
A DIGNIDADE DA LEGISLAÇÃO

Jeremy Waldron



Martins Fontes

*Esta obra foi publicada originalmente em inglês com o título
THE DIGNITY OF LEGISLATION
por The Press Syndicate of the University of Cambridge, 1999.
Copyright © Jeremy Waldron, 1999.
Copyright © 2003, Livraria Martins Fontes Editora Ltda.,
São Paulo, para a presente edição.*

1ª edição
setembro de 2003

Tradução
LUÍS CARLOS BORGES

Revisão da tradução
Marina Appenzeller
Acompanhamento editorial
Luzia Aparecida dos Santos

Revisões gráficas
Elza Maria Gasparotto
Edna Gonçalves Luna
Dinarte Zorzanelli da Silva

Produção gráfica
Geraldo Alves
Paginação/Fotolitos
Studio 3 Desenvolvimento Editorial

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

Waldron, Jeremy

A dignidade da legislação / Jeremy Waldron ; tradução Luís Carlos Borges ; revisão da tradução Marina Appenzeller. – São Paulo : Martins Fontes, 2003. – (Coleção justiça e direito)

Título original: The dignity of legislation.

Bibliografia.

ISBN 85-336-1896-4

1. Direito – Filosofia 2. Jurisprudência 3. Legislação I. Título. II. Série.

03-4351

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito : Filosofia 340.12
2. Filosofia do direito 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

Capítulo 1

A indignidade da legislação

I

Nas palestras introdutórias sobre ciência política que proferiu em Cambridge, no período de Michaelmas de 1885¹, John Robert Seeley observou a tendência dos autores políticos alemães de caracterizar os Estados (ou as etapas do desenvolvimento do Estado) segundo o que se considera ser o domínio da sua atividade principal, a sua mais importante função, a função que organiza e inspira tudo o que eles fazem. Há *Der Kriegstaat* (o Estado organizado para a guerra), *der Rechtstaat* (o Estado organizado em torno do princípio do estado de direito e dos direitos individuais), *Der Handelstaat* (o Estado dedicado à promoção do comércio), *Der Polizeistaat* (o Estado policial) etc.² Nós vivemos, disse Sir John, em um Estado de *Legislação*, que não é absolutamente a mesma coisa que o *Rechtstaat*, mas, antes, uma forma de Estado dedicada à questão de melhorar continuamente a vida da comunidade por meio de inovações jurídicas explícitas, isto é, pela legislação parlamentar³. Podemos estar comprometidos, em princípio, com a economia do *laissez-faire* e do livre comércio, ele disse, podemos aceitar o princípio de li-

1. Seeley, *Introduction to Political Science*, especialmente Palestra VI.

2. *Ibid.*, 140.

3. *Ibid.*, 146.

berdade de Mill, na medida em que diga respeito à interferência da sociedade na vida privada do indivíduo⁴, mas não inferimos disso nenhum princípio ou exigência moral de inatividade governamental. Pelo contrário, todos os dias surge outra exigência de nova legislação para lidar com alguma dificuldade ou reorganizar algum aspecto dos assuntos sociais, sejam estes a educação, a higiene pública ou a reforma do serviço público. Todas as partes da política moderna concordam, disse Seeley, “que há muito a ser feito, que temos mais trabalho diante de nós do que podemos realizar”, e que, conseqüentemente, “os governos devem estar continuamente ocupados em decretar leis importantes”⁵.

Seeley negou que estivesse emitindo juízo sobre essa tendência; disse que estava apenas tendo que classificá-la. Mas o tom de desgosto é inconfundível no meio de sua taxinomia. O Estado-legislação, disse – isto é, o Estado continuamente empenhado em fazer leis, em desfazê-las e emendá-las – é uma anomalia:

Historicamente, isso é tão diferente quanto possível da doutrina de outros períodos. Em outros tempos, não se esperava que o Estado ... se ocupasse da legislação. As comunidades tinham de fato leis e, às vezes, embora raramente, elas as alteravam, mas a tarefa de alteração não cabia ao Estado ... Em outros tempos, o Estado, isto é, o poder que emite comandos e inflige castigos, não era considerado capaz de fazer lei. Podia conduzir uma campanha, lançar um imposto, remediar uma queixa, mas considerava-se que a lei pertencia a uma esfera um pouco diferente. A lei era um costume sagrado; o Estado podia administrá-la, impô-la ou codificá-la, mas a legislação, a criação, a alteração ou a anulação da lei era concebida como um poder muito elevado, a ser usado raramente, que era duvidoso determinar quem o possuía.

4. Para a discussão de Mill por Seeley, ver *ibid.*, 108-9.

5. *Ibid.*, 144.

As leis ὑψίποδες δὶ αἰθέρα τεκνωθέτες, “caminham nas alturas, nascem acima do céu”. Muitas vezes, a religião foi invocada e, normalmente, usava-se certo grau de ficção para ocultar a alteração por demais atrevida que se fizera⁶.

Nesse ponto, Seeley concluiu: “Rompeamos completamente com a tradição dos primeiros tempos.”⁷

Não foi a única pessoa a adotar esse tom – Henry Sumner Maine também o adotou⁸, Walter Bagehot igualmente⁹ – e, embora a intensidade da atividade legislativa na Inglaterra do seu tempo fosse sem precedentes, sua postura para com a legislação e os legisladores não era muito nova. Mais de cem anos antes, em Oxford, William Blackstone observou, nas suas palestras sobre o direito consuetudinário da Inglaterra, que um longo percurso de leitura e estudo é exigido para formar um professor de leis, “mas todo homem de fortuna superior acha que é um legislador *nato*”. Como resultado, disse Blackstone, “o direito consuetudinário da Inglaterra saiu-se como outros edifícios veneráveis da antiguidade, que operários rudes e sem experiência se aventuraram a vestir de nova roupagem e a refinar, com toda a fúria do progresso moderno”¹⁰. (Na verdade, o objetivo dos seus *Commentaries*

6. *Ibid.*, 145.

7. *Idem.*

8. Maine, *Popular Government*, 140: “Não se reconhece com frequência quão excessivamente rara no mundo foi a atividade legislativa até mais de cinqüenta anos atrás...”.

9. Ver Bagehot, *The English Constitution*. Ao enumerar os poderes do parlamento, Bagehot escreveu: “Por último, há a função da legislação, à qual, naturalmente, seria absurdo negar a grande importância, e que eu só nego que seja *tão* importante quanto a administração executiva do Estado inteiro... Há temporadas em que a legislação é mais importante... Mas, geralmente, as leis de uma nação adequam-se a sua vida; as adaptações especiais delas são apenas subordinadas; a administração e a condução dessa vida são as questões mais prementes” (*ibid.*, 119).

10. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Introdução, 5.

[Comentários] era remediar essa situação. Apesar de proferidos em 1765, em Oxford, na forma de palestras, não pretendiam contribuir para a educação dos *advogados*; dirigiam-se, antes, para o tipo de cavalheiro do público que, podia se esperar, buscaria posição pública como legislador, dali a cinco ou dez anos, na Câmara dos Comuns)¹¹.

E a postura persiste atualmente, talvez mais ainda na jurisprudência norte-americana do que na inglesa. Ouvimos as preocupações de Blackstone, Bagehot e Seeley que repercutem no sentimento, amplamente difundido entre os estudiosos jurídicos do século XX, de que o caráter do sistema de direito consuetudinário está mudando para pior à medida que a legislação congestiona as bases mais endógenas e tradicionais do desenvolvimento jurídico. Os estatutos, dizem-nos, “não têm raízes” e muitas vezes são “rápida e imponderadamente adotados”¹². “Engasgando com estatutos” – o título do primeiro capítulo do livro de Guido Calabresi sobre tribunais e legislação – é um lema adequado para essa espécie de postura¹³.

11. Devo este ponto a David Lieberman.

12. Pound, “Common Law and Legislation”, 404, citando observações de Baldwin, *Two Centuries' Growth of American Law*. Mas o próprio Pound previne contra a antipatia judicial ao direito estatutário: “É moda apontar as deficiências da legislação... É moda pregar a superioridade da lei feita por juízes. Pode ser bom, porém, que advogados e juízes se lembrem de que está chegando uma ciência da legislação e que os modernos estatutos não devem ser descartados levemente, como produtos improvisados de um desejo grosseiro de fazer algo; eles representam um estudo longo e paciente de especialistas, uma consideração cuidadosa por parte de conferências, congressos ou associações, a discussão na imprensa, na qual a opinião pública se concentra em todos os detalhes importantes, e audiências perante comitês legislativos” (*ibid.*, 383-4).

