193-195.  
 pressão social a apoiar a, 195.  
 ideais da, 196-197.  
 formas pessoais de, 198-199.  
 e interesses humanos, 196-197.  
 e crítica do direito, 169-182, 197-198, 221-222.  
 e validade jurídica, 216-228.  
 e desenvolvimento do direito, 220, 288-289.

e direito internacional, 243-248.  
*Veja-se* Direito Natural.

*Morison, W. L.*, 262, 267, 268.

*Negligência*, 145-146.

*Norma fundamental*, vejam-se Kelsen, H. e Reconhecimento, Regra de.

*Nowell-Smith, P.*, 272.

*Nuer, O.*, 273.

*Nulidade*, 35, 37-39, 41-43, 57, 266.

*Obediência*, 24, 38, 39.  
 hábito de, 29-30, 59-60, 84, 86.  
 e continuidade da autoridade legislativa, 60-70.  
 e persistência das leis, 70-75.  
 e existência de um sistema jurídico, 123-129; *veja-se* Hábito.

*Obrigaçào*, 10-12, 34, 52, 94-101, 263-264.  
 análise da, em termos de regras, 92-101, 272.  
 e sentimentos de compulsão, 97-98, 152, 272.  
 e predição da sanção, 14-16, 93-96, 98-101, 151-152.  
 ter uma, distinção de ser obrigado, 92-93, 101, 261.  
 moral e jurídica, 182-195.  
 no direito internacional, 232-243.  
 e dever, 263-264.

*Olivecrona, K.*, 257.

*Ordens*:  
 baseadas em ameaças ou coercivas, 11, 21, 24, 26-31.  
 e regras que conferem poderes, 34-39.  
 e legislação, 51.  
 inadequação das, para a análise do direito, 56-57, 89-90.  
*Veja-se*: Imperativos; Comandos; Comando Tácito; Regras.

*Órgão legislativo*, 8, 56-57, 262; *veja-se* Legislação; Soberano.

*Pappe, H.*, 289-290.

*Parlamento*, 31, 118-119.  
 soberania do, 76, 83-87, 118-119, 122-123, 162-165, 262, 270-271, 283.  
 e Comunidade Britânica, 131-132, 297-280.

*Payne, D. J.*, 268.

*Perelman, Ch.*, 284.

*Piddington, R.*, 270.

*Platão*, 177, 202.

*Poderes, veja-se* Regras que conferem poderes.

*Pontos de vista internos e externos*, 99-101, 303-304; *veja-se* Regras, aspecto interno das.

*Positivismo jurídico*, 12, 201-202, 223-224, 227, 287-288.

*Pound, R.*, 280, 289.

*Precedente*, 137-139, 140, 147-148, 168, 281, 282.

*Promessas*, 41, 51-52, 213, 240-241.

*Prosser, W. L.*, 285.

*Punição*, 11-12, 14-15, 34, 41, 43, 46-47, 100, 187-188, 195; *veja-se* Sanção; Direito Criminal.

*Radbruch, G.*, 289.

*Radcliffe, Lorde*, 337.

*Raphael, D.*, 284.

*Rawls, J.*, 284, 308.

*Raz, J.*, 316, 324.

*Realismo Jurídico*, 74, 149-161, 270, 282.

*Reconhecimento, Regra de*, 104-105, 106-107, 111-121, 274-276, 278.  
 incerteza da, 132-133, 134-135, 161-168.  
 e tribunais, 127-129.  
 no Direito Internacional, 250-252, 292-293.  
*Veja-se* Kelsen; validade.

