

Levando os direitos a
sério Ronald Dworkin



LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

Ronald Dworkin

Tradução
NELSON BOEIRA

Martins Fontes
São Paulo 2002

*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.*

1ª edição
agosto de 2002

Tradução
NELSON BOEIRA

Revisão da tradução
Silvana Vieira

Revisão gráfica
Ana Luíza França
Célia Regina Camargo
Maria Regina Ribeiro Machado

Produção gráfica
Geraldo Alves

Paginação/Fotolitos
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

1. Direito – Filosofia 2. Direitos políticos 3. Jurisprudência 4. Posi-
tivismismo jurídico I. Título. II. Série.

02-3662

CDU-340.12

Índices para catálogo sistemático:

1. 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

Índice

<i>Introdução</i>	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>	447
<i>Índice de nomes e assuntos</i>	565

tese defendida por Hart em *The Concept of Law* (O conceito de direito)⁸, uma tese que pertence tanto à filosofia moral como à filosofia do direito. Na sua versão mais forte, ela sustenta que não podem existir direitos e deveres de qualquer tipo, a não ser em virtude de uma prática social uniforme que reconhece tais direitos e deveres. Se é assim e o direito é, como suponho, uma questão de direitos e deveres e não simplesmente de exercício do poder discricionário de autoridades públicas, então deve haver um teste para o direito, comumente aceito, na forma de uma prática social uniforme. Nesse caso, meu argumento deve estar errado.

Na primeira seção deste ensaio, desenvolverei essa tese poderosa, fazendo especial referência ao dever dos juizes de aplicar certos padrões particulares como fazendo parte do direito. Argumentarei, em seguida, que essa tese deve ser rejeitada. Nas seções remanescentes, em alguns momentos, remodelarei meus argumentos originais para mostrar por que eles dependem da rejeição dessa tese.

1. Regras sociais

Começarei chamando atenção para uma distinção importante entre dois dos vários tipos de conceitos que utilizamos quando discutimos o nosso próprio comportamento ou o alheio. Às vezes dizemos que, de um modo geral, considerados todos os aspectos de uma situação, alguém “deve” (*ought*) ou “não deve” (*ought not*) fazer algo. Em outras ocasiões, dizemos que alguém tem uma “obrigação” (*has an obligation to*) ou um “dever” (*has a duty to*) de fazer algo, ou que “não temos o direito” (*no right*) de fazê-lo*. Esses são tipos distintos de juízos:

8. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, pp. 79-88 (1961).

* A distinção entre diferentes sentidos de obrigação, aqui desenhados, está no cerne do argumento desenvolvido por Dworkin neste capítulo. Os verbos modais ingleses, que expressam necessidade, recomendação, proibi-

uma coisa é, por exemplo, simplesmente dizer que alguém deve (*ought to*) contribuir para uma instituição de caridade determinada e outra, completamente diferente, dizer que ela tem o dever (*has a duty to*) de fazer caridade. Uma coisa é dizer a uma pessoa apenas que ela não deve (*ought not*) tomar bebidas alcoólicas ou fumar maconha; outra coisa, completamente diferente, é dizer-lhe que não tem o direito (*has no right to do*) de fazer isso. É fácil pensar em casos nos quais deveríamos (*should*) estar preparados para fazer a primeira e a terceira dessas alegações, mas não a segunda e a quarta.

Além disso, em casos particulares tudo pode depender de qual das alegações sentimos como realmente justificada. Juízos de dever são em geral mais fortes do que aqueles que simplesmente nos recomendam o que fazer (*what one ought to do*). Podemos exigir obediência a uma obrigação ou a um dever e, algumas vezes, propor uma sanção por falta de obediência, mas nem as exigências, nem as sanções são apropriadas quando se trata apenas de uma questão do que devemos (*ought*), de maneira geral, fazer. A questão de saber quando as alegações de obrigação ou dever são apropriadas, enquanto distintas de tais

ção, dever, etc., cobrem uma gama de nuances que não encontra correspondência exata na língua portuguesa, tornando impossível uma tradução que capture adequadamente a sutileza das distinções sugeridas. Assim, neste livro, com frequência, somos obrigados, por exemplo, a traduzir verbos e expressões verbais tão distintas como “*I should*”, “*I must*”, “*I ought to*” e “*I have the duty to*” por “*eu devo*” ou “*eu tenho o dever de*”. No contexto da argumentação de Dworkin, “*must*” expressa uma obrigação com caráter de necessidade externamente determinada, não vinculada a uma obrigação subjetiva, “*ought*” indica uma obrigação subjetiva de natureza moral, que contém igualmente o elemento da recomendação, enquanto “*have to*” sugere a existência de uma autoridade externa que é fonte de dever (e nesse sentido aproxima-se de “*must*”). Dworkin utiliza a oposição entre “*ought to*” e “*have a duty to*” para estabelecer a diferença entre obrigação moral e obrigação jurídica. Contudo, para o autor não basta distinguir entre obrigação moral e jurídica; dado que os princípios jurídicos (no sentido de Dworkin) invocam prescrições morais, torna-se necessário distinguir ainda entre o peso moral dessas prescrições e seu peso especificamente jurídico, isto é, sua incidência específica sobre o sistema jurídico e particularmente sobre as decisões judiciais. (N. do T.)

alegações gerais sobre a conduta, é, portanto, uma importante, embora relativamente negligenciada, questão de filosofia moral.

O direito não simplesmente enuncia o que os cidadãos particulares devem ou não devem fazer (*ought or ought not to do*). Além disso, o direito não aconselha meramente os juizes e outras autoridades sobre as decisões que devem (*ought to*) tomar; determina que eles têm um dever (*have a duty to*) de reconhecer e fazer vigorar certos padrões. Pode ser que, em alguns casos, o juiz não tenha o dever (*has no duty to*) de decidir de um modo ou de outro; nesse tipo de caso, devemos nos dar por satisfeitos em falar sobre o que ele deve (*ought to do*) fazer. Isso, suponho, é o que está implícito quando dizemos que, em um caso como este, o juiz tem “poder discricionário”. Porém, todo filósofo do direito, com exceção dos representantes mais extremados do realismo jurídico norte-americano, supõe que, pelo menos em alguns casos, o juiz tem um dever (*has a duty*) de decidir de uma maneira específica, pela expressa razão de que o direito exige tal decisão.

Contudo, para a teoria jurídica é um problema muito difícil explicar por que os juizes têm tais deveres. Suponhamos, por exemplo, que uma lei determine que, na ausência de testamento, o patrimônio de um homem seja herdado por seu parente mais próximo. Os advogados dirão que um juiz tem o dever (*has a duty*) de ordenar que o patrimônio seja distribuído de acordo com essa lei. Mas o que esse dever impõe ao juiz? Podemos dizer que os juizes estão “vinculados” (*bound*) a uma regra geral* no sentido de que devem (*must*) fazer o que estabelece a legislação, mas não é clara qual a origem dessa regra.

* As expressões “*to be bound*” e “*to be obliged*” devem ser distinguidas. Em muitos contextos a diferença existente entre elas é desprezível, mas em outros a tradução de ambas por “*estar obrigado*” apaga uma nuance importante. Em alguns contextos, “*to be bound*” pode ser traduzido com proveito por “*estar vinculado*”. Enquanto “*to be bound*” sublinha a vinculação do agente com a norma jurídica *objetiva* (o conteúdo do dever ou da responsabilidade a que estamos obrigados), “*to be obliged*” sublinha o vínculo *subjetivo* de obrigação com essa norma (o sentimento de que devemos cumpri-la). (N. do T.)

Não podemos dizer que o Poder Legislativo seja, em si mesmo, a fonte da regra segundo a qual os juizes devem (*must*) fazer o que a legislação estabelece, pois esta explicação pressupõe a regra que estamos tentando justificar. Talvez possamos descobrir um documento jurídico básico, como a Constituição, que estabelece, explícita ou implicitamente, que o juiz deve seguir a legislação. Mas o que impõe aos juizes o dever de seguir a Constituição? Não podemos dizer que a Constituição impõe tal dever sem incorrer, da mesma maneira que no caso anterior, em petição de princípio.

Se nos contentássemos simplesmente em dizer que os juizes *devem* (*ought to*) seguir a legislação ou a Constituição, a dificuldade não seria tão séria. Podemos fornecer um sem-número de razões para esta alegação mais limitada; por exemplo, que, considerados todos aspectos, todos estariam em melhores condições a longo prazo, caso os juizes se comportassem dessa forma. Contudo, esse tipo de razão não é persuasiva, se quisermos alegar, como o nosso conceito de direito parece pressupor, que os juizes têm um *dever* (*have a duty*) de seguir o Poder Legislativo ou a Constituição. É necessário, então, que encontremos não apenas razões pelas quais os juizes deveriam assim proceder, mas fundamentos para afirmar a existência desse dever. Isso requer que encaremos a questão de filosofia moral que acabo de mencionar. Em que circunstâncias surgem os deveres e as obrigações?

A resposta de Hart pode ser resumida da seguinte maneira⁹. Os deveres existem quando existem as regras sociais que estabelecem tais deveres. Essas regras sociais existem se as condições para a prática de tais regras estão satisfeitas. Tais condições para a prática estão satisfeitas quando os membros de uma comunidade comportam-se de determinada maneira; esse com-

9. A análise feita por Hart, *loc. cit.*, versa sobre o conceito de "obrigação" (*obligation*). Emprego aqui a palavra "dever" (*duty*) porque é mais comum falar do dever do que da obrigação de um juiz de impor o direito. E também porque Hart pretende que sua análise seja aplicável a ambos os termos; na verdade, ele os usa em um sentido quase intercambiável em *The Concept of Law*. Ver *idem*, pp. 27 e 238.

portamento *constitui* um regra social e impõe um dever. Suponhamos que um grupo de igrejeiros siga a seguinte prática: (a) todo homem tira o seu chapéu antes de entrar na igreja; (b) quando lhe perguntam por que tira o chapéu, ele se refere à “regra” que exige que ele proceda assim; e (c) quando alguém esquece de tirar o chapéu ao entrar na igreja, é criticado e até mesmo punido pelos demais¹⁰. Nessas circunstâncias, de acordo com Hart, as condições para a prática de uma regra que impõe deveres estão satisfeitas. A comunidade “tem” uma regra social que estabelece que os homens não devem usar chapéu na igreja e essa regra social impõe um dever (*a duty*) de não usar chapéu na igreja. Essa regra, ao criar um dever, retira a questão relativa a usar ou não usar chapéu na igreja da esfera mais geral das questões que podemos debater em termos do que é recomendável que façamos (*ought to do*). A existência de uma regra social é, portanto, a existência do dever, é simplesmente uma questão factual.

