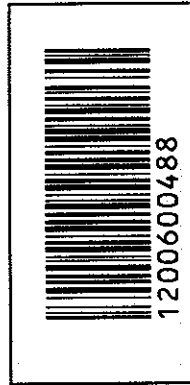


LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

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
	D9936
	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 <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>

poder discricionário para decidi-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

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 levasse 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-

sões, como a de saber se foi a bola ou o corredor que chegou antes à segunda base, são deixadas a cargo do poder discricionário do árbitro da segunda base. Podemos fazer essa afirmação, desde que queiramos sustentar que, nesta matéria, o árbitro principal não tem o poder de impor a sua própria avaliação, se discordar daquela decisão.

Chamo esses dois sentidos de fracos para diferenciá-los de um sentido mais forte. Às vezes usamos "poder discricionário" não apenas para dizer que um funcionário público deve usar seu discernimento na aplicação dos padrões que foram estabelecidos para ele pela autoridade ou para afirmar que ninguém irá rever aquele exercício de juízo, mas para dizer que, em certos assuntos, ele não está limitado pelos padrões da autoridade em questão. Nesse sentido, podemos dizer que um sargento tem um poder discricionário quando lhe for dito para escolher quaisquer cinco homens para uma patrulha ou que um juiz de uma exposição de cães tem o poder discricionário de avaliar os *airedales* antes dos *boxers*, caso as regras não estipulem uma ordem para esses eventos. Empregamos a expressão nesse sentido não para comentar a respeito da dificuldade ou do caráter vago dos padrões ou sobre quem tem a palavra final na aplicação deles, mas para comentar sobre seu âmbito de aplicação e sobre as decisões que pretendem controlar. Se o sargento recebe uma ordem para escolher os cinco homens mais experientes, ele não possui o poder discricionário nesse sentido forte, pois a ordem pretende dirigir a sua decisão. Pela mesma razão, o árbitro de uma luta de boxe, que deve decidir qual lutador foi mais agressivo, não possui poder discricionário no sentido forte da expressão²¹.

21. Não faíei desse conceito predileto da teoria do direito, o poder discricionário "limitado"; porque ele não apresenta dificuldades, quando nos lembramos da relatividade do poder discricionário. Suponhamos que se diga ao sargento que escolha "entre" os homens experientes ou que "leve a experiência em conta". Poderíamos dizer que ele tem poder discricionário (limitado) para escolher os componentes da sua patrulha ou poder discricionário (pleno) tanto para escolher entre os homens experientes, quanto para tomar decisões com respeito ao que mais levar em consideração.

Se alguém dissesse que o sargento ou o árbitro possuíam poder discricionário neste caso, deveríamos entendê-lo, se o contexto permitisse, como se estivesse empregando o termo em um de seus sentidos fracos. Suponhamos, por exemplo, que o tenente tivesse ordenado ao sargento que escolhesse os cinco homens que considerasse mais experientes e que, em seguida, tivesse acrescentado que o sargento teria o poder discricionário de escolhê-los. Ou que as regras estipulassem que o árbitro deveria, em cada *round*, atribuir a vitória ao lutador mais agressivo, com poder discricionário para escolhê-lo. Deveríamos entender tais afirmações no segundo sentido fraco, como uma referência ao problema da revisão da decisão. O primeiro sentido fraco — o de que as decisões pressupõem um juízo — seria ocioso e o terceiro, o sentido forte, está excluído pelas próprias afirmações.

Devemos evitar uma confusão tentadora. O sentido forte de poder discricionário não é equivalente à licenciosidade e não exclui a crítica. Quase todas as situações nas quais uma pessoa age (inclusive aquelas nas quais não trata de decidir com base em uma autoridade especial e, portanto, sem poder discricionário) tornam relevantes certos padrões de racionalidade, equidade e eficácia. Criticamos mutuamente nossos atos nos termos desses padrões e não há razão para não fazê-lo quando os atos encontram-se dentro do perímetro da rosca de autoridade especial, em vez de além dele. Assim, podemos dizer do sargento ao qual se atribuiu o poder discricionário (no sentido forte) para selecionar uma patrulha, que ele o usou de maneira estúpida, mal-intencionada ou negligente. Ou que o juiz que detinha o poder discricionário para decidir a sequência em que seriam examinados os cães cometeu um erro, por que deu prioridade aos *boxers*, embora houvesse apenas três *airedales* e um número muito maior de *boxers*. O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário. Sem dú-

vida, esse último tipo de liberdade é importante; é por isso que falamos de um sentido forte de poder discricionário. Alguém que possua poder discricionário nesse terceiro sentido pode ser criticado, mas não por ser desobediente, como no caso do soldado. Podemos dizer que ele cometeu um erro, mas não que tenha privado um participante de uma decisão que lhe era devida por direito, como no caso de um árbitro esportivo ou de um juiz de uma exposição.