13. Calabresi, *A Common Law for the Age of Statutes*, 1. Concorrentes para a posição de lema incluem uma “orgia de feitura de estatutos” (expressão de Grant Gilmore, citada por Calabresi, *ibid.*) e “a ‘estatutarização’ do Direito norte-americano” (*idem*).

II

Entre alguns juristas do direito consuetudinário, essa atitude cristaliza-se em uma relutância curiosa, quase esno-be, de sequer considerar a legislação como uma forma de lei. No que penso ter sido o seu último ensaio publicado, o grande formalista de Harvard, Christopher Columbus Langdell, fez a resenha do livro de A. V. Dicey, *The Relation Between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century* [A relação entre lei e opinião pública na Inglaterra no século XIX]¹⁴. Langdell começou a resenha explicando que, apesar do título, não se tratava, absolutamente, de um livro sobre *direito*¹⁵, que a inclusão da palavra *law** [Direito, lei] no título de Dicey era infeliz e enganadora. "Tal como usada comumente pelos advogados, a palavra significa o direito como administrado pelos tribunais de justiça em ações entre partes litigantes, mas, no caso, ela claramente não é usada nesse sentido, mas no sentido de legislação."¹⁶

O que pode significar alguém insistir em que legislação não é direito? No que tem de menos controversa, a afirmação incorpora uma dose saudável de realismo jurídico. Um projeto de lei não se torna lei simplesmente sendo decretado, ocupando o seu lugar em Halsbury ou no livro de estatutos. Torna-se lei apenas quando começa a desempenhar um papel na vida da comunidade, e não podemos dizer qual papel será – e, portanto, não podemos dizer *qual lei* foi criada –, até que ela comece a ser administrada e interpretada pelos tribunais. Considerado como um pedaço de

* O grifo é da edição brasileira.

14. Langdell, "Dominant Opinions in England During the Nineteenth Century", 151.

15. *Ibid.*, 153.

16. *Ibid.*, 151.

papel com o selo de aprovação do parlamento, um estatuto não é direito, mas apenas uma possível *fonte de direito*¹⁷.

Langdell, porém, entre todos, era qualquer coisa, menos um realista jurídico; sua abordagem do direito e da educação jurídica na Escola de Direito de Harvard era exatamente aquilo contra o que os realistas trataram de se revoltar¹⁸. De qualquer modo, tenho certeza de que ele não estava apenas afirmando o simples argumento analítico de negar o termo honorífico "direito" a algo tão mesquinho, ordinário e político como a legislação parlamentar, sobre a qual Dicey estava escrevendo. Como disse no capítulo 1, há um sentido na filosofia jurídica em que legislação carece de parte da *dignidade* associada à venerável instituição que chamamos direito. Embora o direito consuetudinário venha se desenvolvendo há séculos, "purificando-se", na expressão de lorde Mansfield¹⁹, de modo que cada precedente ou cada doutrina, por mais que não gostemos dele em si, tem algo em sua linhagem que pede o nosso respeito – um estatuto enfia-se na nossa frente como um *arrivista* de baixa extração, toda superfície, nada de profundidade, sem herança, tão arbitrário na sua origem como a união temporária de uma maioria no parlamento ou no congresso. Suspeito que é por causa dessa linhagem – ou da falta de linhagem – que os estatutos são considerados, por juristas como Langdell, indignos do nome "direito" e de tudo o que ele implica.

Não se trata apenas de uma questão de palavras: o título honorífico "direito" deve ser concedido ou negado à legislação? No uso comum e no trabalho diário da maioria

17. Ver Gray, *The Nature and Sources of the Law*, 84-5, 123-5 e 152.

18. Para a tendência do formalismo langdelliano de privilegiar a lei feita por juízes em detrimento da legislação, ver Duxbury, *Patterns of American Jurisprudence*, 16-7.

19. *Omychund contra Baker*, 1 Atk. 21, 33 (K.B. 1744), 26 Eng. Rep. 15, 23 (1744).

dos advogados, não há dúvida. Legislação é direito; na verdade, constitui o grosso dos materiais jurídicos com que as pessoas comuns vem a ter de lidar. É mais uma questão de explicitar conceitos. A pergunta que devemos fazer é esta: dado que o mundo jurídico, no qual os cidadãos e seus advogados deparam com as exigências do Estado, é, em boa parte, um mundo estatutário ou, na melhor das hipóteses, um mundo no qual o direito consuetudinário e os estatutos mesclam-se caótica e indiscriminadamente, por que, na *filosofia* jurídica, persistimos em formular estruturas conceituais que tornam o direito consuetudinário – o direito desenvolvido por juízes e tribunais – a questão central e interessante. Por que é o direito feito pelos juízes, não o direito feito pela legislatura, que se liga mais naturalmente a outros valores políticos que “direito”, “justiça”, “legalidade” e “estado de direito” evocam? Por que é *esse* o nosso conceito de direito na jurisprudência, ao passo que os estatutos e a legislação se detêm na periferia dos nossos interesses filosóficos, como exemplos um tanto embaraçosos e problemáticos desse conceito, se é que são exemplos do conceito?

III

Mencionei na última seção a percepção dos estatutos – pedaços da legislação – como *arrivistas* na cena jurídica, só poder e nenhuma herança. Em contraste com outras fontes de direito, a legislação tem atributos do descarado e do impudente. Um juiz, quando legisla no direito consuetudinário (se é isso que ele faz) tem, pelo menos, a gentileza de fingir que está *descobrimdo* o que a lei era o tempo todo: ele não se apresenta explicitamente como um legislador. Na verdade, como todos nós sabemos, a lei é mudada todos os dias nos nossos tribunais de recursos, mas, na maioria das

vezes, é mudada sob o disfarce de uma decorosa simulação, de que nada podia estar mais distante da nossa mente, ou da mente do tribunal, que uma aspiração legislativa. A linguagem e o estilo são declarativos mesmo se a realidade for revisionista. A legislatura, por contraste, tem a impudência de dizer: "Esqueçam o que a lei foi o tempo todo. É assim que ela vai ser agora." E supõem-se que a lei foi mudada – mudada, como digo, *descaradamente* – em virtude de nada mais decoroso do que o reconhecimento pela comunidade da intenção deliberada do corpo legislador de fazer exatamente isso.

Os que se lembram do seu H. L. A. Hart – quando eu estava em Oxford, *The Concept of Law* [O conceito de direito] era prescrito (muito adequadamente) para o estudo de teoria política, além do estudo de jurisprudência –, lembrar-se-ão de que Hart considerava essa questão da mudança deliberada – "susceptibilidade à mudança deliberada" – como uma das coisas que distinguia o direito da moral de uma comunidade. "É", escreveu ele, "característico de um sistema jurídico que regras novas possam ser introduzidas e regras velhas possam ser revogadas por decreto deliberado... Em contraste, as regras ou princípios morais *não podem* ser trazidos à existência, modificados ou eliminados dessa maneira²⁰." O último ponto não tem a significação de uma consequência do realismo moral (como em: ninguém pode mudar ou emendar as leis da natureza). Hart queria dizer "o fenômeno social a que muitas vezes nos referimos como 'a moralidade' de uma dada sociedade ou a moralidade 'aceita' ou 'convencional' [ou positiva] de um grupo social efetivo"²¹. A explicação da imunidade da moralidade à mudança deliberada é sociológica, não metafísica: "é incom-

20. Hart, *The Concept of Law*, 175.

21. *Ibid.*, 169.

patível com o papel desempenhado pela moralidade na vida dos indivíduos, que as regras, princípios ou padrões morais sejam considerados, como são as leis, como coisas capazes de criação ou mudança por ato deliberado”²². Além disso, a imunidade à mudança deliberada também se aplica a outras normas sociais, inclusive normas não morais, como as tradições e as práticas culturais. Elas podem mudar, naturalmente, como pode mudar a moralidade convencional, mas não podem ser mudadas deliberadamente.