Hart aplica sua análise à questão do dever judicial. Ele acredita que em todo sistema legal as condições práticas são satisfeitas – através do comportamento dos juízes – por uma regra social que impõe um dever de identificar e aplicar certos padrões como sendo expressão do direito. Se, em uma determinada comunidade, tais funcionários (a) aplicam regularmente, ao tomar suas decisões, as regras estabelecidas pelo Poder Legislativo; (b) justificam essa prática apelando à “regra” segundo a qual os juízes devem seguir as determinações do Poder Legislativo; (c) censuram qualquer autoridade que não siga a regra. Nesse caso, de acordo com a teoria de Hart, pode-se afirmar que essa comunidade tem uma regra social que determina que os juízes devem seguir o Legislativo. Se é assim, então, os juízes em tal comunidade têm um dever (*have a duty*) de proceder desse modo. Se agora perguntarmos por que os juí-

10. Hart usa esse exemplo com um objetivo diferente. Ver Hart, op. cit., p. 121. Formulei este exemplo de modo que a regra social que está em jogo aqui fosse uma regra que impõe uma obrigação (ou um dever), por exemplo, garantindo que as pressões sociais em favor da conformidade sejam rigorosas.

zes têm um dever de seguir as regras sociais, na forma indicada pelas nossas cavilações anteriores, Hart responderá que estamos fazendo a pergunta errada. Faz parte do conceito de um dever, de acordo com a formulação de Hart, que os deveres sejam criados por regras sociais do tipo que ele descreve.

A teoria de Hart, como apresentada até aqui, está aberta a uma objeção que deve ser colocada da seguinte forma. Quando um sociólogo afirma que uma comunidade particular “tem” ou “segue” uma regra específica, como a de não usar chapéu na igreja, pretende apenas descrever o comportamento dessa comunidade a partir de um certo ângulo. Hart quer apenas dizer que os membros dessa comunidade supõem que possuem um determinado dever, mas não que ele, Hart, concorde com isso. Contudo, quando um membro da comunidade apela para uma regra, com o propósito de criticar seu próprio comportamento ou o de outro indivíduo qualquer, é porque pretende não apenas descrever o comportamento de outras pessoas, mas também avaliá-lo. Não quer simplesmente dizer que os outros acreditam que têm um certo dever, mas que eles *realmente* têm esse dever. Devemos, portanto, reconhecer uma distinção entre dois tipos de assertivas, cada uma das quais recorre ao conceito de regra. O sociólogo, podemos dizer, está afirmando a existência de uma regra *social*, mas o igrejaieiro está ratificando uma regra *normativa*. Podemos dizer que a asserção do sociólogo a respeito de uma regra social é verdadeira (ou é afiançada), se um certo estado de coisas factual ocorre, isto é, se a comunidade comporta-se do modo como Hart descreve em seu exemplo. Mas deveríamos dizer que a asserção do igrejaieiro sobre a existência de uma regra normativa é verdadeira (ou afiançada), apenas se um determinado estado de coisas normativo existe, isto é, apenas se indivíduos possuem, de fato, o dever que se supõe que eles tenham, de acordo com o exemplo de Hart. O juiz que julga um processo encontra-se na posição do igrejaieiro, não na do sociólogo. Ele não se propõe a simplesmente declarar, como dado frio, que os juízes acreditam ter o dever de seguir o que foi estabelecido pelo Legislativo. Ele quer dizer que eles realmente possuem um tal dever e cita esse de-

ver – e não as crenças dos outros – como justificativa para sua própria decisão. Se é assim, a regra social não pode, sem mais, ser a fonte do dever, como Hart acredita que seja.

Hart antecipa essa objeção com um argumento que está no cerne de sua teoria. Reconhece a distinção que estabeleci entre as asserções a respeito da de uma “regra social” e as asserções a respeito de uma “regra normativa”, embora ele não empregue esses termos. Contudo, ele nega, ao menos no que concerne aos casos que discute, que esses dois tipos de asserções possam representar dois tipos diferentes de regras. Em vez disso, ele nos convida a distinguir a *existência* de uma regra e sua *aceitação* por membros individuais da comunidade em questão. Quando o sociólogo afirma a existência de uma regra social, ele simplesmente afirma a sua existência: declara apenas que as condições práticas para o emprego de tal regra foram atendidas. Quando o igrejeiro afirma a existência de uma regra social, ele também alega que tais condições práticas foram atendidas, mas, *além disso*, manifesta sua *aceitação* da regra como um padrão para guiar sua própria conduta e para julgar a conduta de outras pessoas. Ele identifica uma prática social e indica sua disposição de ajustar seu comportamento a ela. No entanto, nos dois casos existe a referência a uma regra – a mesma regra – isto é, a regra que é constituída pela prática social em questão.

A diferença entre uma declaração sobre uma regra social e uma declaração sobre uma regra normativa não se constitui, então, em uma diferença relativa ao tipo de regra afirmada por cada uma das declarações. É antes uma diferença na atitude diante da regra social afirmada pela declaração. Quando um juiz invoca a regra segundo a qual tudo o que o Legislativo promulga é considerado como fazendo parte do direito, ele está assumindo um ponto de vista interno diante de uma regra social; o que ele diz é verdadeiro, porque existe uma prática social com esse sentido, mas ele vai além do simples afirmar que assim ocorre. Ele assinala a sua disposição de considerar a prática social como uma justificativa para sua conformidade com a regra.

Dessa forma, Hart antecipa tanto uma teoria geral sobre os conceitos de obrigação e dever como uma aplicação específica dessa teoria ao dever dos juizes de aplicar a lei. Com vista ao equilíbrio dessa seção inicial, preocupar-me-ei em criticar a teoria geral, que chamarei de teoria da regra social, distinguindo entre suas versões forte e fraca. Na versão forte, toda vez que alguém afirma a existência de um dever, ele deve ser entendido como pressupondo a existência de uma regra social e a aceitação da prática social que tal regra descreve. Assim, se eu disser que os homens têm o dever de não mentir, devo querer dizer, pelo menos, que existe uma regra social nesse sentido; se ela não existir, minha afirmação será falsa. Na versão mais fraca, apenas *às vezes* ocorre o caso em que alguém, que afirma a existência de um dever, deva ser entendido como pressupondo a existência de uma regra social que estipula tal dever. Por exemplo, pode ocorrer que um igrejaieiro que diz que os homens devem tirar o chapéu ao entrar na igreja deva ser entendido dessa maneira, mas disso não se segue que um homem que afirme a existência do dever de não mentir deva ser entendido da mesma maneira. Ele pode estar afirmando a existência de um dever que, na verdade, não depende da existência de uma regra social.

Hart não torna perfeitamente claro, nas páginas relevantes de *The Concept of Law*, qual versão se propõe a adotar, embora muito do que diz sugira que se trata da versão forte. Porém, a aplicação de sua teoria geral ao problema do dever judicial depende, obviamente, de qual versão ele se propõe a defender. Se a versão forte estiver certa, os juizes que falam de um dever fundamental de tratar os ditames do Legislativo como direito devem, por exemplo, pressupor a existência de uma regra social nesse sentido. Mas, se a versão mais fraca da teoria social for válida, pode ocorrer que simplesmente não exista uma regra social e que, então, seja necessária uma argumentação adicional para mostrar que de fato é assim mesmo.

A versão forte da teoria não pode ser correta caso se proponha a explicar todos os casos nos quais as pessoas invocam deveres, ou mesmo todos os casos nos quais invocam regras

com a fonte de deveres. A teoria deve admitir que há algumas asserções sobre uma regra normativa que não podem ser explicadas como uma invocação de uma regra social, pela razão de que não existe uma regra social correspondente. Um vegetariano pode dizer, por exemplo, que não temos o direito de matar animais para nossa alimentação, em razão da regra moral fundamental segundo a qual é sempre errado eliminar qualquer forma de vida, em quaisquer circunstâncias. Obviamente, não existe regra social nesse sentido: o vegetariano admitirá que atualmente são muito poucos os homens que reconhecem tal regra ou tal dever e na verdade é disso que ele se queixa.

Contudo, a teoria poderia argumentar que este uso dos conceitos de regra e de dever designa um caso específico e que na realidade esse uso diz respeito a um tipo particular de prática moral que é parasitário da prática padrão que a teoria pretende explicar. Nessa formulação, o vegetariano deve ser entendido como se estivesse dizendo, não que os homens e as mulheres têm, presentemente, um dever de não eliminar vidas, mas que, dado que existem fortes razões para se afirmar que *não é recomendável (one ought not)* tirar uma vida, devemos (*ought to*) supor que existe uma regra social nesse sentido. Seu apelo “à regra” pode sugerir que alguma regra desse tipo já existe, mas esta sugestão é uma espécie de figura de linguagem, uma tentativa de sua parte de capturar a força imperativa das regras sociais e estender essa força à sua própria alegação, que é de tipo muito diferente.

Essa defesa, porém desqualifica a alegação do vegetariano. Ele quer dizer não somente que é desejável que a sociedade rearranje suas instituições de forma que nenhum indivíduo venha jamais a ter o direito de tirar vidas, mas que, na verdade, nas condições presentes, ninguém possui esse direito em circunstância alguma. Na verdade, ele vai querer defender enfaticamente a existência de um dever moral de respeitar a vida como uma razão para que a sociedade tenha uma regra social nesse sentido. A versão forte da teoria da regra social não lhe permite apresentar esse argumento. Assim, essa teoria pode conciliar suas afirmações apenas insistindo para que ele diga algo que não quer dizer.

Portanto, para que a teoria da regra social possa ser considerada plausível, será preciso enfraquecê-la pelo menos a esse ponto. Ela deve procurar explicar o que se entende por uma invocação ao dever (ou por uma asserção de uma regra normativa de dever) em um único tipo de caso, a saber, quando, de um modo geral, a comunidade concorda que algum dever como esse existe. Nesse caso, a teoria não se aplicaria ao caso do vegetariano, mas se aplicaria ao caso do igrejeiro. Esse enfraquecimento não afetaria muito a aplicação da teoria ao problema do dever judicial, pois os juízes realmente parecem seguir as mesmas regras quando decidem o que reconhecer como o direito que estão obrigados a fazer cumprir.

Mas teoria não é plausível nem mesmo em sua forma atenuada, pois mostra-se incapaz de reconhecer a importante distinção entre dois tipos de moralidade social, que podemos chamar de moralidade *concorrente* e moralidade *convencional*. Uma comunidade exhibe uma moralidade concorrente quando seus membros estão de acordo quanto a afirmar a existência da mesma – ou quase a mesma – regra normativa, mas não consideram o fato desse acordo como parte essencial das razões que os levam a afirmar a existência dessa regra. Uma comunidade exhibe uma moralidade convencional quando leva em conta o fato do acordo. Se os igrejeiros acreditam que todo homem tem um dever de tirar seu chapéu na igreja, mas que não teria tal dever se não houvesse uma prática social que determinasse isso, então estamos diante de um caso de moralidade convencional. Se também acreditam que todo homem tem um dever de não mentir e que teria esse dever mesmo que a maioria dos homens mentisse, estamos diante de uma moralidade concorrente.

A teoria da regra social deve ser atenuada para que se possa aplicá-la apenas aos casos de moralidade convencional. Nos casos de moralidade concorrente, como o da mentira, as condições para a prática descritas por Hart estão satisfeitas. Em geral, as pessoas não mentem; citam “a regra” de que mentir é errado como uma justificativa de seu comportamento e condenam aqueles que mentem. De acordo com a teoria de Hart, uma regra social se constituiria a partir desse comportamento e

um sociólogo estaria justificado em afirmar que a comunidade “tem uma regra” contra mentir. Mas a alegação feita pelos membros da comunidade, quando falam de um dever de não mentir, ficaria distorcida se supuséssemos que eles estão *invocando* aquela regra social, ou se supuséssemos que eles consideram a existência dessa regra como indispensável para sustentar sua alegação. Ao contrário, como este é um caso de moralidade concorrente, o fato é que eles não fazem nenhuma dessas duas coisas. Assim, a teoria da regra social deve ficar confinada à moralidade convencional.