De posse dessas observações, podemos agora voltar à doutrina positivista do poder discricionário do juiz. Essa doutrina argumenta que se um caso não for regido por uma regra estabelecida, o juiz deve decidi-lo exercendo seu poder discricionário. Queremos examinar essa doutrina e testar sua relação com a nossa análise dos princípios; mas, primeiro, devemos nos perguntar em qual dos sentidos de poder discricionário devemos entendê-la.

Alguns nominalistas argumentam que os juizes sempre possuem poder discricionário, mesmo quando o que está em pauta é uma regra clara, pois os juizes são, em última análise, os árbitros definitivos da lei. Essa doutrina do poder discricionário utiliza o segundo sentido fraco do termo, pois sublinha que nenhuma autoridade revê as decisões da instância mais alta. Portanto, ela não tem relação com a questão de como explicamos os princípios, assim como também não tem relação com a questão de como explicamos as regras.

Os positivistas não atribuem esse sentido à sua doutrina, pois afirmam que um juiz não tem poder discricionário quando uma regra clara e estabelecida está disponível. Se atentarmos para os argumentos dos positivistas em favor de sua doutrina, teremos razões para suspeitar que eles empregam "poder discricionário" no primeiro sentido fraco, apenas para dizer que, às vezes, os juizes devem formar seu próprio juízo ao aplicar padrões jurídicos. Seus argumentos chamam atenção para o fato de que algumas regras de direito são vagas (o professor Hart, por exemplo, diz que todas as regras de direito têm uma "textura aberta") e que ocorrem casos (como o de *Henningsen*) nos quais as regras estabelecidas parecem adequadas. Eles enfatizam que,

algumas vezes, os juizes devem examinar demoradamente pontos específicos do direito e que dois juizes igualmente inteligentes e bem treinados freqüentemente estarão em desacordo.

Esses pontos podem ser facilmente apresentados; eles constituem um lugar-comum para qualquer pessoa que tenha alguma familiaridade com o direito. Na verdade, nisso consiste a dificuldade em aceitar que os positivistas usam "poder discricionário" nesse sentido fraco. É tautológica a proposição seguindo a qual, quando não há regra clara disponível, deve-se usar o poder discricionário para julgar. Além disso, ela não tem nenhuma relevância para o problema de como explicar os princípios jurídicos. É perfeitamente consistente dizer, por exemplo, que no caso *Riggs* o juiz teve que formar seu próprio juízo e dizer que ele estava obrigado a seguir o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos. Os positivistas falam como se sua doutrina do poder discricionário judicial fosse um *insight* e não uma tautologia; como se ela tivesse alguma incidência sobre a análise dos princípios. Hart, por exemplo, afirma que, quando o poder discricionário do juiz está em jogo, não podemos mais dizer que ele está vinculado a padrões, mas devemos, em vez disso, falar sobre os padrões que ele "tipicamente emprega"²². Hart pensa que, quando os juizes possuem poder discricionário, os princípios que eles citam devem ser tratados de acordo com a nossa segunda alternativa, como aquilo que os tribunais "têm por princípio" fazer.

Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte de poder discricionário. Nesse sentido, ela tem relevância para a análise dos princípios; na verdade, nesse sentido ela nada mais é do que uma reformulação da nossa segunda abordagem. É o mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei. Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juizes não impõem obrigações a estes.

22. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 144 (1961).

Devemos, pois, examinar a doutrina do poder discricionário no seu sentido forte. (Daqui em diante, usarei o termo "poder discricionário" nesse sentido.) Os princípios que os juízes citam, guiam suas decisões em casos como *Riggs* e *Henningsen* da mesma maneira que a decisão do sargento é guiada pela ordem de reunir os homens mais experientes ou a decisão do árbitro é guiada pelo dever de escolher o lutador mais agressivo? Que argumentos um positivista poderia oferecer para demonstrar que isso não ocorre?

(1) Um positivista poderia argumentar que os princípios não podem ser vinculantes ou obrigatórios. Tal argumento seria um erro. Sem dúvida, é sempre questionável se algum princípio particular obriga, *de fato*, alguma autoridade jurídica. Mas não há nada no caráter lógico de um princípio que o torne incapaz de obrigá-la. Suponhamos que o juiz no caso *Henningsen* não tenha, de maneira nenhuma, levado em conta o princípio segundo o qual os fabricantes de automóvel têm uma obrigação especial para com os consumidores ou o princípio segundo o qual os tribunais devem proteger aqueles cuja posição de barganha é frágil. Em lugar disso, suponhamos que ele tenha simplesmente decidido em favor do acusado, citando o princípio da liberdade de contrato e nada mais. Seus críticos não se contentariam em salientar que ele não dera atenção a ponderações que outros juízes vinham levando em conta já havia algum tempo. A maior parte dos críticos diria que era seu dever avaliar esses princípios e que o autor da ação tinha o direito de esperar que ele assim procedesse. Não queremos dizer nada além disso, quando dizemos que uma regra impõe uma obrigação a um juiz — e que ele deve segui-la se ela se aplicar ao caso e que, se ele não o fizer, cometerá um erro com respeito a isso.

