

24ª. AULA. Direito, razoabilidade e ponderação.

TEXTO:

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, Tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, ps. 164 a 192.

CASO PRÁTICO: O CASO DOS ECOLOGISTAS

Um grupo de exploradores e aventureiros se reúnem para visitar o Pico do Papagaio, considerando a travessia de 2 rios e 7 dias de caminhada com pernoite em acampamento. Os exploradores e aventureiros, em número de 8 pessoas, provém de todas as partes, e não se conheciam anteriormente. Em meio a eles, se encontra um casal, José e Maria, e, também, um jovem de uma cultura aborígene. Ao longo do percurso, o grupo se divide em tarefas, mas se desgarra perdido por trilhas diversas em mata cerrada. O jovem de cultura aborígene acaba permanecendo na mata 3 dias com Maria, em estado de sobrevivência, se reencontrando com o resto do grupo mais ao final do percurso. Ao reencontrar o grupo, Maria relata violência sexual e estupro por parte do jovem de cultura aborígene.

Ao ter ciência dos fatos, diante da possibilidade de matar o jovem africano, José é isolado pelo grupo. O grupo decide continuar, em parte a visita exploratória, sabendo-se que uma parte da equipe se dirigiria à cidade mais próxima, a 2 dias de caminhada, para que o jovem, já algemado, seja conduzido às autoridades. Ao chegarem, o jovem é imediatamente preso, e processado, por crime de estupro.

Ao se defender da acusação, o jovem não nega ter praticado ato sexual com a vítima, mas sim se encontrar em “estado de necessidade” e de “ter agido por impulso de proteção à mulher”, na medida em que, em sua cultura tradicional, a mulher “pertence” ao “homem que a protege”, e como estavam perdidos na mata, e não sabiam se reencontrariam os demais membros da equipe tão longe, com a possibilidade inclusive de morrerem a qualquer instante, afirma que Maria se encontrava sob sua proteção, desconhecendo crime em sua ação.

A partir deste relato do caso concreto, trabalhe com argumentos jurídicos e não-jurídicos, no contexto do processo criminal em curso na justiça.

1. Na posição de defesa do réu, utilize argumentos provenientes da área da antropologia, e discuta os conceitos de “estado de necessidade” e “inconsciência do delito”, para formular a defesa do jovem de cultura aborígene;
2. Na posição de acusação, utilize argumentos de Direito Penal, e formule a acusação do jovem de cultura aborígene, com base na lei criminal brasileira;
3. Na posição de juiz(a), atue dando ganho de causa à melhor atuação profissional, fundamentando sua decisão.

LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

Ronald Dworkin



Martins Fontes

Esta coleção tem por objetivo reunir obras nas áreas de Filosofia e Teoria do Direito e de Filosofia Política. Pretende oferecer aos leitores os mais significativos estudos e pesquisas sobre justiça e sobre direito reunindo autores que se tornaram "clássicos" e também as novas contribuições que alimentam hoje o debate e enriquecem a reflexão sobre a matéria.



Justiça e Direito



institucionais. Mas se isto é assim e se a decisão de um caso difícil é uma decisão sobre que direitos as partes efetivamente têm, os argumentos para a decisão devem aplicar essa fundamentação geral ao caso difícil.

Poderíamos dizer que o caso difícil coloca uma questão de teoria política. A questão é: o que é razoável (*fair*) supor que os jogadores fazem quando consentem com a regra da aplicação da penalidade? O conceito da natureza do jogo é um artifício conceitual que serve para articular essa questão. É um conceito contestado, que internaliza a justificação geral da instituição de maneira a torná-la utilizável para a formulação de distinções na esfera da própria instituição. Tal conceito supõe que um jogador concorda não apenas com um conjunto de regras, mas com um entendimento que, podemos dizer, tem um caráter próprio. Assim, quando se coloca a questão — com o que ele consentiu ao dar seu consentimento? — a resposta pode examinar o entendimento como um todo, e não apenas as regras.

5. Direitos jurídicos

A. Legislação

Nos casos difíceis, a argumentação jurídica versa sobre os conceitos contestados, cuja função e natureza são muito semelhantes ao conceito das características de um jogo. Eles incluem muitos dos conceitos substantivos através dos quais o direito se manifesta, como os conceitos de contrato e de propriedade. Também se incluem aí dois conceitos de muito maior relevância para a presente argumentação. O primeiro é a idéia de “intenção” ou “propósito” de uma determinada lei ou de uma cláusula estabelecida por lei. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da idéia geral de que as leis criam os direitos e aqueles casos difíceis que interrogam sobre que direitos foram criados por uma lei específica. O segundo é o conceito de princípios que “subjazem” as regras positivas do

direito, ou que nelas estão “inscritos”. Este conceito faz uma ponte entre a justificação política da doutrina segundo a qual os casos semelhantes devem ser decididos da mesma maneira e aqueles casos difíceis nos quais não fica claro o que essa doutrina geral requer. Juntos, esses conceitos definem os direitos jurídicos como uma função, ainda que muito especial, dos direitos políticos. Se um juiz aceita as práticas estabelecidas de seu sistema jurídico — isto é, se aceita a autonomia proporcionada pelas regras nítidas que constituem e regem este sistema — ele então deve, segundo a doutrina da responsabilidade política, aceitar uma teoria política geral que justifique essas práticas. Os conceitos de intenção legislativa e os princípios do direito costumeiro são artifícios para a aplicação dessa teoria política geral às questões controversas sobre os direitos jurídicos.

Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juizes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.

I. A Constituição. Suponhamos que exista, na jurisdição de Hércules, uma Constituição escrita que determine que nenhuma lei será válida se institucionalizar uma religião. O poder legislativo aprova uma lei que pretende assegurar o transporte escolar gratuito às crianças das escolas paroquiais. A conces-

ção institucionaliza uma religião?²⁰ Os termos do dispositivo constitucional poderiam corroborar tanto um ponto de vista quanto o outro. Não obstante, Hércules deve decidir se a criança que a ele se apresenta tem direito à utilização do ônibus. Ele poderia começar perguntando-se por que a Constituição tem o direito de criar ou de destruir direitos. Se os cidadãos têm um direito preferencial à salvação através de uma religião institucionalizada, como muitos acreditam, este direito deve ser importante. Por que o fato de um grupo de homens ter votado de modo diferente há muitos séculos impede que também este direito preferencial se torne um direito jurídico? A resposta de Hércules deve ter a seguinte forma: a Constituição estabelece um sistema político geral que é justo o bastante para que o consideremos consolidado por razões de equidade. Os cidadãos se beneficiam do fato de viverem em uma sociedade cujas instituições são ordenadas e governadas de acordo com esse sistema, e devem também assumir seus encargos, pelo menos até que um novo sistema entre em vigor, quer por meio de uma emenda distinta, quer através de uma revolução geral. Em seguida, porém, Hércules deve perguntar-se qual sistema de princípios foi estabelecido. Em outras palavras, ele deve elaborar uma teoria constitucional; uma vez que ele é Hércules, podemos pressupor que seja capaz de desenvolver uma teoria política completa, que justifique a Constituição como um todo. Sem dúvida, deve ser um esquema que se ajuste às regras particulares dessa Constituição. Não poderá incluir um direito preferencial forte a uma religião oficial. Contudo, mais de uma teoria plenamente especificada pode ajustar-se suficientemente bem à disposição específica a respeito da religião. Uma teoria poderia estabelecer, por exemplo, que é errada a promulgação, por parte do governo, de qualquer legislação que possa levar a uma grande tensão ou desordem social. Assim, uma vez que a oficialização de uma religião terá tal efeito, é um erro dar poderes ao poder legislativo para estabelecê-la. Outra teoria considerará liberdade religiosa um direito preferencial, ar-

20. *Ver Everson vs. Board of Educ.*, 330 U.S. 1 (1947).

gumentando, portanto, que uma religião institucionalizada é um erro não porque possa vir a ser socialmente desagregadora, mas por violar este direito preferencial. Neste caso, Hércules deve voltar-se para as outras regras constitucionais restantes e para as práticas estabelecidas no contexto dessas regras, para ver qual dessas duas teorias se harmoniza melhor com o sistema constitucional como um todo.

