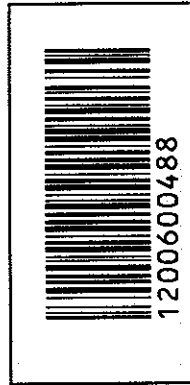


# LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

Ronald Dworkin

Tradução  
NELSON BOEIRA

FGV-SP / BIBLIOTECA



00488/2006

**Martins Fontes**  
São Paulo 2002

# Índice

*Esta obra foi publicada originalmente em inglês com o título TAKING RIGHTS SERIOUSLY por Harvard University Press. Copyright © 1977, 1978 by Ronald Dworkin.*  
*Esta edição foi publicada por acordo com Harvard University Press. Copyright © 2002. Livraria Martins Fontes Editora Ltda., São Paulo, para a presente edição.*

5GV-SP / BIBLIOTECA	
Data	14-02
N.º de Chamada	340.12 D993le 2.2
Volume	488/06

1ª edição  
agosto de 2002

Tradução  
NELSON BOEIRA

Revisão da tradução

Silvana Vieira

Revisão gráfica

Ana Luiza França

Cécilia Regina Comargo

Maria Regina Ribeiro Machado

Produção gráfica

Gerardo Alves

Paginação/fototitos

Studio 3 Desenvolvimento Editorial

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Dworkin, Ronald

Levando os direitos a sério / Ronald Dworkin ; tradução e notas Nelson Boeira. - São Paulo : Martins Fontes, 2002. - (Justiça e direito)

Título original: Taking rights seriously.

ISBN 85-336-1513-2

I. Direito - Filosofia 2. Direitos políticos 3. Jurisprudência 4. Positivismo jurídico I. Título. II. Série.

02-3662

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

I. Direito : Filosofia 340.12

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

Introdução .....	VII
1. Teoria do direito .....	1
2. O modelo de regras I .....	23
3. O modelo de regras II .....	73
4. Casos difíceis .....	127
5. Casos constitucionais .....	205
6. A justiça e os direitos .....	235
7. Levando os direitos a sério .....	283
8. A desobediência civil .....	315
9. A discriminação compensatória .....	343
10. Liberdade e moralismo .....	371
11. Liberdade e liberalismo .....	399
12. Que direitos temos? .....	409
13. Os direitos podem ser controversos? .....	429
<i>Apêndice: Resposta aos críticos .....</i>	<i>447</i>
<i>Índice de nomes e assuntos .....</i>	<i>565</i>

do sob fiança. Pois qualquer predição desse tipo, se for coerente, deve basear-se na concepção de que um indivíduo é um membro de uma classe com traços particulares, classe essa que tem mais probabilidade de cometer crimes que outras. A predição deve ser atuarial, como a que uma companhia de seguros faz a respeito da probabilidade de adolescentes sofrerem acidentes automobilísticos. Mas é injusto colocar alguém na prioridade com base em um juízo, não importa quão acurado, acerca de uma classe, porque isso nega seu direito a ser tratado, enquanto indivíduo, com igual respeito.

## Capítulo 2

### O modelo de regras I

#### 1. Questões embaraçosas

Os juristas apóiam-se pesadamente nos conceitos correlatos de direito jurídico e obrigação jurídica. Dizemos que alguém tem um direito ou uma obrigação jurídica e tomamos essa afirmação como uma base sólida para fazer reivindicações e exigências, bem como para criticar os atos das autoridades públicas. Mas nossa compreensão desses conceitos é extraordinariamente frágil e ficamos em dificuldades toda a vez que tentamos dizer o que são direitos e obrigações jurídicos. Dizemos com loquacidade que o fato de uma pessoa ter ou não uma obrigação jurídica é determinado pela aplicação do "direito" aos fatos particulares de seu caso, mas a resposta não é muito útil, pois temos as mesmas dificuldades com o conceito de direito.

Estamos acostumados a resumir nossos problemas às questões clássicas da teoria do direito: O que é "o direito"? Quando, como ocorre freqüentemente, duas partes discordam a respeito de uma proposição "de direito", sobre o que estão discordando e como devemos decidir sobre qual dos lados está com a razão? Por que denominamos de "obrigação jurídica" aquilo que "o direito" enuncia? Neste caso, "obrigação" é apenas um termo técnico que significa apenas o que é enunciado pela lei? Ou a obrigação jurídica tem algo a ver com a obrigação moral? Podemos dizer, pelo menos em princípio, que

temos as mesmas razões tanto para cumprir nossas obrigações jurídicas como para cumprir nossas obrigações morais?

Estas não são perplexidades para ficarem guardadas no armário e serem trazidas de volta em um dia chuvoso, para diversão. Elas nos causam embaraço quando lidamos com problemas específicos que precisamos resolver de uma maneira ou de outra. Suponhamos que um caso inusitado de direito à privacidade chegue ao tribunal e que o autor da ação não invoque nenhuma lei ou jurisprudência. Que papel deveria desempenhar na decisão do tribunal o fato de que a maioria das pessoas da comunidade pense que cada indivíduo tem uma prerrogativa "moral" a essa privacidade particular? Suponhamos que a Suprema Corte ordene a libertação de um prisioneiro porque a polícia utilizou métodos que a partir de agora a Corte declare proibidos constitucionalmente, embora em suas decisões anteriores tenha aceito esses procedimentos. Deve a Corte, para ser consistente, libertar todos os prisioneiros anteriormente condenados com base nos mesmos procedimentos? Perplexidades conceituais sobre "o direito" e a "obrigação jurídica" tornam-se agudas quando um tribunal é confrontado com um problema como esse.

Essas turbulências apontam para uma doença crônica. Dia após dia, através do uso da força, mandamos pessoas para a prisão, tiramos dinheiro delas, ou as levamos a fazer coisas que não desejam fazer, e, para justificar tudo isso, dizemos que essas pessoas infringiram a lei, deixaram de cumprir suas obrigações jurídicas ou interferiram nos direitos jurídicos de outras pessoas. Mesmo nos casos mais claros (um assalto a banco ou uma quebra voluntária de contrato), quando estamos certos de que alguém tem uma obrigação jurídica e a infringiu, não somos capazes de oferecer uma exposição satisfatória do que

1. Ver *Linkletter vs. Walker*, 381 U.S. 618 (1965). N. do T.: as citações de decisões judiciais norte-americanas indicam entre parênteses o ano em que a decisão foi tomada (1965), a fonte bibliográfica (U.S. United States Supreme Court Reports), o volume (381) e a página (618) em que se encontra a transcrição.

aquilo significa ou por que aquilo autoriza o estado a puni-lo ou coagi-lo. Podemos sentir que o que estamos fazendo é correto, mas, enquanto não identificamos os princípios que estamos seguindo, não podemos estar certos que eles são suficientes, ou se os estamos aplicando consistentemente. Em casos menos claros, quando saber se uma obrigação foi infringida é por alguma razão um tema controverso, a intensidade dessas questões prementes aumenta e nossa responsabilidade de encontrar respostas se aprofunda.