Não basta dizer que em um caso como o *Henningsen* o tribunal está obrigado apenas "moralmente" a levar em conta princípios particulares, ou afirmar que está obrigado "institucionalmente", ou que ele está obrigado por tratar-se de matéria relativa ao "ofício" jurídico ou alguma outra coisa desse gênero. Mesmo assim, permanecerá em aberto a questão de por que

esse tipo de obrigação (seja lá como a chamemos) é diferente da obrigação que as regras impõem aos juízes e por que isso nos autoriza a dizer que princípios e políticas não são parte do direito, mas meramente padrões extrajurídicos "tipicamente utilizados nos tribunais".

(2) Um positivista poderia argumentar que embora alguns princípios sejam obrigatórios, no sentido de que o juiz deve levá-los em consideração, eles não podem prescrever um resultado particular. Este é um argumento mais difícil de avaliar, pois não está claro o que significa dizer que um padrão "prescreve" um resultado. Talvez signifique que o padrão *dita* um resultado sempre que puder ser aplicado, de tal maneira que nada mais é levado em conta. Se assim for, então é certamente verdade que os princípios individuais não prescrevem resultados, mas isto é apenas uma outra maneira de dizer que os princípios não são regras. Seja como for, somente regras ditam resultados. Quando se obtém um resultado contrário, a regra é abandonada ou mudada. Os princípios não funcionam dessa maneira; eles inclinam a decisão em uma direção, embora de maneira não conclusiva. E sobrevivem intactos quando não prevalecem. Esta não parece uma razão para concluir que juízes que devem haver-se com princípios possuem poder discricionário, já que um conjunto de princípios *pode* ditar um resultado. Se um juiz acredita que os princípios que ele tem obrigação de reconhecer apontam em uma direção e os princípios que apontam em outra direção não têm igual peso, então ele deve decidir de acordo com isso, do mesmo modo que ele deve seguir uma regra que ele acredita obrigatória. Ele pode, sem dúvida, estar errado na sua avaliação dos princípios, mas pode também estar errado em seu juízo de que a regra é obrigatória. E poderíamos acrescentar: com frequência, o sargento e o árbitro estão no mesmo barco. Nenhum fator dita quais são os soldados mais experientes ou qual lutador é mais agressivo. Essas autoridades devem avaliar os pesos relativos dos vários fatores: desse ponto de vista eles não têm poder discricionário.

(3) Um positivista poderia argumentar que os princípios não podem valer como lei, pois sua autoridade e mais ainda o seu peso são intrinsecamente *controversos*. É verdade que, em geral, não podemos demonstrar a autoridade ou o peso de um princípio particular, da mesma maneira que às vezes podemos demonstrar a validade de uma regra reportando-a a um ato do Congresso ou ao voto de um tribunal autorizado. Em lugar disso argumentamos em favor de um princípio e seu peso apelando para um amálgama de práticas e outros princípios, nos quais as implicações da história legislativa e judiciária aparecem juntamente com apelos às práticas e formas de compreensão partilhadas pela comunidade. Não existe papel de tornasol para testar a consistência desse argumento — ele é matéria que depende de juízo e pessoas razoáveis podem discordar a respeito dela. Uma vez mais, porém, isso não diferencia um juiz de outros funcionários públicos que não possuem poder discricionário. O sargento não tem papel de tornasol para experiência; o árbitro não tem nenhum para agressividade. Nenhum dos dois possui poder discricionário, pois eles têm a obrigação de chegar a uma compreensão, controversa ou não, a respeito do que suas ordens ou as regras exigem e agir com base nessa compreensão. Esse é, também, o dever do juiz.

Sem dúvida, se os positivistas estiverem certos em uma outra de suas doutrinas — a teoria segundo a qual em cada sistema legal existe um teste definitivo para identificar leis obrigatórias, semelhante à regra de reconhecimento do professor Hart — segue-se que os princípios não têm obrigatoriedade de lei. Contudo, a incompatibilidade entre os princípios e a teoria dos positivistas dificilmente pode ser considerada como um argumento em favor de que os princípios devam ser tratados dessa ou daquela maneira. Essa perspectiva não enfrenta a questão; estamos interessados no estatuto dos princípios por que queremos avaliar o modelo dos positivistas. O positivista não pode defender por decreto sua teoria sobre uma regra de reconhecimento; se os princípios não podem ser submetidos a um teste, então ele deve apresentar alguma outra razão por que eles não podem contar com parte do direito. Dado que os prin-

cípios parecem desempenhar um papel nos argumentos sobre a obrigação jurídica (como atestam, mais uma vez, os casos *Riggs* e *Henningsen*), um modelo que dê conta desse papel possui uma vantagem inicial sobre um outro modelo que não leve esse papel em consideração. E este segundo modelo não pode ser introduzido em defesa de si mesmo.

Estes são os argumentos mais óbvios que um positivista pode utilizar em favor da doutrina do poder discricionário no sentido forte e da segunda abordagem a respeito de princípios. Farei referência a um forte argumento contra essa doutrina e a favor da primeira abordagem. A não ser que pelo menos alguns princípios sejam reconhecidos como obrigatórios pelos juízes e considerados, no seu conjunto, como necessários para chegar a certas decisões, nenhuma regra ou muito poucas regras poderão ser então consideradas como obrigatórias para eles.