*Regras*:  
 variedade de, 12-13, 34-41, 184-185.  
 que conferem poderes, distintas das regras que impõem obrigações ou deveres, 33-57, 90-91, 264, 267.  
 contrastadas com hábitos, 13-15, 64-70, 269-270.  
 aspecto interno das, 65-66, 98-101, 108, 113-114, 115, 119, 128, 218, 269-270, 272-273.  
 cepticismo sobre a existência das, 15-17, 137-168.  
 e obrigações, 95-101.  
 e predições, 150-161.  
 funções sociais diferentes, 46-50, 264-265.  
 aceitação das, 64-70, 125-129.  
 primárias, regime das, 101-103.  
 o Direito como combinação de regras primárias e secundárias, 89-109, 129.  
 distinção de padrões variáveis, 144-147, 281-282.

conexão com a justiça, 174-175; 222-223.  
*Veja-se* Reconhecimento, Regra de; Linguagem normativa.

*Reid, Lorde*, 337.

*Responsabilidade civil*, normas de, 34, 285, 286-287.

*Responsabilidade objectiva*, 181, 187-188, 193-195.

*Revolução*, 129-130, 278.

*Robinson, R.*, 257.

*Ross, A.*, 264, 266, 272, 278, 284.

*Ryle, G.*, 258.

*Salmond, J.*, 264, 274, 276.

*Sanção*, 34, 40-42, 43-45, 46-47, 57, 107, 213-216, 273, 290-291; *veja-se* Nulidade; Ordens.

*Sankey, Lorde*, 165.

*Santo Agostinho*, 12 n., 18, 170.

*São Tomás de Aquino*, 12 n., 207, 287.

*Schulz, F.*, 273.

*Schwartz, B.*, 282.

*Scott, J. B.*, 292.

*Sidgwick, H.*, 268, 270, 285.

*Sistema jurídico*:  
 existência de, 69-70, 124, 129, 269, 274.  
 distinção de um conjunto de regras isoladas, 102-104, 250-253.  
 interrupção do, 130-131.  
 emergência de novos sistemas, 131-133.  
 colapso parcial do, 133-134.  
*Veja-se* Revolução.

*Soberania dos Estados*, 236-243, 291.

*Soberano*, 31-34, 59-87, 161-167, 239-243, 268-269.

*Soper, E.*, 312, 328.

*Starke, J. G.*, 291.

*Stone, J.*, 268.

*Strawson, P. F.*, 285.

*Suíça*, Constituição da, 81, 271.

*Teoria jurídica*, 1-2, 5-6, 20-22.  
 enquanto avaliadora e interpretativa, 301-305, 309-310, 332, 334.  
 enquanto descritiva, 1, 301, 303-305.  
 enquanto geral, 300-301, 303, 305.  
 enquanto semântica, 305-309.

imperativa, 2, 305. *Veja-se* Ordens.  
*Veja-se* Direito Natural;  
 Positivismo Jurídico.  
 Realismo Jurídico.

*Teoria jurídica escandinava*, 15, 357; *veja-se* Hägerström; Olivecrona.

*Testamentos*, 13, 17, 35, 36, 40, 42-43, 49, 106.

*Textura aberta do Direito*, 135, 140-149, 256, 280.

*Tribunais*, 6, 9, 36-37, 48, 150.  
 e regra de reconhecimento, 74, 125-129, 162, 167-168.  
 função criadora dos, 144-149, 155-161.  
 definitividade e infalibilidade, 155-161.  
*Veja-se* Juiz; Julgamento; Precedente; Realismo.

*Triepel, H.*, 291.

*Trucker, R. W.*, 291, 292.

*Twain, Mark*, 288.

*Urmson, J. O.*, 285.

*Validade*:  
 das leis, 78-79, 108-109, 111-121, 216, 279-280.  
 de regras moralmente iníquas, 223-228.  
*Veja-se* Reconhecimento, Regra de.

*Van Kleffens, E. N.*, 291.

*Wade, H. W. R.*, 278, 283.

*Waismann, F.*, 280.

*Waluchow, W. J.*, 324.

*Warren, S. D. e Brandeis, L. D.*, 285.

*Wechsler, H.*, 289.

*Wedberg, A.*, 273.

*Wheare, K. C.*, 271, 278, 279, 283.

*Whitely*, 285.