Portanto – de um ponto de vista sociológico –, uma sociedade vem a ter um sistema jurídico, na descrição de Hart, quando algumas de suas regras e das práticas morais tradicionais passam a desempenhar um papel diferente na vida dos seus membros – um papel que faz, primeiro, a sua articulação e, depois, sua emenda, ab-rogação ou revisão, ser pensada de uma maneira que não era antes. Daí a necessidade do aparelho que Hart torna central na sua versão particular de positivismo jurídico: refiro-me ao aparelho das regras secundárias, regras de reconhecimento e práticas para não perder de vista quais regras foram modificadas e quais não foram. Esse aparelho é necessário porque o papel que as regras agora desempenham na vida da sociedade significa que os membros não têm mais acesso às regras “instintivamente” ou “intuitivamente” ou apenas em virtude da sua socialização e criação.

22. *Ibid.*, 175-6. Contudo, a explicação sociológica pode referir-se obliquamente a uma afirmação metafísica. Talvez a moralidade convencional seja imune sociologicamente à mudança deliberada porque só pode desempenhar o papel que exerce na vida dos indivíduos se os indivíduos acreditarem que estão seguindo padrões transcendentais que não podem (agora, *metafisicamente*, não podem) ser mudados por ato criador humano. (E essa crença na imutabilidade metafísica poderia, é claro, ser significativa sociologicamente mesmo que fosse falsa ou sem sentido: ver Mackie, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, 20 ss.)

Os limites deste volume não permitem uma exploração adequada da ligação extremamente interessante (e negligenciada) entre esse tema na jurisprudência de Hart e o lado sociológico ou socioteórico do que muitas vezes foi considerada uma tese puramente analítica do positivismo jurídico²³ – a saber, que a lei não tem nenhuma ligação necessária com a justiça. O contraste entre a imunidade da moralidade e a susceptibilidade do direito à mudança deliberada ajuda a explicar a hesitação de Hart em considerar o estado de direito como “um bem humano sem ressalva”²⁴. Em uma sociedade “pré-jurídica”, isto é, uma sociedade governada por um conjunto de práticas morais convencionais, todos conhecem as regras. A transição para a governança jurídica, porém, e o estabelecimento de regras de reconhecimento inevitavelmente implicam o surgimento de um exército de detectores de lei especializados, que conhecem as marcas da legislação e sabem como dizer quais regras receberam deliberadamente autoridade e quais não receberam. Hart cita esse ponto a respeito da legislação como uma base substantiva para o seu conhecido ceticismo quanto a qualquer ligação necessária entre direito e moralidade. Como “uma grande proporção dos cidadãos comuns – talvez uma maioria – não tem uma concepção geral da estrutura jurídica ou dos seus critérios de validade”²⁵, o surgimento do direito deliberadamente decretado coloca-nos face a face ao que ele denomina “uma verdade moderadora: a passagem da forma simples de sociedade, na qual as regras de obrigação primárias são o único meio de controle social, para o mundo ju-

23. É inteiramente errado sustentar que a insistência de Hart em que o direito não é necessariamente justo é uma tese puramente semântica, conceitual ou analítica: cf. Coleman, “Negative and Positive Positivism”, p. 147.

24. Usando uma expressão adaptada de Thompson, *Whigs and Hunters*, 266.

25. Hart, *The Concept of Law*, 114.

rídico, com sua legislatura, tribunais, funcionários e sanções organizados centralmente, consegue seus lucros sólidos a certo custo²⁶. Os que fazem e conseguem reconhecer leis decretadas podem usar essa capacidade e conhecimento especializado para o seu próprio benefício e em detrimento dos outros, que descobrem que sabem cada vez menos a respeito da base detalhada sobre a qual se organiza a sua sociedade, certamente menos do que eles ou seus ancestrais sabiam quando estavam organizados unicamente com base nas regras primárias, e eles terão menos condições de questionar ou de participar do processo pelo qual são governados. A perspectiva de injustiça, portanto, acompanha a divisão de trabalho que o desenvolvimento do direito técnico implica. “Em um caso extremo”, Hart concluía, “apenas funcionários poderiam aceitar e usar os critérios de validade jurídica do sistema. A sociedade na qual as coisas acontecessem assim poderia ser deploravelmente como um bando de carneiros, e os carneiros poderiam terminar no matadouro. Mas ainda há pouca razão para pensar que não poderia existir ou para negar-lhe o título de sistema jurídico²⁷”.

Infelizmente, a história que tenho de seguir é menos eletrizante. É sobre a maneira como os jurisprudentes modernos que lêem ou seguem Hart conseguiram subestimar essa questão de “*mudança deliberada*” como a essência ou a marca do direito.

Pois o fato é que, embora o positivismo jurídico tenha tradicionalmente dado lugar de distinção à legislação como base do direito, os positivistas modernos estão muito menos interessados nisso do que no processo pelo qual o direito é desenvolvido nos tribunais. Eles sustentam a visão tradicional de que o direito é definido positivamente em função da

26. *Ibid.*, 202.

27. *Ibid.*, 117.

sua fonte institucional (não da qualidade moral do seu conteúdo), mas as instituições em que se concentram são os tribunais, não as legislaturas. Eles conservam a idéia hartiana de regra de reconhecimento, mas orientam-na para o reconhecimento por qualquer tribunal da validade do resultado de outro tribunal, em vez do reconhecimento por um tribunal da decretação de uma legislatura. E, portanto, a legislação deliberada, explícita – o tipo que envolve parlamentos, não os tribunais – começa a desaparecer do âmago do retrato positivista.

Na teoria jurisprudencial de Joseph Raz está um belo exemplo dessa tendência. Na descrição de Raz, o que faz de um sistema jurídico um *sistema* não é a posição estratégica de uma legislatura, mas o fato de que existe um conjunto organizado de instituições aplicadoras de normas (como os tribunais), que reconhecem as normas como válidas em virtude dos mesmos critérios baseados nas fontes. Ora, na compreensão positivista tradicional, uma expressão como “critérios de validade baseados nas fontes” remeter-nos-ia automaticamente a uma legislatura. Mas, em princípio, diz Raz, não há nenhuma razão para que os tribunais precisem orientar-se para uma legislatura. Os critérios de validade compartilhados por um sistema de tribunais podem referir-se simplesmente a uma herança de decisões anteriores de instituições aplicadoras de normas. Suponham que as duas coisas seguintes são verdadeiras a respeito de um sistema jurídico: (1) é tarefa dos tribunais aplicar normas preexistentes, e (2) qualquer determinação de um tribunal quanto ao que são essas normas preexistentes é obrigatório para os outros tribunais. Um sistema de tribunais governado por esses dois princípios poderia muito bem desenvolver um corpo complexo e em evolução de direito positivo, no qual cada norma constituinte seria válida em virtude da sua fonte (em uma determinação por um tribunal quanto ao que equivalia

certa norma preexistente), sem qualquer instituição que pensasse em si ou que fosse percebida como um corpo explicitamente legislativo, no sentido de um corpo cuja função fosse mudar a lei ou decretar uma nova lei deliberadamente. Naturalmente, a lei em tal sistema mudaria e uma nova lei seria criada, mas seria criada em virtude de erros dos tribunais na aplicação da tarefa estabelecida em (1), erros que, não obstante, adquiririam eles mesmos a condição de normas jurídicas providas de autoridade em virtude da doutrina de autoridade estabelecida em (2)²⁸. Tal sistema satisfaria à própria "tese das fontes"²⁹ de Raz e implicaria a operação de uma regra (ou regras) de reconhecimento. Mas não seria orientada, como muitas vezes se pensa que essas idéias sejam orientadas, rumo a uma legislatura soberana como fonte e rumo a critérios de decretação com base nos quais a lei é distinguida da não lei. Portanto, Raz conclui que "a existência de instituições *criadoras* de normas, apesar de característica dos sistemas jurídicos modernos, não é uma característica necessária de todos os sistemas jurídicos, mas que a existência de certos tipos de instituições aplicadoras de normas [isto é, tribunais] é"³⁰. E, portanto, com base nessa possibilidade puramente teórica (de que poderia existir um sistema jurídico sem legislatura), Raz considera qualquer descrição adicional da legislação – isto é, legislação consciente de si e explícita – não essencial para a jurisprudência.