Na maior parte das jurisdições americanas, e atualmente também na Inglaterra, não é infrequente a rejeição de regras estabelecidas. Regras de direito costumeiro (*common law*) — aquelas formuladas por decisões anteriores às dos tribunais — são algumas vezes diretamente revogadas, outras vezes radicalmente alteradas por formulações posteriores. As regras criadas por leis estão sujeitas à interpretação e reinterpretção, por vezes mesmo quando disso resulta a não-execução daquilo que é chamado de "intenção do legislador"²³. Se os tribunais tivessem o poder discricionário para modificar as regras estabelecidas, essas regras certamente não seriam obrigatórias para eles e, dessa forma, não haveria direito nos termos do modelo positivista. Portanto, o positivista deve argumentar que existem padrões, obrigatórios para os juízes, que estabelecem quando um juiz pode e quando ele não pode revogar ou mudar um regra estabelecida.

Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra de direito em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas. Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favo-

23. Ver Wellington e Albert, "Statutory Interpretation and the Political Process: A Comment on Sinclair v. Atkinson", 72 *Yale Law Journal*, 1547 (1963).

receberá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação. No caso *Riggs* a mudança (uma nova interpretação da lei que rege os testamentos) foi justificada com base no princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de atos ilícitos. No caso *Henningsen*, as regras previamente reconhecidas sobre a responsabilidade dos fabricantes de veículos autômatos foram modificadas com base nos princípios que extraíram da decisão do tribunal.

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada.

Na segunda maneira de considerar o problema, um juiz que se propõe a modificar uma doutrina existente deve levar em consideração alguns padrões importantes que se opõem ao abandono da doutrina estabelecida; esses padrões são, na sua maior parte, princípios. Esses padrões incluem a doutrina da "supremacia do Poder Legislativo", um conjunto de princípios que exige que os tribunais mostrem uma deferência limitada pelos atos do Poder Legislativo. Eles incluem também a doutrina do precedente, outro conjunto de princípios que reflete a equidade e a eficiência que derivam da consistência. As doutrinas da supremacia do Poder Legislativo e do precedente inclinam em favor do *status quo*, cada uma delas na sua própria esfera, mas não o impõe. Os juizes, no entanto, não têm liberdade para escolher entre os princípios e as políticas que constituem essas doutrinas – também neste caso, se eles fossem livres, nenhuma regra poderia ser considerada obrigatória.

Consideremos, portanto, o que fica implícito quando alguém diz que uma determinada regra é obrigatória. Ele pode sugerir que a regra é sustentada de maneira afirmativa por princípios que o tribunal não tem a liberdade de desconstruir e que, tomados coletivamente, são mais importantes do que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança. E se não for esse o caso, ele pode sugerir que qualquer mudança é condenada por uma combinação de princípios conservadores, tais como o da supremacia do Poder Legislativo e do precedente, princípios que o tribunal não tem a liberdade de ignorar. Muito freqüentemente, ele irá sugerir as duas alternativas, pois princípios conservadores, por serem princípios e não regras, em geral não são suficientemente poderosos para salvar uma regra do direito costumeiro ou uma lei envelhecida que não tem nenhum apoio nos princípios substantivos que o tribunal está obrigado a respeitar. Sem dúvida, qualquer uma dessas linhas de inferência trata um corpo de princípios e políticas como leis, no mesmo sentido em que regras são leis; trata os princípios e políticas como padrões obrigatórios para as autoridades de uma comunidade, padrões que regulam suas decisões a propósito de direitos e obrigações jurídicas.

Esse tema fica pendente de exame. Se a teoria dos positivistas a respeito do poder discricionário judicial é ou trivial, porque emprega "poder discricionário" no sentido fraco, ou sem sustentação, porque os vários argumentos que podemos oferecer em seu apoio são insuficientes, por que então tantos juristas inteligentes e cuidadosos a adotaram? Não poderemos ter confiança no exame que fizemos dessa teoria, a menos que enfrentemos essa questão. Não é suficiente salientar (embora isso talvez contribua para a explicação) que "poder discricionário" possui diferentes sentidos que podem ser confundidos entre si. Nós não confundimos esses sentidos quando não estamos pensando a respeito do direito.

Pelo menos parte da explicação encontra-se na tendência natural de um jurista de associar leis e regras e pensar o direito como uma coleção ou sistema de regras. Roscoe Pound, que diagnosticou essa tendência muitos anos atrás, pensava que os

juristas de língua inglesa eram iludidos por ela pelo fato de o idioma inglês utilizar a mesma palavra, mudando apenas o artigo, para "uma lei" e "o direito"²⁴. (Outras línguas, ao contrário, usam duas palavras: "loi" e "droit", "Gesetz" e "Recht"). Isso pode ter tido algum efeito entre os positivistas de língua inglesa, pois a expressão "uma lei" com toda a certeza sugere uma regra. Mas a razão principal para associar direito e regras é mais profunda e encontra-se, penso eu, no fato de que a educação jurídica consiste, desde longa data, em ensinar e examinar aquelas regras estabelecidas que formam a parte mais importante do direito.

