

UMA QUESTÃO DE PRINCÍPIO

Ronald Dworkin

Tradução
LUÍS CARLOS BORGES

Martins Fontes
São Paulo 2001

Índice

*Esta obra foi publicada originalmente em inglês (U.S.A.) com o título
A MATTER OF PRINCIPLE por Harvard University Press
Copyright © 1985 by Ronald Dworkin.
Publicado por acordo com Harvard University Press.
Copyright © 2000, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, para a presente edição.*

1ª edição
abril de 2000
2ª tiragem
agosto de 2001

Tradução
LUÍS CARLOS BORGES

Revisão técnica
Gildo Sá Leitão Rios
Revisão da tradução
Silvana Vieira
Revisão gráfica
Maria Luiza Frayet
Márcia da Cruz Nóbua Leme
Produção gráfica
Getulda Alves
Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Dworkin, Ronald
Uma questão de princípio / Ronald Dworkin, tradução Luís
Carlos Borges. – São Paulo : Martins Fontes, 2000. – (Justiça e
direito)

Título original: A matter of principle.
Bibliografia.
ISBN 85-336-1220-6

1. Direito – Filosofia 2. Direito e política 3. Jurisprudência 4. Po-
lítica e poder judiciário I. Título. II. Série.

00-0966

CDU-340-12

Índices para catálogo sistemático:

I Direito : Filosofia 340.12

Todos os direitos desta edição para o Brasil reservados à
Livraria Martins Fontes Editora Ltda.
Rua Conselheiro Ramalho, 330/340 01325-000 São Paulo SP Brasil
Tel. (11) 3241.3677 Fax (11) 3105.6867
e-mail: info@martinsfontes.com.br http://www.martinsfontes.com.br

Introdução VII

PARTE UM

O FUNDAMENTO POLÍTICO DO DIREITO

- | | |
|---------------------------------------------------|-----|
| 1. Os juizes políticos e o Estado de Direito..... | 3 |
| 2. O fórum do princípio..... | 41 |
| 3. Princípio, política, processo | 105 |
| 4. Desobediência civil e protesto nuclear | 153 |

PARTE DOIS

O DIREITO COMO INTERPRETAÇÃO

- | | |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| 5. Não existe mesmo nenhuma resposta certa em ca-
sos controversos?..... | 175 |
| 6. De que maneira o Direito se assemelha à literatura .. | 217 |
| 7. Interpretação e objetividade | 251 |

PARTE TRÊS

LIBERALISMO E JUSTIÇA

- | | |
|------------------------|-----|
| 8. O liberalismo | 269 |
|------------------------|-----|

Princípio, política, processo*

Nada tem mais importância prática imediata para um advogado que as regras que governam suas estratégias e manobras, e nada produz mais indagações profundas e filosóficas que a questão do que deveriam ser essas regras. Uma dessas questões é formulada rapidamente. As pessoas têm um direito profundo de não ser condenadas por crimes de que são inocentes. Se um promotor acusasse uma pessoa que ele soubesse ser inocente, não seria justificativa nem defesa dizer que condenar a pessoa pouparia à comunidade certo gasto ou que, de alguma outra maneira, promoveria o bem-estar geral. Mas, em alguns casos, é incerto se alguém é culpado ou inocente de algum crime. Decorre daí, do fato de que cada cidadão tem o direito de não ser condenado se for inocente, que ele tem direito aos processos mais exatos possíveis para pôr à prova sua culpa ou inocência, não importa quão dispendiosos esses processos possam ser para a comunidade como um todo?

Suponha (para colocar um argumento tosco) que os tribunais fossem marginalmente mais precisos se os júris fossem compostos por 25 e não por 12 jurados, embora os julgamentos se tornassem muito mais longos, as revisões de processo mais freqüentes, e todo o processo mais caro. Se continuarmos a usar apenas doze jurados para poupar a despesa extra, o resultado será que algumas pessoas serão condenadas, apesar de

* Publicado originalmente em *Crime, Proof and Punishment, Essays in Memory of Sir Rupert Cross* (Londres e Boston: Butterworths, 1981). © Ronald Dworkin.

inocentes. Essa decisão é um ato de injustiça para todos os que são julgados por um júri de doze?

Se for, devemos então reconhecer que nosso sistema penal – nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, assim como em toda a parte – é injusto e viola sistematicamente os direitos individuais. Pois os procedimentos que proporcionamos para pôr à prova a culpa ou inocência são menos exatos do que poderiam ser. Às vezes, fazemos isso simplesmente para economizar o dinheiro público e, às vezes, para assegurar diretamente algum benefício social específico, como proteger o poder da polícia de colher informações sem exigir que ela revele os nomes dos informantes quando a defesa solicita essa informação. Se isso não é injustiça sistemática, por que não o é?

Se as pessoas não têm direito aos julgamentos mais exatos possíveis, seja qual for o custo, então a que nível de exatidão elas têm direito? Devemos partir para o outro extremo, e sustentar que as pessoas acusadas de crime não têm direito a nenhum nível particular de exatidão? Essa seria nossa suposição se escolhêssemos os processos de julgamento e as normas sobre as provas baseados inteiramente nos cálculos de custo e benefício sobre o melhor benefício para a sociedade como um todo, equilibrando os interesses dos acusados com os interesses dos que ganhariam com a economia de recursos públicos para “maior bem do maior número”. Essa abordagem utilitarista seria compatível com nossa ardorosa declaração de que os inocentes têm direito de ser libertados? Se não, existe algum meio-termo disponível entre essas duas exigências extremas, de que um indivíduo tem direito aos processos mais exatos possíveis e de que ele não tem direito a absolutamente nada no que diz respeito a processos?

São questões difíceis. Não conheço nenhuma discussão sistemática a esse respeito na filosofia política. Em vez disso, elas foram deixadas à simples fórmula de que questões de prova e processo devem ser decididas encontrando-se “o equilíbrio correto” entre os interesses do indivíduo e os interesses da comunidade como um todo, o que meramente reformula o problema. Na verdade, é pior que uma mera reformulação, pois os

interesses de cada indivíduo já estão equilibrados com os interesses da comunidade como um todo, e a idéia de um equilíbrio adicional, entre seus interesses isolados e os resultados do primeiro equilíbrio, é, portanto, de difícil compreensão. Devemos tentar encontrar respostas mais úteis para nossas questões, inclusive, se possível, uma explicação de por que essa conversa de “equilíbrio correto” pareceu tão adequada. Mas vale a pena pararmos, primeiro, para observar como nossas questões estão ligadas a uma série de questões aparentemente diferentes, teóricas e práticas, do direito referente às provas.

As questões sobre substância e processo no Direito penal surgem também no Direito civil, e, embora nesse caso o conflito entre questões de interesse individual e público talvez seja menos dramático, é mais complexo. Quando uma pessoa recorre à justiça em uma questão civil, ela pede ao tribunal que imponha seus direitos, e o argumento de que a comunidade estaria melhor se esse direito não fosse aplicado não é considerado um bom argumento contra ela. Aqui, devemos tomar cuidado para não cair numa conhecida armadilha. Muitas vezes, quando o queixoso expõe seu caso indicando uma lei que lhe concede o direito que ora reivindica, a própria lei, como fato histórico, foi aprovada porque o legislativo pensou que o público se beneficiaria como um todo, numa espécie de solução utilitarista, se pessoas como o réu tivessem um direito jurídico ao que a lei especifica. (Ou seja, a lei foi aprovada por razões não de princípio, mas de política.) Não obstante, a reivindicação do queixoso, baseada nessa lei, é uma reivindicação de direito.

Suponha, por exemplo, que o queixoso promova a ação baseado numa lei que lhe confere uma indenização tripla por danos contra um réu cujas práticas comerciais reduziram a competição com desvantagem para o primeiro. Suponha que o legislativo aprovou essa lei apenas por razões econômicas. Ele acreditava que a lei encorajaria investimentos, criaria empregos, reduziria a inflação e, de outras maneiras, contribuiria para o bem geral. Contudo, mesmo num caso tão definido, o queixoso está se valendo de um argumento de princípio quando promove a ação no tribunal, não de um argumento de política.

Pois ele ainda teria o direito de vencer, em nossa prática jurídica, mesmo se admitisse (e o tribunal concordasse) que a lei era insensata do ponto de vista político e não teria as supostas consequências benéficas, de modo que o bem-estar público ganharia com sua rejeição. Não é necessário, para fazer de sua reivindicação uma reivindicação de princípio e não de política, que alguém realmente pense que a lei é insensata como política. Basta que sua reivindicação seja independente de quaisquer suposições sobre a sabedoria da lei. Até que a lei seja revogada, ele continua a ter o direito à indenização tripla por danos, seja o que for que se pense dos fundamentos políticos que lhe dão esse direito.

Portanto, o mesmo problema que vimos na estrutura do processo criminal surge também em ações civis. Pois é ainda mais claro nesse caso que no caso criminal que os julgamentos oferecem menos que a garantia ótima e possível de exatidão. É mais claro ainda que a economia assim alcançada é justificada por considerações do bem-estar público geral. As duas perguntas que levantamos sobre o Direito penal reaparecem aqui. O papel do bem-estar social na instauração do processo civil é compatível com nossa compreensão de que, se o queixoso ou o réu tem o direito legal de ganhar a causa, ele deve ganhá-la mesmo que o público perca? Se é compatível, as partes de uma ação civil têm direito a algum nível específico de exatidão? Ou é apenas uma questão de quais processos e normas sobre as provas funcionam no interesse público geral?

Essas perguntas, tal como aplicadas a casos civis, sugerem mais uma questão sobre o direito acerca das provas, uma questão que se refere mais amplamente à teoria da decisão judicial. Receio que levará um pouco mais de tempo para ser formulada. Acabei de dizer que o queixoso numa ação civil afirma um direito a vencer, e não meramente um argumento de política no sentido de que sua vitória seria do interesse geral. Isso teria a concordância geral quanto ao que podemos chamar de casos fáceis, isto é, quando o direito a vencer do queixoso é estabelecido sem controvérsias pela doutrina, como uma lei ou uma decisão anterior de um tribunal suficientemente elevado. To-

dos concordariam que o argumento do queixoso – que se apenas indicar uma lei já tem um argumento – é antes um argumento de princípio que de política.

Isso, porém, é menos claro num caso controverso, isto é, quando juristas competentes se dividem quanto a qual decisão se exige, porque as únicas leis ou precedentes pertinentes são ambíguos ou não há nenhuma opinião firmada com pertinência direta, ou porque o direito, por alguma razão, não está assente. Em tal caso, os advogados do queixoso, não obstante, apresentarão um argumento no sentido de que, levando-se tudo em consideração, sua demanda é mais forte que a do réu, e os advogados do réu apresentarão um argumento diferente, no sentido oposto. No fim, o juiz (talvez toda uma série de juizes, se houver recursos) decidirá dando preferência a um dos dois argumentos ou, talvez, fornecendo um diferente. Acredito que mesmo em casos controversos como esses, os argumentos que os advogados propõem e os juizes aceitam são antes argumentos de princípio que de política, e que é assim que deve ser. Mesmo em um caso desse tipo, quando a lei é (dependendo da metáfora preferida) nebulosa, não estabelecida ou inexistente, creio que o queixoso pretende afirmar que tem direito a vencer e não meramente que a sociedade ganharia se ele vencesse.

Mas não persuadi todos de que é assim (para dizer o mínimo), e vários críticos propuseram um grande número de exemplos contrários à minha afirmação. Muitos deles são extraídos da lei de processos em geral e da lei sobre provas em particular. Considera-se que uma série de decisões inglesas recentes fornece um tal conjunto de contra-exemplos. Em *D contra National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, por exemplo, uma mulher que fora falsamente acusada por um informante anônimo de crueldade para com os filhos, moveu uma ação contra o órgão de defesa dos menores e pediu o nome do informante¹. O órgão resistiu, argumentando que receberia menos informações anônimas e, portanto, estaria em pior posição

1. [1978] AC 171, [1977] 1 All ER 589.

para proteger crianças de modo geral se fosse conhecido que podia ser forçado a divulgar os nomes dos informantes. A Câmara dos Lordes disse que, embora normalmente os tribunais ordenassem a revelação de tal tipo de informação em inquéritos anteriores ao julgamento, o argumento do órgão tinha fundamento nesse caso, pois seria contrário ao interesse público que o nome do informante fosse revelado.