Alguns juristas (que podemos chamar de "nominalistas") insistem em que a melhor maneira de resolver tais problemas consiste em ignorá-los. Na concepção deles, os conceitos de "obrigação jurídica" e "o direito" são mitos, inventados e mantidos pelos juristas em nome de uma sombria mistura de motivos conscientes e inconscientes. As perplexidades que esses conceitos provocam são simplesmente sintomas de que eles são mitos. Elas são insolúveis porque são irrealis e a nossa preocupação com elas é apenas um traço da nossa escravidão. Melhor seria se nos livrásemos inteiramente das perplexidades e conceitos, perseguíssemos nossos importantes objetivos sociais sem esse excesso de bagagem.

Essa é um sugestão tentadora, mas tem desvantagens fatais. Antes que possamos decidir que nossos conceitos de direito e obrigação jurídica são mitos, necessitamos decidir o que são. Devemos ser capazes de expor, pelo menos aproximadamente, o que é que todos acreditamos ser um erro. Mas o cerne do nosso problema é que temos grande dificuldade de fazer justamente isso. De fato, ao perguntarmos o que é o direito e o que são as obrigações jurídicas, estamos pedindo uma teoria sobre como utilizar esses conceitos e sobre os compromissos conceituais que o seu uso implica. Antes de termos uma tal teoria geral, não podemos concluir que as nossas práticas são estúpidas ou supersticiosas.

Sem dúvida, os nominalistas pensam que sabem como nós outros utilizamos esses conceitos. Eles pensam que quando falamos "o direito", queremos dizer um conjunto de regras atemporais, estocadas em algum depósito conceitual à espera

de que os juízes as descobrem e que, quando falamos sobre obrigações jurídicas, estamos nos referindo às cadeias invisíveis que, de algum modo, essas misteriosas regras tecem à nossa volta. A teoria de que existem tais regras e cadeias é por eles chamada de "teoria mecânica do direito" e estão certos ao ridicularizar os adeptos dessa teoria. Contudo, enfrentam a dificuldade de encontrar tais adeptos para ridicularizar. Até agora, eles tiveram pouca sorte em enjaular e exibir adeptos da teoria mecânica do direito (todos os espécimes capturados — até mesmo Blackstone e Joseph Beale — tiveram que ser libertados após a leitura cuidadosa de seus textos).

De qualquer modo, é evidente que a maioria dos juristas não tem em mente nada de semelhante quando falam sobre o direito e a obrigação jurídica. Um exame superficial das nossas práticas é suficiente para mostrar isso, pois falamos de leis que mudam e evoluem e de obrigações legais que às vezes são problemáticas. Dessa e de outras maneiras, mostramos que não somos dependentes da teoria mecânica do direito.

Não obstante isso, fazemos uso dos conceitos de direito e de obrigação jurídica e supomos que a autorização da sociedade para punir e coagir está expressa nessa moeda. Pode ser que, quando os detalhes dessa prática forem desnudados, os conceitos que utilizamos venham a mostrar-se tão tolos e preches de ilusões quanto aqueles que os nominalistas inventaram. Se isso ocorrer, teremos que encontrar outras maneiras de descrever o que fazemos, seja fornecendo justificações, seja alterando nossas práticas. Mas enquanto não descobrirmos isso e fizermos esses ajustes, não poderemos aceitar o convite prematuro dos nominalistas para que voltemos as costas aos problemas colocados por nossos conceitos atuais.

Sem dúvida, a sugestão de que paremos de falar sobre "o direito" e a "obrigação científica" é em grande parte um blefe. Esses conceitos estão profundamente enraizados na estrutura das nossas práticas políticas — eles não podem ser deixados de lado como se fossem cigarros ou chapéus. Alguns nominalistas admitiram parcialmente isso e afirmaram que os mitos que eles condenam devem ser vistos como mitos platônicos e preservados para induzir as massas a aceitar a ordem social. Tal-

vez a sugestão não seja tão cínica quanto parece; talvez ela seja uma maneira dissimulada de esquivar-se de uma aposta dúbia.

Se ignoramos o blefe, o ataque nominalista reduz-se a um ataque contra a teoria mecânica do direito. Não obstante suas heróicas exortações sobre a morte do direito, os próprios nominalistas ofereceram, embutida em seus ataques, uma análise de como devem ser usados os termos "direito" e "obrigação legal", análise que não é muito diferente daquela proposta pelos filósofos mais clássicos. Os nominalistas apresentaram suas análises como um modelo do "funcionamento real" das instituições jurídicas e especialmente dos tribunais. Mas esse modelo difere, especialmente naquilo que enfatiza, da teoria que o filósofo do século XIX, John Austin, foi o primeiro a popularizar, teoria que hoje é aceita, em uma forma ou outra, pela maior parte dos juristas mais ativos e de orientação mais acadêmica que defendem concepções a respeito da teoria do direito. Denominarei essa teoria, com alguma imprecisão histórica, de "positivismo jurídico". Desejo examinar a solidez do positivismo jurídico, especialmente na forma poderosa que lhe foi dada pelo Professor H. L. A. Hart. Resolvi concentrar-me na sua posição não apenas devido a sua clareza e elegância, mas porque neste caso, como em quase todas as outras áreas da filosofia do direito, o pensamento que visa construir deve começar com um exame das concepções de Hart.

## 2. Positivismo

O positivismo possui como esqueleto algumas poucas proposições centrais e organizadoras. Embora nem todo filósofo que é denominado positivista as subscrava da maneira que eu as apresento, elas efetivamente definem a posição geral que desejo examinar. Esses preceitos chaves podem ser formulados da seguinte maneira:

(a) O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta ou indiretamente pela comunidade

com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público. Essas regras especiais podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não têm a ver com seu conteúdo, mas com o seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas. Esses testes de *pedigree* podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras de direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como "regras morais") que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

(b) O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com "o direito", de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante "a aplicação do direito". Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, "exercendo seu discernimento pessoal", o que significa ir além do direito na busca por algum outro tipo de padrão que oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente.

(c) Dizer que alguém tem uma "obrigação jurídica" é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. (Dizer que ele tem um direito jurídico, ou um poder jurídico de algum tipo, ou um privilégio ou imunidade jurídicos é asseverar de maneira taquigráfica que outras pessoas têm obrigações jurídicas reais ou hipotéticas de agir ou não agir de determinadas maneiras que o afetem.) Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria.

Esté é apenas o esqueleto do positivismo. A carne é distribuída diferentemente por diferentes positivistas e alguns chegam mesmo a rearranjar os ossos. As diferentes versões diferem sobretudo na sua descrição do teste fundamental de *pedigree* que uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica.