De qualquer modo, se um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido do forte do termo. Nos outros sistemas de regras nos quais eles têm experiência (como os jogos), as regras são a única autoridade importante a reger as decisões oficiais, de tal maneira que se um árbitro puder modificar uma regra, ele terá poder discricionário com respeito ao conteúdo dessa regra. Quaisquer princípios que os árbitros possam mencionar ao modificar uma regra representam apenas as suas preferências "típicas". Os positivistas tratam o direito como se ele fosse essa versão revisada do beisebol.

Há uma outra consequência, mais sutil, desse pressuposto inicial de que o direito é um sistema de regras. Quando os positivistas realmente se ocupam de princípios e políticas, os tratam como regras *manquês*. Presumem que, se eles são padrões de direito, então devem ser regras; desse modo, os positivistas os lêem como se fossem padrões tentando ser regras. Quando um positivista ouve alguém tentando argumentar que princípios jurídicos são parte do direito, ele compreende isso como um argumento em favor do que ele denomina teoria do

24. R. Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, p. 56 (edição revista de 1956).

"direito de nível superior", segundo a qual esses princípios são regras de uma lei acerca do direito²⁵. Ele refuta essa teoria salientando que algumas vezes essas "regras" são aplicadas, outras não e que, para cada "regra" do tipo "nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos", existe uma "regra" contrária, do tipo "a lei favorece a garantia de direitos". Portanto, não há maneira de testar a validade de "regras" como essas. O positivista conclui que esses princípios e políticas não são regras válidas de uma lei acima do direito — o que é verdade — porque certamente não são regras. Ele conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona de acordo com suas próprias luzes, no exercício de seu poder discricionário — o que é falso. É como se um zoólogo tivesse provado que os peixes não são mamíferos e então concluído que na verdade eles não passam de plantas.

6. A regra de reconhecimento

Esta discussão foi provocada por duas interpretações antigônicas dos princípios jurídicos. Estivemos explorando a segunda interpretação, que os positivistas parecem adotar através de sua doutrina do poder discricionário do juiz e descobrimos sérias dificuldades. Chegou o momento de voltarmos à bifurcação do caminho que percorremos. E se adotarmos a primeira interpretação? Sem dúvida teríamos que renunciar à segunda doutrina, a do poder discricionário (ou, alternativamente, deveríamos deixar claro que essa doutrina deve ser lida como querendo simplesmente dizer que, com frequência, os juízes devem utilizar sua capacidade de julgar). Teríamos também que abandonar ou modificar a primeira doutrina, a proposição de que o direito pode ser identificado através de testes do tipo especificado numa regra suprema, como a regra de reco-

25. Ver, por exemplo, Dickinson, "The Law Behind Law" (partes 1 e 2), 29, *Columbia Law Review* 112, 254 (1929).

nhecimento do professor Hart? Se os princípios do tipo encontrado nos casos *Riggs* e *Henningsen* tiverem que ser considerados como pertencentes à esfera do direito e, ainda assim, quisermos preservar a noção de uma regra suprema para o direito, deveremos ser capazes de formular algum teste que possa ser satisfeito por todos os princípios que fazem parte do direito (e apenas por eles). Começemos com o teste que Hart sugere para identificar regras jurídicas válidas, para ver se pode ser também aplicado aos princípios.

Segundo Hart, a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou. Algumas foram criadas por um poder legislativo, na forma de leis outorgadas. Outras foram criadas por juizes, que as formularam para decidir casos específicos e assim as instituíram como precedentes para o futuro. Mas esse teste de *pedigree* não funciona para os princípios dos casos *Riggs* e *Henningsen*. A origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas no compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo. A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado. Se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiem de seus próprios delitos ou se deixar de parecer justo impor encargos especiais sobre monopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas, esses princípios não mais desempenharão um papel em novos casos, mesmo se eles não forem anulados ou revogados. (Na verdade, não tem sentido falar de "anulação" ou "revogação" de princípios como estes. Quando entram em declínio, eles sofrem uma erosão, eles não são torpedeados.)

É verdade que se fôssemos desafiados a sustentar nossa alegação de que determinado princípio é um princípio do direito, mencionaríamos qualquer um dos casos referidos anteriores, nos quais tal princípio fosse citado ou figurasse na argumentação. Também mencionaríamos ainda qualquer lei que parecesse exemplificar esse princípio (melhor ainda se o princípio fosse citado no preâmbulo da lei, nos relatórios de comissões ou

em outros documentos legislativos a ela associados). A menos que pudéssemos encontrar tal apoio institucional, provavelmente não conseguiríamos sustentar nosso argumento. E quanto mais apoio obtivéssemos, mais peso poderíamos reivindicar para o princípio.