Mas a teoria que, segundo este teste, é superior, será ainda assim insuficientemente concreta para decidir certos casos. Suponhamos que Hércules decida que a cláusula que não permite a instituição de uma religião justifica-se por um direito à liberdade religiosa e não por qualquer objetivo de ordem social. Cabe ainda perguntar, mais precisamente, o que vem a ser liberdade religiosa. Um direito à liberdade religiosa inclui o direito de não termos nossos impostos utilizados para nenhum objetivo que ajude uma religião a sobreviver? Ou, simplesmente, de não termos nossos impostos utilizados para beneficiar uma religião a expensas de outra? No primeiro caso, a legislação sobre o transporte gratuito viola este direito, o que já não ocorre no segundo caso. A estrutura institucional das regras e da prática pode não ser suficientemente detalhada para excluir qualquer uma dessas duas concepções de liberdade religiosa, ou para tornar uma delas uma justificação claramente superior de tal estrutura. Em algum momento de sua carreira, Hércules deve, portanto, examinar a questão não apenas como um problema de ajustamento entre uma teoria e as regras da instituição, mas também como uma questão de filosofia política. Ele deve decidir qual concepção é a elaboração mais satisfatória da idéia geral de liberdade religiosa. Deve decidir essa questão porque, de outro modo, não poderá levar muito adiante o projeto que iniciou. Não poderá responder, com detalhes suficientes, qual é o sistema político que a Constituição estabelece.

Hércules é então levado, por este projeto, a um processo de raciocínio muito semelhante àquele do árbitro autoconsistente do jogo de xadrez. Deve desenvolver uma teoria da constituição na forma de um conjunto complexo de princípios e políticas que justifiquem o sistema de governo, assim como o árbi-

tro de xadrez é levado a desenvolver uma teoria sobre a natureza de seu jogo. Hércules deve desenvolver essa teoria referindo-se alternadamente à filosofia política e ao pormenor institucional. Deve gerar teorias possíveis que justifiquem diferentes aspectos do sistema, e testá-las, contrastando-as com a estrutura institucional mais ampla. Quando o poder de discriminação desse teste estiver exaurido, ele deverá elaborar os conceitos contestados que a teoria exitosa utiliza.

2. *Leis.* Na jurisdição de Hércules, uma lei estabelece que é crime federal transportar, com conhecimento de causa, em nível interestadual, "qualquer pessoa que tenha sido ilegalmente capturada, confinada, seqüestrada, enganada, atraída por artimanhas, raptada ou levada à força por quaisquer meios...". Pede-se a Hércules que decida se essa lei torna criminoso no plano federal um homem que levou uma jovem a acreditar que era seu dever religioso fugir com ele, em violação a uma ordem judicial, para consumir aquilo que ele chamou de casamento celestial²¹. A lei tinha sido aprovada após um famoso caso de seqüestro, para permitir que as autoridades federais pudessem se unir à perseguição aos seqüestradores. Os termos dessa lei, porém, são amplos o bastante para que se possa aplicá-la a este caso, e não existe nada, nos autos processuais ou nos relatórios oficiais das comissões do Congresso ou de outro órgão legislativo, que diga que ela não pode ser aplicada.

Ela se aplica a este caso? Hércules pode desprezar o casamento celestial, ou abominar a corrupção de menores, ou aprovar sem reservas a obediência que os filhos devem aos pais. O novo tem, no entanto, um direito à sua liberdade, a menos que a interpretação correta da lei o prive de tal direito. A idéia de que os juízes possam, retroativamente, tornar uma conduta criminoso é incompatível com qualquer teoria plausível da Constituição. A lei priva-o desse direito? Hércules deve começar por perguntar-se por que uma lei tem o poder de alterar direitos jurídicos. Ele encontrará a resposta em sua teoria constitucional-

21. Ver *Chatwin vs. United States*, 326 U.S., 455 (1946).

nal: esta pode determinar, por exemplo, que uma assembléia legislativa democraticamente eleita é o órgão apropriado para a tomada de decisões coletivas sobre a conduta que se pode considerar criminosa. Mas essa mesma teoria constitucional imporá certas responsabilidades ao poder legislativo: irá impor não apenas restrições que refletem os direitos individuais, mas também um dever geral de lutar por metas coletivas que definam o bem-estar público. Este fato propicia a Hércules um bom teste neste caso difícil. Ele poderia perguntar-se qual a interpretação que vincula de modo mais satisfatório a linguagem utilizada pelo poder legislativo a suas responsabilidades institucionais como juiz. Em outras palavras, isso nos remete mais uma vez à pergunta do árbitro a respeito da natureza do jogo. Pede a construção, não de alguma hipótese a respeito do estado mental de determinados legisladores, mas de uma teoria política especial que justifique essa lei melhor do que qualquer teoria alternativa, à luz das responsabilidades mais gerais dos legisladores²².

22. Um exemplo anterior do uso da política na interpretação das leis ilustra essa forma de constituição. Em *Charles River Bridge vs. Warren Bridge*, 24 Mass. (7 Pick.) 344 (1830), *aff'd*, 36 U. S. (11 Pet.) 420 (1837), o tribunal teve de decidir se uma concessão para construir uma ponte sobre o rio Charles devia ser considerada exclusiva, de modo que concessões adicionais não mais pudessem ser concedidas. O juiz Morton, do Tribunal Superior de Apelação, sustentou que a concessão não devia ser considerada exclusiva, e argumentou, em defesa dessa interpretação, que

"Se consequências tão incompatíveis com o desenvolvimento e a prosperidade do Estado resultarem da interpretação liberal e extensiva das escrituras públicas que têm sido concedidas, deveremos, se os termos empregados assim o permitirem, adotar uma interpretação mais estrita e limitada, em vez de imputar tais imprevidências ao poder legislativo.

... [Interpretar a concessão como exclusiva] equivaleria, substancialmente, a estabelecer uma convenção em cujos termos, ao longo da duração da concessão do demandante, uma parte importante de nosso estado (*commonwealth*), como instalações para viagens e transporte, deveria permanecer *in statu quo*. Sou total e irresistivelmente levado à conclusão de que essa interpretação não é nem condizente com a razão indene, nem com as autoridades judiciais ou com o desenvolvimento da legislação, nem com os princípios de nossas instituições livres. *Ibid.*, 460.

Que argumentos de princípio e de política poderiam ter convencido o poder legislativo a promulgar exatamente essa lei? O poder legislativo não deveria ter seguido uma política destinada a substituir a execução penal estadual pela execução federal, sempre que esta for constitucionalmente possível, pois isso representaria uma interferência desnecessária no princípio do federalismo que deve fazer parte da teoria constitucional de Hércules. O poder legislativo poderia, contudo, ter agido de modo responsável, seguindo uma política que remetesse à esfera da competência federal todos os crimes cuja natureza intrinseca viesse a representar um obstáculo ao cumprimento da lei por parte do estado. Ou poderia, de modo igualmente responsável, ter selecionado dentre esses crimes apenas aqueles especialmente perigosos ou disseminados. Qual dessas duas políticas responsáveis oferece uma melhor justificação da lei efetivamente redigida? Se as penalidades estipuladas pela lei forem duras e, desse modo, apropriadas para a segunda, mas não para a primeira política, a preferência deve ser a segunda. Qual das diferentes interpretações da lei permitidas pela linguagem serve melhor a essa política? Sem dúvida, uma decisão segundo a qual a sedução (*inveigement*) do tipo apresentado no caso não se transforme em crime federal em decorrência da lei.