*Williams, Glanville L.*, 256, 258, 285, 290.

*Williams, John Fischer*, 291, 292.

*Winch, P.*, 270, 280.

*Wisdom, J.*, 256.

*Wittgenstein, L.*, 258, 280.

*Wollheim, R.*, 258.

*Zorn, P.*, 291.

## ÍNDICE GERAL

	Pg.
Prefácio .....	1
I. QUESTÕES PERSISTENTES .....	5
1. Perplexidade da teoria jurídica .....	5
2. Três questões recorrentes .....	10
3. Definição .....	18
II. LEIS, COMANDOS E ORDENS .....	23
1. Variedades de imperativos .....	23
2. O Direito enquanto ordens coercivas .....	26
III. A DIVERSIDADE DAS LEIS .....	33
1. O conteúdo das Leis .....	34
2. O campo de aplicação .....	50
3. Modos de origem .....	53
IV. O SOBERANO E O SÚBDITO .....	59
1. O hábito de obediência e a continuidade do Direito .....	60
2. A persistência do Direito .....	70
3. Limitações jurídicas ao Poder Legislativo .....	75
4. O Soberano para além do Poder Legislativo .....	80
V. O DIREITO COMO UNIÃO DE REGRAS PRIMÁRIAS E SECUNDÁRIAS ..	89
1. Um começo renovado .....	89
2. A ideia de obrigação .....	92
3. Os elementos do Direito .....	101
VI. OS FUNDAMENTOS DE UM SISTEMA JURÍDICO .....	111
1. A regra de reconhecimento e a validade jurídica .....	111
2. Novas questões .....	122
3. A patologia de um sistema jurídico .....	129

	Pg.
VII. FORMALISMO E CEPTICISMO ACERCA DAS REGRAS .....	137
1. A textura aberta do Direito .....	137
2. Variedades de cepticismo acerca das regras .....	149
3. Definitividade e infalibilidade na decisão judicial .....	155
4. Incerteza na regra de reconhecimento .....	161
VIII. JUSTIÇA E MORAL .....	169
1. Princípios de justiça .....	171
2. Obrigação moral e jurídica .....	182
3. Ideais morais e crítica social .....	196
IX. DIREITO E MORAL .....	201
1. Direito Natural e positivismo .....	201
2. O conteúdo mínimo do Direito Natural .....	209
3. Validade jurídica e valor moral .....	216
X. DIREITO INTERNACIONAL .....	229
1. Fontes de dúvida .....	229
2. Obrigações e sanções .....	232
3. Obrigação e soberania dos Estados .....	236
4. Direito Internacional e Moral .....	243
5. Analogias de forma e conteúdo .....	248
NOTAS .....	255
GLOSSÁRIO DE PALAVRAS E EXPRESSÕES LATINAS UTILIZADAS NA OBRA .....	295
PÓS-ESCRITO .....	299
Introdução .....	299
1. A natureza da teoria jurídica .....	300
2. A natureza do positivismo jurídico .....	306
i. O Positivismo como uma Teoria Semântica .....	306
ii. O Positivismo como uma Teoria Interpretativa .....	309
iii. O Positivismo Moderado .....	312
3. A natureza das regras .....	316
i. A Teoria das Regras da Prática .....	316
ii. Regras e Princípios .....	321
4. Os princípios e a regra do reconhecimento .....	326
<i>Pedigree</i> e Interpretação .....	326
5. Direito e moral .....	331
i. Direitos e Deveres .....	331
ii. A Identificação do Direito .....	332
6. Poder descritivo judicial .....	335
ÍNDICE ALFABÉTICO .....	341
ÍNDICE GERAL .....	347

Esta 3.<sup>a</sup> edição de O CONCEITO DE DIREITO,  
de Hart, foi impressa e brochada  
para a *Fundação Calouste Gulbenkian*  
nas oficinas de Espaço 2 Gráfico, Lisboa.  
A tiragem é de 3000 exemplares  
Maio de 2001