O Tribunal de Apelação chegou ao resultado oposto num caso semelhante, mas por meio de um argumento que aparentemente confirma a importância de argumentos de política em casos como esses². Um empregado desconhecido da British Steel Corporation divulgou um memorando interno confidencial para a Granada Television, que usou o memorando como base para um programa que fazia críticas à direção. A empresa exigiu a devolução do documento, e a Granada assentiu, mas apenas depois de desfigurar o documento para remover todas as pistas quanto à identidade do empregado desleal (assim o considerava a empresa). A companhia promoveu então uma ação pedindo o nome do empregado, valendo-se do precedente proporcionado pela decisão da Câmara dos Lordes em *Norwich Pharmacal*³. O juiz Denning, no Tribunal de Apelação, sugeriu que, a não ser por certas circunstâncias que ele considerava afetarem a questão, teria recusado a revelação com base no fundamento de que a imprensa pode servir melhor ao interesse público se não for obrigada a revelar o nome de seus informantes. Na verdade, juntamente com seus colegas do Tribunal, ele ordenou a revelação porque, a seu ver, a Granada havia se comportado mal. Não havia informado à empresa com suficiente antecedência que estava de posse do memorando, e a entrevista baseada no memorando não fora conduzida com o decoro adequado.

Esse fundamento da decisão é fútil e perigoso. Não cabe aos tribunais criticar o critério editorial ou a cortesia da imprensa, e qualquer Estado de Direito que subordine os poderes

2. *British Steel Corporation v. Granada Television Ltd.* (não relatado).
3. [1976] AC 171, [1977] 1 All ER 589.

da imprensa ao que os juizes pensam a respeito de suas maneiras é uma ameaça maior à sua independência do que uma regra categórica exigindo que revelem o nome de seus informantes. Mas o julgamento de fundo do tribunal – de que o efeito sobre o acesso do público à informação deve ser levado em consideração quando se decide que material pode ser revelado na instrução de processos em litígio de direito civil – é de grande importância.

Pois, mesmo se dissermos que em *D contra NSPCC* o tribunal atrelou a questão da demonstração – de se exigiria ou não a revelação do nome do informante – aos direitos antagônicos das crianças que estariam menos protegidas se fosse ordenado esse tipo de revelação, não podemos ter essa visão quanto a *Granada*. Nenhum membro do público tem direito à informação que companhias de televisão perderiam se fossem forçadas a divulgar os nomes dos que entram em contato com elas confidencialmente. Esse fato óbvio às vezes é obscurecido pela expressão, popularizada pela imprensa em anos recentes, de que o público possui o que se chama “direito de saber”. Essa expressão somente faz sentido se for entendida meramente no sentido de que, em geral, é do interesse do público ter mais e não menos informação a respeito, por exemplo, da administração interna de indústrias estatais. Não significa que qualquer membro individual do público tenha direito a essa informação no sentido estrito de que seu direito constituiria um argumento de princípio exigindo a revelação. Isto é, não significa que seria errado negá-la, mesmo que a comunidade como um todo sofresse com sua revelação. Assim, a suposição de fundo na *Granada*, de que, se não tivesse havido falta de decoro por parte da companhia de televisão, o pedido da Steel Corporation teria sido negado por causa do interesse do público na informação, parece valer-se de um argumento de política e não de princípio para justificar uma decisão judicial⁴.

Mas, se for assim, devem-se levantar dúvidas sobre os aspectos descritivo e normativo de minha afirmação sobre casos

4. Ver cap. 19, “A imprensa está perdendo a Primeira Emenda?”

controversos. O aspecto normativo sustenta que seria errado os juizes decidirem ações civis com base em fundamentos de política. Essa é uma afirmação sobre a decisão final de um caso. Ela exige (colocando subjetivamente) que um juiz só conceda indenização por danos a um réu se acredita que ele tem direito a essa reparação. Não é suficiente acreditar que estará atendendo ao interesse público com a criação de um novo direito no queixoso. Isso, em si, não estipula nada sobre como o juiz deve formar sua opinião quanto ao queixoso ter ou não direito a um dado remédio jurídico. Não diz que ele não deve levar em conta o interesse público ao determinar como ele (ou outros juizes de fato e Direito) deve proceder ao examinar essa questão. Portanto, o argumento normativo que proponho não condena, em si, os juizes que consideram as conseqüências sociais de uma norma relativa a prova em confronto com outra ao decidir se a NSPCC ou a Granada Television devem fornecer certa informação que será usada na determinação de seus direitos jurídicos substantivos.

Ainda assim, a força normativa de minha afirmação seria, com certeza, diminuída – ou mesmo desapareceria se os juizes estivessem autorizados a decidir questões processuais com base no que podemos chamar de argumentos de política puros. Se tivessem permissão, por exemplo, de decidir exigir ou não que a NSPCC forneça os nomes dos informantes simplesmente confrontando a perda potencial para os queixosos com os ganhos potenciais para as crianças num cálculo de custo-benefício padrão. Pois isso converteria a afirmação orgulhosa de que a sociedade honra reivindicações feitas em nome de direitos, mesmo à custa do bem-estar geral, em um gesto vão, facilmente anulado pela recusa dos processos necessários para a garantia do exercício desses direitos sem nenhum motivo melhor que esse mesmo interesse público. Assim, aqueles que se orgulham dessa afirmação orgulhosa têm motivo para verificar se é possível encontrar algum meio-termo entre a idéia inexecutável da máxima exatidão e a negação resignada de todos os direitos processuais.

Surgem ameaças paralelas contra o aspecto descritivo de minhas afirmações sobre a prestação jurisdicional. Mais uma

vez, minha afirmação diz respeito à decisão final das ações judiciais. Digo que os juizes julgam pleitos civis antes por meio de argumentos de princípio que de política, mesmo em casos muito difíceis. Quero dizer que só concedem o benefício que o queixoso exige se estão convencidos de que ele tem direito a esse benefício, ou que negam o benefício se estão convencidos de que o queixoso não tem tal direito. Mais uma vez, isso não implica, estritamente falando, nenhuma afirmação sobre como os juizes decidem se o queixoso tem ou não o direito. Não afirmo, certamente, que os juizes nunca levam em conta as conseqüências sociais ao fixar normas de convencimento ou outras regras processuais. Assim, não constitui um exemplo contrário à minha afirmação quando os juizes consideram o interesse do público ao decidir se uma organização de proteção a crianças ou um ramo da imprensa deve revelar informações que têm relação com a decisão à sua frente.

Mas, outra vez, minhas afirmações descritivas seriam ameaçadas por qualquer concessão de que essas decisões, com freqüência, não passavam de questões de política, isto é, que muitas vezes foram tomadas apenas por um cálculo utilitarista de rotina, confrontando-se o dano para a posição financeira de algum litigante contra os ganhos para a sociedade em geral no caso de alguma regra excludente. Pois, como a distinção nítida entre decisões substantivas e de processo é arbitrária a partir de um ponto de vista normativo, como acabamos de ver, qualquer teoria descritiva que dependa tanto dessa distinção, mesmo que factualmente correta, não pode ser uma teoria profunda sobre a natureza da prestação jurisdicional, mas tem de ser apenas uma afirmação que por acaso é verdadeira, talvez por razões de acidente histórico, no que diz respeito a uma parte da prestação jurisdicional e falsa no que diz respeito a outra.

Assim, qualquer um que pense, como eu, que a prestação jurisdicional substantiva no Direito é uma questão de princípio, e que essa é uma importante afirmação tanto em termos normativos quanto teóricos, tem um interesse especial em saber se é possível encontrar um meio-termo entre as afirmações exageradas e as nihilistas sobre os direitos que as pessoas têm a

processos no tribunal. Porém, antes que finalmente me volte para essa e outras questões levantadas até agora, descreverei outra discussão jurídica que suscita essas questões de maneira diferente.

O Tribunal de Apelação e a Câmara dos Lordes deram origem a uma discussão fascinante sobre as exigências do que na Grã-Bretanha se denomina justiça natural e nos Estados Unidos, devido processo legal. No caso *Bushell contra Secretary of the State for the Environment*, por exemplo, surgiu a questão de se o departamento do meio ambiente, que manteve audiências para decidir sobre a construção ou não de uma estrada atravessando parte da cidade de Birmingham, poderia corretamente excluir do âmbito dessas audiências o seu próprio "Livro Vermelho", um documento que estabelece certas previsões gerais sobre o fluxo de tráfego que o departamento desenvolvera para o país como um todo⁵. O departamento não permitiu que os grupos que se opunham à estrada contestassem os números do Livro Vermelho, que ele propunha usar em relação com sua decisão, limitando-se, em vez disso, a ouvir questões puramente locais. Mais tarde, o departamento admitiu que os números do Livro Vermelho não eram precisos, pois não levavam em conta a redução prevista no uso de estradas devido aos custos elevados do combustível, embora, não obstante, argumentasse que sua decisão, que foi a de construir a estrada, era, de qualquer modo, a decisão correta.

Os grupos de oposição levaram o departamento ao tribunal, e o Tribunal de Apelação, numa decisão de lorde Denning, sustentou que a recusa da oportunidade de contestar o Livro Vermelho foi uma negação da justiça natural e, portanto, tornava inválidas as audiências e a decisão. A Câmara dos Lordes, com a opinião dividida, decidiu contrariamente. Argumentou que o departamento estava dentro de seus direitos ao limitar as audiências locais a questões que variavam de uma localidade para outra, excluindo as previsões gerais sobre fluxo de tráfego e outras questões que precisam ser decididas

5. (1979) 123 Sol Jo 605, CA; revisado [1980] 2 A11 ER 608, HL.

centralmente para orientar todas as decisões locais de maneira uniforme.

Bushell apresenta o mesmo problema que estivemos considerando, sobre a ligação entre decisões políticas substantivas e processuais, mas no sentido inverso. Pois é incontrovertido (acho) que a decisão de construir ou não uma estrada numa certa direção é, na ausência de circunstâncias especiais que suponho não terem estado presentes, uma questão de política. Se era do interesse geral do público construir a estrada conforme desejava o departamento, considerando-se plenamente, nessa determinação, o impacto adverso sobre os particularmente incomodados por essa decisão, então foi correta a decisão de construir a estrada. Nenhum indivíduo ou grupo tem qualquer direito, no sentido estrito, contra essa decisão. (Não seria errado construir a estrada contra a objeção de alguma pessoa em particular, se construir a estrada fosse, na verdade, do interesse geral.) Naturalmente, se a estrada ameaçasse seriamente a vida ou a saúde de qualquer indivíduo, isso modificaria a situação. Seria possível pensar que essa pessoa teria um direito contra a estrada exatamente nesse sentido estrito. Mas esse é o tipo de circunstância especial que estou supondo que estava ausente no caso.

Se a questão quanto a construir uma estrada numa certa direção é uma questão de política, então não seria também uma questão de política a questão adicional quanto à forma e dimensão das audiências públicas a se realizarem para se tomar a decisão? O Tribunal de Apelação, na verdade, negou essa ligação. Sustentou que as considerações de "justiça natural" aplicam-se mesmo a audiências a serviço de decisões de política. Portanto, devemos perguntar se o compromisso com direitos processuais nos processos jurídicos criminais e civis, quando tivermos identificado esses direitos, realmente têm essa consequência.

Identificamos uma série de questões que agora enunciarei outra vez, embora de maneira ligeiramente diferente. (1) É coerente, com a proposição de que as pessoas têm direito de não

ser condenadas por um crime que não cometeram, negar às pessoas quaisquer direitos, no sentido estrito, a processos que ponham à prova sua inocência? (2) Se não, a coerência exige que as pessoas tenham direito aos processos mais precisos possíveis? (3) Se não, existe algum meio-termo defensável, segundo o qual as pessoas têm alguns direitos processuais, mas não aos processos mais precisos possíveis? Como tais direitos poderiam ser formulados? (4) Nossas conclusões são válidas para o Direito civil, assim como para o Direito penal? (5) As decisões que os tribunais tomam a respeito do processo, no decorrer de um julgamento, são decisões de política ou de princípio? O que deveriam ser? (6) As pessoas têm direitos processuais no que diz respeito a decisões políticas acerca de uma política?