Descrevi um problema simples e talvez pouco representativo da interpretação das leis de origem legislativa, porque não posso, no momento, desenvolver em detalhes uma teoria de tal interpretação. Quero apenas sugerir de que modo se poderia defender a afirmação geral de que as suposições feitas pelos juizes sobre a intenção das leis são suposições sobre direitos políticos. Ainda assim, é preciso fazer duas observações mesmo sobre este exemplo simples. Em primeiro lugar, seria incorreto afirmar que Hércules complementou o que o poder legislativo fizera ao promulgar a lei, ou que ele tentou determinar o que o poder legislativo teria feito se tivesse levado em consideração o problema apresentado pelo caso. O ato de um órgão legislativo não é, como sugerem essas descrições, um evento cuja força possamos, de algum modo, medir para poder dizer que ele se esgotou em um determinado momento; trata-se, na

verdade, de um evento cujo conteúdo é contestado, da mesma maneira como se contesta o conteúdo de um acordo para se jogar um jogo. Hércules constrói sua teoria política como um argumento sobre o que o poder legislativo fez naquela ocasião. O argumento contrário, de acordo com o qual os legisladores na realidade não fizeram o que Hércules diz que fizeram, não é um exemplo realista de bom senso, mas uma alegação antagônica sobre o verdadeiro conteúdo desse evento contestado.

Em segundo lugar, é importante assinalar quão grande é o papel que os termos canônicos da lei adotada desempenham no processo descrito. Tais termos estipulam um limite àquilo que de outro modo, levando-se em conta a natureza do caso, deveria ser ilimitado. A teoria política que Hércules desenvolveu para interpretar a lei, que apresenta uma política de apoio federal ao cumprimento da lei no caso de crimes graves, pode justificar um grande número de decisões que o poder legislativo de fato não tomou, seja qual for a interpretação que se dê à linguagem por ele utilizada. Pode justificar, por exemplo, que uma lei considere crime federal o fato de um assassino abandonar o estado no qual cometeu o crime. O poder legislativo não tem nenhum dever geral de ajustar-se às diretrizes de qualquer política em particular, e para Hércules seria um erro manifesto imaginar que, em algum sentido, o poder legislativo tenha promulgado essa outra lei. Os termos da lei efetivamente promulgada pelo poder legislativo permitem que este processo de interpretação opere sem incorrer em qualquer absurdo; permitem que Hércules afirme que o poder legislativo estendeu uma política até os limites permitidos pela linguagem de que fez uso. No entanto, Hércules não supõe que o poder legislativo tenha estendido essa política até um ponto ulterior indeterminado, além desse limite.

B. O direito costumeiro (*common law*)

1. *O precedente.* Um dia, os juristas apresentaram a Hércules um caso difícil que não está previsto em nenhuma lei. Eles questionaram se as decisões anteriores de direito costumeiro, to-

madras pelo tribunal de Hércules, quando devidamente compreendidas, dão a alguma das partes o direito a uma decisão favorável. O *Spartan Steel* é um desses casos. O autor da ação não pretendia que a lei lhe desse um direito de ser indenizado por prejuízos econômicos; na verdade, invocava certas decisões judiciais anteriores que concediam compensações por outros tipos de dano, e sustentava que o princípio por trás desses casos também exigia uma decisão favorável no seu próprio caso.

Hércules deve começar perguntando-se por que os argumentos com essa forma nunca são bem fundamentados, mesmo em princípio. Descobrirá que não é nada fácil encontrar uma resposta rápida ou óbvia a tal pergunta. Quando ele se colocou a pergunta paralela sobre a legislação, encontrou uma resposta fácil na teoria democrática geral. Mas os detalhes das práticas de precedente que agora ele deve justificar resistem a qualquer teoria simples.

Ele pode, contudo, ser tentado pela seguinte resposta. Quando decidem casos particulares no direito costumeiro, os juízes estabelecem regras gerais que de algum modo se propõem a beneficiar a comunidade. Ao decidirem casos posteriores, outros juízes devem, portanto, aplicar essas regras de modo que o benefício possa ser obtido. Se essa apresentação do tema fosse uma justificação suficiente para práticas de precedente, Hércules poderia então decidir estes casos difíceis de direito costumeiro, considerando as decisões anteriores como leis e usando as técnicas que elaborou para a interpretação das leis. Porém, se levar muito longe essa teoria, ele irá deparar com enormes dificuldades. Seremos recompensados se examinarmos o porquê disso com certo detalhamento, já que os erros dessa teoria nos guiarão para uma teoria mais apropriada.

Como vimos há pouco, a interpretação das leis depende da disponibilidade de uma forma verbal canônica, por mais vaga ou imprecisa que seja, que possa colocar limites às decisões políticas que, como se atribui, tenham sido tomadas pela lei. Hércules descobrirá que muitas das opiniões que os litigantes citam como precedentes não contêm quaisquer proposições especiais que possam ser consideradas como uma forma canônica da regra estabelecida pelo caso. É verdade que, em fins do século XIX e

primórdios do século XX, fazia parte do estilo judicial inglês e norte-americano tentar compor esses enunciados canônicos de modo que, dali para a frente, fosse possível referir-se, por exemplo, à regra do caso *Rylands vs. Fletcher*.²³ Mesmo nesse período, porém, os juristas e os livros de direito divergiam sobre que partes de decisões famosas deviam ser consideradas como posições importantes raramente tentam chegar a essa modalidade de redação legislativa. Citam razões, em forma de precedentes e princípios, que justificam uma decisão, mas é a decisão, e não alguma nova regra jurídica enunciada, que esses precedentes devem justificar. Em algumas ocasiões, um juiz reconhece abertamente que cabe aos casos posteriores determinar as consequências plenas do caso por ele decidido.

Sem dúvida, Hércules pode decidir que ao encontrar, em um caso anterior, um arranjo canônico de palavras, usará suas técnicas de interpretação das leis para decidir se a regra que essas palavras compõem abarca ou não um caso novo.²⁴ Ele

23. [1866] L.R. 1 Ex. 265, aff'd, (1868) L.R. 3 H.L. 330. O caso *Rylands vs. Fletcher* representa um marco na doutrina do precedente. Nele, a House of Lords decidiu que aquele que acumula artificialmente água em sua propriedade é absolutamente responsável pelos danos causados por seu escape. (Rylands e seus sócios haviam construído um dique para acumular água para seu moinho, que mais tarde inundou uma mina adjacente.) O princípio da decisão, embora obscuro, foi progressivamente estendido a outros casos por analogia, envolvendo depósitos de petróleo, gás, eletricidade, etc. Ver James Landis, *The Administrative Process*, Yale University Press, New Haven, 1938, pp. 221 et circa.

24. Mas, uma vez que Hércules será levado a aceitar a tese dos direitos (ver pp. 115-6 *infra*), sua "interpretação" das decisões judiciais será diferente de sua interpretação das leis em um aspecto importante. Quando interpreta as leis, ele atribui à linguagem jurídica, como vimos, argumentos de princípio ou de política que fornecem a melhor justificação dessa linguagem à luz das responsabilidades do poder legislativo. Sua argumentação continua sendo um argumento de princípio; ele usa a política para determinar que direitos já foram criados pelo Legislativo. Mas, quando "interpreta" as decisões judiciais, atribuirá à linguagem relevante apenas argumentos de princípio, pois a tese dos direitos sustenta que somente tais argumentos correspondem à responsabilidade do tribunal em que foram promulgadas.

bem pode reconhecer aquilo que se poderia chamar de força de promulgação do precedente (*enactment force of precedent*). Não obstante descobrirá que, quando um precedente tem força de promulgação, não se considera que sua influência sobre casos posteriores se limite a essa força. Os juízes e os juristas não pensam que a força dos precedentes se esgota, como aconteceria no caso de uma lei, devido aos limites linguísticos de uma determinada formulação. Se o *Spartan Steel* fosse um caso novo-iorquino, o advogado do autor da ação imaginaria que a decisão anterior de Cardozo, no caso *Macpherson vs. Buick*²⁵, no qual uma mulher obteve reparação por perdas e danos devido à negligência na fabricação de um automóvel, contaria a favor do direito de seu cliente à indenização, apesar de o fato da decisão anterior não conter nenhuma formulação verbal que pudesse, de modo plausível, ser interpretada como uma promulgação desse direito. Ele insistiria em que a decisão anterior exerce uma força gravitacional sobre as decisões posteriores, mesmo quando se situam fora de sua órbita particular.