Austin, por exemplo, formulou sua versão do teste fundamental como uma série de definições e distinções interligadas<sup>2</sup>. Definiu ter uma obrigação como estar subsumido a uma regra, regra como uma ordem de caráter geral e ordem como uma expressão do desejo de que outras pessoas comportem-se de um modo específico, desejo sustentado pelo poder e pela vontade de fazer valer essa expressão em caso de desobediência. Ele estabeleceu uma distinção entre classes de regras (jurídicas, morais e religiosas), de acordo com a pessoa ou o grupo que é o autor da ordem geral que a regra representa. Em cada comunidade política, pensava ele, encontra-se um soberano — uma pessoa ou um grupo determinado ao qual as outras pessoas habitualmente obedecem, mas que não tem o hábito de obedecer a ninguém. As regras de uma comunidade são ordens de caráter geral apresentadas por seu soberano. A definição de obrigação jurídica de Austin derivou-se de sua concepção de direito. Em sua opinião, temos uma obrigação jurídica se nos encontramos entre os destinatários de alguma ordem de caráter geral do soberano e se corremos o risco de sofrer uma sanção caso não a obedecemos.

O soberano não pode, por certo, antecipar todas as contingências através de algum sistema de ordens; algumas de suas ordens serão inevitavelmente vagas ou pouco claras. Portanto, segundo Austin, o soberano confere aos encarregados de fazer cumprir as leis (os juizes) poder discricionário para criar novas ordens, sempre que casos inéditos ou problemáticos se apresentarem. Os juizes então criam novas regras ou adaptam as antigas e o soberano anula suas criações ou, ao não fazê-lo, as confirma tacitamente.

2. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832).

O modelo de Austin é extremamente belo em sua simplicidade. Enuncia o primeiro princípio do positivismo, isto é, que o direito é um conjunto de regras especialmente selecionadas para reger a ordem pública. E oferece um teste factual simples – o que ordenou o soberano? – como o único critério para identificar essas regras especiais. Com o tempo, porém, os que estudaram e tentaram aplicar o modelo de Austin o consideraram demasiadamente simples. Foram levantadas muitas objeções, das quais duas parecem fundamentais. Primeiro, o pressuposto-chave de Austin, o de que podemos encontrar em cada comunidade um determinado grupo ou uma instituição que, em última instância, controla todos os outros grupos, parecia não se aplicar a uma sociedade complexa. Em uma nação moderna, o controle político é pluralista e mutável, uma questão de mais ou menos, de compromissos, de cooperação e alianças, de maneira que freqüentemente é impossível dizer que alguma pessoa ou grupo detém aquele controle radical, necessário para ser considerado um soberano no sentido de Austin. Alguém pode afirmar, por exemplo, que nos Estados Unidos o “povo” é soberano. Mas isso não significa praticamente nada e não é suficiente para determinar o que o “povo” ordenou ou para distinguir suas ordens morais ou sociais de suas ordens jurídicas.

Em segundo lugar, os críticos começaram a se dar conta de que a análise de Austin falha por completo em explicar, e até mesmo reconhecer, certos fatos surpreendentes sobre as atitudes que tomamos com relação ao “direito”. Fazemos uma distinção importante entre o direito e até mesmo as ordens de caráter geral de um gângster. Sentimos que os rigores da lei – e suas sanções – são diferentes na medida em que são obrigatórios de uma maneira que as ordens de um fora-da-lei não são. A análise de Austin não oferece espaço para que se faça tal distinção, porque define uma obrigação como sujeição à ameaça da força e, desse modo, fundamenta a autoridade do direito inteiramente na capacidade e na vontade do soberano de causar dano aos que desobedecem. Talvez a distinção que fazemos seja ilusória – talvez nossos sentimentos, que atribuem uma

autoridade especial ao direito, estejam baseados em um resíduo religioso ou em alguma outra forma de auto-ilusão coletiva. Contudo, Austin não o demonstra e nós estamos autorizados a insistir em que uma análise de nosso conceito de direito reconheça e explique nossas atitudes ou mostre por que elas estão equivocadas.

A versão do positivismo de H. L. A. Hart é mais completa que a de Austin. Em primeiro lugar, ele reconhece, ao contrário de Austin, que regras podem ser de tipos lógicos diferentes. (Hart distingue dois tipos de regras, que chama de “primárias” e “secundárias”.) Em segundo lugar, ele rejeita a teoria de Austin segundo a qual uma regra é uma espécie de ordem e a substitui por uma análise mais elaborada e geral do que são regras. Devemos nos deter sobre cada um desses pontos para então identificar de que modo eles se fundem no conceito de direito de Hart.

A distinção de Hart entre regras primárias e secundárias é de grande importância<sup>3</sup>. As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõem obrigações aos membros da comunidade. As regras de direito penal que nos impedem de roubar, assassinar ou dirigir em velocidade excessiva são bons exemplos de regras primárias. As regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas. As regras que determinam como o Congresso é composto e como ele promulga leis são exemplos de regras secundárias. Regras sobre a constituição de contratos e a execução de testamentos são também regras secundárias, pois estipulam como regras muito particulares, que governam obrigações legais específicas (por exemplo, os termos de um contrato ou as disposições de um testamento), surgem e são alteradas.

Sua análise geral das regras é também de grande importância<sup>4</sup>. Austin havia dito que toda regra é uma ordem de caráter geral e que um indivíduo está submetido a uma regra se ele

3. Ver H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 89-96 (1961).

4. *Idem.*, pp. 79-88.

for passível de penalidade caso a desobedeça. Hart assinala que isso oblitera a distinção entre *ser compelido* (*being obliged*) a fazer alguma coisa e *ser obrigado* (*being obligated*) a fazê-lo. Se alguém está submetido a uma regra, não está simplesmente compelido, mas obrigado a fazer o que a regra determina. Portanto, estar submetido a uma regra deve ser diferente de estar sujeito a um dano, caso se desobedeça a uma ordem. Entre outras coisas, uma regra difere de uma ordem por ser *normativa*, por estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos que a ela estão submetidos, para além da ameaça que pode garantir sua aplicação. Uma regra nunca pode ser obrigatória somente porque um indivíduo dotado de força física quer que seja assim. Ele deve ter *autoridade* para promulgar essa regra ou não se tratará de uma regra; tal autoridade somente pode derivar de outra regra que já é obrigatória para aqueles aos quais ele se dirige. Essa é a diferença entre uma lei válida e as ordens de um pistoleiro.

Assim, Hart oferece uma teoria geral das regras que não faz a autoridades destas depender da força física de seus autores. Se, diz ele, examinarmos o modo como as diferentes regras são formadas e atentarmos para a distinção entre regras primárias e regras secundárias, veremos que existem duas fontes possíveis para a autoridade de uma regra<sup>5</sup>:

(a) uma regra pode tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo *aceita* a regra como um padrão de conduta. Não basta simplesmente que o grupo se ajuste a um padrão de comportamento. Ainda que a maioria dos ingleses possa ir ao cinema sábado à noite, eles não aceitaram uma regra que exige que eles façam isso. Uma prática contém a aceitação de uma regra somente quando os que seguem essa prática reconhecem a regra como sendo obrigatória e como uma razão para criticar o comportamento daqueles que não a obedecem.