Será conveniente começar pela primeira dessas questões. Imagine uma sociedade que estabeleça como absoluto o direito de não ser condenado se inocente, mas que negue não apenas o direito ao processo mais exato possível, mas também qualquer direito a algum processo específico. Essa sociedade (que chamarei de sociedade eficiente em custos) planeja processos criminais, inclusive normas de prova, medindo o sofrimento estimado daqueles que seriam erroneamente condenados se uma regra particular fosse escolhida, mas que seriam absolvidos se um padrão de exatidão mais elevado fosse estabelecido, em comparação com os benefícios para outros que decorrerão de se escolher essa regra em vez do padrão mais elevado.

Não é verdade que o direito de não ser condenado se inocente é um mero embuste, sem nenhum valor na sociedade eficiente em custos. Pois o direito proíbe os promotores de acusarem pessoas que eles sabem ser inocentes. Certamente existe valor moral, mesmo numa sociedade eficiente em custos, nessa proibição. Pois há uma injustiça especial em afirmar que alguém cometeu um crime quando se tem conhecimento de que isso é falso. Entre outras coisas, é uma mentira. Assim, parece não haver nenhuma incoerência lógica num esquema moral que aceita o risco de erros involuntários sobre culpa ou inocência para economizar fundos públicos para outros usos, mas que não permite mentiras deliberadas para o mesmo propósito.

Mas há outro tipo de incoerência, que levará um momento para ser explicada. Os direitos políticos, como o de não ser condenado se inocente, funcionam principalmente como instruções ao governo, e podemos ser tentados a pensar que não há nada errado quando o governo observa a instrução e comete um erro sem culpa. Mas isso é falso, pois a violação de um direito constitui um tipo especial de dano, e as pessoas podem sofrer esse dano mesmo quando a violação é accidental. Devemos distinguir entre o que podemos chamar de dano simples que uma pessoa sofre por meio da punição, seja essa punição justa ou injusta – por exemplo, sofrimento, frustração, dor ou insatisfação de desejos que ela sofre só por perder sua liberdade, ser espancada ou morta –, e os danos adicionais que se pode dizer que ela sofre sempre que sua punição é injusta, pelo simples fato dessa injustiça. Chamarei estes últimos de “fator de injustiça” em sua punição, ou seu dano “moral”. O dano que alguém sofre pela punição pode incluir ressentimento, escândalo ou alguma emoção similar, e é mais provável que inclua alguma emoção desse tipo quando a pessoa punida acredita que a punição é injusta, quer seja quer não. Qualquer emoção desse tipo é parte do dano simples, não o fator de injustiça. Esta é uma noção objetiva que pressupõe que alguém sofre um dano especial quando tratado injustamente, quer tenha conhecimento disso ou se importe com isso quer não, mas que não sofre esse dano quando não é tratado injustamente, mesmo acreditando que está sendo e realmente se importe com isso. É um questão empírica se alguém que é punido injustamente sofre mais danos simples quando sabe que as autoridades cometeram um erro do que quando sabe que elas deliberadamente armaram-lhe uma cilada. Mas é um fato moral, se a suposição do último parágrafo estiver certa, que o fator de injustiça em seu dano é maior no segundo caso.

Pode-se ser cético quanto à idéia de um fator de injustiça, enquanto componente do dano, no seguinte sentido. Poder-se-ia afirmar que a idéia confunde a quantidade de dano que alguém sofre em decorrência de decisões oficiais com a questão diferente de se esse dano é justo ou injusto. Alguém que sofre

certo grau de dor, frustração ou incapacitação decorrente de certa punição – o dano “simples” – não sofre *mais* dano quando é inocente do que quando é culpado. O dano que realmente sofre é injusto no primeiro caso, seja qual for sua dimensão, mas dizer que a injustiça, de alguma maneira, aumenta o dano, apenas confunde a discussão. Não obstante, realmente sentimos mais compaixão por alguém quando sabemos que foi tapeado, ainda que mais nada saibamos sobre sua perda, e realmente acreditamos que alguém a quem se contou uma mentira sofre um dano, mesmo quando ele permanece ignorante do fato e não sofre nenhum dano simples como consequência.

Para meu presente objetivo, contudo, não é importante se a idéia de um dano moral distinto é aceita ou rejeitada, pois, mesmo se abandonamos essa idéia, ainda assim devemos aceitar sua substância de forma diferente. Pois, certamente, queremos ser capazes de dizer que a situação é pior quando uma pessoa inocente é condenada, apenas por causa da injustiça, mesmo que relutemos em dizer que essa pessoa está em pior situação; e até para dizer isso precisamos de uma noção de custo moral ou prejuízo moral no valor dos resultados ou situações. Essa noção terá a mesma função em meu argumento que a idéia de um dano moral para uma pessoa individual, exceto pelo fato de que trata o dano como geral, não como especificado. Suponha que descobramos que uma pessoa executada por assassinato muitas décadas atrás era, na verdade, inocente. Desejaremos dizer que o mundo ficou pior do que pensávamos, embora possamos acrescentar, se rejeitarmos a idéia de dano moral, que ninguém sofreu nenhum dano que ignorássemos nem ficou numa situação pior, de alguma maneira, do que imaginávamos. No restante deste ensaio, aplicarei a idéia de dano moral às pessoas, embora pouca coisa seria alterada nos argumentos se, em vez disso, usasse a idéia de um custo moral para as situações, não atribuível a pessoas.

Podemos agora perceber por que parece tão estranha a conduta de nossa imaginada comunidade eficiente em custos, que reconhece um direito absoluto de não ser condenado se inocente, mas que submete questões de prova e processo a uma

análise utilitarista comum de custo e benefício. Pois não faz sentido para nossa sociedade estabelecer como absoluto o direito de não ser condenado quando inocente, a menos que essa sociedade reconheça o dano moral como um tipo distinto de dano contra o qual as pessoas devam ser especialmente protegidas. Mas o cálculo utilitarista que a sociedade eficiente em custos utiliza para determinar como serão os processos criminais é um cálculo que não pode incluir o dano moral. O fator de injustiça numa punição errada escapará a qualquer cálculo utilitarista, por mais refinado que seja, que meça o dano por meio de algum estado psicológico ao longo do eixo prazer-dor, ou por meio da frustração de desejos ou preferências ou como alguma função ao longo das hierarquias de preferência cardinais ou ordinais de pessoas individuais, mesmo que o cálculo inclua as preferências que as pessoas têm no sentido de que nem elas nem outros sejam punidos injustamente. Pois o dano moral é uma noção objetiva, e se alguém é moralmente prejudicado (ou, na linguagem alternativa, se há um prejuízo moral na situação) quando é punido sendo inocente, esse dano moral ocorre mesmo que ninguém saiba ou suspeite dele, e mesmo que – e talvez especialmente nesse caso – pouquíssimas pessoas se importem.

Portanto, a prática da sociedade eficiente em custos só faz sentido se aceitamos que há um grande dano moral distinto quando alguém é enganado, mas nenhum quando ele é condenado por engano. Isso é muito implausível e explica, na minha opinião, por que a combinação de processos nos parece bizarra. Devemos perguntar como os processos da sociedade eficiente em custos devem ser mudados para dar lugar ao reconhecimento do dano moral. É necessário – ou possível – insistir no direito aos processos mais precisos? Primeiramente, porém, devemos considerar duas possíveis objeções ao argumento que acabo de propor, de que os processos que a sociedade eficiente em custos, tal como se apresentam, realmente revelam uma espécie de incoerência moral.

Disse que seu endosso de um direito absoluto de não ser condenado se inocente demonstra o reconhecimento do dano

moral como um tipo independente e importante de dano, ao passo que sua aceitação de um cálculo utilitarista comum sobre questões processuais nega essa independência e importância. Alguém poderia contestar cada uma dessas afirmações. Poderia dizer, primeiro, que uma sociedade que rejeitasse a idéia de dano moral acima e além do dano simples, e visasse apenas à maximização da utilidade em alguma concepção comum (digamos, maximizar o equilíbrio do prazer diante da dor), faria bem em adotar um direito absoluto de que ninguém seja condenado por um crime quando se sabe da sua inocência. Afirmaria que uma sociedade que permite que as autoridades sequer brinquem com a idéia de condenar deliberadamente uma pessoa inocente gerará mais dano simples que uma sociedade que não permite isso. Essa é a hoje conhecida defesa utilitarista dos dois níveis de sentimentos morais comuns. Tal defesa parece-me, neste e em outros casos, retrógrada. Os que argumentam dessa maneira não têm nenhuma prova direta a favor de suas afirmações instrumentais. (Como poderiam saber ou mesmo ter boas razões para crer que uma sociedade de inteligentes funcionários de conduta utilitarista, que somente em ocasiões muito especiais considerariam condenar o inocente, seria pior, no que diz respeito à utilidade a longo prazo, que uma sociedade que desqualificasse seus funcionários de fazer isso uma vez sequer?) Em vez disso, sustentam, a partir do fato de que nossas intuições morais reprovam que se condene o inocente, que tal desqualificação deve servir aos interesses utilitaristas de longo prazo de qualquer sociedade.

Mas não preciso apoiar-me em minhas suspeitas gerais quanto a argumentos desse tipo. Pois a justificação em dois níveis das convicções morais comuns, por mais persuasiva ou não que possa ser em outros contextos, não está em questão aqui. Os membros da sociedade eficiente em custos de meu exemplo consideram (como acho que a maioria de nós) que seria errado condenar deliberadamente o inocente, mesmo que houvesse um benefício utilitarista de longo prazo a ser ganho. Consideram, em outras palavras, que o direito de não ser condenado quando inocente é um direito genuíno, superior até mes-

mo à utilidade a longo prazo, não um direito instrumental a serviço dela. É essa opinião que, segundo penso, pressupõe a idéia de dano moral.

Em segundo lugar, alguém poderia dizer que o teste utilitarista que a sociedade eficiente em custos utiliza para determinar os procedimentos não rejeita, na verdade, essa idéia nem supõe que não há nenhum dano moral quando alguém é condenado erroneamente, porque mesmo um teste utilitarista comum será efetivamente sensível ao dano moral. Pois suponha que realmente descobrimos que alguém condenado e punido por assassinato muito tempo atrás era inocente. Com isso, descobrimos que o dano simples causado a ele, considerado por si só, era desnecessário, pois as políticas utilitaristas gerais do Direito penal teriam sido igualmente promovidas – talvez até de maneira melhor – se ele não fosse punido. Descobrimos que o dano simples, que se reflete na soma utilitarista, era injustificado pelo teste utilitarista simples, e isso nos dá razão para lamentar os processos que o produziram ou permitiram. Poderíamos ainda concluir, é claro, que desses processos, não obstante, resultou mais ganho líquido do que teria resultado de processos mais precisos, porque o dano simples desnecessário foi menor, no total, do que teria sido a despesa adicional dos processos mais precisos. Nosso teste, porém, é sensível ao dano moral, pois identifica o dano simples associado com o dano moral como desnecessário e, portanto, como tendo peso, por si só, contra os processos que o permitiram.

Mas esse argumento é falho porque não é verdade, em nenhum sentido relevante, que o dano simples associado ao dano moral era desnecessário. Condenar essa pessoa em particular, apesar de inocente, poderia, por uma enorme variedade de razões, ter contribuído de maneira especialmente eficiente para a coibição, ou para outra consequência do sistema penal que a utilidade aprove. Na verdade, se às vezes poderia ser do interesse utilitarista a longo prazo da comunidade que as autoridades condenassem deliberadamente alguém que julgassem inocente (e essa possibilidade é a ocasião para reconhecer um direito contra isso), então, igualmente, às vezes poderia ser do

interesse utilitarista a longo prazo da comunidade que alguém inocente fosse condenado inocentemente. Não decorre daí, portanto, que quando descobrimos uma injustiça passada também descobrimos uma ocasião em que a utilidade teria ganho, mesmo considerando apenas as conseqüências diretas dessa injustiça, se ela tivesse sido evitada. Assim, mesmo a descoberta de um grande número de tais incidentes não nos daria, automaticamente, um custo utilitarista para contrapor aos custos de termos adotado processos mais caros.