Ainda assim, não seríamos capazes de conceber uma fórmula qualquer para testar quanto e que tipo de apoio institucional é necessário para transformar um princípio em princípio jurídico. E menos ainda de atribuir uma certa ordem de grandeza à sua importância. Argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões — eles próprios princípios e não regras — que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva dos diferentes tipos de precedente, à relação de todos esses fatores com as práticas morais contemporâneas e com um grande número de outros padrões do mesmo tipo. Não poderíamos aglutiná-los todos em uma única "regra", por mais complexa que fosse. Mesmo se pudéssemos fazê-lo, o resultado teria pouca relação com a imagem de uma regra de reconhecimento, tal como concebida por Hart. Essa imagem é a de uma regra suprema, razoavelmente estável, que especifica "alguma característica ou características, cuja posse por parte de uma regra sugerida é tomada como uma indicação afirmativa e conclusiva de que se trata de uma regra..."²⁶

Além disso, as técnicas que aplicamos ao argumentar em favor de outro princípio não se situam (como pretende a regra de reconhecimento de Hart) em um plano inteiramente diferente dos princípios que elas defendem. A aguda distinção de Hart entre aceitação e validade não se sustenta. Se estamos argumentando em favor do princípio de que um homem não deve beneficiar-se de seus próprios delitos, podemos citar os atos dos tribunais e do poder legislativo que o especificam, mas isso fala em favor tanto da aceitação do princípio como de sua validade. (Parece estranho falar de um princípio como

26. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 92 (1961).

sendo válido, talvez porque validade seja um conceito do tipo tudo ou nada, apropriado para regras, mas incompatível com a dimensão de peso, própria de um princípio.) Se nos for solicitado (o que pode bem ocorrer) defender a doutrina particular do precedente ou a técnica de interpretação das leis que utilizamos nesta argumentação, deveríamos certamente citar a prática de outros quando empregam aquela doutrina ou aquela técnica. Mas deveríamos também citar outros princípios gerais que, acreditamos, sustentam essa prática e isso introduz uma nota de validade no acorde de aceitação. Poderíamos argumentar, por exemplo, que o uso que fazemos de casos e leis anteriores é sustentado por uma análise particular do significado da prática dos legisladores ou da doutrina do precedente, pelos princípios da teoria democrática, por uma posição particular na divisão adequada de autoridade entre instituições nacionais e locais ou por alguma outra coisa desse tipo. Essa linha de sustentação não é uma rua de mão única que conduz a algum princípio último que depende apenas de aceitação. Nossos princípios de legislação, precedente, democracia ou federalismo, também podem ser contestados; se eles o forem, deveremos argumentar em favor deles não apenas em termos de práticas, mas em termos de uns em relação aos outros. E também em termos das implicações das tendências de decisões judiciais e legislativas, ainda que essas últimas envolvam o apelo às mesmas doutrinas de interpretação que justificamos apelando para os princípios que estamos tentando defender. Em outras palavras, nesse nível de abstração os princípios apóiam-se mutuamente, em lugar de juntarem-se uns aos outros.

Desse modo, mesmo que os princípios encontrem apoio em atos oficiais de instituições jurídicas, eles não têm uma conexão suficientemente simples ou direta com esses atos que lhes permita enquadrar essa conexão em termos dos critérios especificados por alguma regra suprema de reconhecimento. Existe algum outro caminho que nos permita submeter os princípios a uma regra desse tipo?

Hart sublinha que uma regra suprema pode designar como direito não apenas as regras promulgadas por instituições jurí-

dicas particulares, mas também regras estabelecidas pelo costume. Ele tem em mente um problema que afligiu outros positivistas, inclusive Austin. Muitas das nossas mais antigas regras jurídicas nunca foram explicitamente criadas por um poder legislativo ou por um tribunal. Quando elas apareceram pela primeira vez em argumentações legais e textos jurídicos, foram tratadas como já pertencentes ao direito. E isto porque representavam a prática costumeira da comunidade ou de uma parte específica dela, como, por exemplo, a comunidade empresarial. (Os exemplos normalmente oferecidos são regras da prática mercantil, como as que regulam os direitos nascem a partir de uma forma padrão de título de crédito.)²⁷ Por considerar que toda lei era uma ordem emanada de um determinado soberano, Austin sustentava que essas práticas costumeiras não faziam parte do direito até que fossem reconhecidas pelos tribunais (enquanto agentes do soberano) e que os tribunais se entregavam a uma ficção, ao simular o contrário. Mas isso pareceu arbitrário. Se todos pensassem que o costume pode ser, em si mesmo, direito, o fato de que a teoria de Austin tenha afirmado o contrário não a tornava persuasiva.