5. Idem, pp. 97-107.

(b) Uma regra também pode tornar-se obrigatória de uma maneira muito diferente, isto é, ao ser promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que regras assim promulgadas serão obrigatórias. Por exemplo, se o contrato de fundação de um clube estipula que os estatutos poderão ser adotados pela maioria de seus membros, então os estatutos particulares que forem aprovados dessa maneira serão obrigatórios para todos os membros, não devido a qualquer prática de aceitação desses estatutos particulares, mas porque o contrato de fundação assim estabelece. Nesse contexto, usamos o conceito de *validade*: regras obrigatórias que tiverem sido criadas de acordo com uma maneira estipulada por alguma regra secundária são denominadas regras "válidas".

Portanto, podemos registrar a distinção fundamental de Hart da seguinte maneira: uma regra pode ser obrigatória (a) porque é aceita ou (b) porque é válida.

O conceito de direito de Hart é uma construção a partir dessas várias distinções<sup>6</sup>. As comunidades primitivas possuem apenas regras primárias e essas obrigatórias tão-somente devido às práticas de aceitação. Não se pode afirmar que essas comunidades tenham um "direito", pois, nesse caso, não há maneira de distinguir um conjunto de regras jurídicas de outras regras sociais, como exige o primeiro princípio do positivismo. Mas, quando uma comunidade desenvolveu uma regra secundária fundamental que estipula como as regras jurídicas devem ser identificadas, nasce a idéia de um conjunto específico de regras jurídicas e, com isso, a idéia de direito.

Hart chama essa regra secundária fundamental de "regra de reconhecimento". A regra de reconhecimento de uma determinada comunidade pode ser relativamente simples ("O que o rei decreta é lei") ou pode ser muito complexa (a Constituição dos Estados Unidos, com todas as suas dificuldades de interpretação, pode ser considerada como uma única regra de reconhecimento). A demonstração de que uma regra particular é

6. Idem, passim, especialmente capítulo 6.



válida pode, portanto, exigir que se remonte a uma complexa cadeia de validade que vai dessa regra particular à regra fundamental. Assim, uma norma de estacionamento da cidade de New Haven é válida por ter sido adotada pela Câmara Municipal, em conformidade com os procedimentos e no âmbito de competência especificado pela lei municipal adotada pelo Estado de Connecticut, em conformidade com os procedimentos e no âmbito de competência especificada pela Constituição do estado de Connecticut, que, por sua vez, foi adotada em conformidade com os requisitos da Constituição dos Estados Unidos.

Sem dúvida, uma regra de reconhecimento não pode ser ela mesma válida, de vez que, por hipótese, ela é a última instância e não pode, portanto, satisfazer os testes estipulados por uma regra ainda mais fundamental. A regra de reconhecimento é a única regra em um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação. Se desejarmos saber qual regra de reconhecimento uma comunidade particular adota ou segue, devemos observar de que modo se comportam os cidadãos e, em especial, seus funcionários públicos. Devemos prestar atenção a quais são os argumentos definitivos que eles aceitam como demonstração da validade de uma regra particular e quais os argumentos definitivos eles usam para criticar outros funcionários ou instituições. Não podemos aplicar nenhum teste mecânico, mas não corremos o perigo de confundir a regra de reconhecimento de uma comunidade com as suas regras de moralidade. A regra de reconhecimento é identificada pelo fato de seu domínio de aplicação dizer respeito ao funcionamento do aparato governamental composto pelo Legislativo, pelos tribunais, pelos órgãos públicos, pelos policiais, etc., etc.

Desse modo, Hart resgata os princípios fundamentais do positivismo dos erros de Austin. Hart concorda com Austin que as regras jurídicas válidas podem ser criadas através de atos de autoridades e instituições públicas. Contudo, Austin pensava que a autoridade dessas instituições encontrava-se tão-somente no seu monopólio do poder. Hart localiza a autoridade dessas instituições no plano dos padrões constitucionais a partir dos

quais elas operam, padrões constitucionais esses previamente aceitos pela comunidade que é por eles governada, na forma de uma regra de reconhecimento fundamental. Esse plano legitima as decisões do governo e lhes confere a forma e o caráter de obrigação que faltavam às ordens cruas do soberano de Austin. A teoria de Hart também difere da de Austin por reconhecer que diferentes comunidades utilizam diferentes testes jurídicos de última instância e que alguns aceitam outros meios de criação de direito além do ato deliberado de uma instituição legislativa. Hart menciona as "práticas costumeiras antigas" e "a relação [de uma regra] com as decisões judiciais" como outros critérios que são freqüentemente usados, embora em geral de maneira simultânea e subordinada ao teste da legislação.

Assim, a versão do positivismo oferecida por Hart é mais complexa do que a de Austin e o seu teste para verificar a validade das regras de direito é mais sofisticado. Em um aspecto, porém, os dois modelos são muito similares. Hart, como Austin, reconhece que as regras jurídicas possuem limites imprecisos (ele se refere a elas como tendo "uma textura aberta") e, ainda como Austin, explica os casos problemáticos afirmando que os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação<sup>7</sup>. (Tentarei mostrar, mais adiante, por que aquele que pensa sobre o direito como um conjunto especial de regras é quase inevitavelmente levado a explicar casos difíceis em termos de um exercício de poder discricionário por parte de alguém.)

### 3. Regras, princípios e políticas

Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. A. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário. Minha estratégia será organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem

7. Idem, capítulo 7.

a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.

Acabei de mencionar "princípios, políticas e outros tipos de padrões". Com muita frequência, utilizarei o termo "princípio" de maneira genérica, para indicar todo esse conjunto de padrões que não são regras; eventualmente, porém, serei mais preciso e estabelecerei uma distinção entre princípios e políticas. Ainda que presente argumento nada vá depender dessa distinção, devo expor como cheguei a ela. Denomino "política" aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino "princípio" um padrão que deve ser observado, não por que vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. Assim, o padrão que estabelece que os acidentes automobilísticos devem ser reduzidos é uma política e o padrão segundo o qual nenhum homem deve beneficiar-se de seus próprios delitos é um princípio. A distinção pode ruir se interpretarmos um princípio como a expressão de objetivo social (isto é, o objetivo de uma sociedade na qual nenhum homem beneficia-se de seu próprio delito) ou interpretarmos uma política como expressando um princípio (isto é, o princípio de que o objetivo que a contém é meritório) ou, ainda, se adotarmos a tese utilitarista segundo a qual os princípios de justiça são declarações disfarçadas de objetivos (assegurar a maior felicidade para o maior número). Em alguns contextos

a distinção tem usos que se perdem, quando ela desmorona dessa maneira<sup>8</sup>.