O que está acontecendo nesse caso? Nossa expectativa é de que a legislação esteja no centro da tradição positivista da jurisprudência. Contudo, no caso, temos a legislação sendo apresentada como um aspecto contingente e filosófica-

28. Raz, *Practical Reason and Norms*, 132-8. Ver também Raz, *The Authority of Law*, 105-11.

29. Raz, *The Authority of Law*, 47.

30. *Ibid.*, 105 (ênfase minha). Ver também a discussão em *ibid.*, 87-8.

mente periférico da lei em uma das principais teorias positivistas do nosso tempo. O que devemos fazer com isso? Por que o embaraço a respeito da legislação? Por que a sensação de conforto maior com instituições que negam ou disfarçam a sua legislação?

IV

Uma possível explicação é ver esse embaraço a respeito da legislação como um exemplo de um nervosismo mais geral a respeito do papel da intelectualização deliberada na política. Há ressonâncias poderosas entre as desconfianças jurisprudenciais que estou tentando sondar e certas tradições do pensamento político que suspeitam muito do explícito e do deliberado na política.

Na filosofia política inglesa, o sumo-sacerdote desses temores foi o conservador Michael Oakeshott, e a sua expressão mais eloqüente, o ensaio de Oakeshott, "Rationalism in Politics"³¹. A ascendência da legislação no direito inglês e a ascendência da mentalidade legislativa na política inglesa eram, para Oakeshott, uma indicação da medida em que "o conscientemente planejado e deliberadamente executado [é] considerado (por essa razão) melhor do que o que se desenvolveu e estabeleceu sem consciência de si ao longo de um período de tempo"³². Perdemos a fé, disse ele, no surgimento e na evolução das estruturas sociais. Vemos a questão do direito como solução técnica de problemas na sociedade e relutamos em considerar como solução ou como fazendo as vezes de solução qualquer coisa que não tenhamos deliberadamente estabelecido como tal.

31. Oakeshott, *Rationalism in Politics*, 5-42.

32. *Ibid.*, 26.

Não é acidente, portanto, que Oakeshott considerasse Jeremy Bentham como um dos seus bichos-papões e que tenha disponibilizado reservas especiais de desprezo para o projeto de Bentham de um código de leis racional, inscrito por um legislador esclarecido em uma *tabula rasa*, limpa de toda contaminação das teias antigas e bárbaras do direito consuetudinário³³. E é notável que, quando Oakeshott expôs a sua *lista* notória das “criaturas do cérebro racionalista”, da “progênie do racionalismo político”, ela incluísse um número bem considerável de estatutos ou propostas legislativas:

O projeto da chamada reunião das igrejas cristãs, da diplomacia aberta, de um imposto único, de um serviço público cujos membros não tenham “nenhuma qualificação que não as suas capacidades pessoais”, de uma sociedade planejada com consciência de si, o Relatório Beveridge, a Lei de Educação de 1944, o federalismo, o nacionalismo, o voto para as mulheres, a Lei de Catering Wages, a destruição do Império Austro-Húngaro, o Estado mundial (de H. G. Wells ou de qualquer outro) e a revivescência do gaélico como língua oficial do Eire...³⁴

Ora, não estou dizendo que Michael Oakeshott estivesse coligado a esses juristas que depreciaram ou negligenciaram a legislação como forma de direito. A maioria dos estudiosos jurídicos, particularmente os norte-americanos, que reclamam da legislação que polui o direito consuetudinário, nunca ouviu falar dele, e, de qualquer modo, não tem as

33. Oakeshott deliciava-se com o fato de Bentham ter fracassado nesse projeto: “Está tudo bem em ver a influência de Bentham em toda parte na legislação do século XIX, mas, quando consideramos como foram efetivamente extremas as suas visões sobre o direito inglês, o que se deve observar é, não o número de suas sugestões isoladas que foram colocadas em prática, mas a rejeição total que seus princípios fundamentais sofreram.” Oakeshott, “The New Bentham”, 141.

34. Oakeshott, *Rationalism in Politics*, 11.

teorias de conhecimento, prática e compreensão que qualificariam as suas preocupações a respeito da legislação como oposição filosófica ao racionalismo como tal. Certamente, não há nenhuma razão para considerar Joseph Raz, por exemplo, como um oakeshottiano enrustido. Mas há algumas ligações subterrâneas particularmente entre a descrição de Michael Oakeshott da prática sem consciência de si e a descrição de Hart da natureza das regras.

Voltem a pensar na afirmação de Hart a respeito da imunidade de certos tipos de regra à mudança deliberada. Em parte, essa afirmação de Hart está comprometida com o que é conhecido como a sua "concepção prática" das regras. Uma regra tradicional, por exemplo, é imune à mudança deliberada porque as "regras adquirem e perdem a condição de tradições crescendo, sendo praticadas, deixando de ser praticadas e entrando em decadência, e as regras criadas ou eliminadas de outra maneira que não por meio desses processos lentos, involuntários, não poderiam, com isso, adquirir ou perder a condição de tradição"³⁵. Esse argumento sugere que a imunidade à mudança deliberada poderia aplicar-se a qualquer regra que fosse adequadamente compreendida em função da concepção prática das regras. Uma prática, em uma dimensão, é um *padrão* de comportamento, uma regularidade, e a sugestão parece ser que tais padrões se estabelecem não por um ato de criação, mas gradualmente, evoluindo por processos de habituação, imitação e convergência social. Como o hábito, a regra leva tempo para conseguir uma base segura no comportamento individual, e, como o costume, uma prática leva tempo para se estabelecer como hábito mutuamente refletido na conduta de muitas pessoas na interação recíproca diária. A dimensão normativa de uma prática – o "aspecto interno" de uma re-

35. Hart, *The Concept of Law*, 176.

gra – provavelmente também é concebido melhor como algo que se estabelece gradualmente. Uma prática assume aspecto normativo não porque os indivíduos repentinamente *decidem* reprovar ou condenar certas coisas em si mesmas e outras que antes não reprovavam nem condenavam; acontece, antes, porque os indivíduos desenvolvem gradualmente uma “*disposição estabelecida* ... de considerar tais padrões de conduta como guias para a sua própria conduta futura e como padrões de crítica”³⁶. Gradualmente, algo torna-se não apenas a coisa que geralmente está sendo feita por aqui (em um sentido descritivo). Ela estar sendo feita por aqui adquire um sabor na vida dos que a fazem como “a coisa a ser feita” ou “a coisa que se faz”. Ou, se a regra funciona como proibição, gradualmente torna-se o caso que não apenas o ato em questão nunca é feito, mas que se apresenta aos tentados a fazê-lo como algo que “não se faz” nessa comunidade. E, novamente, a sugestão é que o tipo de posturas estabelecidas conotadas por essas expressões de sabor inglês não são o tipo de coisa que se possa mudar ou afetar como matéria de intenção.

A dívida de Hart para com Peter Winch³⁷ (e, através de Winch, para com Oakeshott e Wittgenstein) é bem conhecida no que se refere à concepção prática das regras sociais. Sua tese a respeito da imunidade das práticas à mudança deliberada é muito oakeshottiana no caráter, compartilhando, visivelmente, a convicção de Oakeshott de que o sentido mais primitivo e importante da moralidade social é aquele em que ela existe entre os membros de uma comunidade como um conjunto mutuamente reforçado de hábitos ou habilidades estabelecidos no caráter e nas disposições dos indivíduos e sustentados pelo caráter de ponto pacífico en-

36. *Ibid.*, 255 (ênfase minha). Esta passagem é do pós-escrito de Hart.

37. Winch, *The Idea of a Social Science*, 57 ss.

trelaçado no tecido da vida social³⁸. Esse tipo de incrustação social não pode ser legislado. Certamente é algo que pode mudar, algo que pode surgir ou evaporar gradualmente. Mas pensar que poderíamos decidir mudar deliberadamente tais coisas é imaginar, insensatamente, que o caráter e as disposições dos indivíduos, mutuamente refletidos e reforçados no detalhe e na frequência da interação social, estão sob controle social direto. Nada – parece ser a sugestão – poderia estar mais longe da verdade.