Esse abrandamento adicional da teoria poderia muito bem reduzir seu impacto sobre o problema do dever judicial. É possível que ao menos uma parte daquilo que os juízes acreditam que devem fazer (*must do*) represente antes a moralidade concorrente do que a moralidade convencional. Muitos juízes, por exemplo, podem acreditar que têm um dever de fazer cumprir as decisões de um Legislativo democraticamente eleito, com base em princípios políticos que eles aceitam como dotados de mérito independente e não simplesmente porque outros juízes e autoridades também os aceitam. Por outro lado, é plausível supor que não é isso que acontece e que, nos sistemas jurídicos típicos, pelo menos a maioria dos juízes consideraria alguma prática judicial geral como uma parte essencial do argumento em favor de qualquer alegação a respeito de seus deveres judiciais.

Entretanto, a teoria da regra social não é nem mesmo um exemplo adequado da moralidade convencional. Não é um exemplo adequado porque não pode explicar o fato de que, mesmo quando as pessoas consideram uma prática social como uma parcela necessária das razões para se afirmar a existência de um dever, elas podem, ainda assim, divergir quanto à abrangência desse dever. Suponhamos, por exemplo, que os membros da comunidade que “tem a regra” segundo a qual os homens não devem usar chapéu na igreja, estejam divididos quanto à questão de se “essa” regra aplica-se aos bebês do sexo masculino que usam gorros. Cada lado acredita que sua concepção acerca dos deveres dos bebês ou de seus pais é a melhor, mas nenhuma das concepções pode ser representada como se fosse

baseada em uma regra social, pois não há nenhuma regra social que se aplique ao caso.

A descrição de Hart sobre as condições para a prática das regras sociais é explícita neste ponto: uma regra é constituída pelo comportamento em conformidade com ela, por parte da maioria da população. Hart, sem dúvida, considera como comportamento em conformidade com a regra aquele comportamento que todos concordam seja o exigido em determinado caso, mesmo quando tal caso não tenha ocorrido. Desse modo, a regra social “abrangeria” o caso de um homem ruivo, mesmo que a comunidade ainda não contasse com um. Porém, se a metade dos igrejeiros crê que os bebês devem tirar seus gorros e a outra metade não admite tal exigência, que regra social esse tipo de comportamento constitui? Não podemos dizer que constitua nem uma regra social que estabelece que os bebês devem tirar seus gorros nem uma regra social que estabelece que eles não têm esse dever.

Podemos ser tentados a que a regra social que proíbe os homens de usar chapéu na igreja é “incerta” no tocante aos bebês. Mas isso implica uma confusão do tipo que se pretende evitar com a teoria da regra social. Não podemos dizer que a regra social é incerta quando todos os fatos sobre o comportamento são conhecidos, como neste caso, porque isso violaria a tese de que as regras sociais são constituídas pelo comportamento. Podemos dizer que uma regra social sobre o uso de chapéus na igreja é incerta quando os fatos sobre o que as pessoas fizeram e pensaram ainda não foram reunidos ou, talvez, se a questão dos bebês ainda não tiver sido levantada, de tal modo que não se saiba se a maioria da comunidade tem ou não a mesma opinião. Contudo, nada que se assemelhe a esse tipo de incerteza está presente aqui; a questão já se colocou e sabemos que os membros da comunidade não estão de acordo. Assim, neste caso, devemos dizer não que a regra social referente ao uso do chapéu na igreja seja incerta, mas que a única regra social constituída pelo comportamento da comunidade é a regra que proíbe os adultos de usarem chapéu na igreja. A existência dessa regra é certa e é igualmente certo que não existe regra social alguma que diga respeito à questão dos bebês.

Tudo isso, porém, parece ser fatal para a teoria da regra social, pela seguinte razão: quando as pessoas afirmam a existência de regras normativas, mesmo no caso da moralidade convencional, elas tipicamente afirmam que as regras diferem quanto ao seu alcance ou seus detalhes ou, de qualquer modo, que se diferenciariam caso cada pessoa articulasse sua regra de maneira mais detalhada. Contudo, duas pessoas cujas regras diferem, ou difeririam, caso fossem elaboradas, não podem estar invocando a mesma regra social e, pelo menos uma delas, certamente não está invocando regra social nenhuma. Assim ocorre, mesmo que elas estejam de acordo na maioria das questões em que surgem ou podem surgir, quando as regras que elas endossam estiverem em jogo. Desse modo, para que possa sobreviver, a teoria da regra social precisa ser atenuada de uma forma inaceitável. Só será aplicável nos casos em que, como o de alguns jogos, os participantes aceitam que, se um dever é controverso, não é de forma alguma um dever. Nesse caso, a teoria não se aplica aos deveres judiciais.

A teoria pode tentar evitar tal conclusão de diferentes maneiras. Inicialmente, podemos argumentar que, quando, em um caso controverso, uma pessoa invoca uma regra, o que ela diz deve ser entendido como tendo duas partes: a primeira é a identificação da regra social que representa um acordo dentro da comunidade (os adultos não devem usar chapéus na igreja); a segunda, a recomendação insistente para que essa regra estenda sua obrigatoriedade (*ought to be extended*) a outros casos controversos (os bebês na igreja). Em outras palavras, a teoria pode adotar a mesma linha com relação a todas as invocações controversas de regras, tal como sugeri no caso do vegetariano. Mas a objeção que fiz ao discutir o caso do vegetariano poderia então ser apresentada com muito mais força, como uma crítica geral da teoria como um todo. As pessoas – pelo menos aquelas que vivem fora dos textos filosóficos – na maior parte das vezes invocam padrões morais em circunstâncias nas quais há controvérsia. Quando fazem isso, querem dizer não que a regra deva aplicar-se ao caso em questão, seja o que for que isso possa significar, mas sim que o padrão realmente se

aplica; não que as pessoas devam (*ought to*) ter os deveres e as responsabilidades que a regra prescreve, mas que elas de fato os têm (*have*). A teoria pode sustentar que todas essas alegações são usos especiais e parasitários do conceito de dever; se o fizer, sua própria aplicação ficará limitada ao trivial.

Alternativamente, a teoria pode ser defendida de uma maneira muito diferente: mudando o conceito de regra social que emprega. Isso pode ser feito concentrando-se no fato de que, pelo menos nos casos da moralidade convencional, é comum que certas formulações verbais de uma regra sejam padronizadas, como na fórmula “os homens devem tirar o chapéu na igreja”. De acordo com o conceito revisado, uma regra social existe quando uma comunidade aceita uma determinada formulação verbal de seus deveres e usa essa formulação como diretriz para sua conduta e sua crítica. Pode-se então dizer que a regra é “incerta”, na medida em que a comunidade diverge quanto à aplicação apropriada de um ou mais termos da formulação padrão, desde que se concorde que os casos controversos sejam decididos com base em uma ou outra interpretação desses termos. A revisão oferece uma resposta ao argumento que apresentei. Os igrejeiros aceitam uma única regra social no que se refere à responsabilidade de não usar chapéu na igreja, isto é, a regra segundo a qual os homens devem tirar o chapéu ao entrar na igreja. Mas esta regra é incerta, pois há divergências quanto a se “homens” inclui “bebês do sexo masculino” e se “chapéu” inclui “gorro”.

Mas esta revisão do conceito dá um peso excessivo ao fato contingente de se os membros da comunidade em questão são capazes de circunscrever, ou se realmente circunscrevem, suas divergências acerca de deveres como desacordos na interpretação de alguma palavra-chave da formulação verbal particular que se tornou popular. Os igrejeiros conseguem expressar sua divergência desse modo, mas isso não significa que todos o farão. A formulação verbal da regra pode ser diferente sem que os fatos sociais subjacentes também o sejam, como no caso em que as pessoas têm o hábito de dizer que somente as mulheres podem cobrir a cabeça na igreja. Nesse caso, a divergência tem

que ser expressa não como um desacordo quanto a se “mulheres” inclui “bebês do sexo masculino”, mas se a versão popular é uma formulação correta da regra normativa correta.

Além disso, a teoria perde a maior parte de seu poder explicativo original se for revisada dessa maneira. Tal como originalmente apresentada, ela capturava, ainda que de maneira equivocada, um fato importante, isto é, que a prática social desempenha um papel fundamental na justificação de pelo menos algumas de nossas alegações normativas acerca da responsabilidade ou do dever individual. O que conta, porém, são os fatos de uma prática consistente; não os acidentes do comportamento verbal. Nossas práticas morais não são exercícios de interpretação das leis.

Por fim, a teoria da regra social pode conservar a definição original de regra social oferecida por Hart – uma descrição de uma prática uniforme –, mas recuar de outra maneira e reduzir suas perdas. Pode renunciar à alegação de que as regras sociais sempre estabelecem o *limite* dos deveres de um homem, mas manter a idéia de que estabelecem o seu *limiar*. A função das regras sociais na moralidade pode, então, ser assim expressa: as regras sociais distinguem o que está estabelecido por meio dos deveres, não simplesmente no sentido factual de que elas descrevem uma área de consenso, mas no sentido conceitual de que, quando tal consenso existe, é inegável que os membros dessa comunidade têm pelo menos os deveres que ela adota, embora eles possam – e talvez com propriedade – recusar-se a honrar esses deveres. Mas a regra social não estabelece que os indivíduos não têm direitos ou deveres além do expresso em seus termos, mesmo na esfera da moralidade convencional. O fato de que a regra social não seja aplicável a certos casos, como o dos bebês na igreja, significa, nesse caso, que alguém que afirme que a existência de um dever deve apoiar-se em argumentos que ultrapassam um simples apelo à prática.

Se a teoria da regra social for revista dessa maneira, não mais sustentará a tese de Hart sobre uma regra social de reconhecimento: não da maneira que o faz a teoria original, por mim descrita. Se é possível que os juízes tenham o dever de

decidir um caso de maneira específica, embora nenhuma regra social imponha tal alegação de Hart de que a prática social dá conta de todos os deveres de um juiz cai por terra. Gostaria de assinalar, no entanto, a fragilidade que se mantém mesmo nessa forma revista da teoria da regra social. Dizer que uma regra social estipula o nível mínimo de direitos e deveres é algo que não se ajusta à nossa prática moral. É geralmente reconhecido, até mesmo como uma característica da moral convencional, que as práticas não têm propósito, que em princípio são inconsistentes com outros requisitos da moralidade e que não impõem deveres, embora, sem dúvida, quando uma regra social existe, apenas uma pequena minoria pensará que essa condição de fato se aplica. Por exemplo, quando existia uma regra social que estipulava que os homens prestassem certas cortesias formais às mulheres, a maior parte das pessoas dizia que as mulheres tinham um direito a elas; mas qualquer pessoa, de qualquer sexo, que considerasse essas cortesias um insulto não concordaria com isso.