Meu objetivo imediato, porém, é distinguir os princípios, no sentido genérico, das regras e começarei reunindo alguns exemplos dos primeiros. Os exemplos que ofereço são escolhidos aleatoriamente, quase todos os casos mencionados em um livro didático de direito contêm exemplos que seriam igualmente úteis. Em 1889, no famoso caso *Riggs contra Palmer*<sup>9</sup>, um tribunal de Nova Iorque teve que decidir se um herdeiro nomeado no testamento de seu avô poderia herdar o disposto naquele testamento, muito embora ele tivesse assassinado seu avô com esse objetivo. O tribunal começou seu raciocínio com a seguinte admissão: "É bem verdade que as leis que regem a feitura, a apresentação de provas, os efeitos dos testamentos e a transferência de propriedade, se interpretados literalmente e se sua eficácia e efeito não puderem, de modo algum e em quaisquer circunstâncias, ser limitados ou modificados, concedem essa propriedade ao assassino."<sup>10</sup> Mas o tribunal prosseguiu, observando que "todas as leis e os contratos podem ser limitados na sua execução e seu efeito por máximas gerais e fundamentais do direito costumeiro". A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, beneficiar-se com seus próprios atos ilícitos, basear qualquer reivindicação na sua própria iniquidade ou adquirir bens em decorrência de seu próprio crime"<sup>11</sup>. O assassino não recebeu sua herança.

8. Ver capítulo 4. Ver também Dworkin, "Wasserstrom: The Judicial Decision", 75 *Ethics* 47 (1964), reimpresso como "Does Law Have a Function?", 74 *Yale Law Journal* 640 (1965).

9. 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

10. Idem, em 509, 22 N.E. em 189.

\* *Common law* - o termo designa o sistema de direito de leis originalmente baseadas em leis costumeiras e não escritas da Inglaterra, que se desenvolveu a partir da doutrina do precedente. De maneira geral, a expressão refere-se ao conjunto de leis que deriva e se desenvolve a partir das decisões dos tribunais, em oposição às leis promulgadas através de processo legislativo. Ver *Black's Law Dictionary* e Harold Berman e William Greiner, *The Nature and Functions of Law*, op. cit., pp. 71, 476-7 e Paul Vinogradoff, *Common Sense in Law*, Oxford University Press, Londres, 1913, especialmente capítulo VII. (N. do T.)

11. Idem, em 511, 22 N.E. em 190.

Em 1969, um tribunal em Nova Jérsei deparou, no caso *Henningsen contra Bloomfield Motors, Inc.*<sup>12</sup>, com a importante questão de saber se (ou até que ponto) um fabricante de automóveis pode limitar sua responsabilidade no caso do automóvel ser defeituoso. Henningsen havia comprado um carro e assinado um contrato que dizia que a responsabilidade do fabricante por defeitos limitava-se ao "conserto" das partes defeituosas — "essa garantia substitui expressamente todas as outras garantias, obrigações ou responsabilidades". Henningsen argumentou que, pelo menos nas circunstâncias de seu caso, o fabricante não devia ser protegido por essa limitação e devia ser responsabilizado pelas despesas médicas e de outros tipos das pessoas feridas em uma colisão. Ele não conseguiu indicar nenhuma lei ou regra de direito estabelecida que proibisse o fabricante de insistir [nos termos do] no contrato. Não obstante isso, o tribunal concordou com Henningsen. Em vários pontos de sua argumentação, o tribunal apela aos seguintes parágrafos: (a) "Devemos ter em mente o princípio geral de que, na ausência de fraude, aquele que não lê o contrato antes de assiná-lo não pode, mais tarde, minimizar seus encargos."<sup>13</sup> (b) "Na aplicação desse princípio, o preceito básico da liberdade das partes competentes para contratar é um fator importante."<sup>14</sup> (c) "A liberdade de contratar não é uma doutrina tão imutável a ponto de não admitir nenhuma ressalva na área que nos concerne."<sup>15</sup> (d) "Em uma sociedade como a nossa, na qual o automóvel é um acessório comum e necessário à vida cotidiana e na qual o seu uso é tão cheio de perigos para o motorista, os passageiros e o público, o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de seus carros. Conseqüentemente, os tribunais devem examinar minuciosamente os contratos de compra para ver se os interesses do consumidor e do público estão sendo tratados com equi-

12. 32 N.J. 358, 161 A. 2d 69 (1960).

13. Idem, em 386, 161 A. 2d em 84.

14. Idem.

15. Idem, em 388, 161 A. 2d em 86.

dade."<sup>16</sup> (e) "Existe algum princípio que seja mais familiar ou mais firmemente inscrito na história do direito anglo-americano do que a doutrina basilar de que os tribunais não se permitirão ser usados como instrumentos de iniquidade e injustiça?"<sup>17</sup> (f) "Mais especificamente, os tribunais em geral recusam a pres- tar-se a garantir a execução de uma "barganha" na qual uma parte aproveitou-se injustamente das necessidades econômicas da outra..."<sup>18</sup>

Os padrões especificados nessas citações não são do tipo que tomamos como regras jurídicas. Parecem muito diferentes de proposições como "A máxima velocidade legalmente permitida na auto-estrada é noventa quilômetros por hora" ou "Um testamento é inválido a menos que assinado por três testemunhas". Eles são diferentes porque são princípios jurídicos e não regras jurídicas.

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.

Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinamos o modo de funcionamento das regras, não no direito, mas em algum empreendimento que elas regem — um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvida, uma regra pode ter exceções (o bate-

16. Idem, em 387, 161 A. 2d em 85.

17. Idem, em 389, 161 A. 2d em 86 (citando Frankfurter, J., in *United States vs. Bethlehem Steel*, 315 U.S. 289, 326 [1942]).

18. Idem.

dor que errou três bolas não será eliminado se o pegador [catcher] deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse, seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra.

Se tomarmos por modelo as regras do beisebol, veremos que as regras do direito, como aquela segundo a qual um testamento é inválido se não for assinado por três testemunhas, ajustam-se bem ao modelo. Se a exigência de três testemunhas é uma regra jurídica válida, nenhum testamento será válido quando assinado por apenas duas testemunhas. A regra pode ter exceções, mas se tiver, será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções. Pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra.

Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Dizemos que o nosso direito respeita o princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se dos erros que comete. Na verdade, é comum que as pessoas obtenham vantagens, de modo perfeitamente legal, dos atos jurídicos ilícitos que praticam. O caso mais notório é o usucapão — se eu atravesso suas terras sem autorização durante muito tempo, algum dia adquirirei o direito de cruzá-las quando o desejar. Há muitos exemplos menos dramáticos. Se um homem abandona seu trabalho, rompendo um contrato, para assumir outro emprego mais bem pago, ele pode ter que pagar indenização a seu primeiro empregador, mas em geral ele terá direito de manter seu novo salário. Se um homem foge quando está sob fiança e cruza a fronteira estadual para fazer um investimento brilhante em outro estado, ele poderá ser remetido de volta à prisão, mas ele manterá os lucros.