Naturalmente, a coisa distintiva que Hart acrescenta a esse retrato – a coisa que, suspeito, Oakeshott deixa inteiramente de perceber – é que as práticas desse tipo implícito podem evoluir não apenas no nível primário da moralidade social, mas também em um nível secundário. Isto é, uma sociedade pode desenvolver práticas cuja tarefa é governar os processos pelos quais as regras e as práticas de primeiro nível são modificadas. Na verdade, na própria jurisprudência de Hart, a concepção prática das regras vem a se concentrar quase que exclusivamente no que Hart chama regras secundárias – regras de mudança e regras de reconhecimento. Essas são as práticas e (como dizem na Inglaterra) as convenções que constituem uma legislatura e lhe dão poder para estabelecer o direito e sujeitar as práticas imemorais da moralidade primária aos processos racionais da mudança deliberada.

Oakeshott certamente tem razão ao pensar que essa propensão à mudança como resultado de processos constituídos pelas regras secundárias altera o caráter das regras primárias. Assim que essa propensão é estabelecida, as regras primárias não podem mais ser meramente práticas no sentido delineado alguns parágrafos atrás; em vez disso, são agora artefatos de práticas de um tipo diferente, práti-

38. Ver Franco, *The Political Philosophy of Michael Oakeshott*, esp. 170 ss.

cas de legislação. (Essa implicação do retrato de dois níveis de Hart merece mais estudo. Decorreria, por exemplo, que é um erro pensar nas regras de dois níveis de Hart como abrangendo dois níveis de práticas, no mesmo sentido de práticas.³⁹) Ainda assim, é estranho pensar que tal mudança seja causa apenas de lamentação. Somos animais complexos, nos nossos pensamentos e na nossa sociabilidade. E certamente é um tributo, não um insulto, aos nossos modos de estarmos juntos que desenvolvemos não apenas práticas, mas práticas sobre práticas, isto é, práticas de segunda ordem, que colocam os nossos modos de interação em relação com as nossas capacidades para o pensamento racional e moral. Pode ser verdade, como os oakeshottianos enfatizam – que não podemos explicitar o *know-how** envolvido no andar de bicicleta. Mas podemos refletir, não obstante, sobre o *design*** das bicicletas e as regulamentações que governam a sua segurança. De modo similar, pode ser verdade que não podemos aprender *noblesse oblige**** a partir de um livro. Mas os membros de uma sociedade podem refletir se *noblesse oblige* é o tipo de responsabilidade social que querem para as tarefas que devem ser executadas entre eles. Podem desenvolver práticas para refletir e deliberar sobre isso e também podem desenvolver uma prática de incorpo-

* O grifo é do tradutor.

** O grifo é do tradutor

*** Em francês no original. (N. do E.)

39. Penso que Hart aceita isso. Em *The Concept of Law*, ele argumenta que, em um sistema jurídico de dois níveis florescente, não é mais importante que a aquiescência (da parte dos cidadãos) às regras primárias seja associada a qualquer “ponto de vista interno”. Certamente, um sistema jurídico não pode existir a menos que a regra de reconhecimento seja praticada por um corpo de funcionários com o ponto de vista interno adequado, mas, no que diz respeito às regras primárias, é suficiente que sejam, na maioria das vezes, objeto de aquiescência dos cidadãos como um todo. Ver *ibid.*, 112-7. Sou grato a Jules Coleman e Stephen Perry por certa discussão deste tema.

rar os resultados de tal reflexão a iniciativas sociais – uma prática que chamamos legislação. Trata-se de uma prática que pode incentivar novos tipos de prática, capaz de extrair novos tipos de *know-how* e de contribuir explicitamente para nutrir novos modos de virtude implícita.

V

Além de Oakeshott, o outro principal crítico teórico do racionalismo e da proeminência da legislação no governo moderno é Friedrich Hayek. A crítica da legislação de Hayek é mais explícita que a de Oakeshott: é sustentada ao longo da maior parte do primeiro volume de *Law, Legislation and Liberty* [Direito, legislação e liberdade]⁴⁰, como base da convicção de Hayek de que erramos seriamente na nossa abordagem moderna do direito e da administração. Embora a essência do bom governo, segundo Hayek, seja o governo por leis gerais, é importante para ele que tais leis sejam concebidas como implícitas nas práticas de uma sociedade livre e que, se forem consideradas como mutáveis, sua mudança deve ser gradual e espontânea, não planejada e orquestrada por um legislador. Direito, nesse sentido, é completamente diferente de legislação⁴¹. É independente do propósito humano, pois sua função é acomodar os propósitos humanos. É independente da vontade humana, pois o seu objetivo é a coordenação de vontades livres. Pode não ser perfeito, mas o melhor que se pode esperar é que irá “purificar-se”. Não é algo a ser retrabalhado ou refeito à imagem do esquema racional de algum legislador ambicioso. Essa é a concepção de direito de Hayek. Em contraste, Hayek insiste, o principal interesse dos corpos legislativos sempre foi

40. Ver Hayek, *Rules and Order*.

41. *Ibid.*, 72.

não a acomodação e a coordenação de propósitos independentes, mas a estruturação, o financiamento e a administração do governo e do Estado. Essas são tarefas que, se devem ser levadas a cabo, devem ser cumpridas deliberadamente. Portanto, como a legislação deliberada é essencial para esse tipo de atividade organizacional, há uma tendência natural de associar a organização explícita a todas as formas de legislação deliberada. Em outras palavras, a mentalidade legislativa como tal é orientada gradualmente para uma visão essencialmente administrativa do direito:

Foi em conexão com as regras da organização do governo que a produção deliberada de "leis" tornou-se um procedimento familiar e cotidiano; todo novo empreendimento de um governo ou toda mudança na estrutura do governo exigiam algumas novas regras para a sua organização. O estabelecimento de tais regras novas tornou-se, assim, um procedimento aceito muito antes que alguém considerasse usá-lo para alterar as regras estabelecidas da conduta justa. Mas, quando o desejo de fazer isso surgiu, foi quase inevitável que a tarefa fosse confiada ao corpo que sempre fizera leis em outro sentido...⁴²

Assim, a tendência da moderna "legislação social" é tratar toda a sociedade como uma organização a ser "gerida" e "administrada", com conseqüências assustadoras para a liberdade e o constitucionalismo e para o estado de direito⁴³.

Esse é o retrato amplo. E, em geral, encontramos no argumento de Hayek o mesmo tipo de imagem que encontramos em Oakeshott: o legislador como o engenheiro social

42. *Ibid.*, 91.

43. *Ibid.*, 124 ss. Para uma visão mais favorável dessa ligação entre legislação e administração (uma visão que também lança dúvida sobre ser ou não a legislação considerada da melhor maneira como "direito"), ver Rubin, "Law and Legislation in the Administrative State".

do Iluminismo, vítima da *hybris**. Mais uma vez, Jeremy Bentham surge como o principal culpado – alguém que busca construir e reconstruir a sociedade segundo os seus conceitos racionalistas. Também para Hayek, a vilania de Bentham é parte de uma tendência mais geral na jurisprudência:

toda a concepção de positivismo jurídico que deriva toda a lei da vontade de um legislador é um produto da falácia intencionalista característica do construtivismo, uma recaída nas teorias teleológicas das instituições humanas, que estão em conflito irreconciliável com tudo o que sabemos a respeito da evolução do direito e da maioria das outras instituições humanas⁴⁴.

Naturalmente, é irônico que em tudo isso Hayek não perceba que os positivistas jurídicos que efetivamente existem estão se acotovelando para manter distância de qualquer jurisprudência centrada no tipo de legislação deliberada e consciente de si que ocorre no congresso ou no parlamento. No nível da teoria política, Hayek e Oakeshott assustam-se com a ênfase sobre a legislação e as legislaturas. No nível da filosofia jurídica, porém, não precisam absolutamente se preocupar: a jurisprudência continua fixada nos tribunais, no raciocínio jurídico e no que se considera ser um desenvolvimento orgânico, espontâneo e implícito do direito consuetudinário.

VI

Suspeito que a razão para essa fixação contínua na jurisprudência não tem realmente muita relação com a crítica filo-

* O grifo é do tradutor.

44. Hayek, *Rules and Order*, 73.

sófica do construtivismo racionalista. É mais uma preocupação quanto a transigir com o que é considerado o atraente anonimato do direito e – contanto que o anonimato seja mantido – com a sua aparente neutralidade ou, de qualquer modo, o seu distanciamento ou independência da política.