Hart modificou Austin no tocante a nesse ponto. A regra suprema, diz ele, pode estipular que algum costume conte como direito, antes mesmo que os tribunais o reconheçam. Mas Hart não enfrenta a dificuldade que isso coloca para sua teoria geral, pois ele não tenta apresentar os critérios que a regra suprema poderia empregar com esse propósito. Ela não pode utilizar, como único critério, a cláusula de que a comunidade considera tal prática *moralmente* obrigatória, pois isso não permite distinguir regras jurídicas costumeiras de regras morais costumeiras e não resta dúvida de que nem todas as obrigações

27. Ver nota, "Custom and Trade Usage: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law", 55, *Columbia Law Review* 1192 (1955), e os materiais ali citados em 1193, nota 1. Como essa nota deixa claro, as práticas concretas dos tribunais a propósito do reconhecimento dos costumes comerciais seguem o padrão que consiste em aplicar um conjunto de princípios e políticas gerais e não um teste que possa ser apreendido como parte de uma regra de reconhecimento.

morais, aceitas de há muito como costume em uma comunidade, são sancionadas pelo direito. Se, por outro lado, o teste consiste em saber se a comunidade considera a prática costumeira como juridicamente obrigatória, a razão de ser da regra suprema é solapada, pelo menos para essa classe de regras jurídicas. A regra suprema, diz Hart, marca a transformação de uma sociedade primitiva em uma sociedade regida pelo direito, porque fornece um teste para determinar quais são as regras jurídicas da sociedade, em vez de medi-las por sua aceitação. Mas, se a regra suprema simplesmente afirma que quaisquer outras regras aceitas pela sociedade como juridicamente obrigatórias são juridicamente obrigatórias, então ela de modo nenhum fornece um teste, além do teste que deveríamos aplicar caso não houvesse regra suprema. A regra suprema torna-se (para esses casos) uma não-regra de reconhecimento; bem poderíamos dizer que toda sociedade primitiva tem uma regra de reconhecimento secundária, a saber, a regra de que tudo que é aceito como obrigatório é obrigatório. O próprio Hart, ao discutir o direito internacional, ridiculariza a idéia de que tal regra possa ser uma regra de reconhecimento, ao descrever a regra proposta como "uma repetição vazia do mero fato de que a sociedade concernida ... segue certos padrões de conduta como regras obrigatórias."²⁸

28. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, p. 230 (1961). Uma regra suprema poderia especificar alguma característica particular de um costume que fosse independente da atitude da comunidade; poderia determinar, por exemplo, que todos os costumes muito antigos ou todos os costumes relativos a títulos de créditos contam como direito. Contudo, não consigo pensar em características desse tipo que, de fato, distingam os costumes que foram reconhecidos como direito na Inglaterra e nos Estados Unidos. Alguns costumes que não são juridicamente sancionáveis são mais antigos que outros que possuem tal característica; algumas práticas relacionadas com papéis comerciais são sancionadas, e outras não são e assim por diante. De qualquer maneira, ainda que se encontrasse uma característica distintiva capaz de identificar todas as regras de direito estabelecidas pelo costume, continuaria sendo improvável que tal característica pudesse ser encontrada no caso de princípios que variam amplamente no tocante a seu tema, origem e *pedigree* — alguns dos quais são de origem muito recente.

Na verdade, o tratamento dado por Hart ao costume equivale a uma confissão de que existem pelos menos algumas regras de direito que não são obrigatórias pelo fato de terem sua validade estabelecida de acordo com os padrões de uma regra suprema — mas que são obrigatórias, tal como a regra suprema — porque são aceitas como obrigatórias pela comunidade. Isso reduz a fragmentos a elegante arquitetura piramidal que admiramos na teoria de Hart: não podemos mais afirmar que apenas a regra suprema é obrigatória em razão de sua aceitação e que todas as demais regras são válidas nos termos da regra suprema.

Isto talvez seja sem importância, pois as regras derivadas do costume que Hart tem em mente já não constituem uma parte muito significativa do direito. Mas sugere que Hart relutaria em aumentar o estrago ao colocar, sob a mesma rubrica de "costume", todos aqueles princípios e políticas cruciais que estivemos discutindo. Se ele os considerasse como parte do direito e ainda assim admitisse que o único teste da força deles repousa no grau de aceitação pela comunidade ou parte dela, ele reduziria drasticamente a área do direito sobre a qual sua regra ainda teria alguma aplicação. Não se trata apenas de que todos os princípios e as políticas escapariam de sua autoridade, embora isso já fosse suficientemente negativo. Uma vez tais princípios e políticas fossem aceitos como direito e portanto como padrões que os juizes deveriam seguir ao estabelecer obrigações jurídicas, seguir-se-ia que regras como as anunciadas pela primeira vez nos casos *Riggs* e *Hemingsen* retirariam sua força, pelo menos em parte, da autoridade dos princípios e das políticas e, portanto, não inteiramente da regra suprema de reconhecimento.

Desse modo, não é possível adaptar a versão de Hart do positivismo, modificando sua regra de reconhecimento para incluir princípios. Nenhum teste de *pedigree* que associe princípios a atos que geram legislação pode ser formulado nem seu conceito de direito oriundo do costume, em si mesmo uma exceção à primeira tese do positivismo, pode ser tornado útil sem o abandono integral dessa tese.