Essa força gravitacional faz parte da prática que deve ser capturada pela teoria geral de Hércules a respeito dos precedentes. Neste importante aspecto, a prática judicial difere da prática daqueles que representam outras instituições. No xadrez, os árbitros se adaptam às regras estabelecidas de uma maneira que pressupõe autonomia institucional plena. Exercem a originalidade somente na medida em que assim exige uma regra eventual, como a regra sobre a imposição de uma penalidade. No xadrez, portanto, pode-se afirmar que cada decisão tomada pelo árbitro é diretamente exigida e justificada por uma regra enxadristica estabelecida, ainda que algumas dessas decisões devam basear-se em uma interpretação e não apenas no significado manifesto e irrecusável dessa regra.

Alguns filósofos do direito escrevem sobre a decisão judicial no direito costumeiro como se fosse, neste sentido, seme-

25. *MacPherson vs. Buick Motor Co.*, 217 Nova York 382, 111 N.E. 1050 (1916). (N. do R. T.): Ver transcrição dos votos e das comparações com outros casos de responsabilidade por negligência, como *Devlin vs. Smith*, em Harold Berman, op. cit., pp. 421 ss.

lhante ao xadrez, exceto quanto ao fato de que é muito mais provável que as regras jurídicas exijam uma interpretação do que as regras do xadrez. É com este espírito, por exemplo, que o professor Hart argumenta que os casos difíceis só existem porque as regras jurídicas possuem aquilo que ele chama de "textura aberta"²⁶. De fato, os juízes frequentemente divergem não apenas sobre o modo de interpretar uma regra ou um princípio, mas também sobre a questão de saber se a regra ou o princípio que um juiz cita deve, inclusive, chegar a ser reconhecida como sendo uma regra ou um princípio. Em alguns casos, tanto a maioria quanto as opiniões dissidentes reconhecem os mesmos casos anteriores como relevantes, mas não chegam a um acordo sobre qual regra ou princípio se deve entender como tendo sido estabelecida por esses precedentes. Na decisão judicial, ao contrário do que acontece no xadrez, o argumento *em favor* de uma regra específica pode ser mais importante do que o argumento *contra* dessa regra para o caso particular. Enquanto o árbitro de xadrez que decide um caso apelando para uma regra da qual ninguém jamais ouviu falar será desqualificado ou declarado insano, é muito provável que o juiz que assim proceder venha a ser louvado nas aulas das escolas de direito.

Não obstante, os juízes parecem concordar que as decisões anteriores realmente contribuem na formulação de regras novas e controvertidas de uma maneira distinta do que no caso da interpretação. Eles aceitam, por unanimidade, que as decisões anteriores têm força gravitacional, mesmo quando divergem sobre o que é essa força. É muito comum que o legislador se preocupe apenas com questões fundamentais de moralidade ou de política fundamental ao decidir como vai votar alguma questão específica. Ele não precisa mostrar que seu voto é coerente com os votos de seus colegas do poder legislativo, ou com os de legislaturas passadas. Um juiz, porém, só muito raramente irá mostrar este tipo de independência. Tentará, sempre, associar a justificação que ele fornece para uma decisão original às decisões que outros juízes ou funcionários tomaram no passado.

26. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 121-32.

De fato, quando os bons juízes tentam explicar, em termos gerais, de que modo trabalham, procuram figuras de linguagem que descrevam as restrições que experimentam, mesmo quando supõem estar criando direito novo, restrições essas que não seriam apropriadas se fossem legisladores. Eles dizem, por exemplo, que encontram novas regras iminentes no direito como um todo, ou que aplicam uma lógica interna do direito através de algum método que pertence mais à filosofia do que à política, ou que eles são os agentes através dos quais o direito se purifica, ou que o direito tem vida própria, mesmo quando esta pertence mais à experiência do que à lógica. Hércules não deve contentar-se com essas famosas metáforas e encarnações, mas também não deve se contentar com qualquer descrição do processo judicial que ignore a atração que elas exercem sobre os melhores juristas.

A força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto uma peça de legislação. Contudo, a inadequação de tal abordagem sugere uma teoria superior. A força gravitacional de um precedente pode ser explicada por um apelo, não à sabedoria da implementação de leis promulgadas, mas à equidade que está em tratar os casos semelhantes do mesmo modo. Um precedente é um relato de uma decisão política anterior; o próprio fato dessa decisão, enquanto fragmento da história política, oferece alguma razão para se decidir outros casos de maneira similar no futuro. Essa explicação geral da força gravitacional do precedente explica a característica que invalidou a teoria da promulgação das leis, aquela segundo a qual a força de um precedente escapa à linguagem do voto em que é formulado. Se o governo de uma comunidade obrigou o fabricante de carros defeituosos a indenizar uma mulher que se feriu por causa desse defeito, então este fato histórico deve oferecer alguma razão para que este mesmo governo exija, de um empregado que causou prejuízo econômico devido ao trabalho malfeito de seus empregados, que compense os danos decorrentes. Podemos testar o peso dessa razão não perguntando se a linguagem da decisão anterior, devidamente interpretada, exige que o emprei-

teiro pague indenizações, mas perguntando se é justo que o governo, depois de intervir do modo como fez no primeiro caso, recuse sua ajuda no segundo.

Hércules concluirá que sua doutrina da equidade oferece a única explicação adequada da prática do precedente em sua totalidade. Extraíra algumas outras conclusões sobre suas próprias responsabilidades quando da decisão de casos difíceis. A mais importante delas determina que ele deve limitar a força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões. Se se considerasse que uma decisão anterior estivesse totalmente justificada por algum argumento de política, ela não teria força gravitacional alguma. Seu valor enquanto precedente ficaria restrito a sua força de promulgação, isto é, aos casos adicionais abarcados por alguns termos específicos do precedente. A força distributiva de uma meta coletiva, como já observamos aqui, é uma questão de fatos contingentes e de estratégia legislativa geral. Se o governo interveio em favor da srta. MacPherson, não porque ela tivesse algum direito à sua intervenção, mas somente porque uma estratégia criteriosa sugeria este meio para alcançar uma meta coletiva como a da eficiência econômica, então não pode haver um argumento de equidade efetivo, de acordo com o qual o governo tinha, por isso, a obrigação de intervir em favor do autor da ação no caso *Spartan Steel*.

Para compreender por que deve ser assim, não podemos perder de vista as insignificantes exigências que fazemos aos legisladores em nome da consistência, quando suas decisões são geradas por argumentos de política²⁷. Suponhamos que o

27. Em *Williamson vs. Lee Optical Co.*, 348 U.S. 483 (1955), o juiz Douglas sugeriu que a legislação gerada por uma política não precisava ser uniforme ou coerente.

O problema da classificação legislativa é um problema eterno que não admite nenhuma definição douratória. No mesmo campo é possível encontrar males de diferentes dimensões e proporções, que exigem diferentes remédios. Ou assim, pode pensar o legislativo. Ou a reforma pode avançar aos poucos, voltando-se para a fase do problema que parece mais aguda ao espírito dos legisladores. O Legislativo pode seleccionar uma fase em uma área e ali aplicar um remédio, negligenciando as outras áreas. A proibição

poder legislativo deseje estimular a economia e que possa fazê-lo, com aproximadamente a mesma eficiência, tanto subsidiando a construção de conjuntos habitacionais, como aumentando os gastos governamentais diretos com a construção de novas estradas. As empresas que as constroem não têm nenhum direito a que o poder legislativo opte por sua construção; se ele assim o fizer, as empresas que constroem casas não têm direito algum, nos termos de algum princípio de consistência, a que o poder legislativo também venha a subsidiar os programas habitacionais. Os legisladores podem decidir que o programa de construção de estradas já deu um estímulo suficiente à economia, e que novos programas não são necessários. Podem tomar essa decisão mesmo que agora admitam que, de início, o subsídio à construção de moradias teria sido uma decisão mais eficiente. Podem, também, admitir que é preciso estimular ainda mais a economia, mas decidir pela conveniência de esperar por mais provas — talvez provas do êxito do programa de construção de estradas — para ver se os subsídios fornecem um estímulo eficaz. Podem, inclusive, afirmar que não desejam, no momento, investir mais tempo e energia na política econômica. Talvez haja um limite à arbitrariedade das distinções que o poder legislativo pode estabelecer em sua perseguição de metas coletivas. Mesmo que seja eficiente construir todos os esteiros navais no sul da Califórnia, pode-se considerar que é injusto e politicamente insensato tomar tal decisão. Mas esses requisitos frágeis, que proíbem tais repartições excessivamente injustas, são claramente compatíveis com a concessão de vantagens consideráveis a um grupo, vantagens essas negadas a outros.

da Cláusula de Igual Proteção não vai além de uma odiosa discriminação. Ibid. 489 (citação omitida).