Quando afirmei anteriormente que os juristas se sentem mais à vontade com a legislação por corpos que negam estar legislando do que com a legislação por corpos legislativos que anunciam isso agressivamente como a sua intenção, não quis dizer que eles valorizavam a timidez e a modéstia em si. Quero dizer que uma grande parte da autoridade, da legitimidade – se permitirem, da simples *atração* – de um sistema jurídico é que podemos nos considerar sujeitos ao governo por leis, não por homens. E o perigo da concentração na legislação é que, como fonte de direito, ela é *por demais humana*, por demais associada a decisões explícitas, datáveis, feitas por homens e mulheres identificáveis, no sentido de que estamos sujeitos a *estas* regras, não *àquelas*. Se não gostamos de uma doutrina emergente do direito consuetudinário, podemos culpar a herança. Mas, se não gostamos de um estatuto, tendemos a vê-lo como um exemplar da legislação conservadora, como uma medida socialista, algo pelo que culpar William Beveridge, Franklin Roosevelt ou Shirley Williams.

Não estou dizendo que todo o mundo compra essa imagem do direito consuetudinário como neutro e anônimo na origem. Muitos não compram; é um dos pontos principais de controvérsia entre os tradicionalistas jurídicos e os seguidores do movimento dos Estudos Jurídicos Críticos. Mas é justamente esse o ponto: o raciocínio judicial coloca um desafio especial ou uma controvérsia especial para a jurisprudência no que se refere a esta questão. Supõe-se que os processos pelos quais os tribunais chegam a suas decisões sejam especiais e distintos, não diretamente políticos, mas

que expressem certo espírito subjacente de legalidade. Trata-se de questão de certa importância para a jurisprudência descobrir se essas afirmações a respeito do caráter especial do raciocínio judicial podem ser sustentadas. Não há controvérsia similar a respeito do raciocínio legislativo. Todo o mundo sabe que a argumentação no congresso e no parlamento é explícita e despididamente política. Não há controvérsia nenhuma na jurisprudência quanto a isso; é possível ler esse dado em Hansard ou assisti-lo no C-SPAN. É a interação de interesses ou o choque direto de propostas de política e ideologias. É o que Joseph Raz chama "raciocínio *pré-jurídico*"⁴⁵; como tal, não é algo com que os filósofos jurídicos devam se preocupar.

VII

Pensamos agora que sabemos como os legisladores argumentam. Mas sabemos realmente? Isto é, compreendemos realmente a que equivalem, para fins jurídicos, a legislação e o raciocínio legislativo? Temos uma compreensão adequada da ligação entre a deliberação que ocorre no congresso ou no parlamento e a autoridade dos estatutos que resultam em lei?

Uma indicação de que ainda estamos um pouco à deriva nesse assunto relaciona-se com a questão promissora e controvertida de verificar a *intenção legislativa*. Em uma decisão da Câmara dos Lordes de 1992, no caso *Pepper contra Hart*⁴⁶, sustentou-se pela primeira vez no direito inglês recente que os tribunais tinham direito de consultar o registro do debate parlamentar para resolver como devia ser inter-

45. A expressão é de Joseph Raz durante conversas.

46. *Pepper contra Hart* 3 W.L.R. (1992).

pretado um estatuto. Isso é uma inovação e tanto no direito inglês. Durante séculos os tribunais consideraram-se impedidos de tal investigação por um aspecto do acordo constitucional de 1689, que estipulara que as atas da Câmara dos Comuns não deviam ser impugnadas nem questionadas por nenhum tribunal de direito. O fato de que esse ponto, que era essencialmente um item de privilégio parlamentar – destinado a proteger os equivalentes vindouros de John Pym de ações judiciais –, permaneceu por tanto tempo no caminho de qualquer consideração da intenção legislativa na interpretação judicial é, ao mesmo tempo, comovedoramente pitoresco e irritantemente inglês. Mas também indica quão longe estamos do pensamento claro sobre esse tema.

O argumento do privilégio parlamentar era ridículo, mas não significa que procurar no registro público indícios de intenção legislativa seja algo sensato. Pelo contrário, penso que toda a idéia de que as atas legislativas podem revelar intenção legislativa é gravemente falha e, em si, é apenas mais um sinal da inadequação da nossa jurisprudência legislativa.

Diante disso, a idéia de intenção legislativa faz sentido. Legislação é ação intencional: como disse anteriormente, o notável – o despidorado – a respeito da legislação é que se considera o direito modificado simplesmente em virtude da comunicação da legislatura da sua decisão de justamente fazê-lo. Mais ainda, se existe a questão a respeito *do que* foi efetuado dessa maneira, supõe-se que a resposta seja: a própria mudança que a legislatura anunciou sua intenção de efetuar. Até aqui, tudo bem. Mas, até aqui, essa concepção de intenção legislativa não nos leva além do texto do projeto de lei ou do estatuto. A intenção que está sendo comunicada e recebendo efeito funcional no ato da legislação é apenas a intenção convencionalmente associada à linguagem da decretação. Se houver questões adicionais quanto ao que essa linguagem significa – porque ela é vaga, por exemplo,

ou ambígua –, o conceito de intenção que expusemos até aqui não nos oferece nenhuma orientação.

No caso de um indivíduo que fala, quando as suas palavras não são claras, perguntamos a ele o que quis dizer ou podemos consultar o que sabemos dos pensamentos ou das idéias associadas à sua elocução original. Isto é, podemos entender a idéia de uma intenção ocorrente associando-a ao ato discursivo individual, do qual pode haver indícios ou sinais acima do conteúdo convencional do próprio ato discursivo. E, se a legislatura fosse um único indivíduo natural, poderíamos fazer exatamente a mesma coisa. Confrontados com uma decretação ambígua, chamaríamos o soberano de lado e perguntaríamos o que quis dizer; ou, se ele não estivesse disponível, examinaríamos o que mais soubéssemos a respeito do seu estado mental na época em que fez a sua legislação.

Nada disso faz sentido, porém, ou, pelo menos, nada disso faz muito sentido evidente no caso de uma legislatura que *não* é um único indivíduo natural, uma legislatura que, antes, compreende centenas de membros, com opiniões e estados mentais radicalmente diversos (na verdade, em geral opostos politicamente). Não estou dizendo que tal corpo não pode ter intenções nem executar ações intencionais. Pode, mas apenas em virtude dos seus atos formalmente especificados – isto é, apenas em virtude das regras constitucionais (sobre a votação, sobre a primeira, a segunda e a terceira leitura, etc.) que estipulam o que deve ser considerado uma lei do parlamento, uma lei do congresso, etc. Além disso, não cabe a questão de sermos capazes de atribuir à *legislatura como tal* quaisquer pensamentos, intenções, crenças ou propósitos. Além do significado incorporado convencionalmente no texto do estatuto submetido à Casa e votado, não há nenhum estado ou condição que corresponda à “intenção da legislatura” da qual alguma outra coisa – como aquilo que membros ou grupos específicos disseram, pensaram, escreveram ou fizeram – pudesse oferecer uma

pista. É verdade que as decretações intencionais da legislatura são funções constitucionais dos atos de votação dos membros individuais e que esses atos de votação também devem ser compreendidos como intencionais. Mas o que importa no caso é simplesmente a intencionalidade do "sim" ou "não" a uma dada moção e não alguma esperança, aspiração ou compreensão que possa ter acompanhado o voto. É claro que os legisladores têm as próprias esperanças e expectativas como indivíduos, mas, a menos que alguém proponha seriamente agregar esses estados mentais usando algum tipo de governo majoritário simbólico⁴⁷, temos de admitir que simplesmente não há maneira de relacionar essas intenções específicas quando abandonamos qualquer suposição de que são uniformes⁴⁸.

VIII

Discuti esse tema da intenção legislativa mais longamente do que planejara. Apesar de estar apenas em desenvolvimento no direito inglês como resultado de *Pepper contra Hart*, é uma grande questão nos Estados Unidos, onde os advogados gastam centenas de horas faturáveis varrendo os registros do congresso e os registros dos comitês para descobrir qualquer nesga de material, qualquer discurso ou memorando de um membro da maioria favoráveis às interpretações que estão propondo. É uma prática controversa: a busca pela intenção legislativa foi descrita mais como bus-

47. E como isso funciona? Estamos interessados nas intenções da minoria que votou contra o projeto de lei, assim como nas da maioria que votou a favor? A maioria "intencional" pode favorecer a maioria que votou a favor e a minoria que votou contra?