Contudo, mais uma possibilidade deve ser examinada. Se nenhuma regra de reconhecimento pode fornecer um teste para identificar princípios, por que não dizer que os princípios constituem a última instância e constituem a regra de reconhecimento do nosso direito? A resposta à questão geral — “O que conta como direito válido em uma jurisdição norte-americana?” — exigiria nesse caso que enunciássemos todos os princípios (bem como as regras constitucionais mais fundamentais) em vigor naquela jurisdição à época, juntamente com as atribuições de importância adequadas. Um positivista poderia então considerar o conjunto completo desses padrões como a regra de reconhecimento daquela jurisdição. Esta solução tem a atração do paradoxo, mas é, sem dúvida, uma rendição incondicional. Se designarmos a nossa regra de reconhecimento simplesmente pelo enunciado “o conjunto completo dos princípios em vigor”, chegaremos apenas à tautologia de que o direito é o direito. Se, em vez disso, realmente tentarmos arrolar todos os princípios em vigor, seremos mal sucedidos. Eles são controversos, seu peso é de importância fundamental, eles são incontáveis e se transformam com tanta rapidez que o início de nossa lista estaria obsoleto antes que chegássemos à metade dela. Mesmo se tivéssemos sucesso, não teríamos uma chave para o direito, pois não teria restado nada para a nossa chave abrir.

Concluo que, se tratamos os princípios como direito, devemos rejeitar a primeira doutrina positivista, aquela segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste que toma a forma de uma regra suprema. Já decidimos que nesse caso devemos abandonar a segunda doutrina — a doutrina do poder discricionário judicial — ou esclarecê-la a ponto de torná-la trivial. Que dizer da terceira doutrina, a teoria positivista da obrigação jurídica?

Essa teoria sustenta que uma obrigação jurídica existe quando (e apenas quando) uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação. Segue-se daí que, em um caso difícil — quando é impossível encontrar tal regra estabelecida — não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não criar uma nova regra para o

futuro. O juiz pode aplicar essa nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente.

A doutrina positivista do poder discricionário (no sentido forte) exige essa concepção de obrigação jurídica, pois, se um juiz tem o poder discricionário, então não existe nenhum direito legal (*right*) ou obrigação jurídica — nenhuma prerrogativa — que ele deva reconhecer. Contudo, uma vez que abandonemos tal doutrina e tratemos os princípios como direito, colocamos a possibilidade de que uma obrigação jurídica possa ser imposta por uma constelação de princípios, bem como por uma regra estabelecida. Poderemos então afirmar que uma obrigação jurídica existe sempre que as razões que sustentam a existência de tal obrigação, em termos de princípios jurídicos obrigatórios de diferentes tipos, são mais fortes do que as razões contra a existência dela.

Sem dúvida, muitas perguntas teriam que ser respondidas antes que pudéssemos aceitar essa concepção de obrigação jurídica. Se não existe nenhuma regra de reconhecimento e nenhum teste para o direito nesse sentido, como poderemos decidir, ao argumentar em favor dessa concepção, quais princípios devem ser levados em conta e em que medida? Como decidir se um conjunto de razões é melhor que outro? Se a obrigação jurídica repousa em um juízo desse tipo, que não pode ser demonstrado, como pode ele fornecer uma justificação para uma decisão judicial que estabelece que uma das partes tem uma obrigação jurídica? Essa concepção de obrigação está em harmonia com a maneira pela qual juristas, juízes e leigos falam? Ela é consistente com nossas atitudes a respeito da obrigação moral? Essa análise nos auxilia a lidar com perplexidades clássicas da teoria jurídica a respeito da natureza do direito?

Essas questões devem ser enfrentadas, mas mesmo as questões prometem mais do que o positivismo tem a oferecer. Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivista nos remete a uma teoria do poder discricionário que não

leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas.

Capítulo 3

O modelo de regras II

No capítulo 2, argumentei que as proposições centrais da teoria que denominei de positivismo estavam equivocadas e deviam ser abandonadas¹. Afirmei especialmente que é errado supor, como essa teoria supõe, que em todo sistema jurídico existe algum teste fundamental, normalmente reconhecido como válido, para determinar quais padrões contam como direito e quais não contam. Afirmei que nenhum teste fundamental como esse pode ser encontrado em sistemas jurídicos complexos, como os que vigoram nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha, e que nesses países nenhuma distinção definitiva pode ser feita entre padrões jurídicos e morais, como insiste o positivismo.

Eu poderia resumir minha argumentação da seguinte maneira. Afirmei que é plausível a tese de que existe algum teste para o direito, comumente aceito, se considerarmos apenas as regras jurídicas simples, do tipo das que aparecem nas leis ou são apresentadas em negrito nos manuais de direito. Mas os juristas e os juizes, ao debaterem e decidirem ações judiciais, invocam não somente essas regras em negrito, como também outros tipos de padrões que denominei de princípios jurídicos, como, por exemplo, o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos. Esse fato coloca o positivista diante da seguinte difícil escolha. Ele poderá tentar mos-

1. Ver pp. 16 ss.