Sem dúvida, o ponto principal do argumento aqui desenvolvido, o de que as exigências de consistência são diferentes nos casos de princípio e de política, é de grande importância para a compreensão da história recente da cláusula de igual proteção. É o ponto que está por trás das tentativas de distinguir entre igual proteção "antiga" e "nova", ou de estabelecer classificações "suspeitas". Ele oferece uma distinção mais acurada e inteligível do que aquelas alcançadas por essas tentativas.

Não pode haver, portanto, nenhum argumento geral de equidade, de acordo com o qual um governo que atende a uma meta coletiva de uma certa maneira em determinada ocasião deva atendê-la dessa maneira, ou mesmo atender à mesma meta, sempre que uma oportunidade paralela se apresentar. Não quero dizer, simplesmente, que o governo pode mudar de opinião e lamentar sua decisão anterior, quer esta diga respeito à meta, quer aos meios. Quero dizer apenas que um governo responsável pode servir a metas diferentes de maneira gradativa e ocasional. Ou seja, ainda que não lamente uma regra destinada a servir a uma meta particular, e continue a apoiá-la, pode rejeitar outras regras que também serviriam muito bem à mesma meta. Pode, por exemplo, instituir uma regra segundo a qual os fabricantes são responsáveis pelos danos decorrentes de defeitos em seus carros, e ainda assim recusar-se a instituir a mesma regra para os fabricantes de máquinas de lavar roupa, para não mencionar os empregadores que causam prejuízos econômicos como no caso *Spartan Steel*. O governo deve, sem dúvida, ser racional e equânime; deve tomar decisões que, em seu conjunto, sirvam a uma mescla justificável de metas coletivas, mas continue a respeitar quaisquer direitos que os cidadãos tenham. Essa exigência geral, contudo, não sustenta algo como a força gravitacional que se supôs realmente existir na decisão judicial em favor da sra. MacPherson.

Assim, ao definir a força gravitacional de um precedente específico, Hércules só deve levar em consideração os argumentos de princípio que justificam esse precedente. Se a decisão é favorável à sra. MacPherson supõe que ela tem um direito à indenização, e não simplesmente que uma regra a seu favor promove alguma meta coletiva, então o argumento da equidade, no qual se fundamenta a prática do precedente, ganha precedência. Daí não se segue, por certo, que qualquer pessoa que de algum modo tenha sido prejudicada pela negligência de uma outra deva ter o mesmo direito concreto a uma indenização, como a outra teve. Pode ser que, neste último caso, os direitos concorrentes exijam uma solução conciliatória que não era exigida no primeiro caso. Também pode resultar daí que,

neste último caso, o autor da ação tenha o mesmo direito absoluto. Se é assim, será necessária uma argumentação especial que cite os direitos concorrentes para mostrar que, no último caso, uma decisão em contrário seria justa (*fair*).

2. *A teia inconsistente.* A primeira conclusão de Hércules – a de que a força gravitacional de um precedente define-se pelos argumentos de princípio que lhe dão sustentação – sugere uma segunda conclusão. Uma vez que, em sua comunidade, a prática judicial pressupõe que os casos anteriores têm uma força gravitacional *geral*, Hércules somente pode justificar essa prática pressupondo que a tese dos direitos é válida em sua comunidade. Nunca se considera como um argumento satisfatório contra a força gravitacional de um precedente o fato de que a meta ao qual este servia encontra-se agora suficientemente atendida, ou que, neste momento, os tribunais ocupariam melhor seu tempo, caso servissem a uma outra meta que tenha sido relativamente negligenciada, talvez retomando uma meta à qual o precedente serviu em alguma outra ocasião. As práticas de precedente não pressupõem que os fundamentos racionais que recomendam as decisões judiciais possam ser atendidos dessa maneira fragmentária. Caso se reconheça que um precedente específico se justifica por uma determinada razão; caso tal razão também recomende um determinado resultado no caso em juízo; caso a decisão anterior não tenha sido objeto de uma re-consideração ou, de algum outro modo, não tenha sido vista como uma questão de arrendimento institucional, então deve-se chegar a essa decisão no segundo caso.

Hércules deve supor que sua comunidade compreende, ainda que talvez não o admita explicitamente, que é preciso ver as decisões judiciais como instâncias justificadas por argumentos de princípio, e não por argumentos de política. Ele agora se dá conta de que o conhecido conceito utilizado pelos juizes para explicar seus raciocínios a partir do precedente – o conceito de certos princípios subjacentes ao direito costumeiro ou a ele incorporados – não passa de uma afirmação metafórica da tese dos direitos. Doravante, Hércules pode usar este con-

ceito em suas decisões de casos difíceis do direito costumeiro. O conceito fornece um teste geral para decidir casos desse tipo, teste que se assemelha ao conceito que o árbitro de xadrez tem a respeito da natureza de uma partida, ou similar ao seu próprio conceito de uma finalidade legislativa. O conceito também lhe apresenta uma questão – qual é o conjunto de princípios que melhor justifica os precedentes? – que faz uma ponte entre a justificação geral da prática do precedente, que é a equidade, e sua própria decisão sobre o que essa justificação geral requer em um caso difícil específico.

Hércules deve agora desenvolver seu conceito dos princípios que fundamentam o direito costumeiro, atribuindo a cada um dos precedentes relevantes algum esquema de princípios que justifique a decisão contida nesse precedente. Em seguida, ele descobrirá uma nova e importante diferença entre este conceito e o conceito de intenção da lei escrita que usou na interpretação das leis. No caso das leis, parece necessário escolher alguma teoria sobre a intenção da lei em questão, voltando-se para outros atos do poder legislativo apenas na medida em que estes possam ajudá-lo a fazer uma opção entre teorias que se ajustam de maneira mais ou menos equivalente à lei em exame. Mas se a força gravitacional do precedente tem por base a idéia de que a equidade exige a aplicação coerente dos direitos, Hércules deve então descobrir os princípios que se ajustam não apenas ao precedente específico para o qual algum litigante dirige sua atenção, mas para todas as outras decisões no âmbito de sua jurisdição geral e, na verdade, também às leis, na medida em que estas devem ser vistas como geradas a partir de princípios e não a partir de uma determinada política. Caso os princípios que ele citar como estabelecidos forem incompatíveis com outras decisões que seu tribunal propõe-se igualmente a sustentar, Hércules não terá cumprido seu dever de mostrar que a decisão que ele tomou é compatível com princípios estabelecidos e, portanto, equânime (*fair*).

Suponhamos, por exemplo, que Hércules possa justificar a decisão de Cardozo em favor da senhora MacPherson citando algum princípio abstrato de igualdade, segundo o qual toda

vez que ocorre um acidente, a mais rica dentre as diversas pessoas cujos atos possam ter contribuído para provocá-lo deve arcar com os custos. Ainda assim, ele não poderá mostrar que tal princípio foi respeitado em outros casos de acidentes, e mesmo que possa mostrar isso, não poderá mostrar que o princípio foi respeitado em outras áreas do direito — por exemplo nos contratos — sobre as quais também poderia ter um grande impacto caso fosse reconhecido. Se Hércules, em um caso futuro que envolve um acidente, decidir desfavoravelmente a um demandante que é mais rico que o réu, apelando para este suposto direito à igualdade, o demandante poderá, com propriedade, queixar-se de que a decisão é incompatível com o comportamento do governo em outros casos. Tal decisão é tão inconsistente como ignorar o próprio caso *MacPherson*. O direito pode não ser uma trama incoerente, mas o demandante tem o direito de pedir a Hércules que o trate como se fosse.