Esse fato acerca da moralidade convencional, que a teoria da regra social ignora, é de grande importância, porque leva a um entendimento da conexão entre prática social e juízos normativos que é melhor do que o proporcionado por aquela teoria. É verdade que os juízos normativos freqüentemente supõem uma prática social como uma parte essencial do argumento em favor desse juízo; como afirmei, esta é a marca registrada da moralidade convencional. No entanto, a teoria da regra social concebe de maneira equivocada essa conexão. Ela acredita que a prática social *constitui* uma regra que o juízo normativo aceita; na verdade, a prática social ajuda a *justificar* uma regra que é expressa pelo juízo normativo. A existência da prática de tirar o chapéu na igreja justifica que se afirme a existência de uma regra normativa nesse sentido – não porque a prática constitua uma regra que o juízo normativo descreva e endosse, mas porque a prática cria formas de ofender e dá origem a expectativas do tipo que fornece boas razões para sustentar a existência de um dever de tirar o chapéu na igreja, ou sustentar a existência de uma regra normativa que afirme esse dever.

A teoria da regra social fracassa porque insiste em que uma prática deve, de algum modo, ter o mesmo *conteúdo* que a regra que os indivíduos sustentam em seu nome. Contudo, se supusermos simplesmente que uma prática pode justificar uma regra, então a regra assim justificada pode ou não ter o mesmo conteúdo que a prática; pode ficar aquém da prática ou ir além dela. Se examinarmos a relação entre a prática social e as pretensões normativas deste ângulo, então poderemos facilmente dar conta daquilo que a teoria da regra social luta para explicar. Se alguém considera uma prática social sem sentido, tola ou insultuosa, ele poderá acreditar que nem mesmo em princípio ela justifica afirmar a existência de quaisquer deveres ou regras normativas de conduta. E nesse caso tal pessoa dirá não que a regra lhe impõe um dever que ela rejeita, mas que, apesar do que os outros pensam, não lhe impõe nenhuma dever.

Além disso, se uma comunidade possui uma prática particular, como a prática de não usar chapéu na igreja, então será provável, mais do que surpreendente, que os seus membros sustentem diferentes regras normativas, cada uma delas supostamente justificada por essa prática. Eles discordarão quanto a se os bebês devem ou não usar gorro, pois divergirão se, uma vez considerados todos os aspectos, o fato da prática justifica a afirmação daquele dever. Alguns podem pensar que a prática justifica aquele dever, porque pensam que a prática como um todo institui uma forma de insulto ou desrespeito que pode ser cometida pelos pais de uma criança. Outros podem discordar, por diversas razões. É verdade que eles expressarão sua discordância, mesmo neste caso trivial, como uma discordância sobre as exigências da “regra” relativa ao uso de chapéu nas igrejas. Mas a referência não será à regra que é constituída pelo comportamento comum, isto é, uma regra social, mas à regra que é justificada pelo comportamento comum, isto é, uma regra normativa. Eles discordam precisamente sobre o que é *essa* regra.

É possível que o dever judicial seja um caso de moralidade convencional. Disso não se segue que alguma regra social estabeleça o limite, ou mesmo o limiar, do dever judicial. Por

exemplo, quando os juizes citam a regra segundo a qual eles devem (*must*) seguir o que determina o Legislativo, eles podem estar invocando uma regra normativa que é justificada por alguma prática. Podem também discordar quanto ao conteúdo preciso dessa regra normativa, de uma maneira que não representa apenas um desacordo sobre os fatos relativos ao comportamento de outros juizes. O positivista talvez tenha razão, mas deve argumentar em favor de sua posição sem recorrer ao atalho que a teoria da regra social tenta criar.

2. Estou realmente em desacordo com Hart?

Sugeriu-se que minha divergência com o positivismo, pelo menos na forma em que ele é apresentado por Hart, não é realmente tão ampla quanto eu aleguei. Talvez eu tenha mostrado que uma apresentação sensata do direito reserva um lugar tanto para princípios como para regras. Mas nada na teoria de Hart parece negar isso. É verdade que ele fala apenas a respeito de regras, mas não define “regra” da maneira limitada que defino esse termo no capítulo 2. Portanto, ele pode ser entendido, quando fala de regras, como se elas incluíssem tanto princípios como regras em um sentido restrito. Talvez eu tenha mostrado que qualquer teste fundamental para o direito, se pretender incluir tanto princípios como regras, deve ser mais complexo do que os exemplos que Hart oferece como espécimes de uma regra de reconhecimento. Mas Hart diz que a regra de reconhecimento pode ser complexa; que, na verdade, pode ser composta por vários critérios ordenados hierarquicamente. Seus exemplos simples – como a regra segundo a qual o que a Rainha sanciona no Parlamento é lei – não pretendem ser mais que exemplos.

Onde está, portanto, a divergência? É verdade que o capítulo 2 parece negar a tese de Hart de que todo o sistema jurídico dispõe de um teste fundamental para identificar o direito, na forma da regra de reconhecimento. Mas, como mostra o professor Sartorius, não posso realmente querer afirmar a existên-

cia de um sistema jurídico que não tenha um teste fundamental para identificar as regras e os princípios do direito¹¹. Faz parte do meu argumento que alguns princípios devam ser considerados como direito e, portanto, estejam presentes em argumentos judiciais, enquanto outros não. Se isso é verdade, deve haver alguma espécie de teste que possa ser usada para distinguir entre uns e outros. Assim, é preciso entender minha declaração de que não existe tal regra fundamental que signifique simplesmente que o teste fundamental deve ser demasiadamente complexo para que se possa enunciá-lo na forma de uma simples regra. Uma vez que Hart nunca afirmou que a regra fundamental deve ser simples, este ponto de divergência tem importância limitada.

Esta é a formulação da primeira das objeções que desejo examinar. Quando escrevi o capítulo 2, pensei que a tese positivista – em todos os sistemas jurídicos existe um teste fundamental para determinar o que faz parte do direito – fosse suficientemente clara a ponto de exigir muito pouca elaboração. Pensei que quaisquer ambigüidades poderiam ser resolvidas se usássemos como exemplo a cuidadosa formulação dessa tese feita pelo professor Hart. A objeção que há pouco descrevi convince-me de que eu estava errado nesse ponto. Tentarei agora reparar os danos enunciando mais claramente qual é, a meu ver, a verdadeira natureza da alegação positivista e como ela difere das alegações que eu mesmo pretendo fazer.

Começarei pela apresentação de três teses distintas, cada uma delas relacionada com a idéia de um teste fundamental para o direito. Ao descrever essas diferentes teses, recorrerei à distinção que estabeleci na seção anterior: a distinção entre, de um lado, descrever o comportamento social através do conceito de uma regra social e, de outro, sustentar uma posição normativa através do conceito de regra normativa. (i) A primeira tese sustenta que, em todos os países que têm um sistema jurídico desenvolvido, existe, na comunidade de seus juizes e autoridades judiciárias, alguma regra *social* ou conjunto de re-

11. Sartorius, op. cit., p. 155.

gras que determinam os limites do dever, por parte do juiz, de reconhecer qualquer outra regra ou princípio como direito. A tese seria válida na Inglaterra, por exemplo, se, enquanto grupo, os juizes ingleses reconhecessem o dever de levar em consideração, quando da determinação de direitos e obrigações jurídicas, apenas regras e princípios promulgados pelo Parlamento, formulados nas decisões judiciais ou estabelecidos a partir de um costume muito antigo. E reconhecessem ainda, enquanto grupo, que não têm o dever de levar em consideração nada além disso. Hart adianta essa primeira tese; na verdade, sua teoria de que uma regra social de reconhecimento existe em todos os sistemas jurídicos pode ser vista como uma de suas mais importantes contribuições à tradição positivista. (ii) A segunda tese sustenta que, em todos os sistemas jurídicos, uma regra ou um princípio *normativo* específico, ou um conjunto complexo deles, constitui o padrão adequado a ser utilizado pelos juizes para a identificação de normas ou princípios de direito mais particulares. Alguém que aceite a segunda tese poderia acreditar, por exemplo, que na Inglaterra os juizes têm o dever de reconhecer como direito somente leis escritas, procedentes e costumes bem definidos, pouco importando se é dessa forma ou não que os juizes chegam às suas decisões. (iii) A terceira tese sustenta que, em todos os sistemas jurídicos, a maioria dos juizes aceita *alguma* regra ou teoria normativa que rege seu dever de levar em consideração outros padrões como sendo padrões jurídicos. Essa tese sustenta que, se alguém estudar os tipos de decisões de diferentes juizes ingleses, descobrirá que cada um deles, mais ou menos conscientemente, segue uma determinada regra que especifica certas fontes exclusivas de direito ou uma teoria mais complexa que estipula como o direito pode ser identificado. De tal tese não se segue, ainda que possa ser verdadeiro, que a maioria dos juizes ingleses segue a *mesma* regra ou teoria: se eles seguissem, então a primeira tese também seria verdadeira, pelo menos para a Inglaterra, mas não inversamente.

Minha divergência com Hart diz respeito à primeira dessas três teses. Ele a propõe e eu a nego. A questão é importan-

te; dela depende a idéia ortodoxa de que os padrões jurídicos podem, em princípio e como grupo, ser distinguidos de padrões morais e políticos. Se a primeira tese for correta, existe realmente em todo sistema jurídico algum teste de direito comumente aceito, na forma de uma regra social, e isto é suficiente para distinguir regras e princípios morais de regras e princípios jurídicos. Mas se a primeira tese é falsa, tal teste não existe.

Não é suficiente que alguma versão da segunda ou da terceira tese seja bem fundada. Suponhamos que eu aceite uma teoria normativa do direito, do tipo contemplado pela segunda tese. Se não for compartilhada por mais ninguém, minha teoria incluirá disposições controvertidas; pode incluir, por exemplo, uma teoria controvertida sobre o precedente, que sustente que os tribunais devem atribuir mais peso aos precedentes recentes do que aos mais antigos. Eu seria instado, então, a sustentar a alegação de que minha concepção de precedente exprime corretamente o dever de um juiz, e isso eu somente poderia fazer apresentando uma nova teoria sobre o sentido ou o valor da instituição do precedente. Minha defesa dessa nova teoria dependeria, sem dúvida, de princípios controvertidos de moralidade política – por exemplo, princípios relativos ao lugar apropriado para o Poder Judiciário em uma democracia. É exatamente esse tipo de dependência que o positivismo mais se preocupa em negar.

As distinções que estabeleci entre essas três teses distintas mostram por que a objeção de Sartorius erra o alvo. Para ele, se eu disser que os juízes têm o dever de usar alguns princípios, mas não outros, ou de atribuir a um princípio um determinado peso, mas não mais do que esse peso, segue-se daí que estou comprometido com a idéia de que existe um teste fundamental para o direito. O que realmente se segue é que fico comprometido com alguma versão da segunda tese, a saber, que é possível fazer uma defesa persuasiva em apoio a uma teoria em vez de outra, a respeito de como os juízes devem (*must*) decidir nos casos difíceis. Mas não se segue que eu deva aceitar a primeira tese – aquela segundo a qual existe, entre os juízes, uma regra social que decide a questão. Essa é a tese Hart, mas não é e nem precisa ser a minha.