48. Para visões diferentes, ver Brest, "The Misconceived Quest for the Original Understanding", esp. 212-3, e Dworkin, *Law's Empire*, cap. 9.

car um rosto amigável na multidão do que como descobrir uma base canônica para a interpretação⁴⁹.

O ponto que quero enfatizar nesta parte do capítulo é que essa prática começou a ser desenvolvida sem muita consideração profunda sobre o tipo de agente que uma legislatura moderna é. Nesse aspecto, a filosofia do direito tem sido muito útil para os que precisam cumprir a tarefa difícil e prática da interpretação estatutária. Os argumentos que acabo de mencionar contra a idéia de intenção legislativa baseiam-se crucialmente no fato de que as nossas legislaturas são compostas não apenas de um monarca, mas de centenas de pessoas, com crenças e interesses divergentes e muitas vezes conflitantes, defrontando-se como iguais em um ambiente altamente estruturado e formalizado. Por mais de três séculos, porém, esse fato foi amplamente considerado sem interesse, indigno de nota na jurisprudência positivista.

Recuando na filosofia do direito, descobrimos que, quando falam sobre legislação, os juristas sentem-se mais à vontade tratando a legislatura a partir do modelo de um único indivíduo. É uma posição padronizada, que infectou até mesmo o argumento cosmológico a favor da existência de Deus. Lytton Strachey conta-nos a seguinte história a respeito de sua influência sobre Florence Nightingale. No final de sua vida, a srta. Nightingale escreveu um livro de filosofia:

Uma cópia foi enviada ao sr. [John Stuart] Mill, que a agradeceu em uma carta extremamente polida. Sentiu-se, porém, obrigado a confessar que não se convencera inteiramente da prova da existência de Deus da srta. Nightingale. A srta. Nightingale ficou surpresa e mortificada; fizera melhor juízo a respeito do sr. Mill, pois, com certeza, não havia como melhorar a sua prova da existência de Deus. "Uma lei", ela assinalara,

49. Ver Radin, "Statutory Interpretation", 871. Para a crítica recente mais vigorosa, ver Scalia, *A Matter of Interpretation*, esp. 16-37.

“implica um legislador.” Ora, o Universo está cheio de leis – a lei da gravidade, a lei do meio excluído e muitas outras; portanto, segue-se que o Universo tem um legislador – e com que o sr. Mill ficaria satisfeito se não havia ficado satisfeito com isso?

Talvez o sr. Mill pudesse ter perguntado por que o argumento não fora levado à sua conclusão lógica. Claramente, se devemos confiar na analogia das instituições humanas, devemos lembrar que as leis, naturalmente, não são ministradas por legisladores, mas aprovadas por lei do parlamento. A srta. Nightingale, porém, com toda a sua experiência de vida pública, nunca parou para considerar se Deus podia ou não ser uma monarquia limitada.⁵⁰

– ou, a propósito, uma assembléia bicameral!

Como digo, não há nada de novo na posição de Nightingale; ela permeou o positivismo jurídico desde a fundação dessa escola. É verdade que tanto no trabalho de Jeremy Bentham como no de John Austin encontramos um gesto na direção da idéia – que, naturalmente, era a realidade política na Inglaterra contemporânea – de que uma legislatura podia ser um corpo grande e numeroso. Assim, Bentham disse com neutralidade que identificamos um *soberano* sempre que notamos “qualquer pessoa ou grupo de pessoas a cuja vontade supõe-se que uma comunidade política inteira esteja disposta a oferecer obediência: e isso em detrimento da vontade de qualquer outra pessoa”⁵¹. Mas essa expressão – “grupo de pessoas” – foi quase que a única concessão nesse ponto. No resto da sua jurisprudência e em boa parte da sua filosofia política, referiu-se ao soberano

50. Strachey, *Eminent Victorians*, 192-3.

51. Bentham, *Of Laws in General*, 18 (ênfase minha). A linguagem de Austin é similar: “Todo direito positivo, ou todo direito, simples e estritamente assim chamado, é colocado por uma pessoa soberana, ou por um corpo soberano de pessoas, a um membro ou membros da sociedade política independente na qual essa pessoa ou corpo é soberano ou supremo” (Austin, *Lectures on Jurisprudence*, Palestra VI).

no quase sempre como "ele" (e, pelo menos desta vez, ainda bem, é o número, não o gênero do pronome que nos preocupa). E isso apesar da insistência de Bentham em que estava falando sobre legisladores reais: "Falo aqui daqueles que estruturam [as] leis, não dos que as tocam com um centro."⁵² Não estou dizendo que Bentham não estivesse interessado em assembleias legislativas. Pelo contrário, ele pode afirmar que fundou a peculiar obsessão inglesa pela forma e pela mobília das câmaras legislativas – uma obsessão que surge novamente nos escritos e discursos de Winston Churchill⁵³. Mas ele não via nenhuma consequência para a jurisprudência no aspecto de assembleia da legislação.

Uma maneira de interpretar esse ponto é considerá-lo como indicação *sub rosa* de um viés político definido em favor da monarquia – quer na forma do rei filósofo, o soberano unitário, quer na do déspota esclarecido. Certamente, é isso que concluiríamos a partir da associação do positivismo de Bentham e Austin com o de Thomas Hobbes. Pois, quando Hobbes disse que "o legislador é *aquele...*"⁵⁴, o pronome não foi neutro, mas reflexo da sua convicção pessoal de que a monarquia era, de longe, a melhor forma de governo porque, entre outras razões, "um monarca não pode discordar de si mesmo por inveja ou interesse, mas uma assembleia pode, e isso em tal grau que pode produzir uma guerra civil"⁵⁵. Ainda assim, como Hobbes não tinha escolha a não ser reconhecer que "só isto, confesso, não está demonstrado em todo este livro, mas apenas afirmado"⁵⁶, a lógica es-

52. Bentham, *Of Laws in General*, 238n.

53. Ver Wheare, *Legislatures*, 7-13.

54. Hobbes, *Leviathan*, 185. [Trad. bras. *Leviatã*, Martins Fontes, São Paulo, em preparação.]

55. *Ibid.*, 132. Ver também a discussão de Hobbes em *De cive*, cap. 10, seções X-XV, 136-8.

56. Hobbes, *De cive*, Prefácio, 37. [Trad. bras. *Do cidadão*, Martins Fontes, São Paulo, 2.^a ed., 1998.]

trita da sua posição exigia que repetisse de tempos em tempos que, na teoria, pelo menos, a soberania deve ser conferida "a um homem ou a uma assembleia de mais de um"⁵⁷.

Penso, no fim, que isso também faz parte do desconforto jurisprudencial que experimentamos a respeito da legislação. A legislação não é apenas deliberada, administrativa ou política: é, acima de tudo, no mundo moderno, o produto de uma *assembleia* – os muitos, a multidão, o populacho (ou seus representantes). Os juizes erguem-se acima de nós no seu solitário esplendor, com seus livros, seu saber e seu isolamento das condições da vida comum. Se não estão sozinhos na banca, estão rodeados por um número bem pequeno de íntimos de distinção similar, com os quais podem cultivar relações de espírito acadêmico, erudição e virtude exclusiva. Um parlamento, em contraste, é um corpo rebelde, muitas vezes maior que esse número – talvez até centenas de vezes maior. Fazendo eco a Blackstone, exige-se um longo percurso de treinamento para que alguém se torne juiz, mas todo membro do populacho enviado pelos eleitores a Westminster pensa em si como um legislador *nato*. E há tantos deles que não conseguimos nos ouvir pensar. Como isso pode ser uma maneira dignificada de fazer ou modificar o direito?

Essa é a preocupação que me fascina – o claro consenso, no cânone do pensamento jurídico e político, de que o tamanho de um corpo legislativo é antes um obstáculo do que uma vantagem para a legislação racional.