O leitor entenderá agora por que chamei nosso juiz de Hércules. Ele deve construir um esquema de princípios abstratos e concretos que forneça uma justificação coerente a todos os precedentes do direito costumeiro e, na medida em que estes devem ser justificados por princípios, também um esquema que justifique as disposições constitucionais e legislativas. Podemos apreender a magnitude de tal empreendimento se distinguirmos, no âmbito do vasto material de decisões jurídicas que Hércules deve justificar, uma ordenação vertical e outra horizontal. A ordenação vertical é fornecida por diferentes estratos de autoridade, isto é, estratos nos quais as decisões oficiais podem ser consideradas como controles das decisões tomadas em níveis inferiores. Nos Estados Unidos, a natureza gradativa da ordem vertical é evidente. A estrutura constitucional ocupa o mais alto nível, as decisões da Suprema Corte e, talvez, de outros tribunais que interpretam essa estrutura, vêm a seguir. As leis promulgadas pelos diferentes órgãos legislativos ocupam o nível seguinte, e abaixo deste, em níveis diversos, vêm as decisões dos diferentes tribunais que desenvolvem o direito costumeiro. Hércules deve organizar a justificação de princípio em cada um desses níveis, de tal modo que a justifi-

cação seja consistente com os princípios que fornecem a justificação dos níveis mais elevados. A ordenação horizontal requer apenas que os princípios que devem justificar uma decisão em um nível devem ser também consistentes com a justificação oferecida para outras decisões no mesmo nível.

Suponhamos que Hércules, fazendo valer suas aptidões extraordinárias, se proponha a desenvolver todo este esquema de antemão, de modo que esteja em condições de enfrentar os litigantes com toda uma teoria do direito, caso isso seja necessário para justificar qualquer decisão específica. Por consideração para com a ordenação vertical, ele começaria por especificar e aperfeiçoar a teoria constitucional que já utilizou. Essa teoria seria, em alguma medida, diferente da teoria desenvolvida por outro juiz, pois uma teoria constitucional requer juízos sobre questões complexas de adequação institucional, bem como juízos sobre filosofia política e moral, e os juízos de Hércules serão inevitavelmente diferentes daqueles emitidos por outros juízes. Em um alto nível de ordenação vertical, essas diferenças irão exercer uma força considerável sobre o esquema que cada juiz tende a propor para os níveis inferiores. Hércules pode pensar, por exemplo, que certas restrições constitucionais substantivas ao poder legislativo seriam mais bem justificadas se postulássemos um direito abstrato à privacidade contra o Estado, pois ele acredita que tal direito é uma consequência do direito ainda mais abstrato à liberdade, assegurado pela Constituição. Se assim for, ele verá como uma inconsistência a incapacidade das leis de responsabilidade civil em reconhecer, de alguma forma concreta, um direito abstrato e análogo à privacidade diante dos demais cidadãos. Se outro juiz não compartilhar as crenças de Hércules sobre a relação entre privacidade e liberdade, e em consequência não considerar convincente sua interpretação constitucional, este juiz também estará em desacordo com Hércules no que toca ao desenvolvimento adequado das leis de responsabilidade civil.

Assim, o impacto dos juízos do próprio Hércules será disseminado, embora alguns deles sejam controversos. Mas esses juízos não entrarão em suas considerações de maneira a fazer

com que as diferentes partes da teoria por ele construída sejam atribuídas a suas convicções independentes, e não ao conjunto de leis que Hércules deve justificar. Ele não seguirá aquelas teorias clássicas da decisão judicial que mencionei anteriormente, que supõem que um juiz segue as leis ou os precedentes até que a clareza de orientação dos últimos deixe claro que ele está livre para agir por sua própria conta. Sua teoria diz respeito ao que a lei ou o precedente exigem, embora ao tomar suas decisões o juiz evidentemente deixe transparecer suas convicções intelectuais e filosóficas. Mas isso é muito diferente de supor que essas convicções têm alguma força independente no argumento, simplesmente pelo fato de serem suas convicções.²⁸

3. *Erros.* Neste momento, não tentarei desenvolver de modo mais detalhado a teoria do direito de Hércules. Mencionei, contudo, dois problemas com os quais ele irá deparar. Em primeiro lugar, ele deve decidir que peso deve atribuir, ao construir um esquema de justificação para um conjunto de precedentes, aos argumentos incorporados às decisões pelos juízes que decidiram tais casos. Ele nem sempre encontrará, nessas sentenças, alguma proposição suficientemente precisa para ser posteriormente utilizada como uma lei passível de interpretação. Mas as sentenças sempre conferirão uma argumentação na forma de proposições que, para o juiz, recomendam sua decisão. Hércules decidirá atribuir a essas proposições somente um lugar inicial ou *prima facie* em seu esquema de justificação. O propósito desse esquema é satisfazer o requisito que ordena ao governo entender a todos os direitos que ele supõe que alguns tenham. Pode-se considerar que o fato de um funcionário do governo oferecer um certo princípio como fundamento de sua decisão estabelece *prima facie* que o governo confia neste princípio até este ponto.

Contudo, a força principal do argumento subjacente de equidade volta-se para o futuro, e não para o passado. A força gravitacional do caso da *sra. MacPherson* não depende sim-

28. Ver mais adiante pp. 123-30.

plesmente do fato de ela ter sido indenizada por seu Buick, mas também pelo fato de o governo estar disposto a permitir que, no futuro, outras pessoas na mesma situação venham a ser igualmente indenizadas. Se os tribunais se propusessem a anular a decisão, nenhum argumento substancial de equidade assentado na decisão real deste caso sobreviveria em favor do autor da ação no caso *Spartan Steel*. No entanto, se um princípio diferente do que foi citado por Cardozo pode ser encontrado para justificar *MacPherson*, e se este outro princípio também justificar um grande número de precedentes que Cardozo não justifica, ou se ele se ajustar melhor aos argumentos evocados para justificar as decisões de um nível superior na ordem vertical, este novo princípio será uma base mais satisfatória para decisões que venham a ser posteriormente tomadas. Sem dúvida, este argumento contra a utilização do princípio de Cardozo será desnecessário, se o novo princípio for mais abstrato, e se o princípio de Cardozo puder ser visto apenas como uma forma concreta desse princípio mais abstrato. Neste caso, Hércules incorporará, em vez de rejeitar, a explicação dada por Cardozo a sua decisão. Na verdade, foi exatamente assim que Cardozo utilizou a opinião de um caso anterior no qual se baseou, o de *Thomas vs. Winchester*.²⁹ É possível, porém, que o novo princípio avance em uma outra direção, de maneira a justificar um precedente ou uma série de precedentes em bases muito diferentes daquelas propostas pelas decisões que deram origem a esses precedentes. O famoso argumento de Brandeis e Warren sobre o direito à privacidade³⁰ nos dá uma ilustração perfeita. Eles argumentaram que tal direito não era desconhecido pela jurisprudência; ao contrário, era validado por um grande número de decisões, apesar de não ser mencionado pelos juízes que haviam decidido tais casos. Pode ser que, assim concebida, essa argumentação não tenha tido êxito, e que Hércules, no lugar deles, tivesse chegado a um resultado diferente. Não obs-

29. 6 Nova York 397 (1852).

30. Warren & Brandeis, "The Right of Privacy", 4 *Harr. L. Rev.* (1890), 193.

tante isso, a teoria de Hércules mostra por que esse argumento, às vezes considerado como uma espécie de fraude brilhante, é pelo menos bem fundado em suas ambições.