Contudo, uma característica da teoria de Hart sugere que eu lhe atribuo uma teoria excessivamente rígida. Ele tem o cuidado de dizer que uma regra social de reconhecimento pode ser incerta em alguns casos, ou seja, incapaz de resolver todos os problemas que podem surgir a respeito do que deve contar como direito¹². Para que tal regra exista, é suficiente que resolva a maioria desses problemas. Hart dá o seguinte exemplo. Não há dúvida, diz ele, de que menos parte da regra de reconhecimento inglesa consiste em considerar como parte do direito o que quer que seja promulgado pelo Parlamento. Não obstante isso, é incerto se o Parlamento possui no momento o poder de criar obrigações vinculantes para os parlamentos futuros. Esse seria o caso, por exemplo, se o Parlamento adotasse uma regra jurídica específica e, em seguida, declarasse irrevogáveis tanto essa regra e a cláusula de irrevogabilidade conexa, determinando que nenhuma delas poderia ser revogada, exceto por uma maioria de dois terços. Se isso acontecesse, é bem provável que os juízes se dividissem quanto às conseqüências jurídicas de uma tentativa, por parte de um futuro Parlamento, de revogar essas regras por maioria simples. Se os juízes se dividissem desse modo, isso mostraria que, nesse ponto, a regra de reconhecimento é incerta. Então a questão poderia ser resolvida e a regra de reconhecimento aclarada, desde que algum tribunal tomasse uma decisão em favor de uma ou outra posição e mostrasse ter o poder político de fazer valer sua decisão.

Pode parecer, portanto, que Hart não está comprometido com a noção de que em todo sistema jurídico existe alguma regra social que resolve todos os problemas a respeito de que padrões contam como direito. Ele pode dizer que, para estabelecer a primeira tese, é suficiente tratar uma regra social como se ela *regesse* todas as decisões jurídicas – ainda que esta regra não seja tão precisa, a ponto de excluir disputa a respeito do que ela determina. Hart pode então acrescentar que, quando os juízes estão realmente divididos (como estariam no caso da

12. Hart, op. cit., p. 144.

cláusula de irrevogabilidade ou, para continuar com meu exemplo, a respeito da força a ser atribuída aos precedentes mais antigos), revelam uma área de incerteza no interior de uma regra social que é, na sua maior parte, incontroversa.

Porém, a ressalva de Hart – a regra de reconhecimento pode ser incerta em determinados aspectos – não se limita a acrescentar flexibilidade e sofisticação à sua teoria. Ao contrário, debilita-a por razões que tentei demonstrar na seção anterior. A regra de reconhecimento simplesmente não se ajusta ao conceito de regra social, tal como Hart o emprega para dizer que uma regra social pode ser incerta, no sentido que ele tem em mente neste contexto. Se os juízes estiverem de fato divididos quanto ao que devem fazer caso um Parlamento posterior tente revogar um regra protegida por uma cláusula de irrevogabilidade, não haverá dúvida se alguma regra social governa tal decisão. Ao contrário: é certo que nenhuma delas se aplica nesse caso. O exemplo mostra apenas que, estritamente falando, não é acurado dizer que na Inglaterra existe, entre os juízes, uma regra social segundo a qual tudo o que é promulgado pelo Parlamento constitui direito, embora essa afirmação possa ser suficientemente acurada para muitos outros fins.

Uma formulação cuidadosa da posição, utilizando-se do conceito de regra social, teria que ser feita nos seguintes termos. Uma regra social existe entre os juízes no sentido de que tudo que o Parlamento promulga, com exceção de uma lei que não possa ser revogada por parlamentos futuros, será considerado como direito. Não existe nenhuma regra social relacionada com o problema de se o Parlamento pode restringir o poder dos futuros parlamentos; sobre esse tema os juízes estão divididos. Alguns juízes acham que o Parlamento pode fazer isso e que eles têm, portanto, um dever (*have a duty to*) de não reconhecer nenhuma tentativa de revogar o caráter legal de uma regra com cláusula de irrevogabilidade. Outros acham que o Parlamento não pode fazer isso e que eles têm, portanto, um dever de reconhecer como direito a legislação que a revoga. (Esta formulação simplificada ignora posições mais complexas que diferentes juízes podem concretamente assumir.)

Sem dúvida, esta apresentação do problema oferece um contra-exemplo à alegação da primeira tese, segundo a qual sempre existe alguma regra social que estipula as condições necessárias e suficientes daquilo que os juízes devem (*must*) reconhecer como direito. Se essas divergências entre os juízes se limitasse apenas a casos raros e extraordinários, como as cláusulas de irrevogabilidade, então tais contra-exemplos seriam poucos e não constituiriam um obstáculo real à alegação da primeira tese. Mas se, como eu suponho, os desacordos desse tipo entre juízes são muito freqüentes e podem ser encontrados toda vez que tribunais de apelação tentam decidir casos difíceis ou controversos, então a fragilidade generalizada que esse argumento revela é fatal.

A esta altura pode-se dizer que eu tomo muito literalmente a declaração de Hart de que a regra de reconhecimento é uma regra social constituída pelo comportamento partilhado dos membros de uma comunidade particular, como os juízes e outras autoridades públicas. Talvez Hart queira rever esse conceito de acordo com a maneira que sugeri na seção anterior e dizer que uma regra de reconhecimento existe como uma regra social quando os juízes aceitam uma determinada formulação verbal de seu dever, como aquela na qual se afirma que “tudo o que é promulgado pelo Parlamento é direito”. Se for assim, Hart pode dizer que uma regra de reconhecimento social existe, mas será incerta sempre que os membros da comunidade divergirem quanto à correta aplicação dessa formulação verbal aos casos particulares. Assim, a regra de reconhecimento de acordo, com a qual tudo o que o Parlamento faz é direito, existe enquanto fato social, mas é incerta na medida em que os juízes divergem sobre casos particulares, como os casos das leis com cláusula de irrevogabilidade.

Como já afirmei, porém, essa revisão do conceito atribui uma importância excessiva aos acidentes lingüísticos e históricos, o que é confirmado pelo presente exemplo. Pode ser convencional dizer que tudo o que o Parlamento promulga é direito, mas dificilmente se poderá formular a divergência sobre a irrevogabilidade das leis como uma divergência sobre a correta interpretação dos termos empregados nessa formulação

convencional. Ninguém diria que o objeto da controvérsia é o significado de “tudo o que”, ou sobre o peso que se deve dar ao verbo “promulgar”. Do mesmo modo, muitas das controvérsias mais pedestres e numerosas que eu tenho em mente, como, por exemplo, sobre o peso que deve ser atribuído aos precedentes mais antigos, não podem ser descritas como divergências sobre o significado dos termos empregados em alguma formulação verbal consolidada.

Alguém pode levantar uma objeção distinta contra a minha argumentação, recordando-me da distinção que formulei na última seção, entre as afirmações sobre o que os juízes devem fazer (*ought to*) e as afirmações sobre o que eles têm o dever de fazer (*have a duty to do*). A primeira tese não alega que existe sempre uma regra social que decide o que os juízes devem (*ought to*) fazer nos casos controversos, como o da irrevogabilidade das leis. Alega apenas que uma regra social estipula o que se *exige* que os juízes façam em tais casos, isto é, os limites de seus deveres. Se os juízes realmente discordam sobre o cumprimento ou não de uma lei que pretende revogar uma regra com cláusula de irrevogabilidade, o próprio fato dessa divergência, de acordo com essa objeção, mostraria que os juízes não têm dever que os obrigue numa ou noutra direção. Nesse caso, a matéria ficaria sujeita ao poder discricionário dos juízes, até que algum tribunal, pela força de sua decisão numa ou noutra direção, encorajasse outros juízes a aceitar essa decisão como fonte de um dever.

Se fosse assim, a primeira tese seria imune ao argumento que apresentei. Mas por que deveríamos supor que é assim? A objeção depende de um pressuposto de filosofia moral; pressupõe que os deveres não podem, em princípio, ser controversos. Pressupõe, igualmente, que se não for claro qual o dever do juiz e que, se não houver consenso sobre que matéria de prova pode decidir a questão, então o juiz não poderá ter nenhum dever (*have any duty*). Nesse caso, podemos falar somente do que ele deve fazer (*ought to do*). Mas este pressuposto é, no mínimo, questionável. Não se ajusta ao modo como empregamos o conceito de dever na argumentação moral. O vegetariano não precisa aceitar que nossos deveres se reduzem aos

deveres que consideramos indiscutíveis ou demonstráveis. Esse pressuposto não se ajusta nem mesmo ao modo como os juristas tratam a questão do dever judicial. Por exemplo, na controvérsia sobre a cláusula da irrevogabilidade, a única proposição que constitui terreno comum para os contendores é a de que essa é uma matéria na qual os juízes não têm liberdade para exercer o poder discricionário. Os que pensam que o Parlamento tem o poder de vincular (*power to bind*) seus sucessores acreditam que os juízes não têm o direito (*have no right*) de considerar válida uma tentativa posterior de revogação. Os que pensam que o Parlamento não tem esse poder acreditam que os juízes tem um dever (*have a duty*) de considerar válida a revogação posterior. É verdade que alguns juízes podem ter dúvida sobre essa matéria. Eles têm dúvidas a respeito de seus deveres, mas isso não quer dizer que tenham certeza de não terem nenhum dever. Sem dúvida, se a versão forte da teoria da regra social estiver certa, o pressuposto que descrevi seria sólido. Mas como a teoria é falsa, é preciso encontrar algum outro apoio para o pressuposto. E nenhum apoio, penso eu, pode ser encontrado.

Espero que ninguém queira dizer que nesse tipo de caso os juízes estão em desacordo quanto a seu dever político ou moral enquanto juízes, mas não quanto a seu dever jurídico. Nesse contexto, o único apoio para tal distinção é, inequivocamente, uma petição de princípio. A primeira tese destina-se a explicar a distinção que os positivistas estabelecem entre deveres jurídicos e deveres de outros tipos. Portanto, a primeira tese não pode incorporar aquela outra distinção. O próprio Hart afirma que a regra fundamental de reconhecimento é uma regra jurídica apenas no sentido de que o metro padrão de Paris mede um metro¹³. Se os juízes têm o dever de fazer cumprir as cláusulas de irrevogabilidade, então deve existir um dever jurídico precisamente nesse sentido. A questão de terminologia, porém, não vem ao caso aqui. Se é possível que os juízes te-

13. Hart, op. cit., p. 106.

nam o dever de aplicar alguma regra ou princípio ao determinarem o que é exigido pelo direito, apesar de nenhuma regra social indicar esse dever, então a primeira tese é falsa, seja lá como se descreva esse dever.