Não trataremos esses contra-exemplos — e inumeráveis outros que podem ser facilmente concebidos — como uma indicação de que o princípio acerca da obtenção de vantagens a partir dos próprios atos ilícitos não é um princípio de nosso sistema jurídico ou que ele é incompleto e requer exceções que o limitem. Não trataremos os contra-exemplos como exceções (pelo menos não como exceções no sentido em que o pegador deixar cair a terceira bola configura uma exceção). Isto porque não podemos esperar apreender esses contra-exemplos simplesmente utilizando um enunciado mais extenso do princípio. Eles não são, mesmo em teoria, susceptíveis de enumeração, porque [para isso] teríamos que incluir não apenas casos (como o usucapão) nos quais alguma instituição já estabeleceu que pode-se obter lucro através de atos ilícitos, mas também aqueles inumeráveis casos imaginários aos quais, sabemos de antemão, o princípio não se aplica. Relacionar alguns desses contra-exemplos poderia aguçar nossa compreensão a respeito da importância do princípio (mencionarei essa dimensão logo adiante), mas isso não contribuiria para um enunciado mais exato ou completo do princípio.

Um princípio como “Nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos” não pretende [nem mesmo] estabelecer condições que tornem sua aplicação necessária. Ao contrário, enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita uma decisão particular. Se um homem recebeu ou está na iminência de receber alguma coisa como resultado direto de um ato ilícito que tenha praticado para obtê-la, então essa é uma razão que o direito levará em consideração ao decidir se ele deve mantê-la. Pode haver outros princípios ou outras políticas que argumentem em outra direção — por exemplo, uma política que garanta o reconhecimento da validade de escrituras ou um princípio que limite a punição ao que foi estimulado pelo Poder Legislativo. Se assim for, nosso princípio pode não prevalecer, mas isso não significa que não se trate de um princípio de nosso sistema jurídico, pois em outro caso, quando essas considerações em contrário estiverem ausentes ou tiverem menor força, o princípio

poderá ser decisivo. Tudo o que pretendemos dizer, ao afirmarmos que um princípio particular é um princípio do nosso direito, é que ele, se for relevante, deve ser levado em conta pelas autoridades públicas, como [se fosse] uma razão que inclina numa ou noutra direção.

A distinção lógica entre regras e princípios aparece mais claramente quando consideramos princípios que nem mesmo se assemelham a regras. Consideremos a proposição que aparece em '(d)' nos extratos da decisão *Hemingsen*: "o fabricante tem uma obrigação especial no que diz respeito à fabricação, promoção e venda de carros". Essa formulação não pretende definir os deveres específicos que essa obrigação específica acarreta, nem nos informa que direitos os compradores de automóveis adquirem em consequência dela. Simplesmente afirma — e este é um elo importante no caso *Hemingsen* — que os fabricantes de carros devem observar padrões mais elevados do que os de outros fabricantes e estão menos autorizados a basear-se no princípio competitivo da liberdade de contrato. Isso não significa que nunca possam apoiar-se nesse princípio ou que os tribunais tenham o poder de reescrever à vontade os contratos de compra de automóveis; significa apenas que, se uma cláusula específica parecer injusta ou onerosa, os tribunais têm menos razões para fazê-la cumprir do que se a cláusula disser respeito à compra de gravatas. A "obrigação especial" conta a favor, mas em si mesma ela não compele a uma decisão que recuse fazer valer os termos de um contrato de compra de um automóvel.

Essa primeira diferença entre regras e princípios traz consigo uma outra. Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm — a dimensão do peso ou importância. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra freqüentemente será objeto de controvérsia.

Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou quão importante ele é.

As regras não têm essa dimensão. Podemos dizer que as regras são *funcionalmente* importantes ou desimportantes (a regra de beisebol segundo a qual o bateador que não conseguir rebater a bola três vezes é eliminado é mais importante do que a regra segundo a qual os corredores podem avançar uma base quando o arremessador comete uma falta, pois a modificação da primeira regra alteraria mais o jogo do que a modificação da segunda). Nesse sentido, uma regra jurídica pode ser mais importante do que outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplantará a outra em virtude de sua importância maior.

Se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes. (Nosso sistema jurídico [norte-americano] utiliza essas duas técnicas.)

A forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio. "Um testamento é inválido a menos que seja assinado por três testemunhas" não é muito diferente, quanto à forma, de "Um homem não beneficiar-se de seus atos ilícitos", mas quem conhece o direito norte-americano sabe que deve considerar a primeira frase como a expressão de uma regra e a segunda como expressão de um princípio. Em muitos casos a distinção é difícil de estabelecer — é possível que não se tenha estabelecido de que maneira o padrão deve funcionar;

esse ponto pode ser ele próprio o foco da controvérsia. A primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos contém uma disposição determinando que o Congresso não pode cercar a liberdade de expressão. Será esta uma regra, de modo que se alguma lei específica cercar a liberdade de palavra, se poderá concluir que se trata de uma lei inconstitucional? Os que afirmam que a primeira emenda é "um absoluto" dizem que ela deve ser vista dessa maneira, isto é, como uma regra. Ou ela meramente enuncia um princípio, de modo que, se um cerceamento da liberdade de expressão for descoberto, ele será inconstitucional a menos que seu contexto revele a existência de uma outra política ou princípio que, nas circunstâncias, tenha força suficiente para permitir esse cerceamento? Essa é a posição dos que defendem o teste do "perigo real e iminente"\* ou alguma outra forma de "ponderação".

Às vezes, regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma. A primeira seção do *Sherman Act* afirma que será nulo todo o contrato que implique proibição de comércio. A Suprema Corte teve que decidir se essa disposição deve ser tratada como uma regra, nos termos de sua própria formulação (anulando todos os contratos "que proíbem comércio", o que ocorre com quase todos os contratos) ou como um princípio que fornece uma razão para a anulação de um contra-

\* *Clear and present danger* — aqui traduzido por "perigo real e iminente". A doutrina do *clear and present danger* surgiu no direito constitucional norte-americano em 1917, como resultado da tentativa do governo americano de aplicar a Lei de Espionagem de 1917 aos que faziam propaganda contra o recrutamento para a guerra, limitando desse modo a liberdade de expressão garantida pela Primeira Emenda à Constituição (*Schenck v. U. S.*). Diz essa doutrina que "para que o governo possa punir uma manifestação [de opinião] é preciso, em geral, que tenha ocorrido em tais circunstâncias ou sido de tal natureza que pudesse criar um perigo evidente e atual do qual decorreriam "males substantivos" que o governo poderia prevenir". Ver Edward Corwin, *American Constitutional Law*, Haper & Row, Nova York, 1964, especialmente o capítulo XI. Do mesmo autor, ver ainda *A Constituição norte-americana e seu significado atual*, Zahar, Rio de Janeiro, 1986, pp. 239 ss. Consultar igualmente *Schenck v. U. S.*, 249 U. S. 47, 39 S. Ct. 247, 63 L. Ed. 470. (N. do T.)