Hércules deve igualmente enfrentar um problema diferente e, ao mesmo tempo, mais complexo. Se a história de seu tribunal não for muito complexa, ele descobrirá, na prática, que a exigência de consistência total por ele aceita se revelará excessivamente forte, a menos que ele a desenvolva de modo que inclua a idéia de que, ao aplicar essa exigência, pode desconstruir alguma parte da história institucional por considerá-la equivocada. Isto porque ele será incapaz, mesmo com sua soberba imaginação, de encontrar qualquer conjunto de princípios que concilie todos os precedentes e todas as leis existentes. Este fato não surpreende: os legisladores e juízes do passado não tinham, todos, a capacidade ou o *insight* de Hércules, nem eram homens e mulheres que compartilhavam as mesmas idéias e opiniões. Sem dúvida, qualquer conjunto de leis e decisões pode ser explicado historicamente, psicologicamente, mas a consistência exige uma justificação, e não uma explicação, e a justificação deve ser plausível, e não postíça. Se a justificação que Hércules concebe estabelece distinções que são arbitrárias, e se vale de princípios que não são convinentes, então ela não pode, de modo algum, contar como uma justificação.

Suponhamos que, na jurisdição de Hércules, a lei sobre acidentes causados por negligência se tenha desenvolvido da maneira simplificada e imaginária que apresento a seguir. Ela tem origem em decisões específicas do direito costumeiro que reconhecem o direito à indenização por lesões físicas causadas por instrumentos muito perigosos com defeitos de fabricação. Em seguida, estes casos são reinterpretados em alguma decisão de importância histórica, a exemplo do que ocorreu no caso *MacPherson*, como se fossem justificados pelo direito muito abstrato que cada indivíduo tem a uma atenção razoável por parte de outros, cujas ações podem causar danos a sua pessoa ou a sua propriedade. Este princípio é então simultaneamente ampliado e contraído de diferentes maneiras. Os tribunais de-

cidem, por exemplo, que nenhum direito concreto se coloca contra um contador que tenha sido negligente na preparação de balanços financeiros. Decidem igualmente que não se pode abrir mão do direito em certos casos; por exemplo, na forma padrão do contrato de compra de automóveis. O poder legislativo acrescenta uma lei determinando que, em certos casos de acidentes de trabalho, a indenização será concedida a menos que o acusado consiga provar que a culpa era inteiramente do demandante. Mas também determina que em outros casos, por exemplo nos acidentes aéreos, a indenização fique restrita a um montante estipulado com antecedência, que pode ser muito inferior à perda real; e mais tarde acrescenta que o passageiro de um automóvel não pode processar o motorista mesmo que ele dirija de maneira imprudente e cause ferimentos aos passageiros. Suponhamos agora, tendo em vista este contexto, que Hércules seja chamado para decidir o caso *Spartan Steel*.

Poderá ele encontrar um conjunto coerente de princípios que justifiquem essa história na forma exigida pela equidade? Ele pode tentar a proposição de que os indivíduos não têm direito à compensação por danos a menos que esses tenham sido intencionalmente infligidos. Hércules pode argumentar que esses indivíduos têm direito à compensação por danos por razões de política (*policy*), e não em reconhecimento a qualquer direito abstrato a tal indenização. Pode citar as leis que limitam a responsabilidade para proteger as companhias aéreas e empresas seguradoras, bem como os casos que excluem a responsabilidade dos contadores, como prova de que a indenização é negada quando a diretoria política argumenta em sentido contrário. Mas ele deve admitir que essa análise da história institucional é incompatível com as decisões do direito costumeiro, particularmente a decisão que reconheceu um direito geral à indenização nos casos de negligência. Hércules não pode afirmar, de um modo que seja compatível com o restante de sua teoria, que essas decisões podem ser justificadas com base em políticas, se sustentar, em decorrência da teoria dos direitos, que os tribunais somente podem estender a responsabilidade em resposta a argumentos de princípio, mas não em resposta a argumen-

tos de política. Desse modo, ele deve deixar de lado essas decisões como sendo decisões equivocadas.

Ele pode tentar outra estratégia. Pode propor algum princípio, de acordo com o qual os indivíduos têm direito à indenização somente nas circunstâncias dos casos particulares nos quais se decidiu que tinham, mas que não têm um direito geral a tais indenizações. Hércules pode, por exemplo, admitir a existência de um princípio jurídico que concede um direito à indenização por danos sofridos no interior de um carro pertencente ao demandante, mas negar um princípio que o estenda a outro tipo de dano. Contudo, ainda que Hércules pudesse tallar sua justificação da história institucional de modo a ajustá-la perfeitamente a essa história, ele se daria conta de que tal justificação repousa sobre distinções que são arbitrárias. Ele não encontra, em sua teoria política, nenhum espaço para uma distinção que conceda um direito abstrato quando alguém é ferido enquanto dirige seu próprio carro, mas o negue quando se trata de um passageiro, ou quando os ferimentos ocorrem em um avião. Neste caso, Hércules terá apresentado um conjunto de argumentos que não se sustentam enquanto justificação coerente de coisa alguma.

Hércules pode, portanto, reconhecer sua incapacidade para dar sentido à história institucional, a não ser mediante a suposição de que existe algum direito geral e abstrato à indenização por negligência, mas ainda assim argumentar que se trata de um direito relativamente fraco que, por esta razão, ficará em segundo plano quando defrontar-se com considerações de política, cuja força é relativamente secundária. Ele irá citar as leis limitativas e os casos que sustentam seu ponto de vista de que esse direito é fraco. Nesse caso, terá de deparar com uma dificuldade: se, ainda que a lei que limita a responsabilidade em acidentes aéreos não tiver sido revogada, as companhias aéreas tiverem-se tornado suficientemente seguras e os mecanismos à sua disposição tão eficientes e baratos que a não-revogação da lei só possa ser justificada se considerarmos que o direito abstrato é tão fraco que, para invalidá-lo, basta recorrer a argumentos de política relativamente fracos. Se Hércules conside-

ra o direito assim tão fraco, não pode justificar as diversas decisões do direito costumeiro que dão sustentação a esse direito, enquanto direito concreto, contra argumentos de política muito mais fortes do que aqueles que podem ser apresentados pelas companhias aéreas. Ele precisa, então, escolher entre o que considerar como erro: a não-revogação da lei que limita a responsabilidade nos casos de acidentes aéreos ou as decisões do direito costumeiro que atribuem a este direito um valor muito maior.

De qualquer modo, portanto, Hércules deve ampliar sua teoria de modo a incluir a idéia de que uma justificação da história institucional pode apresentar uma parte dessa história como um equívoco. Mas Hércules não pode fazer um uso impudente desse recurso, pois se ele fosse livre para considerar qualquer aspecto incompatível da história institucional como um erro, sem que isso causasse outras consequências para sua teoria geral, a exigência de consistência não poderia de modo algum ser considerada como uma verdadeira exigência. Hércules deve desenvolver alguma teoria dos erros institucionais, e essa teoria deve ter duas partes. Deve mostrar quais seriam as consequências, para novos argumentos, de se considerar algum evento institucional como um erro, e deve limitar o número e o caráter dos eventos dos quais se pode abrir mão dessa maneira.

Ele construirá a primeira parte de sua teoria dos erros por meio de dois conjuntos de distinções. Em primeiro lugar, distinguirá entre, de um lado, a autoridade específica de qualquer evento institucional, que corresponde ao seu poder de produzir, enquanto ato institucional, exatamente aquelas consequências institucionais que descreve e, por outro lado, sua força gravitacional. Se Hércules classificar algum evento como erro, ele não negará sua autoridade específica, mas estará negando sua força gravitacional, e não pode então, de modo consistente, apelar para essa força em outros argumentos. Ele também distinguirá entre erros enraizados e erros passíveis de correção; os primeiros são aqueles cuja autoridade específica acha-se estabelecida de tal maneira que ela sobrevive à perda de sua força gravitacional; os segundos são aqueles cuja autoridade

específica depende da força gravitacional, de modo que ele não pode sobreviver à perda dela.