3. O “apoio institucional” constitui uma regra de reconhecimento?

No capítulo 2, afirmei que os princípios, como o princípio de que um homem não pode beneficiar-se de seus próprios delitos, não podem ser apreendidos por uma regra de reconhecimento simples, como a regra segundo a qual tudo o que o Parlamento promulga constitui direito. O positivista, como afirmei, tem essa escolha. Ele pode alegar que esses princípios não fazem parte do direito, porque o juiz não tem nenhum dever, mas apenas um poder discricionário de levá-los em consideração. Ou pode admitir que pertencem à esfera do direito e mostrar como uma regra social de reconhecimento mais complexa, capaz de apreender tais princípios. O positivista poderia, sem dúvida, combinar essas estratégias: poderia argumentar que uma regra de reconhecimento mais complexa incorporaria alguns dos princípios que os juízes citam e, em seguida, argumentar que os juízes não têm o dever de aplicar nenhum princípio além desses.

O dr. Raz deseja combinar essas duas estratégias dessa maneira. Ele confia principalmente no argumento – a ser examinado na próxima seção – de que os juízes têm um poder discricionário, mas não o dever, de empregar certos princípios. Mas ele acredita que os juízes têm, de fato, o dever de levar em consideração pelos menos alguns desses princípios e que estes podem ser subsumidos sob algo semelhante a uma regra social de reconhecimento, por meio da noção que ele denomina “costume judicial”¹⁴. Suponhamos que um princípio específico seja, durante algum tempo, efetivamente citado por muitos juízes

14. Raz, p. 852. Carrio, p. 25, utiliza o mesmo termo e conceito.

como um princípio que deve ser levado em consideração. Nesse caso, essa mesma prática, assinala Raz, se constituiria em uma regra social precisa que, juntamente com as regras de reconhecimento do tipo convencional que Hart tem em mente, pertenceria ao mesmo bloco de regras. Essas regras, tomadas em conjunto, fornecem um teste para direito.

Contudo, existem duas razões pelas quais esse conceito de costume judicial não leva esse argumento muito longe. Em primeiro lugar, um grande número de princípios e políticas que os juízes citam é controverso, pelo menos no tocante ao peso que lhes deve ser atribuído. Por exemplo, o peso do princípio segundo o qual nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos foi suficientemente polêmico para provocar uma dissensão no caso *Rigger contra Palmer*¹⁵. Em segundo lugar, muitos apelos a princípios são apelos a princípios que não resultaram de nenhuma prática judicial estabelecida. Isso é verdadeiro no tocante a vários exemplos que extraí da decisão do caso *Henningsen*, que incluiu princípios que não haviam sido formulados anteriormente, de uma maneira comparável à formulação que recebeu o princípio de que os fabricantes de automóveis têm uma responsabilidade especial para com o público.

Desse modo, a noção de costume judicial de Raz não discrimina entre os muitos princípios que os juízes tratam como princípios que eles devem levar em consideração. Por isso, teremos que examinar muito seriamente o seu argumento de que, na verdade, os juízes não têm o dever de utilizar os princípios que não são objeto de tal costume judicial. Primeiramente, porém, quero examinar uma idéia diferente e mais complexa a respeito de como a noção de regra social de reconhecimento pode ser adaptada para incorporar tanto os princípios como as regras.

O professor Sartorius concorda comigo em rejeitar a idéia de que, quando os juízes invocam princípios nos casos difíceis, eles o fazem no exercício de algum poder discricionário¹⁶. Portanto, se ele deseja abraçar a primeira tese que distingui, deve

15. 115 N.Y. 506, 22 N.E. 188 (1889).

16. Sartorius, p. 155.

descrever uma forma de regra social que realmente incorpore todos esses princípios, ou pelo menos os leve em consideração. É o que ele tenta fazer, propondo-se a utilizar meus próprios argumentos contra mim. Ele admite que a construção de um teste fundamental para o direito é extremamente trabalhosa, mas acredita que, em princípio, é possível desenvolvê-lo. Sartorius acredita, além disso, que o cerne de qualquer teste conclusivo reside no conceito de “apoio institucional” que desenvolvi no capítulo 2. Em apoio à sua própria posição, Raz cita a seguinte passagem desse capítulo:

[S]e fôssemos desafiados a defender nossa alegação de que determinado princípio é um princípio de direito, mencionáramos qualquer um dos casos anteriores nos quais tal princípio fosse citado ou figurasse na argumentação. Também mencionáramos qualquer lei que parecesse exemplificar esse princípio (tanto melhor se o princípio fosse citado no preâmbulo da lei, nos relatórios da comissão ou em outros documentos legislativos a ela associados). A menos que pudessemos encontrar tal apoio institucional, provavelmente não conseguiríamos sustentar nosso argumento. E quanto mais apoio obtivéssemos, mais peso poderíamos reivindicar para o princípio¹⁷.

Sem dúvida, o professor Sartorius gostaria de desenvolver muito mais detalhadamente essa doutrina do apoio institucional. Eu mesmo deveria elaborá-la da maneira que exponho a seguir¹⁸; seu artigo sugere que ele poderia aceitar essa elaboração. Suponhamos que fôssemos juntar todas as regras que são inequivocamente regras jurídicas em, por exemplo, um determinado estado norte-americano e a ela juntássemos todas as regras explícitas sobre a competência institucional nas quais nos tivéssemos baseado para afirmar que o primeiro conjunto de regras continha, de fato, regras válidas daquela jurisdição. Isso feito, teríamos um conjunto impressionante de dados jurí-

17. *Idem*, p. 156. Capítulo 2 deste livro, parte 6.

18. Esta elaboração é apenas um resumo da longa argumentação que apresento no capítulo 4.

dicos. Poderíamos, então, perguntar que conjunto de princípios, tomados como um todo, seria necessário para *justificar* a adoção das regras jurídicas e regras institucionais explícitas que teríamos enumerado. Suponhamos que cada juiz e cada jurista desse estado desenvolvesse uma “teoria do direito” que descrevesse esse conjunto de princípios e atribuísse pesos a cada um deles. (Eu desconsidero o fato de que o trabalho de toda uma vida não seria suficiente nem começar essa tarefa.) Cada jurista poderia então argumentar que seu conjunto de princípios deve contar como princípios do sistema jurídico em questão.

Podemos formular da seguinte maneira o teste para o direito que esta história sugere: um princípio é um princípio de direito se figurar na mais bem fundada teoria do direito que possa servir como uma justificação das regras explícitas, tanto substantivas como institucionais, da jurisdição em questão. Sartorius diz, aparentemente pensando nesse tipo de teste, que “*ainda* que ele talvez esteja bem distante da versão do positivismo sustentada por Hart, está de acordo com a tese fundamental do positivismo, tal como descrita por Dworkin”, isto é, “que o direito de uma comunidade ... pode ser identificado e reconhecido através de critérios específicos, por testes que nada têm a ver com ... o conteúdo, sim com o *pedigree*”.¹⁹

A esta altura, se faz necessário um esclarecimento. Sartorius não pode estar querendo dizer que a teoria do direito de um jurista qualquer fornece uma regra *social* de reconhecimento. Se eu desenvolver uma teoria do direito para uma determinada jurisdição, poderei muito bem defender essa teoria como uma teoria normativa do dever judicial, no espírito da *segunda* tese que especifiquei. Se a maioria dos juízes dessa jurisdição adotar teoria como essa, então a *terceira* tese será válida para essa jurisdição. Mas a teoria de cada juiz teria diferenças maiores ou menores das teorias dos outros juízes. Alguns dos princípios propostos por esse juiz seriam diferentes e, dentre os princípios que fossem comuns, alguns teriam pesos diferentes.

19. Sartorius, 156, citando meu capítulo 2, seção 2.

Essas diferenças asseguram que nenhuma teoria, de nenhum jurista individual, pode ser considerada, em si mesma, como uma regra social complexa do tipo que a *primeira* tese requer.

Assim, Sartorius deve dizer não que a teoria do direito de um determinado jurista fornece uma regra social de reconhecimento, mas sim que o próprio teste fundamental de apoio institucional é, ele mesmo, uma regra social desse tipo. Isto é, ele pode dizer que a regra social de reconhecimento é precisamente a regra segundo a qual um princípio deve ser aplicado como direito, caso ele faça parte da mais bem fundada teoria do direito. Mais: ele deve ser aplicado com o peso que lhe atribui essa teoria. De acordo com essa concepção, as diferentes teorias do direito oferecidas por diferentes juristas são simplesmente teorias distintas sobre o modo pelo qual essa regra social deve ser aplicada a casos particulares.

Mas não vejo como se possa apresentar o assunto dessa maneira e, ainda assim, reter a idéia de que o teste de apoio institucional oferece “critérios específicos” de “*pedigree*” e não de “conteúdo”. Do modo como o descrevi, o conceito de uma teoria do direito não supõe que princípios e políticas expliquem as regras estabelecidas da mesma maneira que um historiador do direito pode explicá-las, identificando os motivos daqueles que adotaram tais regras ou chamando atenção para os grupos de pressão que influenciaram sua promulgação. Se uma teoria do direito deve fornecer uma base para o dever judicial, então os princípios que ela apresenta de maneira ordenada devem tentar *justificar* as regras estabelecidas. Para isso, é preciso identificar as preocupações e tradições morais da comunidade que, na opinião do jurista que defende tal teoria, sustentam efetivamente essas regras. Esse processo de justificação deve levar o jurista ao exame muito aprofundado da teoria moral e política e bem além do ponto em que é acurado dizer que existe algum “teste” de “*pedigree*” para decidir qual de duas justificações diferentes de nossas instituições políticas é superior à outra.

O exemplo simples que apresentei anteriormente ilustra o ponto. Se discordo de outro jurista quanto à força relativa a ser dada aos precedentes mais antigos, defenderei uma teoria do

direito que conceba o precedente de uma maneira que apóie o meu argumento. Eu poderei dizer que a doutrina do precedente promove a igualdade de tratamento perante a lei e que a simplicidade de tratamento torna-se menos importante e até mesmo perversa, à medida que aumenta o tempo transcorrido entre duas ocasiões. Meu opositor poderia retrucar que a questão do precedente não se refere tanto à igualdade como à previsibilidade da decisão, que será mais bem servida se ignorarmos as distinções de antiguidade entre os precedentes. Cada um de nós indicará aspectos da decisão judicial que sustentam seu próprio ponto de vista contra o do adversário. Se algum de nós não conseguir encontrar algum aspecto, então, como afirmei na passagem citada, o seu argumento seria fraco. Mas a escolha entre nossas concepções não dependerá apenas do número de aspectos que cada um possa encontrar. Dependerá também das razões morais que eu puder apresentar em defesa do dever de igual tratamento que meu argumento pressupõe, porque a tese de que esse argumento justifica o precedente pressupõe que tal dever exista.

Não estou afirmando que não seja possível encontrar algum fundamento para escolher uma teoria do direito em detrimento de outra. Ao contrário: uma vez que eu rejeito a doutrina do poder discricionário apresentada na próxima seção, eu pressuponho que argumentos convincentes *possam* ser oferecidos para caracterizar uma teoria como superior a outra. Esses argumentos, porém, devem incluir argumentos sobre temas de teoria política normativa – tal como a natureza do dever de igualdade que é próprio da sociedade – que transcendem a concepção positivista sobre os limites das considerações relevantes para se decidir o que é o direito. O teste de apoio institucional não fornece nenhuma base mecânica, histórica ou moralmente neutra para que se possa decidir que uma determinada teoria do direito é a mais bem fundamentada. Na verdade, não permite nem mesmo que qualquer jurista distinga um conjunto de princípios jurídicos de seus próprios princípios morais ou políticos mais amplos. Em geral, sua teoria do direito incluirá quase todo o conjunto de princípios morais e políticos que ele subscreve; na verdade é difícil pensar em um único princípio

da moralidade política ou social de uso corrente na comunidade, por ele pessoalmente aceito – exceto aqueles excluídos por considerações constitucionais – que não encontraria espaço ou não teria algum peso no elaborado esquema de justificação necessário para justificar o conjunto de leis. Assim, o positivista somente aceitará o teste da decisão institucional como sendo capaz de desempenhar o papel de teste conclusivo para o direito ao preço do abandono do resto de seu roteiro.