to, na ausência de políticas contrárias em vigor. A Suprema Corte interpretou a disposição como uma regra, mas tratou-a como se ela contivesse a expressão "não razoável" e como se proibisse apenas "a proibição de comércio não razoável"<sup>19</sup>. Isso permitiu que tal disposição funcionasse, do ponto de vista lógico, como uma regra (sempre que um tribunal considera que uma proibição é "não razoável" está obrigado a considerar o contrato inválido) e, do ponto de vista substantivo, como um princípio (o tribunal deve levar em consideração vários outros princípios e políticas para determinar se uma proibição particular em circunstâncias econômicas particulares é "não razoável").

Palavras como "razoável", "negligente", "injusto" e "significativo" desempenham frequentemente essa função. Quando uma regra inclui um desses termos, isso faz com que sua aplicação dependa, até certo ponto, de princípios e políticas que extrapolam a [própria] regra. A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios e políticas dos quais pode depender a regra. Um processo mais longo de avaliação é necessário quando esses termos são omitidos do enunciado das regras, por exemplo, nos casos em que estamos submetidos à obrigação de uma regra que diz que os contratos "não razoáveis" são nulos ou que os contratos grosseiramente "injustos" (*unfair*) não serão reconhecidos. Suponhamos, porém, um caso em que alguma consideração de política ou princípio sugere que um contrato deva ser reconhecido legalmente, mesmo se a proibição que contém não seja razoável ou mesmo seja grosseiramente injusta. Nesse caso, a implementação desses contratos seria proibida por nossas regras e poderia ser permitida somente se tais regras fossem abandonadas ou modificadas. Contudo, se estivéssemos lidando não com uma regra, mas com uma política contrária ao cumprimento de contratos não razoáveis, ou com um princípio segun-

19. *Standard Oil v. United States*, 221 U.S. 1, 60 (1911); *United States v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106, 180 (1911).

do o qual os contratos injustos não devem vigorar, tais contratos poderiam ser implementados sem alteração da lei.

#### 4. Os princípios e o conceito de direito

Uma vez que tenhamos identificado os princípios jurídicos como tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas, subitamente nos damos conta de que estão por toda a parte, à nossa volta. Os professores de direito os ensinam, os livros de direito os citam e os historiadores do direito os celebram. Mas eles parecem atuar de maneira mais vigorosa, com toda sua força, nas questões judiciais difíceis, como os casos *Riggs* e *Henningsen*. Em casos como esses os princípios desempenham um papel fundamental nos argumentos que sustentam as decisões a respeito de direitos e obrigações jurídicos particulares. Depois que o caso é decidido, podemos dizer que ele ilustra um regra particular (por exemplo, a regra de que um assassino não pode beneficiar-se do testamento de sua vítima). Mas a regra não existe antes de o caso ser decidido; o tribunal cita princípios para justificar a adoção e a aplicação de uma nova regra. No caso *Riggs*, o tribunal citou o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos como um parâmetro fundamental, à luz do qual se pode ler a lei sobre os testamentos e, assim procedendo, justificou uma nova interpretação dessa lei. No caso *Henningsen* o tribunal citou uma variedade de princípios e políticas que interagem, enquanto fontes de autoridade, para [gerar] uma nova regra acerca da responsabilidade dos fabricantes pelos defeitos dos automóveis.

Uma análise do conceito de obrigação jurídica deve, portanto, dar conta do importante papel desempenhado pelos princípios na formulação de decisões jurídicas específicas. Existem orientações diferentes que podemos seguir:

(a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em

conta por juizes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos "o direito" inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.

(b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como *Riggs* e *Henningsen* o juiz vai além das regras que ele está obrigado a aplicar (isto é, ele vai além do "direito"), lançando mão de princípios extraleais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar.

Pode-se pensar que não há muita diferença entre essas duas linhas de ataque, que se trata apenas de uma questão verbal a respeito de como se pretende utilizar a palavra "direito". Mas isso é um erro, porque a escolha entre essas duas abordagens tem enormes conseqüências para uma análise da obrigação jurídica. Trata-se de uma escolha entre dois conceitos de um princípio jurídico, uma escolha que podemos esclarecer comparando-a a uma escolha que podemos fazer entre dois conceitos de uma regra jurídica. Às vezes afirmamos de uma pessoa que ela "adotou como regra" fazer determinada coisa, quando queremos dizer que ela optou por seguir uma determinada prática. Poderíamos, por exemplo, dizer que alguém adotou como regra, para si mesmo, correr um quilômetro e meio antes do café da manhã, pois deseja ser saudável e tem fé em um método. Ao fazer tal afirmação, não queremos dizer que tal pessoa esteja de fato *obrigada* a seguir a regra de correr um quilômetro e meio e nem mesmo que ela se julgue obrigada por essa regra. Aceitar uma regra como obrigatória é diferente de adotar como regra, para si mesmo, fazer determinada coisa. Retomando o exemplo de Hart: há uma diferença entre dizer que os ingleses adotam como regra que se deve ver um filme por semana e dizer que os ingleses estão submetidos a uma regra que estabelece o dever de ver um filme por semana. A segunda afirmação, ao contrário da primeira, implica que, se um inglês não seguir a regra, ele estará sujeito à crítica ou à censura. A pri-

meira não exclui a possibilidade de um tipo de crítica – podemos dizer que quem não vê filmes está negligenciando sua educação – mas não sugerimos que ele está fazendo alguma coisa errada *precisamente* por não seguir a regra<sup>20</sup>.

Se pensarmos nos juizes de uma comunidade como um grupo, poderíamos descrever as regras de direito que eles observam de acordo com essas duas alternativas. Poderíamos dizer, por exemplo, que em certo Estado os juizes adotam a regra de não reconhecer como válidos testamentos, a menos que contemham três testemunhas. Isso não implica que aquele juiz ocasional que reconhece como válido um tal testamento esteja, exatamente por essa razão, fazendo alguma coisa errada. Por outro lado, podemos dizer que, nesse Estado, uma regra de direito exige que os juizes não reconheçam como válidos tais testamentos; isso não implica que um juiz que os reconheça como válidos esteja fazendo algo errado. Hart, Austin e outros positivistas certamente insistiriam nessa última abordagem das regras jurídicas; não ficaram de modo algum satisfeitos com a abordagem do tipo “adotar esse comportamento como regra”. Qual a abordagem certa? – esta não é uma questão verbal. A questão é saber qual das duas presta contas de um modo mais preciso da situação social. A abordagem que escolhemos tem impacto sobre outros problemas importantes. Por exemplo, se os juizes simplesmente “adotam a regra” de não reconhecer como válidos certos contratos, então não podemos dizer, antes da decisão ocorrer, que alguém “tem direito” a esse resultado. Neste caso, essa proposição não pode fazer parte de nenhuma justificacão que possamos oferecer para tal decisão.