Parece ainda mais claro que mesmo quando o dano simples que é também dano moral é um erro do ponto de vista utilitarista – quando a utilidade teria sido promovida se o dano simples tivesse sido evitado – a magnitude do dano simples pode ser muito diferente da magnitude do dano moral. Quando alguém velho, doente e fraco é executado por uma comunidade que erroneamente o considera culpado de traição, o dano simples, considerado em termos utilitaristas frios, pode ser bem pequeno, mas o dano moral muito grande. A diferença será importante quando se levantar a questão de se a possibilidade desse dano justifica a adoção de processos caros que reduzirão suas chances. Se, no cômputo geral, o incidente se inclui apenas na dimensão do dano simples, então não se pode absolutamente propor o argumento a favor de processos mais caros. Mas se ele é incluído na dimensão de seu dano moral, pode pesar muito.

Portanto, essas objeções efetivamente reforçam minha sugestão de que uma sociedade que submete questões de processo criminal a um cálculo utilitarista comum não reconhece a independência ou importância do dano moral, ou, se o reconhece, não reconhece que mesmo a condenação acidental de uma pessoa inocente é ocasião de dano moral. A sociedade eficiente em custo que imagino, portanto, realmente age sem coerência. Mas isso não é tudo, pois precisamos agora encarar a segunda questão de nossa lista. Se a sociedade eficiente em custo é defeituosa, devemos substituí-la por uma prática na qual todas as outras necessidades e benefícios sociais sejam sacrificados para que se produza o mais elaborado e preciso processo criminal que o mundo já viu?

Poderíamos impor essa terrível exigência ordenando que se evitasse o dano moral como lexicamente prioritário a todas as outras necessidades. Não decorreria exatamente desse ordenamento lexical que nunca teríamos uma desculpa para escolher menos que o mais preciso processo criminal, pois poderia haver outras formas de dano moral além da condenação inocente do inocente. Talvez haja dano moral, por exemplo, não detectado em nenhum cálculo utilitarista comum, quando a sociedade negligencia a educação dos jovens, de modo que a provisão de fundos para a educação pública competisse com os fundos para a exatidão do julgamento criminal mesmo sob a restrição do ordenamento léxico. Mas uma sociedade governada por essa restrição seria obrigada a fornecer o nível mais elevado possível de exatidão para o sistema (como poderíamos chamá-lo) de evitar inteiramente o dano moral, e nunca poderia devotar fundos públicos a comodidades, como a melhoria do sistema viário, por exemplo, na medida em que qualquer despesa adicional do processo criminal poderia melhorar sua exatidão. Nossa sociedade claramente não observa essa imposição, e a maioria das pessoas a consideraria severa demais.

Contudo, não poderíamos escapar à severa exigência se fôssemos obrigados a admitir que condenar acidentalmente um inocente é tão mau quanto incriminá-lo falsa e deliberadamente. Admitiríamos incriminar falsamente alguém por roubo armado se, por alguma razão, cem roubos armados potenciais pudessem ser com isso evitados? Se o produto nacional bruto fosse assim triplicado? Se um dado montante de lucro dessa espécie não justificaria uma única violação deliberada do direito de não ser condenado quando inocente, então esse montante de lucro não poderia justificar a adoção de processos que aumentariam a chance de se condenar erroneamente ainda que uma única pessoa ao longo do período pertinente.

Na seção precedente neguei a premissa desse silogismo grosseiro. Disse que é moralmente pior condenar deliberadamente o inocente porque o ato deliberado envolve uma mentira

e, portanto, um insulto especial à dignidade da pessoa. Agora é importante examinar se isso está certo – se há um fundamento possível para essa distinção. Porque, se não há, devemos aceitar o ordenamento léxico de evitar qualquer risco de condenações errôneas em detrimento de qualquer comodidade que possamos obter com processos menos caros, por mais doloroso que isso possa parecer.

Proponho os dois seguintes princípios de atuação justa no governo. Primeiro, qualquer decisão política deve tratar todos os cidadãos como iguais, isto é, como tendo direitos iguais a interesse e respeito. Não é parte desse princípio que o governo nunca possa impor deliberadamente um dano simples maior a uns que a outros, como faz, por exemplo, quando lança impostos especiais de importação sobre petróleo ou gasolina. É parte do princípio que nenhuma decisão possa impor deliberadamente a algum cidadão um risco de dano moral muito maior do que impõe a outro. O dano moral é tratado como especial por esse princípio de igualdade. Segundo, se é tomada e anunciada uma decisão política que diz respeito à igualdade tal como exigida pelo primeiro princípio, então, uma imposição posterior dessa decisão não é uma decisão política nova que também deva ter efeitos equitativos. O segundo princípio refere-se à equidade de sujeitar-se a compromissos abertos, justos quando adotados – à equidade de, por exemplo, acatar resultado de um lance de cara ou coroa quando ambas as partes concordaram razoavelmente quanto ao lance.

Cada um desses dois princípios desempenha um papel na determinação das regras de processo criminal. Sob certas circunstâncias (que discutirei mais adiante), a decisão de adotar uma norma de provas particular em julgamentos criminais trata os cidadãos como iguais porque, antecipadamente, é igualmente provável que cada cidadão seja arrastado para o processo criminal, apesar de inocente, e igualmente provável que se beneficie da economia conquistada pela escolha dessa norma em vez de uma regra socialmente mais onerosa. Essa decisão, portanto, respeita o primeiro princípio da igualdade. Quando qualquer cidadão é acusado de crime, a decisão de aplicar essa nor-

ma de prova em seu julgamento, em vez de colocá-la de lado ou anulá-la, é uma decisão que pode muito bem gerar uma desvantagem especial para esse cidadão, pois pode oferecer-lhe um risco maior de dano moral do que o faria uma regra alternativa, um risco maior não oferecido aos que não foram acusados de um crime. Mas o segundo princípio estipula que a aplicação da regra a ele não é uma decisão política nova, mas, antes, um desdobramento da decisão anterior, que foi justa para com ele. Portanto, o segundo princípio insiste em que o julgamento sob a regra estabelecida não é o momento de tratá-lo de outra forma, senão como igual.

Esses dois princípios de equidade, combinados, explicam por que a condenação deliberada de alguém que se sabe ser inocente é pior que uma condenação equivocada sob procedimentos gerais arriscados, fixados de antemão. Incriminar falsamente alguém é um caso de decisão política nova que não trata a pessoa como igual, tal como exige o primeiro princípio. Não é (nem pode ser) apenas a aplicação a seu caso de compromissos públicos abertos, estabelecidos de antemão. (Incriminar falsamente deixaria de ter sentido se fosse um compromisso público incriminar falsamente pessoas que se submetessem a certo teste público.) Pelo contrário, é a decisão de infligir a uma determinada pessoa dano moral especial, e isso é verdadeiro mesmo se ela fosse selecionada por sorteio dentre um grupo de candidatos à falsa incriminação. Assim, uma violação deliberada do princípio contra a condenação do inocente envolve mais dano moral que uma condenação equivocada acidental, porque a primeira viola a condição de igualdade da vítima da maneira especial condenada pelos princípios da equidade, além de tomar parte no dano moral residual da segunda.

Mas estabelecemos apenas que correr o risco de injustiça acidental, da maneira como se corre esse risco pelas regras do processo criminal, não é tão ruim quanto infligir um dano moral deliberado. Não avançamos muito no que diz respeito a decidir quão ruim é o primeiro e como devemos equilibrar o risco de dano moral acidental com os ganhos sociais gerais obtidos pela aceitação de tais riscos. Poderíamos pensar em buscar

ajuda numa direção diferente. Refiro-me a tirar proveito do fato de que todos nós, como indivíduos, nas várias decisões que tomamos sobre como conduzir nossas vidas, distinguimos o dano moral do dano simples e aceitamos certo risco de dano moral, em troca de outros ganhos.

Poucos de nós considerariam tão mau ser punido por um crime que cometemos, quanto por um crime que não cometemos, mas que a comunidade pensa que cometemos. A maioria de nós teme a injustiça com um medo especial. Odiamos ser enganados mais do que ser derrotados ou desmascarados justamente. Isso não porque o dano simples seja maior. Pelo contrário, se o dano simples é maior, isso é porque acreditamos que ser enganado é pior, e, portanto, sentimos raiva e ressentimento, que multiplicam o dano simples. Alguns também sentem repulsa por si mesmos, que é, para eles, uma conseqüência paradoxal de serem tratados com desprezo pelos outros.

Não é inevitável considerarmos a injustiça pior que o castigo merecido. A culpa aumenta o dano simples no segundo caso, e o orgulho recém-encontrado, pelo menos para pessoas fortes, pode reduzi-lo no primeiro. Mas a fenomenologia normal da própria culpa inclui a idéia do dano moral como um dano especial para outros, acima e além do dano simples que se causa a eles. Pois por qual outro motivo deveríamos sentir-nos culpados por causar dano deliberadamente se sentimos menos culpa, ou mesmo nenhuma, por causar o mesmo dano acidentalmente? E talvez a dor especial da culpa seja o reconhecimento da afirmação de Platão, de que quando um homem é injusto ele inflige dano moral a si mesmo.

Assim, é correto dizer que distinguimos, em nossa própria experiência moral, entre dano moral e dano simples, e, com freqüência, consideramos pior uma ofensa que inclui dano moral. Mas não conduzimos nossas vidas para alcançar o mínimo de dano moral a qualquer custo; pelo contrário, aceitamos riscos substanciais de sofrer injustiça para conquistar mesmo ganhos bastante marginais no curso geral de nossas vidas. Fazemos isso quando aceitamos promessas, firmamos contratos, confiamos nos amigos e votamos a favor de características proces-

suais do Direito penal que asseguram menos que os níveis mais elevados de exatidão. Na verdade, em certas circunstâncias, podemos considerar o esquema dos processos criminais e civis como uma malha tecida a partir das convicções da comunidade a respeito do peso relativo de diferentes formas de danos morais, comparados entre si, em contraposição aos sacrifícios e ofensas comuns.

Não quero dizer que a avaliação *correta* dos danos morais em confronto com os danos simples, mesmo com o propósito de um justo levantamento dos riscos, é constituída por uma decisão social. Isso seria compreender erroneamente a idéia de dano moral e da comparação com o dano simples. O dano simples pode ser mais bem compreendido, talvez, em termos subjetivos: alguém sofre dano simples na medida em que a privação causa-lhe dor ou frustra planos que ele considera importantes para sua vida. Mas o dano moral, como disse, é uma questão objetiva; e se alguém sofre ou não dano moral em algumas circunstâncias, bem como o peso ou importância relativa desse dano em comparação com o que os outros ganham por meio das práticas ou eventos que o produzem, são antes fatos morais que psicológicos. Nossa experiência moral comum demonstra apenas que reconhecemos o dano moral mas não o consideramos como lexicamente mais importante que o dano simples ou as perdas de vários tipos. Não demonstra que estamos certos em nenhum dos aspectos.

Não obstante, nossa experiência comum realmente sugere uma resposta útil para a questão prática de como uma sociedade deve decidir qual é a importância do dano moral. Em certas circunstâncias, essa questão deveria ser deixada às instituições democráticas, não porque o legislativo ou o parlamento serão necessariamente corretos, mas porque é uma maneira justa, nessas circunstâncias, de decidir questões morais sobre as quais pessoas sensatas e sensíveis discordam. Será uma maneira justa de decidir quando a decisão satisfizer o primeiro princípio da equidade que descrevi, se a decisão tratar todos como iguais, porque, seja qual for a concepção escolhida da importância dos diferentes danos morais, essa decisão será igualmente favorá-

vel ou contrária ao conjunto dos interesses antecipados por cada pessoa, isto é, pela combinação de seus interesses morais e básicos.

Suponha uma sociedade de pessoas, cada uma das quais tem, antecipadamente, igual possibilidade de ser acusada de um crime, e cada uma delas sofreria o mesmo dano simples, causado pela mesma punição, se fosse condenada. Essa sociedade estabelece, por decisão de maioria, um código penal que define crimes, vincula-lhes punições e estipula processos para julgamento dos diferentes tipos e níveis de crimes assim definidos. O interesse total de todos é ameaçado ou promovido por essa decisão e no mesmo grau. As pessoas discordarão quanto à prudência da decisão. Os membros da minoria perdedora irão pensar que o nível de exatidão oferecido pelos processos para julgar algum crime é muito baixo e, portanto, subestima o dano moral de uma condenação injusta por esse crime, ou que esse nível é muito elevado e, portanto, superestima o dano em comparação com os benefícios deixados de lado pelo uso dos recursos da sociedade com esse fim. Mas, como o dano moral é uma questão objetiva e não depende da percepção que as pessoas individualmente têm do dano moral, ninguém pensará que a decisão da maioria é injusta no sentido de que favorece mais os interesses de alguns que de outros. O governo da maioria parece ser uma técnica especialmente adequada para se tomar essa decisão social.