Se é assim, as conseqüências para a teoria jurídica são consideráveis. A teoria do direito coloca a pergunta: o que é o direito? Na sua maior parte, os filósofos do direito têm tentado responder a essa pergunta distinguindo os *padrões* que figuram, maneira apropriada, nos argumentos em favor de direitos e deveres jurídicos. Contudo, se esta lista restrita de padrões não puder ser feita, será preciso encontrar algum outro modo de distinguir os direitos e deveres jurídicos de outros tipos de direitos e deveres.

4. É preciso que os juízes tenham poder discricionário?

Devo agora discutir, mais uma vez, a segunda das duas estratégias em favor do positivismo que distingui no início da última seção. Trata-se do argumento de que, quando os juízes divergem sobre questões de princípios, divergem não acerca do que o direito exige, mas sobre o modo como seu poder discricionário deve ser exercido. Nas discussões sobre o dever, usamos esse conceito de três maneiras diferentes. Eles divergem não sobre onde reside seu dever de decidir, mas sobre o modo como devem decidir, considerados todos os aspectos da questão, uma vez que eles não têm nenhum dever de decidir de uma ou outra maneira.

Em meu artigo original, tentei explicar que, na verdade, esse argumento depende de uma certa ambigüidade do conceito de poder discricionário. Nas discussões sobre o dever, usamos esse conceitos de três maneiras diferentes. Em primeiro lugar, dizemos que um homem tem poder discricionário se seu

dever for definido por padrões que pessoas razoáveis podem interpretar de maneiras diferentes. Um sargento, por exemplo, terá poder discricionário quando receber uma ordem de escolher os cinco homens mais experientes para fazer uma patrulha. Em segundo lugar, dizemos que um homem possui poder discricionário se sua decisão for definitiva, no sentido de que nenhuma autoridade superior poderá rever ou descartar essa decisão; é o caso, por exemplo, em que cabe ao árbitro de linha decidir se um jogador está impedido de jogar ou não. Em terceiro lugar, dizemos que um homem tem poder discricionário quando algum conjunto de padrões que lhe impõe deveres não visa, na verdade, impor um dever de tomar uma decisão específica; é o que acontece quando uma cláusula de um contrato de locação concede ao locatário o poder discricionário de optar ou não pela renovação do contrato.

É evidente que se nenhuma regra social exige, de modo inequívoco, uma decisão jurídica específica e se os membros da profissão jurídica estão divididos com relação a qual decisão é, de fato, exigida, os juízes terão poder discricionário no primeiro desses sentidos, porque deverão exercitar uma iniciativa e uma capacidade que vão além da aplicação da regra estabelecida. É igualmente claro que, se esses juízes compuserem o mais alto tribunal de recursos, eles terão poder discricionário no segundo sentido. Contudo, a menos que aceitemos a versão mais forte da teoria da regra social de acordo com a qual os deveres e as responsabilidades podem ser gerados apenas por regras sociais, não se segue que esses juízes tenham um poder discricionário no terceiro sentido. Um juiz pode ter o poder discricionário tanto no primeiro como no segundo sentido e não obstante isso considerar, com razão, que sua decisão coloca a questão de qual é o seu dever enquanto juiz, questão que ele deve decidir refletindo sobre o que dele exigem as diferentes considerações que ele acredita serem pertinentes a essa matéria. Se for assim, esse juiz não tem o poder discricionário no terceiro sentido, aquele que um positivista precisa provar para mostrar que o dever judicial é definido exclusivamente por uma regra social de última instância ou por um conjunto de regras sociais.

Raz não se deixou persuadir por minha argumentação²⁰. Ele repete a distinção que estabeleci entre esses três sentidos de poder discricionário mas, depois de repeti-la, ignora-a. Aparentemente, ele pensa que eu pretendi argumentar da seguinte maneira: (i) Os juízes não têm poder discricionário em relação a uma decisão quando todos concordam que um conjunto específico de princípios é dirimente; (ii) É assim que ocorre em determinadas ocasiões, mesmo quando nenhuma regra de direito permite decidir o caso; (iii) Portanto, nunca ocorre que os juízes tenham poder discricionário quando não houver uma regra que permita decidir o caso.

Essa é uma argumentação falaciosa; felizmente não é minha. Os juízes, às vezes, estão unidos em torno de um conjunto de princípios. Contudo, mesmo quando estão divididos a respeito de princípios, os juízes, algumas vezes, tratam essa questão como se ela fosse idêntica ao problema da responsabilidade judicial, isto é, como se fosse um problema que levanta a questão do que os juízes, enquanto juízes, têm o dever de fazer. Nesse caso, eles têm o poder discricionário no primeiro sentido que descrevi, mas isso é irrelevante. Não obstante isso, não acreditam que possuem o poder discricionário no terceiro sentido, que é o sentido que importa.

Por que Raz ignora as distinções que estabeleci? Ele supõe que qualquer sistema jurídico possui características das quais decorrem as seguintes conseqüências: se os juízes têm poder discricionário na primeiro sentido – pois nenhuma regra social dita, direta ou indiretamente, o resultado a que eles devem chegar – então também devem ter o poder discricionário no terceiro sentido, de tal modo que sua decisão não possa ser uma questão de dever judicial. Os juízes podem equívocar-se no seguinte ponto: podem empregar de maneira inapropriada a linguagem do dever. Mas não devemos, como afirma Raz, perpetuar erros apenas porque eles são comuns. Ainda assim é necessário mostrar que são erros, algo que Raz deixa de fazer. Que argumentos ele poderia apresentar?

20. Raz, pp. 843 ss. Ver MacCallum, loc. cit.

A inclinação de Raz para converter o poder discricionário do primeiro tipo em poder discricionário do terceiro tipo é extraordinariamente comum entre filósofos do direito²¹. Devemos tentar diagnosticar a sua fonte. Quando um juiz depara com uma decisão difícil, ele deve supor, antes de começar sua investigação, que em princípio existem três possibilidades. O conjunto de padrões que ele deve considerar, tomados coletivamente, requer que sua decisão seja favorável ao demandante ou ao acusado, ou não exige nenhuma dessas decisões, mas permite qualquer uma delas. Ele deve igualmente reconhecer estar, em certa medida, incerto quanto a qual dessas três possibilidades realmente se aplica. Nesse caso, deve decidir com base na argumentação que lhe parecer a mais forte. Essa incerteza pode dizer respeito tanto à terceira possibilidade como às outras duas. O direito poderia conceder-lhe um poder discricionário, no terceiro sentido, para chegar a qualquer uma dessas decisões. Porém, se isso ocorre ou não depende do significado que tenham essas informações jurídicas, quando tomadas em conjunto. É possível ter dúvidas se tais informações justificam *essa* conclusão ou qualquer uma das outras duas.

Raz aparentemente pensa que, caso existam dúvidas sobre qual possibilidade se concretizará – se a primeira ou segunda –, segue-se então que será a terceira possibilidade. Isto é, ele pensa que, se um juiz não tem certeza quanto a decidir-se pelo demandante ou pelo réu, segue-se que ele deveria estar seguro de que tem o poder discricionário para decidir em favor de qualquer um deles. Consigo pensar em apenas dois argumentos capazes de sustentar essa extraordinária conclusão.

O primeiro depende do pressuposto da filosofia moral que eu descrevi anteriormente, segundo o qual os deveres não podem em princípio ser controversos. Raz faz essa suposição porque, partindo do fato de que os juizes não podem discordar sobre princípios, e particularmente sobre o seu peso, chega à conclusão de que os juizes devem ter poder discricionário no sentido que nego. A menos que algo semelhante a esse pressu-

21. Ela aparece em todos os artigos referidos na nota 6.

posto seja válido, estamos diante de um *non sequitur*, mas, como afirmei, não temos razão alguma para supor que seja válido, uma vez que rejeitamos a versão forte da teoria da regra social.

O segundo argumento baseia-se em uma suposição diferente, a saber, que todo sistema jurídico contém uma regra de decisão que estabelece, afirmativamente, que os juízes têm poder discricionário nos casos difíceis. Alguns sistemas jurídicos empregam tal regra, mas os sistemas inglês e norte-americano, não. Eles não contém uma tal regra explícita e neles – e Raz reconhece isso – o comportamento dos juízes não revela nenhuma regra desse tipo que seja implicitamente reconhecida.

Ao contrário, para nós a proposição de que os juízes têm poder discricionário no terceiro sentido, em uma ou outra questão, é uma proposição que deve ser estabelecida afirmativamente, com base na ponderação de argumentos e não simplesmente por omissão. Às vezes, os juízes chegam, de fato, a essa conclusão; por exemplo, quando pronunciam sentenças com base em leis penais que prevêm uma pena mínima ou máxima, ou quando adaptam um remédio jurídico* às determinações da equidade. Em tais casos, os juízes acreditam que ninguém tem direito a uma decisão específica; entendem que sua tarefa consiste em, após o exame de todos os elementos, escolher a decisão que, no conjunto, seja a melhor. Nesse caso, não falam sobre o que devem fazer, mas sobre o que deveriam fazer. Entretanto, na maioria dos casos difíceis, os juízes assumem uma postura diversa da que descrevi. Enquadram sua divergên-

* *Equitable relief* – refere-se ao remédio jurídico que era buscado nos antigos tribunais de equidade, em casos que envolviam, por exemplo, quebras de contrato, nos quais a vítima ou o prejudicado buscava compelir o infrator a realizar plenamente o prometido, ou obter mandado de segurança destinado a impedir atos lesivos ao seu interesse, etc. Modernamente, através da legislação, a noção de equidade estendeu-se dos direitos de propriedade a outras áreas, como as ameaças à integridade da personalidade, cujos interesses estão protegidos pelas liberdades civis, o direito à privacidade, reputação, a proteção às relações familiares, etc., etc. No argumento mais geral de Dworkin, as considerações de equidade são importantes porque indicam a existência de princípios importantes, utilizados largamente na prática judicial, mas não contemplados diretamente na legislação codificada. (N. do T.)

cia como uma divergência acerca dos padrões que eles estão proibidos ou obrigados a levar em conta, ou acerca do peso relativo que estão obrigados a lhes atribuir, com base em argumentos como os que descrevi na última seção para ilustrar a teoria do apoio institucional. Em tais casos, alguns juízes argumentam em favor da primeira possibilidade que mencionei, outros em favor da segunda, outros permanecem indecisos. Todos, porém, excluem a terceira possibilidade. Claramente, não existem nem mesmo os rudimentos de uma regra social que converta o poder discricionário que requer o exercício do juízo em um poder discricionário que exclui o dever.