Parte do consenso é explicado por um sentido que se origina do preconceito antigo, mas que também surge no Iluminismo, de que quanto maior a assembleia legislativa, mais baixo o nível médio de sabedoria e conhecimento dos legisladores. Os pontos de vista do marquês de Condorcet

57. Ver, por exemplo, Hobbes, *Leviathan*, 129, 184.

são típicos. Por um lado, Condorcet provou aritmeticamente que o governo da maioria torna mais provável que um grupo ofereça a resposta certa a alguma pergunta do que o membro médio do grupo; ademais, que quanto maior o tamanho do grupo, mais provável é que a resposta da maioria seja correta, contanto que a competência média dos membros individuais do grupo (as chances de que cada um surja com a resposta certa à pergunta que tem diante de si) seja maior do que 0,5. Por outro lado, Condorcet também sustentou que a competência individual média tende independentemente a declinar à medida que o grupo aumenta (e, então, naturalmente, a aritmética da decisão majoritária funciona na outra direção):

Uma assembléia muito numerosa não pode ser composta de homens muito esclarecidos. É até mesmo provável que os que compõem essa assembléia, em muitas questões, combinarão grande ignorância com muitos preconceitos. Assim, haverá um grande número de questões nas quais a probabilidade de verdade de cada votante estará abaixo de 1/2. Decorre daí que, quanto mais numerosa a assembléia, mais ela estará exposta ao risco de tomar decisões erradas.⁵⁸

Mesmo se a ignorância do grupo grande de legisladores não é um problema, ainda há uma preocupação revelada, por exemplo, por James Madison a respeito da susceptibilidade destes à paixão e a influências nocivas:

Quanto maior se tornar o número de pessoas em uma assembléia representativa, mais ela partilhará as deficiências que incidem sobre os encontros coletivos das pessoas. A ignorância será vítima da astúcia, e a paixão, escrava do sofisma e da declamação. O povo nunca consegue errar mais do

58. Condorcet, *Selected Writings*, 49. Ver também as contribuições de Estlund et al., "Democratic Theory and Public Interest".

que quando supõe que a multiplicação dos seus representantes além de certo limite fortalece a barreira contra o governo de poucos. A experiência sempre o advertirá que, pelo contrário, *após assegurar certo número com o propósito de segurança, de informação local e de solidariedade difusiva com a sociedade inteira*, ele irá opor-se às suas próprias visões a cada acréscimo em seus representantes. A fisionomia do governo pode tornar-se mais democrática, mas a alma que o anima será mais oligárquica.⁵⁹

A apreensão quanto à oligarquia reflete, em parte, uma preocupação quanto à dificuldade de um grande número de representantes coordenar-se o suficiente para produzir leis que sejam coerentes. Quanto mais membros existirem, mais eles precisarão de um facilitador ou coordenador e, por uma espécie de lei de ferro da oligarquia, é nas mãos deste que o poder acabará por recair.

Para a maioria dos teóricos, porém, a preocupação é menos com a oligarquia do que com a simples dificuldade de coordenar grandes números de membros em uma dada sessão legislativa. William Blackstone descreveu como "hercúlea" a tarefa de extrair "um sistema a partir das opiniões discordantes de mais de quinhentos conselheiros" em uma assembleia representativa⁶⁰. E mesmo Jean-Jacques Rousseau – o apóstolo da legislação participativa – perguntou, no *Contrato Social*, "Como uma multidão cega, que muitas vezes não sabe o que quer ... pode realizar sozinha um empreendimento tão grandioso e difícil quanto um sistema de legislação?"⁶¹ Como todos sabemos, Rousseau enfrentava

59. Madison et al., *The Federalist Papers*, 351, número LVIII. Sou grato a Marshall Sanger por essa referência. Toda a discussão em *Federalist* LV-LVIII sobre esse aspecto vale a pena ser lida.

60. Blackstone, *Commentaries*, vol. 3, citado em Lieberman, *The Province of Legislation Determined*, 62.

61. Rousseau, *The Social Contract*, livro II, cap. 6, 193. [Trad. bras. *O contrato social*, Martins Fontes, São Paulo, 3ª ed., 1996.]

essa dificuldade com sua imagem do "legislador", uma figura mítica, que se destacava, para os nossos fins, tanto pela sua singularidade como pela sua "inteligência superior".

Cem anos depois, ouvimos ecos das mesmas preocupações, na teoria política inglesa. John Stuart Mill preocupava-se com as perspectivas de uma legislação coerente surgirem quando os projetos de lei "são votados cláusula por cláusula por uma assembléia heterogênea"⁶². Argumentava, de um modo em geral, que "nenhum corpo de homens, a menos que organizado ou sob comando, está apto para a ação"⁶³, e, como as funções legislativas são tanto questões de ação como funções executivas, concluiu que "uma assembléia numerosa está tão pouco apta para o assunto direto da legislação quanto para o da administração"⁶⁴. Walter Bagehot escreveu de maneira similar a respeito da Câmara dos Comuns: "Aqui estão 658 pessoas de todas as partes da Inglaterra [*sic*], de naturezas diferentes, diferentes na aparência e na linguagem."⁶⁵ Como se pode esperar que algo coerente surja da babel de suas propostas e contrapropostas conflitantes? Há um dito na Inglaterra, acrescentou Bagehot, "'uma congregação grande nunca faz coisa nenhuma', e, contudo [no caso], somos governados pela Câmara dos Comuns – por 'uma grande congregação'"⁶⁶.

O tema com o qual quero terminar este capítulo, então, é o *tamanho* da legislatura moderna, a pluralidade, os simples *números* de pessoas que a legislação deliberativa im-

62. Mill, *Considerations on Representative Government*, cap. V, 109. Mill continuou: "A incongruidade de tal modo de legislar afigurar-se-ia a todas as mentes, se já não fossem as nossas leis, quanto à forma e à interpretação, tamanho caos, que parece impossível aumentar a confusão e a contradição por qualquer acréscimo à massa."

63. *Ibid.*, 102.

64. *Ibid.*, 109.

65. Bagehot, *The English Constitution*, 122.

66. *Ibid.*, 123.

plica. Todos supomos que, mesmo que o executivo e o judiciário sejam ocupados nas suas instâncias mais elevadas por apenas um punhado de pessoas, a legislatura – sozinha entre todos os ramos de um governo – deve reunir centenas de pessoas. Qual é a base dessa suposição? O que ela nos diz sobre a legislação? Como algo que é tão evidentemente uma má idéia – a legislação por uma grande congregação – pode ter se entrincheirado tanto como princípio de organização constitucional?

Nos capítulos que se seguem, argumentarei que esse consenso a respeito de “grandes congregações” não é tão monolítico como parece. Maquiavel nos preveniu, quase quinhentos anos atrás, que não nos deixássemos lograr e pensar que a calma e a solenidade são a marca de uma boa política, e que o barulho e o conflito são sintoma de patologia política. “Boas leis”, disse ele, podem surgir “desses tumultos que muitos maldizem inconsideradamente”. E prosseguiu:

Para mim, parece que os que maldizem os tumultos entre os nobres e os plebeus culpam as coisas que foram a primeira causa da manutenção da liberdade de Roma e que consideram mais os ruídos e os gritos que surgem em tais tumultos do que os bons efeitos que engendraram.⁶⁷

Devemos, disse ele, observar o que o conflito, o tumulto e os números podem fazer pela liberdade e não ficar facilmente desconcertados com a atmosfera barulhenta, fedorenta ou repugnante da assembléia popular. Esse é o conselho que seguirei e, neste livro, procurarei por outros que também o seguiram na teoria política, na questão da dignidade da legislação. Refiro-me a outros inesperados, pois acontece que mesmo entre os que acreditam na unidade da

67. Maquiavel, *Discourses on Livy*, livro 1, cap. 6, 16.

virtude, mesmo entre os que louvam a singularidade e a objetividade da lei natural, mesmo entre os que concentram nossa atenção na solidão inspiradora de reverência do pensamento moral, há filósofos que consideram seriamente a pluralidade da nossa política, que enxergam haver algo a favor do direito no fato de existirem muitos de nós e de discordarmos mutuamente, e que crêem ser um erro tentar representar essa multiplicidade em uma legislatura composta de uma única mente solene e iluminada. No próximo capítulo, portanto, examinarei o postulado de Kant da discordância moral como circunstância da política, a especulação de Aristóteles de que pode haver mais sabedoria em uma multidão do que no mais sábio indivíduo dentro dela e o reconhecimento de John Locke de que, levando tudo em conta, as pessoas “nunca poderiam se sentir seguras ou sossegadas, nem pensar em si mesmas na sociedade civil, até a legislatura ser situada em corpos coletivos de homens, chamados senado, parlamento ou o que lhes aprover”⁶⁸.

68. Locke, *Dois tratados*, 329-30 (II, § 94).