Nunca é verdade, em tempo algum, que todos os membros de uma sociedade têm uma probabilidade igual de ser acusados de algum crime específico. Se há desigualdade econômica, os ricos têm mais probabilidade de ser acusados de conspirar pelo monopólio e os pobres de dormir embaixo de pontes. Se as pessoas diferem no temperamento, os impulsivos têm mais probabilidade de ser acusados de alguns crimes e os ambiciosos de outros. E assim por diante. Assim, a constituição de uma sociedade justa poderia muito bem insistir em que as punições vinculadas a vários crimes deveriam ser compatíveis segundo alguma teoria razoavelmente objetiva da importância dos crimes, e que o dano moral presumido de uma con-

denação injusta seja correlacionado com a gravidade das punições numa escala uniforme.

Mesmo assim, as circunstâncias que imaginamos para uma justa decisão pela maioria serão comprometidas se alguma minoria tiver mais probabilidade de ser acusada de crimes em geral ou de crimes que acarretam punições relativamente sérias. Esse fato, porém, não justifica abandonar o processo de decisão da maioria, a menos que o risco seja muito grande para determinados indivíduos. Tampouco jamais será verdadeiro, em nenhuma sociedade real, que pessoas diferentes sofrerão exatamente o mesmo dano simples decorrente de qualquer punição dada. Mas esse fato fornece menos razão ainda para uma objeção à decisão da maioria, porque diferenças desse tipo têm muito menos probabilidade de ser correlacionadas com classe econômica ou social e, portanto, muito menos probabilidade de provocar injustiça sistemática. Devemos observar uma terceira complexidade no caso. No mundo real, pessoas diferentes se beneficiarão de maneira diferente com qualquer uso alternativo dos fundos públicos economizados pela escolha de processos criminais menos dispendiosos. Isso será verdade mesmo quando essa economia assumir a forma mais abstrata, que é a de economias acrescentadas aos fundos sociais para propósitos gerais. Mas a sociedade pode economizar sacrificando a exatidão no processo criminal de maneiras muito mais concretas, como faz, por exemplo, ao reconhecer um privilégio da polícia (ou de organizações como a National Society for the Prevention of Cruelty to Children ou a Granada Television, mencionadas anteriormente) de não fornecer informações sobre informantes, ou, mais convencionalmente, ao reconhecer um privilégio médico-paciente de modo a melhorar a assistência médica. A justificativa para se sacrificar a exatidão do julgamento nesses últimos casos é uma justificativa de política tanto quanto no caso em que o ganho é a economia de dinheiro que poderia ser usado em estradas, hospitais ou em um teatro nacional. Mas a decisão sobre quem ganha — crianças, por exemplo, ou o setor do público que tem interesse na política — é parte da decisão de reduzir a exatidão, em vez de ser, como

no caso geral, uma decisão que deixa a distribuição do ganho para a ação política posterior. Uma vez mais, porém, o compromisso com nossas condições imaginadas é pequeno se, como nesses exemplos, a classe que deixa de se beneficiar não é uma classe que esteja em campos sociais ou econômicos gerais distintos da maioria que toma a decisão.

Portanto, mesmo no mundo real, as decisões majoritárias que estabelecem um nível particular de exatidão em decisões criminais anteriormente a julgamentos específicos, pela escolha de normas de prova e outras decisões processuais, somente poderão ser acusadas de injustiça séria se essas decisões fizerem discriminação contra algum grupo distinto, de uma ou outra das maneiras retratadas. Não é suficiente, para tornar injustas essas decisões, que dêem valores diversos a danos morais de diferentes tipos, contanto que essa valoração seja coerente e imparcial.

As decisões antecipadas desse tipo podem mostrar preocupação especial para com o dano moral, não apenas pagando um preço alto pela exatidão, mas também, e especialmente, pagando um preço *em* exatidão para precaver-se contra um erro que envolva dano moral maior que um erro na outra direção. Isso é evidenciado, por exemplo, pela regra de que a culpa deve ser demonstrada para além de qualquer dúvida razoável, e não pelo equilíbrio de probabilidades, e também por regras, como a de que o acusado não pode ser compelido a testemunhar — cuja complexa justificação inclui fazer a balança pesar em favor do acusado, às custas da exatidão —, assim como defender o acusado contra certos tipos de erros e impressões errôneas que possam comprometer a exatidão. Os exemplos são mais raros no Direito civil, porque geralmente se presume que um erro em qualquer direção envolve dano moral igual. Mas quando o ônus de provar a verdade recai sobre o réu em um processo de difamação, por exemplo, depois de o queixoso ter provado a difamação, isso pode representar alguma determinação coletiva no sentido de que é um dano moral maior sofrer libelo falso e não ressarcido que ser condenado a indenização por um libelo que é realmente verdadeiro.

A idéia de um dano moral, juntamente com o fato de que a lei de uma comunidade oferece um registro de sua avaliação da importância relativa do dano moral, permite-nos explicar os dois tipos diferentes de direito que se pode dizer que as pessoas têm no tocante ao processo criminal. Primeiro, as pessoas têm o direito de que os processos criminais atribuam a importância correta ao risco do dano moral. Em algumas circunstâncias, seria claro que esse primeiro direito foi violado, como seria se, por exemplo, alguma comunidade decidisse casos criminais por meio de cara ou coroa, ou não permitisse que o acusado estivesse presente em seu julgamento, que tivesse um advogado ou que apresentasse provas se assim o desejasse, ou se usasse apenas cálculos utilitaristas comuns para escolher os processos criminais, como o faria a sociedade eficiente em custos. Em outros casos, seria discutível se o risco do dano moral foi corretamente calculado, e pessoas razoáveis e sensíveis poderiam discordar. O segundo direito, que é o direito à avaliação coerente da importância do dano moral, é de grande importância prática nessas circunstâncias. Pois permite que alguém afirme, mesmo em casos em que a resposta correta para o problema do dano moral seja profundamente controversada, que tem direito a processos compatíveis com a avaliação da comunidade do dano moral contemplado na lei.

Ambos os direitos são direitos no sentido estrito de um direito que identificamos anteriormente, pois cada um deles prevalece sobre o equilíbrio de ganhos e perdas simples que forma um cálculo utilitarista comum. Assim que o conteúdo do direito é determinado, a comunidade deve fornecer aos acusados de um crime, pelo menos, o nível mínimo de proteção contra o risco de injustiça exigido por esse conteúdo, ainda que o bem-estar geral, agora concebido sem nenhuma referência ao dano moral, mas apenas tal como constituído por ganhos e perdas simples, sofra conseqüências. Mas, em cada caso, o direito é um direito a esse mínimo de proteção, não um direito a tanta proteção quanto a comunidade poderia oferecer se estivesse disposta a sacrificar o bem-estar geral. O segundo direito, por exemplo, obriga a comunidade a uma aplicação coerente de

sua teoria do dano moral, mas não exige que substitua essa teoria por uma diferente, que valorize mais a importância de evitar a punição injusta. Portanto, identificar e explicar esses direitos é uma resposta útil para a terceira questão relacionada anteriormente. O conteúdo desses direitos provê um meio-termo entre a negação de todos os direitos processuais e a aceitação de um grande direito ao máximo de exatidão.

A distinção entre esses dois direitos não é firme e segura. Pois a empresa exigida pelo segundo direito – encontrar a descrição de dano moral que está contemplada no Direito penal substantivo e processual como um todo – não consiste apenas em estabelecer uma documentação textual e histórica, embora isso seja parte do trabalho. Consiste também em interpretar essa documentação, e isso significa oferecer-lhe uma justificativa – processo que, como tentei explicar alhures, vale-se, embora não seja idêntico a ela, da citação de princípios que se consideram, de maneira independente, moralmente corretos⁶.

Essa ligação entre reivindicações de coerência e reivindicações de correção independente é exibida nas várias tentativas do Supremo Tribunal de interpretar a cláusula do devido processo legal na Décima Quarta Emenda, que é a sede constitucional desses direitos, pelo menos para o processo criminal. Já se disse que essa cláusula protege, por exemplo, “aqueles princípios fundamentais de liberdade e justiça que se encontram na base de todas as nossas instituições civis e políticas” (*Hurtado contra California* 110 US 516, 1884), “a decência máxima de uma sociedade civilizada” (*Adamson contra California* 332 US 45, 1947), princípios que são “básicos em nosso sistema de jurisprudência” (*Re Oliver* 333 US 257, 1948), e, na mais famosa formulação da cláusula, “princípios de justiça tão firmemente enraizados na tradição e na consciência de nosso povo que são considerados fundamentais” e, por essa razão, “implícitos no conceito de liberdade organizada” (*Palko*

6. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; Londres: Duckworth, 1978), cap. 4.

contra Connecticut 302 US 319, 1937). Todos esses excertos de decisões constitucionais são tidos pelos constitucionalistas como, *grosso modo*, formulações diferentes da mesma idéia.

Não obstante, a história desempenhará um papel importante na determinação do conteúdo do segundo direito, o direito à coerência no processo, e, em alguns casos, não pode haver argumento mais forte para algum arranjo institucional que o argumento de que sempre foi assim. É difícil supor, por exemplo, que o Direito penal teria sido necessariamente muito diferente, se sua antiga prática tivesse exigido dez ou catorze jurados em vez de doze, embora a primeira escolha teria evitado muitos novos julgamentos e, portanto, economizado um bocado de gastos ao longo dos séculos, enquanto a segunda teria sido muito mais dispendiosa. É difícil resistir à suposição de que o número efetivamente escolhido foi, em grande parte, fortuito. Mas o número de jurados é, sem dúvida, uma consideração tão importante na proteção de um acusado contra a injustiça, quando se exige um veredicto unânime para sua condenação, que qualquer mudança significativa desse número – digamos, reduzindo-o para seis –, em casos de pena capital ou casos sob a ameaça de punições severas, seria considerada uma violação dos direitos do acusado, justamente porque seria uma diminuição significativa no nível de segurança proporcionado há tanto tempo ao centro do processo criminal. Numerosas decisões do Supremo Tribunal que aplicam a cláusula do devido processo legal contra os estados testemunham a importância do que poderia ser considerado como acidentes da história, transformados em doutrina constitucional pelo direito à coerência, agora concebido independentemente do primeiro direito ou direito de fundo a uma descrição correta do dano moral.

O segundo direito, portanto, atua como uma força conservadora distinta que protege o acusado de mudanças na avaliação do dano moral. Mas também atua como uma alavanca para a reforma, ao reconhecer como erros mesmo processos antigos – ilhas de incoerência que não podem ser inseridas em nenhuma justificativa que vincule o nível de importância ao fator de injustiça na condenação equivocada, necessária para explicar o

fundamento do direito. Essa segunda função, reformadora, precisa ser manuseada com grande cuidado, pois deve respeitar o fato de que os processos criminais proporcionam proteção como um sistema, de modo que a força de uma norma de prova, por exemplo, pode ser compreendida erroneamente, a menos que seu efeito seja estudado em combinação com outros aspectos desse sistema. Se a lei não provê um fundo com o qual réus indigentes possam conduzir a cara pesquisa relevante para a defesa, isso pode demonstrar que se dá pouco peso ao dano moral de uma condenação injusta, a não ser que o efeito dessa falha seja avaliado como parte de um sistema que coloca um grande fardo de provas sobre a acusação e protege o réu também de outras maneiras.