O nível constitucional de sua teoria irá determinar quais são os erros enraizados. Sua teoria da supremacia legislativa, por exemplo, irá assegurar que quaisquer leis que ele considere como erros perderão sua força gravitacional, mas não sua autoridade específica. Se ele negar a força gravitacional da lei de limitação da responsabilidade das companhias aéreas, a lei não se verá, assim, revogada; o erro está implantado de tal maneira que sua autoridade específica sobrevive. Hércules deve continuar a respeitar as limitações que a lei impõe à responsabilidade, mas não a usará para argumentar em favor de um direito mais fraco em algum outro caso. Se Hércules aceitar alguma doutrina estrita do precedente, e considerar errada alguma decisão judicial, como aquela que nega um direito nos casos de negligência praticada pelos contadores, então, nesse caso, a doutrina estrita poderá preservar a autoridade específica dessa decisão, que pode limitar-se à sua força de promulgação, mas a decisão perderá sua força gravitacional. Ela se transformará, nas palavras do juiz Frankfurter, em destroços de um naufrágio jurídico ou em uma carga jurídica jogada ao mar. Não é preciso decidir-se por uma alternativa.

Isso é relativamente fácil de compreender, mas Hércules terá muito mais trabalho com a segunda parte de sua teoria dos erros. Dele se exige, devido à justificação que apresentou da prática geral do precedente, que componha uma justificação mais detalhada, na forma de um esquema de princípios, para o conjunto das leis e das decisões do direito costumeiro. Contudo, uma justificação que designe uma parte daquilo que deve ser justificado como errônea já será, *prima facie*, mais frágil do que outra que não o faça. A segunda parte de sua teoria dos erros deve demonstrar que ela é, não obstante isso, uma justificação mais forte do que qualquer alternativa que não reconheça erros, ou que reconheça um conjunto diferente de erros. Essa demonstração não pode ser uma dedução a partir de regras simples de construção teórica, mas, se Hércules tiver em mente a ligação que anteriormente estabeleceu entre preceden-

te e equidade, tal ligação indicará duas diretrizes para sua teoria dos erros. Em primeiro lugar, a equidade vincula-se à história institucional não apenas enquanto história, mas como um programa político ao qual o governo se propõe a dar continuidade no futuro; em outras palavras, ela vincula-se às implicações futuras do precedente, e não às passadas. Se Hércules descobrir que alguma decisão anterior, seja uma lei ou uma decisão judicial, é presentemente muito criticada no ramo pertinente da profissão, tal fato, por si só, revela a vulnerabilidade daquela decisão. Em segundo lugar, Hércules deve lembrar-se de que o argumento de equidade que exige consistência não é o único argumento de equidade ao qual devem responder o governo em geral, e os juízes em particular. Se Hércules acreditar, deixando de lado qualquer argumento de consistência, que uma lei ou uma decisão específica é errônea por não ser equitativa no âmbito do conceito de equidade da própria comunidade, essa crença será suficiente para caracterizar tal decisão e torná-la vulnerável. Ele deve, por certo, aplicar as diretrizes sem perder de vista a estrutura vertical de sua justificação geral, de modo que as decisões tomadas em um nível inferior sejam mais vulneráveis do que as que pertencem a um nível superior.

Hércules aplicará, portanto, pelo menos duas máximas na segunda parte de sua teoria dos erros. Se puder demonstrar, por argumentos históricos ou pela menção a uma percepção geral da comunidade jurídica, que um determinado princípio, embora já tenha tido no passado atrativo suficiente para convencer o poder legislativo ou um tribunal a tomar uma decisão jurídica, tem agora tão pouca força que é improvável que continue gerando novas decisões desse tipo — então, nesse caso, o argumento de equidade que sustenta este princípio se verá enfraquecido. Se Hércules puder demonstrar, por meio de argumentos de moralidade política, que esse princípio é injusto, a desaprovação de sua popularidade, então o argumento de equidade que sustenta o princípio estará invalidado. Hércules ficará encantado ao descobrir que essas distinções são familiares à prática de

outros juízes. A importância de sua carreira para a teoria do direito não está na novidade, mas justamente na familiaridade da teoria dos casos difíceis que ele acabou de criar.

6. *Objecções políticas*

A tese dos direitos tem dois aspectos. Seu aspecto descritivo explica a estrutura atual da instituição da decisão judicial, enquanto o aspecto normativo oferece uma justificação política para essa estrutura. A história de Hércules mostra como a prática judicial que nos é familiar pode ter se desenvolvido a partir de uma aceitação geral da tese. Isso esclarece de imediato a tese, ao mostrar suas implicações com algum detalhe, e oferece uma argumentação poderosa, ainda que não convencional, em favor de seu aspecto descritivo. Mas essa história também fornece um novo argumento político em favor de seu aspecto normativo. Hércules começou suas conjecturas com a intenção não apenas de reproduzir o que os outros juízes fazem, mas de fazer cumprir os direitos institucionais verdadeiros daqueles que procuraram o seu tribunal. Se ele for capaz de tomar decisões que satisfaçam nosso senso de justiça, isso irá configurar um argumento em favor do valor político de sua tese.

Agora se pode dizer, porém, a título de refutação, que algumas características da história de Hércules entram em choque com o aspecto normativo da tese. Na parte introdutória desse capítulo, mencionei uma conhecida objeção à originalidade do juiz: trata-se do argumento democrático segundo o qual os legisladores eleitos têm qualificações superiores para tomar decisões políticas. Afirmei que este argumento é fraco no caso das decisões de princípio, mas a história de Hércules pode fazer surgir novas dúvidas a este respeito. A história deixa claro que muitas das decisões de Hércules sobre os direitos jurídicos dependem de juízos de teoria política que poderiam ser emitidos diferentemente por diferentes juízes, ou pelo público em geral. A essa objeção pouco importa que a decisão seja de princípio, e não de política. Importa apenas que seja

uma decisão sobre matéria de convicção política, a propósito da qual os indivíduos razoáveis não cheguem a um consenso. Se Hércules decide casos com base em tais juízos, então decide de com base em suas próprias convicções e preferências, o que parece injusto, contrário à democracia e ofensivo ao princípio geral de direito.

É essa a forma geral da objeção que examinarei nesta última seção. Primeiro, porém, é preciso esclarecê-la com respeito a um importante aspecto. A objeção acusa Hércules de basear-se em suas próprias convicções em assuntos de moralidade política. A acusação é ambígua, pois existem duas maneiras pelas quais uma autoridade poderia tomar por base suas próprias opiniões ao tomar tal decisão. Em se tratando de um juiz, uma delas é ofensiva, mas a outra é inevitável.

Às vezes um funcionário apresenta, como razão de sua decisão, o fato de que alguma pessoa ou algum grupo sustenta uma crença ou uma opinião específica. Um legislador pode apresentar, como razão para votar em favor de uma lei contra o aborto, o fato de que seus eleitores acreditam que o aborto é um erro. Essa é uma forma de apelo à autoridade: o funcionário que o faz não justifica, ele mesmo, a substância da crença à qual apela, nem considera a solidez da crença como parte de seu argumento. Podemos imaginar um juiz que apelasse, exatamente dessa maneira, recorrendo ao fato de que *ele próprio* tem uma preferência política particular. Em termos filosóficos, ele pode ser um cético em questões de moralidade política. Pode dizer que, em questões desse tipo, a opinião de um homem não vale mais do que a de um outro, porque nenhum delas tem uma base objetiva, mas que, como ele próprio é favorável ao aborto, irá considerar inconstitucionais as leis anti-aborto.

Este juiz se baseia no fato puro e simples de que ele sustenta um ponto de vista político particular que configura, em si, uma justificação de sua decisão. Mas um juiz pode basear-se em sua própria crença em um sentido diferente: considerando a verdade ou a solidez da crença. Suponhamos, por exemplo, que ele acredite que, enquanto questão de direito, a cláu-