As duas linhas de ataque aos princípios correm em paralelo a essas duas abordagens das regras. A primeira alternativa trata os princípios como obrigatórios para os juizes, de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinentemente. A segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juizes, na sua maioria, “adotam como princí-

20. A distinção é substancialmente a mesma estabelecida por Rawls em “Two Concepts of Rules”, 64 *Philosophical Review* 3 (1955).

pio” de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados. A escolha entre essas duas abordagens afetará, e talvez chegue mesmo a determinar, a resposta que podemos dar à questão de saber se, em casos difíceis como *Riggs* ou *Henningsen*, o juiz está tentando aplicar direitos e obrigações jurídicos preexistentes. No primeiro caso, ainda temos a liberdade de argumentar que, como esses juizes estão aplicando os padrões jurídicos obrigatórios, estão também aplicando direitos e obrigações jurídicos. Porém, se partirmos da segunda alternativa, teremos abandonado a esfera dos tribunais no tocante a esse ponto e teremos que reconhecer que a família do assassino no caso *Riggs* e o fabricante, no caso *Henningsen*, foram privados de seus bens por um ato de poder discricionário do juiz\*, aplicado *ex post facto*.

Muitos leitores talvez não se choquem com isso – a idéia do poder discricionário infiltrou-se na comunidade jurídica – mas ilustra uma das perplexidades mais exasperantes que levam os filósofos a ocupar-se da obrigação jurídica. Se o confisco de propriedade em casos como esse não pode ser justificado através do apelo a uma obrigação instituída, então outra justificativa deve ser encontrada, mas até agora nenhuma satisfatória foi apresentada.

No esboço sumário do positivismo que apresentei anteriormente, arrolei como a segunda tese a doutrina do poder discricionário do juiz. Os positivistas sustentam que quando um caso não é coberto por uma regra clara, o juiz deve exercer seu

\* *Judicial discretion* – aqui traduzido por “poder discricionário do juiz”, mas a expressão tem um sentido mais amplo e se aplica igualmente às decisões de tribunais. No direito anglo-saxão, o conceito está associado à margem de liberdade que juizes e tribunais têm na escolha das normas que devem utilizar para chegar a uma decisão. Refere-se à decisão consistente, construída e formulada de acordo com as diretrizes do sistema jurídico, particularmente naqueles casos difíceis, nos quais um dos litigantes demanda um direito que não é nítido ou sobre o qual a lei é omissa. Trata-se de uma decisão não arbitrária, que busca conscientemente alcançar um resultado justo e que, para tanto, leva em conta o que é equitativo e razoável nas circunstâncias do caso. Ver *Black's Law Dictionary* e *André-Jean Arnaud et alii, Dictionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 1999. Ver ainda o item 5 deste capítulo. (N. do T.)



vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por um faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: "poder discricionário de acordo com que padrões?" ou "poder discricionário com relação a qual autoridade?". Em geral, a resposta será dada pelo contexto, mas em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro.

Como quase todos os termos, o significado exato de "poder discricionário" é afetado pelas características do contexto. O termo é sempre matizado pelo pano de fundo de informações que compreendemos, em contraposição ao qual ele é utilizado. Embora as nuances sejam muitas, será útil identificar alguns algumas distinções foscas.

Algumas vezes empregamos "poder discricionário" em um sentido fraco, apenas para dizer que, por alguma razão, os padrões que uma autoridade pública deve aplicar não podem ser aplicados mecanicamente, mas exigem o uso da capacidade de julgar. Usamos este sentido fraco quando o contexto não é por si só esclarecedor, quando os pressupostos de nosso público não incluem esse fragmento de informação. Assim, podemos dizer: "as ordens do sargento deixaram-lhe uma grande margem de poder discricionário" a todos aqueles que descomhecem as ordens do sargento ou algo que tornou essas ordens vagas ou difíceis de ser executadas. Para fins de esclarecimento, faria perfeitamente sentido acrescentar que o tenente ordenara ao sargento que levásse em patrulha seus cinco homens mais experientes, mas fora difícil determinar quais eram os mais experientes.

As vezes usamos a expressão em um segundo sentido fraco, apenas para dizer que algum funcionário público tem a autoridade para tomar uma decisão em última instância e que esta não pode ser revista e cancelada por nenhum outro funcionário. Falamos dessa maneira quando o funcionário faz parte de uma hierarquia de servidores, estruturada de tal modo que alguns têm maior autoridade, mas na qual os padrões de autoridade são diferentes para os diferentes tipos de decisão. Desse modo, podemos afirmar que no beisebol certas deci-

poder discricionário para decidí-lo mediante a criação de um novo item de legislação. Pode haver uma conexão importante entre essa doutrina e a questão a respeito de qual das duas abordagens dos princípios jurídicos devemos adotar. Portanto, talvez nos ocorra perguntar se a doutrina é correta e se ela implica a segunda abordagem, como parece à primeira vista. Contudo, antes de tratar desses temas, teremos que polir nossa compreensão do conceito de poder discricionário. Tentarei mostrar de que modo certas confusões a respeito desse conceito e, em particular, uma incapacidade de discriminar os diferentes sentidos nos quais é empregado, explicam a popularidade da doutrina do poder discricionário. Argumentarei que essa doutrina, na medida em que tem relevância para o nosso tratamento dos princípios, não é de forma alguma apoiada pelos argumentos que os positivistas utilizam para defendê-la.

### 5. O poder discricionário

Os positivistas extraíram o conceito de poder discricionário da linguagem ordinária. Para compreendê-lo, devemos, por um momento, colocá-lo de volta no seu *habitat*. O que significa dizer, na vida cotidiana, que alguém tem "um poder discricionário"? A primeira coisa a notar é que o conceito está sempre deslocado, exceto em contextos muito especiais. Por exemplo: você não diria que eu tenho ou eu não tenho o poder discricionário de escolher uma casa para a minha família. Não seria verdade afirmar que eu não tenho "nenhum poder discricionário" para fazer tal escolha e, ainda assim, seria igualmente enganoso afirmar que tenho. O conceito de poder discricionário só está perfeitamente à vontade em apenas um tipo de contexto: quando alguém é em geral encarregado de tomar decisões de acordo com padrões estabelecidos por uma determinada autoridade. Faz sentido falar do poder discricionário de um sargento que deve submeter-se às ordens de seus superiores ou do poder discricionário de uma autoridade esportiva ou de um juiz de competição que são governados por um regulamento ou pelos termos da competição. Tal como o espaço