Não obstante, não é uma resposta suficiente à objeção de que algumas características do Direito penal conferem um valor incoerentemente baixo à importância de evitar a injustiça, dizer que outras partes do direito do processo criminal erram na direção oposta. Pois o que deve ser demonstrado não é que os erros de cada lado da linha estabelecida irão cancelar-se mutuamente no decorrer do julgamento criminal, mas, antes, que um sistema de regras, tomado em conjunto, não oferece mais que o risco estabelecido em cada caso, dadas as exigências antagônicas exibidas nesse caso. A função reformadora também deve ser sensível ao ponto que observamos em nossa discussão da sociedade eficiente em custos. O valor que a sociedade confere ao dano moral pode ser estabelecido em outras partes de seu direito que não o processo criminal, de modo que esse processo poderia ser incompatível com o restante da prática jurídica e política, para além de qualquer incoerência interna no âmbito das próprias regras de processo.

No que diz respeito às funções de controle e reforma do segundo direito, porém, há espaço para a afirmação cética de que um princípio que permite divergência entre juristas sensatos não oferece nenhuma proteção genuína. Pois (como em quase todas as partes da análise jurídica) a questão de quanto a lei valoriza evitar o dano moral, e qual dos dois processos antagônicos chega mais perto do respeito a essa valoração, não são

questões que admitem demonstração, e juristas sensatos irão discordar. Embora o segundo direito não seja tão inerentemente controverso na aplicação quanto o primeiro, pode quase sê-lo. Mas (novamente aqui como em outros casos) seria um erro considerar que a afirmação cética exclui a importância de um princípio moral ou jurídico ou que é uma desculpa para que não se proponha e defenda como persuasiva uma aplicação desse princípio. Pois a importância prática de um princípio contestável não é algo que possa ser estabelecido *a priori*, antes de verificar até que ponto o princípio nos afasta da injustiça (do que consideramos ser injustiça). Essa forma tola de ceticismo é, muitas vezes, uma profecia que cumpre a si mesma.

Onde estamos? Vimos que as pessoas levadas a um processo criminal não têm direito aos processos mais exatos possíveis para que se examinem as acusações contra elas. Mas têm dois outros direitos genuínos: o direito a processos que avaliem adequadamente o dano moral, nos cálculos que estabelecem o risco de injustiça que os ameaça; e o direito relacionado, e mais importante em termos práticos, de tratamento equitativo no que diz respeito a essa avaliação. É esse segundo direito que explica os casos de devido processo legal no Supremo Tribunal, alguns dos quais mencionei e que, em breve, considerarei em um contexto ligeiramente diferente. Proponho primeiro, porém, aplicar a descrição de processo criminal que desenvolvemos para a quarta e quinta questões que relacionei. Estas consistem no problema do processo civil, e na questão de determinar se o direito referente à prova, nos casos civis, exhibe um defeito ou lacuna importante na teoria da prestação jurisdicional que afirma que os casos civis devem ser e, caracteristicamente, são decididos em bases de princípios, não de políticas.

Claramente, ninguém tem direito aos processos mais exatos possíveis para o julgamento de suas reivindicações no Direito civil. Não obstante, alguém acusado de delito por danos causados por dirigir com negligência, quando, na verdade, não estava ao volante, ou alguém que é incapaz de demandar uma

reparação por dano à sua reputação porque não consegue descobrir o nome da pessoa que a difamou, ou alguém que perde um caso de contrato porque as normas de prova tornam confidencial a informação que teria fundamentado a reivindicação, sofre injustiça, embora o montante do dano moral possa ser diferente nesses diferentes casos. Portanto, os litigantes civis têm, em princípio, os mesmos dois direitos que descobrimos para os acusados de crime. Têm direito a processos justificados pela avaliação correta da importância do dano moral a que se arriscam no processo, e o direito correlato a uma avaliação adequada desse dano nos processos a eles proporcionados em comparação com os processos proporcionados a outros em diferentes casos civis.

O primeiro desses dois direitos é um direito referente à própria norma jurídica. Todos têm o direito de que a legislação estabeleça processos civis que avaliem corretamente o risco e importância do dano moral, e esse é um direito perante os tribunais, quando essas instituições atuam de maneira explicitamente regulamentar, como, por exemplo, quando o Supremo Tribunal aprova e publica regras de procedimento, independentemente de qualquer ação judicial. O segundo é um direito perante os tribunais em sua capacidade de prestação jurisdicional. É um direito à aplicação coerente da teoria de dano moral que figura na fundamentação da prática jurídica estabelecida. Nos Estados Unidos, o direito equivalente em julgamentos criminais é também um direito constitucional, por meio da cláusula de devido processo legal da Quinta e Décima Quarta emendas da Constituição. Isso significa que os tribunais têm o dever de conhecer os processos de revisão estabelecidos por legislação expressa para verificar se a teoria histórica do dano moral, adotada nas tradições da prática criminal, foi suficientemente respeitada. Não parece haver nenhum direito constitucional geral similar no campo civil. As cláusulas de devido processo legal foram interpretadas de modo a exigir, pelo menos, uma audiência e a forma de julgamento em certos tipos de processos civis que podem resultar na privação de propriedade⁷. Mas

7. Ver, p. ex., *Mathews v. Eldridge* 424 U.S. 319 (1976); *Goldberg v. Kelly* 397 U.S. 254 (1970).

o legislador não é obrigado, no campo civil, a nenhuma avaliação histórica do risco que vale a pena correr quando adota alguma nova norma de convencimento destinada a economizar dinheiro ou a conseguir algum benefício concreto para a sociedade como um todo – exceto por meio da operação da cláusula de igualdade perante a lei e de outros dispositivos destinados a assegurar que os cidadãos sejam tratados como iguais em cada uma dessas decisões. De qualquer modo, é o direito jurídico *tout court*, inteiramente separado de qualquer direito constitucional, que nos interessa nesta seção.

Quando introduzi esta questão, disse que casos como *D contra NSPCC* e *Granada* colocam um importante problema para as teorias de prestação jurisdicional, porque, nesses casos, argumentos sobre o que conduz ao bem-estar geral parecem desempenhar um papel de controle no litígio civil. As partes discordam não apenas sobre os direitos substantivos em questão, mas sobre os mecanismos jurídicos que serão usados para decidir essa questão final, e os juízes consideram o impacto, sobre a sociedade como um todo, dos diferentes mecanismos como, pelo menos em parte, pertinente à sua decisão dessa questão processual. Será que essa prática coloca em dúvida – ou mesmo constitui uma desajeitada exceção – à proposição geral de que a prestação jurisdicional é antes uma questão de princípio que de política?

Devemos notar, primeiro, que mesmo que as questões processuais fossem decididas como questões óbvias de política, isso não representaria nenhuma contradição clara à afirmação de que a questão substantiva subjacente é uma questão de princípio. Isso decorre do fato de que as práticas da sociedade eficiente em custos que discutimos, no campo criminal, não eram logicamente contraditórias. Mas haveria uma espécie de incoerência moral, paralela à incoerência moral que encontramos nessa sociedade. Pois a idéia de que a prestação jurisdicional é uma questão de princípio – de que alguém tem direito de vencer uma ação se a lei estiver do seu lado, mesmo que a sociedade em geral perca com isso, e mesmo que o direito de que se vale tenha por origem fundamentos de política – pressupõe que alguma importância distinta, pelo menos, é vinculada ao

dano moral; e se é assim, então é moralmente incoerente deixar os processos que oferecem proteção contra esse dano moral a um cálculo utilitarista que nega esse pressuposto.

Mas essas reflexões também demonstram por que a análise simplista, de que questões processuais em casos como *D contra NSPCC* e *Granada* são decididas sobre fundamentos de política, é enganosa. Pois a questão central levantada em tais casos é a de saber se a parte que pleiteia o benefício de determinado procedimento tem direito a fazê-lo, por força de seu direito geral a um nível de exatidão compatível com a teoria do dano moral expressa no Direito civil como um todo. Isto é, a questão diz respeito ao conteúdo do segundo direito que distinguimos. Isso explica por que os cálculos dos juizes não são (como seriam se a análise simplista fosse satisfatória) como os cálculos imaginados para estabelecer processos criminais na sociedade eficiente em custos. Os juizes que decidem casos controversos a respeito de prova e processo não pesam meramente o dano simples associado a uma decisão imprecisa com os ganhos sociais advindos de processos ou regras que aumentam o risco de decisões imprecisas. Pelo contrário, assim que temos à mão as distinções que trouxemos à tona, percebemos que os cálculos são, antes, aqueles adequados a um esquema de justiça que reconhece o direito processual distinto que identificamos como um direito jurídico.

Esse fato é às vezes tão obscurecido quanto revelado pela retórica judicial. Rupert Cross cita, por exemplo, a seguinte declaração de Lorde Edmund Davies em *D contra NSPCC*:

Como a revelação de todas as provas relevantes para o julgamento de uma questão é sempre matéria de considerável interesse público, a questão a ser determinada é se está claramente demonstrado que no caso particular o interesse público seria, não obstante, mais bem atendido pela exclusão de provas, apesar da sua relevância. Se, na ponderação, a questão permanecer duvidosa, deve-se ordenar a revelação⁸.

8. [1978] AC em 245, citado em Rupert Cross, *Evidence*, 5ª ed. (Londres: Butterworths, 1979), p. 315.

Isso parece a linguagem da ponderação comum de custo-benefício, arrematada por uma decisão a favor da revelação das informações relevantes. Mas, num segundo exame, não faz nenhum sentido se compreendida dessa maneira.

Não se pode pensar sensatamente que o público tem um interesse “considerável” em conhecer a identidade da pessoa que acusou D falsamente de crueldade para com os filhos, ou mesmo em conhecer a identidade de todas as pessoas acusadas de fazer tais acusações falsas. É difícil, por exemplo, imaginar qualquer decisão política que o público pudesse tomar de maneira mais inteligente se estivesse de posse dessa informação. Talvez haja pessoas de curiosidade mórbida, para as quais seria vantajoso ler o nome do informante nos tablóides matutinos. Mas não se pode considerar que esse ganho contrabalançaria a perda para as crianças, se o trabalho da organização corresse algum risco de sofrer com a revelação, e não justificaria a suposição a favor da revelação em casos “duvidosos”. Com certeza, devemos compreender que a referência ao interesse público pela informação diz respeito ao seu interesse em que a justiça seja feita, não ao seu interesse pela informação em si. Contudo, mesmo essa formulação seria enganosa se se considerasse que diz respeito à preocupação efetiva do público em que a justiça seja feita no litígio civil, como poderia ser revelado, por exemplo, numa pesquisa do Gallup. Pois nem o juiz nem pessoa alguma tem qualquer percepção exata do grau em que o público se preocupa com isso – com certeza, alguns importam-se mais que outros e alguns não se importam nem um pouco – e nem ele nem qualquer outra pessoa pensaria que se deve revelar menos material em um litígio durante aqueles períodos inevitáveis em que o público como um todo importa-se menos, talvez por estar mais ocupado com matérias de interesse sazonal, como o Campeonato Nacional.

Referências ao interesse do público pela revelação ou pela justiça somente fazem sentido como referências disfarçadas e enganosas aos direitos individuais, isto é, referências ao nível de exatidão a que os litigantes têm direito *em contraposição*, por exemplo, ao interesse público pelo fluxo de informação

para órgãos públicos ou jornais úteis. Pois o público realmente tem um interesse inequívoco, do tipo que poderia ser detectado em alguma análise utilitarista, pela eficiência dessas instituições. O que está em questão, nesses casos, é se o litigante tem direito a um nível de exatidão, medido em termos do risco de dano moral, que deva prevalecer sobre esses interesses que são, de outro modo, importantes e legítimos. Essa é uma questão de princípio, não de política, embora seja, como espero que a discussão deste ensaio esclareça, uma questão de princípio especial em vários sentidos.

Primeiro, trata-se de uma questão que exige, na determinação do conteúdo de um direito, atenção para as conseqüências sociais de diferentes regras e práticas. Tentei, em outras partes, distinguir entre questões de política e questões de princípio que envolvem considerações importantes para prevenir a infeliz confusão entre esses dois tipos de questões sociais⁹. As conseqüências, porém, entram nos cálculos reforçando o direito em discussão, o direito a uma avaliação coerente da importância do dano moral, de um modo particularmente intrínseco. Pois nossa linguagem não nos proporciona uma métrica para formular esse conteúdo de maneira suficientemente detalhada para que seja útil, exceto de modo comparativo, isto é, expondo os tipos de ganho social que justificariam ou não correr um risco particular de uma espécie particular de dano moral. Essa é a conseqüência de algo que me esforcei para enfatizar, que o direito em questão é o direito de que seja atribuída uma importância particular ao risco do dano moral, não o direito a um nível global específico de exatidão no julgamento, passível de definição autônoma. Se uma determinada regra de instrução promove, ainda que marginalmente, a exatidão de um julgamento e não custa nada à sociedade, seja em despesa geral seja em políticas antagonicas específicas, a abstenção do tribunal em adotar essa regra demonstraria que ele estimou o risco de injustiça em quase zero. Mas se uma regra promovesse um alto grau de exatidão, mas custasse muito à comunidade, a absten-

9. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, pp. 307 ss.

ção de adotar essa regra seria compatível com uma estimativa muito alta do risco de injustiça.

A queixosa em *D contra NSPCC* argumentou que se fosse atribuído ao risco de injustiça civil seu valor normal, o perigo desse risco seria mais importante que a perda social que poderia decorrer da revelação do nome do informante. Não havia como o tribunal decidir se ela estava certa sem considerar não apenas o valor atribuído ao risco de injustiça em casos civis em geral – o valor sugerido nas observações de Lorde Edmund Davies a respeito de casos duvidosos –, mas também o valor complexo para a sociedade do trabalho daquela organização. Mas seria um erro concluir que o tribunal, por ter considerado a segunda questão com certo detalhe, estava diante de um problema de política e não de princípio.

Em segundo lugar, o papel do princípio na decisão de um tribunal a respeito de questões processuais parece deixar margem ao arbítrio judicial e, portanto, para argumentos genuínos de política, de um tipo que normalmente não tem lugar em questões substantivas. Quando questões de substância estão em jogo, os direitos do réu começam onde terminam os do queixoso, de modo que, uma vez que se decida, por exemplo, que o queixoso não tem nenhum direito a indenizações por quebra de contrato, decorre daí que o réu tem direito a que não sejam conferidas indenizações por danos. Essa é a conseqüência, como tentei explicar em outro texto, não de alguma lógica intrínseca na gramática de direitos e deveres (pelo contrário, já que essa gramática tem três valores), mas, antes, do fato de que o Direito substantivo é exposto naquilo que denominei conceitos “dispositivos”, como o da responsabilidade no contrato, cuja função é precisamente transpor a lacuna entre o fracasso do direito do queixoso e o sucesso do direito do réu¹⁰. Mas essa ligação entre as duas pretensões não é válida no caso do processo, pois está claro que o fato de o queixoso não ter direito à admissão de algum documento, por exemplo, não implica que o réu tenha direito à sua exclusão.

10. Ver cap. 5, “Não existe mesmo nenhuma resposta certa em casos controversos?”

Devemos ter cuidado para não compreender erroneamente esse ponto. O direito processual básico no litígio civil é o de que se avalie coerentemente o risco do dano moral de um resultado injusto, de modo que as decisões processuais de um tribunal não atribuam menos importância a esse risco do que lhe atribui o direito como um todo. Ambas as partes têm esse direito processual, embora, na maioria dos casos, apenas uma se valha desse direito para exigir algum benefício processual. Mas nenhuma parte tem qualquer direito *contra* processos *mais* exatos que a exatidão exigida por esse direito. Portanto, pode *parecer*, quando fica claro que a parte que requer a admissão de alguma prova não tem nenhum direito a isso, que ainda se apresenta uma questão genuína de política, a de determinar se a sociedade ganharia ou perderia por permitir provas desse tipo. Pois se o público ganharia mais com a revelação, então a razão para revelá-lo deveria ser antes o interesse do público que os direitos processuais de quaisquer das partes, e isso quer dizer que as razões para admiti-la devem ser antes de política que de princípio.

Contudo, deve estar claro, a partir da discussão precedente, que essa linha de argumentação fracassa. Ela pressupõe que o direito processual é um direito a um nível fixo de exatidão, não o direito à atribuição de certo peso ao risco de injustiça e dano moral. Se o direito fosse um direito a um dado nível de exatidão, então a decisão do tribunal seria tomada, como supõe o argumento, em dois passos: o primeiro, um julgamento de princípio perguntando se o nível de exatidão exigido seria alcançado, como questão de probabilidade antecedente, mesmo que a prova fosse excluída, e o segundo, um julgamento político, se as coisas fossem assim, de excluí-lo ou não. Mas como a decisão é a de determinar se o risco de dano moral foi devidamente avaliado, esses dois passos transformam-se em um. Pois se os cálculos de "política" indicam que o público não se beneficiaria com a exclusão dessa prova, ou de uma regra excluindo provas como essas, então uma decisão de, não obstante, excluir essa prova não indicaria absolutamente nenhuma preocupação com o risco de dano moral e violaria claramente o direi-

to processual da parte que reivindica a admissão. Assim, embora as razões sejam diferentes, os cálculos instrumentais e de conseqüências associados às decisões processuais encontram-se tão plenamente fundados em argumentos de princípio quanto estão ao surgir em decisões substantivas. As conseqüências não figuram na decisão de admitir ou não provas às quais nenhuma parte tem direito, mas em decidir se uma das partes tem direito a obter essas provas.

A decisão do Tribunal de Apelação no caso *Granada*, apesar de barroca, ilustra bastante bem o fundamento em princípios dos argumentos voltados para as conseqüências do processo, embora o caso seja complicado pelo fato de a British Steel ter promovido a demanda reivindicando a informação que queria numa ação independente, sob o dispositivo encontrado em *Norwich Pharmacal*, não como parte de uma ação substantiva maior contra a empresa de televisão. O Tribunal de Apelação sustentou que a British Steel, "em princípio", não tinha direito à informação porque o perigo de que sofresse injustiça por falta dessa informação era superado pelo interesse público pelo livre fluxo de informação, que, segundo o Tribunal, seria prejudicado se informantes potenciais soubessem que seus nomes poderiam ser revelados em um litígio. Essa não foi uma mera análise de custo-benefício, pois conferia aos interesses de futuros queixosos na posição da British Steel um peso muito maior do que esses interesses teriam em tal análise. Ela equiparou esses interesses a interesses de evitar o dano moral. Não obstante, sustentou que esses interesses, adequadamente ponderados, eram menores que o interesse público pela notícia. Mas sustentou então que, nas circunstâncias particulares desse caso, levando em conta a conduta menos que exemplar da Granada, o interesse público não foi bem atendido pela proteção da confidencialidade do informante. (É difícil perceber como a conduta da Granada solapou o valor da notícia que colheu para o público, mas é isso que o tribunal deve ter pensado, se sua decisão é racional.) Nesse caso, porém, a ameaça de injustiça para com a British Steel não foi superada pelo interesse público nos fatos envolvidos no caso. Portanto, a absten-

ção de exigir a revelação teria violado o direito dessa companhia a uma atenção adequada para com a ameaça de injustiça sobre ela.

A sexta e última questão que distingui refere-se a se os cidadãos podem ter algum direito processual de participar do que são claramente decisões de política (além de seu direito a participar na eleição do governo que decide essas questões, como todos os cidadãos fazem) porque essas decisões, de alguma maneira, afetam-nos particularmente. Essa questão é levantada, como disse, pela decisão *Bushell*, na Câmara dos Lordes, sustentando que, embora se exigisse uma audiência relacionada com a decisão do governo de construir uma estrada numa área particular como parte de um programa nacional, essa audiência não necessitava incluir nenhuma repregunta por residentes locais sobre a questão de se eram corretas as suposições gerais do departamento pertinente a respeito do fluxo de tráfego no país. Lorde Diplock, no discurso mais ponderado entre os juízes, disse que se a equidade exige a oportunidade de tais repreguntas depende “de todas as circunstâncias”, o que inclui, “como mais importante, a própria opinião do inspetor quanto a se a discussão irá capacitá-lo a fazer um relatório mais útil ao ministro na tomada da decisão, o que seria suficiente para justificar as despesas e transtornos, para outras partes envolvidas na investigação, que fossem ocasionados pela prolongação resultante”. Essa linguagem sugere que as pessoas particularmente afetadas pela decisão de planejar uma estrada não têm direito a absolutamente nenhum processo particular na condução de nenhuma audiência, além do que a lei poderia explicitamente prever, de modo que a decisão quanto a quais processos proporcionar é inteiramente uma questão de considerações políticas de custo-benefício, no estilo da sociedade baseada em custos e benefícios que imaginamos.

O exposto nas seções precedentes deste ensaio não sugere nenhuma falha no argumento de Lorde Diplock – a menos que acreditemos que se o governo constrói uma estrada inadequada

porque se vale de previsões erradas sobre o trânsito, comete um ato de injustiça para os que serão importunados por essa estrada. Uma estrada inadequada é um ato de injustiça? Considero que ninguém tem direito a que não se construa a estrada, no sentido estrito de que seria errado construí-la, mesmo que fosse uma política sensata fazê-lo. Suponha que digamos, porém, que, como uma decisão deliberada de construir uma estrada que se sabe não ser justificada por fins utilitaristas é um ato injusto e impõe dano moral a todos que perdem com isso, uma decisão equivocada de construir uma estrada que não se justifica por fins utilitaristas é também um ato de injustiça, embora de injustiça menos grave. Esse argumento poderia tentar valer-se de alguma analogia com a proposição de que a condenação equivocada de um inocente é um ato de injustiça, embora não tão grave quanto uma incriminação falsa e planejada. Mas a comparação é inválida porque não faz nenhum sentido dizer que uma pessoa tem direito ao que um cálculo utilitarista lhe proporciona, pelo menos no sentido em que podemos dizer que as pessoas têm direito de não ser punidas por um crime que não cometeram.

Mas o erro no presente argumento é mais profundo que isso, pois persiste mesmo se admitimos que, quando o governo comete um erro em seus cálculos de política, ele viola direitos de cada cidadão. Lorde Diplock considera que mesmo que a sociedade perca por causa de alguma decisão sobre uma estrada pode, não obstante, se beneficiar com processos que correm um risco maior de permitir esse tipo de erro do que com outros processos mais caros. Tudo depende de determinar se as custas processuais mais elevadas de, por exemplo, permitir o exame local de todas as características do programa nacional valem os ganhos que teriam probabilidade de resultar *previamente* no projeto efetivo do programa. Se não valem, então o fato, disponível apenas em retrospecto, de que o processo mais dispendioso teria efetivamente produzido um programa melhor, não indica que a abstenção em seguir esse processo privasse os cidadãos do que a utilidade recomenda. Pelo contrário, a melhor análise da utilidade prévia recomendaria o processo mais barato, acompanhado por um risco maior do programa pior, não o

processo mais dispendioso seguido por uma probabilidade maior do melhor. Nesse caso, a decisão de não permitir a ampliação do debate deu aos cidadãos aquilo a que tinham direito a ter pela presente hipótese: a decisão que maximizava a utilidade média esperada. Assim, não violou equivocadamente seu direito alegado ao que o cálculo de utilidade recomendaria, mesmo que, de fato, tenha produzido uma estrada que o cálculo de utilidade condenaria. Naturalmente, a decisão quanto a se os processos mais dispendiosos valeriam o custo é, ela própria, uma decisão política. Mas o fato de que os números do Livro Vermelho estavam efetivamente errados não demonstra, mesmo em retrospecto, que os processos mais dispendiosos teriam sido melhores. O argumento de Lorde Diplock é justamente o de que a decisão política secundária deveria ser tomada pelo governo, por meio do órgão administrativo em questão, não pelos tribunais.

Seria compreender muito mal esse argumento, porém, concluir que o julgamento sobre quais processos os órgãos administrativos devem seguir é sempre ou necessariamente uma decisão de política secundária que não deve ser tomada pelos tribunais. No controvertido caso de *Mathews contra Eldridge* (424 US 319, 1976), o Supremo Tribunal teve de decidir se o governo dos Estados Unidos podia suspender os benefícios de seguridade social de alguém sem uma audiência, em conformidade com a cláusula do devido processo legal. O Tribunal disse que a decisão sobre se a audiência era necessária dependia de três fatores:

primeiro, o interesse privado que será afetado pela ação oficial; segundo, o risco de sacrifício equivocado de tal interesse devido aos processos usados, e o valor provável, se houvesse algum, de salvaguardas processuais adicionais ou substitutivas; e, finalmente, o interesse do governo, incluindo a função envolvida e os encargos fiscais e administrativos que a exigência processual adicional ou substitutiva acarretaria.

O Tribunal observou, no tocante a esse terceiro fator, que qualquer despesa adicional em que a administração fosse obrigada a incorrer, se a cláusula do devido processo legal fosse

interpretada como exigindo audiências quando do cancelamento de benefícios, viria dos fundos disponíveis para outros beneficiários da seguridade social. Decidiu, com base nas avaliações que propôs, que a Constituição não exige uma prévia audiência para decidir sobre o encerramento de benefícios de seguridade social.

Embora seja difícil dizer, a partir da superfície da retórica judicial, se uma determinada avaliação deve ser um cálculo de custo-benefício no estilo utilitarista ou não (como vimos ao estudar o discurso de Lorde Edmund Davies no caso *D contra NSPCC*), a linguagem do Supremo Tribunal nesse caso realmente é parecida com a de Lorde Diplock em *Bushell*. E foi interpretada por comentaristas jurídicos como pedindo uma análise utilitarista inequívoca¹¹. Se essa é a interpretação correta, o Tribunal cometeu um erro sério ao supor que sua avaliação é a que a Constituição exige. Pois, uma vez que o Congresso especificou quem tem direito a benefícios da seguridade social, as pessoas que o Congresso designou têm direito a esses benefícios. Decorre daí que há um fator de injustiça no dano ocasionado a essas pessoas quando elas são privadas erroneamente de seus benefícios, um fator de injustiça que não pode ser detectado por nenhum cálculo utilitarista, mesmo um cálculo refinado que coloque em jogo a questão do valor previsto da utilização de processos mais dispendiosos. Essa é a distinção importante entre *Bushell* e *Mathews*. Ninguém tem direito de que uma estrada não seja construída num lugar onde estragará a paisagem, mas as pessoas realmente têm direito a benefícios que o Congresso (sensatamente ou não) lhes assegurou. Há, portanto, um risco, não apenas de dano simples, mas de dano moral, em qualquer julgamento administrativo no segundo caso, um risco ausente no primeiro, e a utilidade é inadequada em um deles, mas não no outro.

Não quero dizer que a decisão do tribunal em *Mathews* foi necessariamente incorreta. Pois não somos confrontados

11. Ver, p. ex., Mashaw, "The Supreme Court's Due Process Calculus for Administrative Adjudication in *Mathews v. Eldridge*: Three Factors in Search of a Theory of Value", *University of Chicago Law Review*, 44: 28 (1976).

nesse caso – não mais do que no caso do processo criminal – com uma escolha evidente entre nenhum direito processual e um direito a algum processo específico, independentemente do custo. Os participantes do processo administrativo têm os mesmos direitos processuais gerais que os litigantes têm no tribunal, pois esses direitos são, primordialmente, direitos políticos. As pessoas têm direito de que o fator de injustiça seja levado em conta e devidamente avaliado em qualquer decisão que as prive daquilo a que têm direito em todos os processos destinados a examinar seus direitos substantivos. Mas daí não decorre automaticamente que têm ou não direito a uma audiência de qualquer âmbito ou estrutura particulares. Isso depende de uma variedade de fatores, que, claramente, incluem os que foram mencionados pelo Tribunal em *Mathews*. O Tribunal estava errado não por pensar que eram relevantes esses fatores, mas por supor que o valor do pedido do autor se referia apenas ao dano simples que ele sofreria se seus pagamentos fossem cancelados – se essa for a interpretação correta do que disse o Tribunal. O valor do pedido deve refletir a apreciação adequada do risco de dano moral, embora possa muito bem ocorrer que a balança se incline para o lado que nega uma audiência plena.

Como a questão apresentada ao tribunal num caso como *Mathews* é uma questão de princípio, que exige um julgamento quanto a ter sido satisfeito ou não o direito a uma avaliação compatível do risco de dano moral, trata-se de uma questão adequada para a prestação jurisdicional, e o Tribunal erraria se simplesmente aceitasse a decisão da administração nessa questão, embora possa acatar, com base no conhecimento especializado, o parecer do órgão administrativo quanto aos componentes conseqüenciais da questão. Mais uma vez, isso torna *Mathews* diferente de *Bushell*. No segundo caso, a questão do processo foi, ela própria, integrada a outras questões no julgamento de natureza política, sem nenhuma questão distinta de concessão de direitos. O esquema institucional geral que atribui questões de política ao executivo, e não aos tribunais, atribui a questão do processo à administração. Em *Mathews* há uma

clara questão de princípio, e os tribunais não podem deferir, nessa matéria, sem ser infiéis à sua responsabilidade de dizer quais são os direitos constitucionais das pessoas.

Devemos agora perguntar, no entanto, se existem outras justificações – além do risco de injustiça substantiva que foi nossa principal preocupação neste ensaio – a favor de processos dispendiosos para órgãos administrativos ou outros. Em seu tratado mais recente e importante sobre Direito constitucional, Laurence Tribe sugere uma distinção entre dois fundamentos de princípio diferentes para as exigências constitucionais de devido processo legal em casos como *Mathews*. Ele diz que essas exigências podem ser compreendidas instrumentalmente, como estipulando processos que são justificados porque aumentam a exatidão dos julgamentos substantivos subjacentes, ou intrinsecamente, como algo a que as pessoas têm direito quando o governo age de maneira que as discrimina, a despeito de qualquer efeito que o processo possa ter sobre o resultado final. A segunda interpretação pressupõe, como ele diz, que

o direito de ser ouvido e o direito a que se explique o porquê são analiticamente distintos do direito de obter um resultado diferente; esses direitos a intercâmbio expressam a idéia elementar de que ser uma *pessoa*, não uma *coisa*, é, pelo menos, ser consultado sobre o que se faz com uma ... Pois quando o governo age de maneira que discrimina determinados indivíduos – de maneira que pode ter como premissa suposições a respeito de pessoas específicas – ele ativa a preocupação especial de que, em vez de simplesmente lidar com as pessoas, converse com elas, pessoalmente, a respeito da decisão¹².

Tribe observa que as decisões efetivas do Tribunal parecem mais compatíveis com a primeira dessas duas interpretações da exigência do devido processo legal do que com a segunda, porque, segundo ele, o Tribunal talvez não tenha percebido a distinção.

12. Laurence Tribe, *American Constitutional Law* (Mineola, N.Y.: The Foundation Press, 1978), pp. 503-4.

Essa análise é de inegável interesse. Mas a referência à “preocupação especial” merece alguma atenção. Não pode pretender chamar a atenção simplesmente para um aspecto do dano simples que pode ser negligenciado. Pois, embora possa ser psicológico o fato de que algumas pessoas geralmente se importam mais com uma decisão adversa se ela for tomada impessoalmente, sem sua participação, esse é o tipo de dano que figura em qualquer cálculo utilitarista decente, não uma razão para que a decisão de promover uma audiência não deva ser baseada em tal cálculo. É duvidoso, de qualquer modo, se esse tipo de dano simples teria mais peso que a perda para outros beneficiários da seguridade social, ou dos programas de bem-estar federais, sobre os quais, no fim, recairia o custo de audiências dispendiosas.

Portanto, a “preocupação especial” deve ser o fato ou risco de algum dano moral, não apenas um tipo especial de dano simples. Mas não pode ser apenas o risco de injustiça substantiva, pois esse é o dano contemplado pela interpretação instrumental das exigências processuais. A interpretação intrínseca aponta para uma forma diferente de dano moral. Mas qual? A linguagem sobre conversar com as pessoas em vez de lidar com elas, e sobre tratá-las como pessoas e não como coisas, é de pouca importância no caso, como geralmente acontece na teoria política. Pois não mostra por que o dano indubitável das decisões injustificadas não é apenas o dano simples, e afirmações sobre quais formas de tratamento tratam uma pessoa como pessoa são, na melhor das hipóteses, conclusões de argumentos, não premissas. Tampouco é de muita ajuda a referência ao fato de que a decisão é sobre indivíduos particulares, não sobre grandes grupos de pessoas. Precisamos saber por que isso faz diferença. A única sugestão nessas passagens é a de que uma decisão sobre poucas pessoas “pode ter como premissa suposições a respeito de pessoas específicas”. Mas isso nos traz de volta à exatidão, pois sugere que o dano moral encontra-se no fato de considerar que alguém tem ou não incapacidades ou qualificações particulares, e isso só pode se visto como dano moral, sem mais razões, se a suposição for falsa.

Assim, é necessário mais trabalho para estabelecer um sentido relevante de dano moral, distinto de inexatidão. Talvez Tribe quisesse apenas sugerir que as exigências constitucionais do devido processo legal são justificadas porque decisões administrativas inexatas produzem dano moral, além de dano simples – caso em que seu argumento não exige uma distinção entre aspectos instrumentais e intrínsecos do devido processo legal, mas, antes, uma distinção no aspecto instrumental que chame a atenção para a importância da proteção contra um tipo de dano moral que está fora do âmbito de cálculos utilitaristas de custo-benefício.

Ainda assim, temos a intuição de que algo mais está em jogo nas questões processuais além desse tipo de dano moral. Suponha que uma pessoa seja punida, sem nenhum julgamento, por um crime que temos certeza de que ela realmente não cometeu. Sentimos que sofreu uma injustiça, mas é falso supor que isso tenha muita relação com o risco de que ela seria condenada, apesar de inocente. Pois temos certeza de que o risco era inexistente. Sem dúvida, nosso senso de injustiça aqui está ligado à idéia de que as pessoas devem ser ouvidas antes que a sociedade chegue oficialmente a certos tipos de conclusão a respeito delas. Mas essas conclusões devem conter algo que as desabone. Talvez não seja exagerado dizer que deve ser algo que acarrete seu descrédito moral, usando a moralidade, nesse caso, no mais amplo dos dois sentidos que John Mackie proveitosamente distinguiu¹³. Isso explicaria a idéia do instituto jurídico da perda de direitos civis, que é inconstitucional porque resultaria de determinações legislativas, não judiciais, da culpa dos indivíduos ou grupos nomeados.

Continua em aberto a questão sobre que dano moral, distinto do risco de injustiça substantiva, encontra-se nessas determinações de culpa *ex parte* que não oferecem nenhum papel ao indivíduo condenado. Essa é uma questão muito grande para ser esboçada aqui. Mas, sem dúvida, não existe nenhuma

13. John Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong* (Nova York: Penguin Books, 1977), pp. 106-7.

questão sobre qualquer dano moral desse tipo em audiências públicas sobre rodovias como as que figuravam em *Bushell*. Pode haver mais espaço para discussão no caso de uma decisão de cancelar benefícios da seguridade social, mas isso, com certeza, deve depender do tipo de fundamento invocado ou implicitamente sugerido para o cancelamento.

*Desobediência civil e protesto nuclear**

Esta discussão sobre desobediência civil foi preparada para uma conferência sobre o assunto organizada pelo Partido Social-Democrata da Alemanha em Bonn. A idéia é nova para a maioria das platéias alemãs. Elas sabem que a desobediência civil foi muito discutida no que chamam de tradição anglo-americana; conseqüentemente, pediram-me que descrevesse a forma que a discussão assumiu na Grã-Bretanha e nos Estados Unidos. Na verdade, a história da idéia foi um tanto diferente nos dois países. Os Estados Unidos sofreram uma longa série de divisões políticas que tornaram os dilemas da legalidade particularmente agudos. A escravidão foi a primeira questão a produzir uma literatura filosófica, um debate nacional. Antes da Guerra Civil, o Congresso norte-americano aprovava a Lei do Escravo Fugitivo, que tornava crime os nortistas ajudarem escravos foragidos a escapar dos caçadores de escravos; muitas pessoas violaram essa lei porque suas consciências não permitiam que elas a acatassem. As seitas religiosas geraram uma segunda crise de anuência, de caráter bastante diferente. As testemunhas de Jeová, por exemplo, são proibidas por sua crença de saudar uma bandeira, e as leis de muitos estados exigiam que as crianças comessem o dia escolar saudando a bandeira norte-americana. A recusa das testemunhas em obedecer a essa lei desencadeou algumas das mais importantes decisões

* Esse ensaio é a adaptação de uma comunicação feita numa conferência sobre desobediência civil organizada por Jürgen Habermas, sob os auspícios do Partido Social-Democrata Alemão, em Bonn, setembro de 1983. © Ronald Dworkin