5. As regras são realmente diferentes dos princípios?

No capítulo 2, distingui as regras dos princípios ao contrapor a força distinta desses dois tipos de padrões em argumentos. Meu objetivo era duplo: primeiro, chamar atenção para uma distinção que eu considerava importante para compreender como os juristas raciocinam; segundo, chamar a atenção para o fato de que alguns padrões que os juízes e juristas invocam colocam problemas específicos para o positivismo, pois tais padrões não podem ser capturados por um teste fundamental do direito, como a regra de reconhecimento de Hart. Esses dois propósitos eram distintos. Mesmo que se possa mostrar que é espúria a distinção lógica específica que alego existir entre regras e princípios, ainda assim pode ocorrer que padrões como os que mencionei – não obstante sejam identificados, e sejam ou não classificados como regras – não possam ser capturados por nenhum teste desse tipo. Portanto, se eu não conseguir formular com sucesso minha distinção entre regras e princípios, disso não se seguirá, de modo algum, que meu argumento geral contra o positivismo jurídico se veja solapado.

Não obstante, continuo a pensar que a distinção que estabeleci entre regras e princípios é, ao mesmo tempo, genuína e importante e eu gostaria de defendê-la. Não quero dizer, por certo, que seja errado estabelecer outras espécies de distinção

entre tipos de padrões jurídicos, ou mesmo que seja errado ou fonte de confusão usar os termos “regra” e “princípio” para estabelecer essas distinções, em lugar de utilizar as delineadas por mim.

A principal objeção de Raz à minha distinção pode ser formulada da seguinte maneira²².

Argumentei que princípios, como os que mencionei, entram em conflito e interagem uns com os outros, de modo que cada princípio relevante para um problema jurídico particular fornece uma razão em favor de uma determinada solução, mas não a estipula. O homem que deve decidir uma questão vê-se, portanto, diante da exigência de avaliar todos esses princípios conflitantes e antagônicos que incidem sobre ela e chegar a um veredicto a partir desses princípios, em vez de identificar um dentre eles como “válido”. Raz deseja argumentar que não são apenas os princípios que entram em conflito entre si dessa maneira, mas também as regras, e acredita que esse fato solapa a distinção que estabeleci. Oferece exemplos extraídos tanto da argumentação moral como da argumentação jurídica. A seguir examinarei, em separado, cada conjunto de exemplos.

Raz tem em mente que um homem pode aceitar, como regras morais para a orientação de sua conduta, tanto a regra de que nunca se deve mentir, como a regra de que se deve sempre cumprir as promessas. Assinala que, em ocasiões específicas, essas duas regras podem entrar em conflito e exigir que o homem que aceita ambas tenha de escolher entre elas com base no maior peso, importância ou algum outro critério. Ele conclui que as regras morais seguem a lógica que descrevi para os princípios, isto é, que elas apontam em uma direção, embora não sejam necessariamente decisivas em nenhuma questão moral.

Mas, em primeiro lugar, embora seja possível que um homem aceite regras morais para orientar sua conduta da maneira que este argumento supõe, está longe de ser o caso que a maioria dos homens que leva a moralidade a sério proceda desse

22. A objeção é desenvolvida em Raz, *op. cit.*, pp. 829 ss.

modo. Para a maioria das pessoas, a argumentação ou a decisão moral é antes uma questão de apresentar razões favoráveis ou contrárias à moralidade de uma certa linha de conduta, do que de apelar a regras estabelecidas de antemão, seja por decisão social ou individual. É verdade que um homem moral pode ver-se em dificuldades quando tiver que escolher entre contar uma mentira ou quebrar uma promessa, mas daí não decorre que ele tenha aceito regras que entrem em conflito a respeito dessa questão. Ele pode simplesmente ter reconhecido que, em princípio, tanto mentir como quebrar promessas é errado.

Sem dúvida, podemos descrever seu dilema dizendo que se viu forçado a escolher entre dois padrões morais, mesmo que ele próprio não tenha colocado o assunto nesses termos. Nesse caso, porém, se utilizarmos a distinção que estabeleci, devemos dizer que ele se viu forçado a decidir entre princípios, não regras, concorrentes – pois esta é a maneira mais precisa de descrever sua situação. Ele reconhece que nenhuma consideração moral possui, por si só, um efeito predominante e de importância decisiva e que, em algumas circunstâncias, qualquer razão que se possa apresentar contra um ato talvez tenha que capitular perante uma consideração em sentido contrário. Qualquer filósofo ou sociólogo que pretenda relatar as práticas morais desse indivíduo em termos de um código de padrões deve, portanto, dizer que para ele a moral é uma questão de princípio, e não de regras.

É possível, contudo, que algum indivíduo possa aceitar uma regra moral para a orientação de sua conduta, nos termos sugeridos por Raz. Ele pode dizer, por exemplo, que assumiu um compromisso pessoal de nunca contar uma mentira. Se ele pode aceitar assim uma regra trivial, poderá igualmente aceitar outras e estas poderão entrar em conflito, na forma pressuposta pelo exemplo. Nesse caso seria errado utilizar minha distinção para dizer que esse indivíduo simplesmente aceitou um conjunto de princípios que, em princípio, podem entrar em conflito. Isso descreveria erradamente suas atitudes diante dos diferentes compromissos que ele acredita ter assumido. Ele acredita estar comprometido com seus diferentes padrões enquanto re-

gras, isto é, enquanto proposições que exigem uma linha específica de conduta nas circunstâncias que elas especificam.

Contudo, em meu artigo eu não neguei que possam existir conflitos entre regras. Afirmei que em nosso sistema jurídicos tais conflitos ocorreriam em situações emergenciais, ocasiões que exigem uma decisão que altera o conjunto de padrões de uma maneira dramática. De fato, tal descrição também se encaixa no exemplo em exame, que não pertence à esfera jurídica. Nosso herói moral, caso compreenda todos os conceitos que utiliza, não poderá continuar afirmando, depois de ter solucionado seu conflito, que seguiu seus dois padrões, tomados como regras triviais. Se ele ainda desejar apresentar sua moralidade como um código consistente, poderá retificar uma das regras, ou ambas, para evitar o conflito. Ou poderá rever sua atitude com relação a uma delas, ou com relação a ambas, com o objetivo de convertê-las em princípios. Pode também não tomar nenhuma dessas atitudes e, ao deparar com um conflito, declarar-se em estado de dilema moral e não fazer nada, ou tirar coroa ou coroa, ou ainda decidir-se de alguma maneira irracional não autorizada pelo sistema jurídico. De qualquer modo, a distinção que estabeleci entre regras e princípios, longe de ser questionada pelo comportamento deste indivíduo incomum, é necessária para explicar sua conduta.

Raz retira do direito seus outros exemplos. Chama a nossa atenção, por exemplo, para regras do direito penal como a que proíbe uma agressão; esta regra, diz ele, entra em conflito com outra que permite a agressão em casos de legítima defesa. Aqui, conclui Raz, temos duas regras jurídicas, ambas inequivocamente válidas, que estão em conflito entre si. Ele acredita que em casos particulares, nos quais essas duas regras entram em conflito, como no caso de alguém que comete alguma agressão em legítima defesa, é necessário que o juiz pese as duas regras e decida-se pela aplicação da mais importante, que será sempre aquela que permite uma agressão em legítima defesa. Oferece isto como exemplo de duas regras que entram em conflito de forma aceitável, sem nenhum caráter emergencial, de uma maneira que não corresponde ao que afirmei sobre regras.

Contudo, esse exemplo repousa, sem dúvida, em uma noção bizarra do que é um conflito. Se um código penal contém uma regra que estabelece que ninguém deve ser criminalmente responsabilizado por um ato praticado em legítima defesa, então essa regra não entra em conflito com regras particulares que definem crimes específicos, mesmo se tais regras particulares não fazem menção alguma à legítima defesa. A regra geral sobre a legítima defesa deve ser lida como querendo dizer que, a despeito das regras particulares do direito penal, nenhum ato será considerado criminoso se for praticado em legítima defesa. Na verdade, as regras que podem ser utilizadas para formular excusas gerais para esses casos são comumente redigidas exatamente dessa maneira, mas mesmo quando não for este o caso, desse modo são entendidas. Mas uma regra que expressa uma exceção à outra regra não está em conflito com ela. Não pelo menos no sentido de que, se um homem acusado de agressão provar que agiu assim em legítima defesa, o juiz se verá diante de duas regras que apontam para direções opostas e cujo peso relativo ele precisará então ponderar para tomar uma decisão. Em conjunto, as duas normas determinam o resultado de uma maneira que não exige que o juiz escolha entre elas ou determine sua importância relativa.

Por que Raz deveria supor que as duas regras estão em conflito, mesmo quando uma delas possui, claramente, a força de ser uma exceção à outra? A resposta encontra-se, penso eu, no que ele diz sobre a individuação das leis²³. Ele supõe que eu gostaria de responder à sua observação – a de que a regra que proíbe a agressão entra em conflito com a regra que permite a agressão em legítima defesa – argumentando que, na verdade, essas duas regras são parte da mesma regra. Hart afirma que só posso fazer isso à custa de aceitar uma teoria inaceitável sobre a individuação das leis e, antecipando um tal equívoco da minha parte, diz que dou pouca atenção ao problema geral da individuação das leis. Neste aspecto, ele é generoso demais, pois seria mais exato afirmar que não dou atenção alguma a

23. Raz, *op. cit.*, pp. 825 ss.

esse problema. De fato, eu não me baseei no argumento de que uma regra e sua exceção podem ser consideradas como uma única regra e nem estaria disposto a argumentar que, na realidade, elas devem ser duas regras.

Raz está dividido a respeito de sua teoria da individuação das leis. Às vezes, trata a teoria da individuação como uma estratégia de exposição, isto é, como uma teoria sobre a maneira mais esclarecedora à nossa disposição para descrever o sistema jurídico de uma nação. Sem dúvida, o autor de um livro sobre, digamos, direito penal, necessita de uma estratégia de exposição. Ele precisa distinguir a doutrina da *mens rea* (intenção criminosa) da doutrina da necessidade, bem como distinguir essas duas doutrinas gerais das regras mais particulares que elas transcendem, enquanto ressalvas ou imunidades. Mas é certo que, embora algumas estratégias de exposição possam ser perversas ou mal orientadas, pois descrevem o direito de forma inadministrável ou inassimilável, múltiplas estratégias distintas podem ser igualmente adequadas.

Outras vezes, no entanto, Raz parece pensar que o problema da individuação das leis tem a ver, não com alguma estratégia para explicar o que o direito é para os estudantes ou juristas, mas com a questão mais filosófica de em que consiste o direito. Segundo ele, trata-se de um problema a respeito da estrutura formal do direito, que é importante para um filósofo do direito, mas não para o autor de um texto. Raz coloca o problema central da seguinte maneira: “O que significa que algo conte plenamente como uma lei?”, e adota a elaboração que Bentham dá à questão. “O que é uma lei?” “O que é uma parte de uma lei?” O objeto dessas questões, convém observar, é o todo *lógico, ideal, intelectual*, e não o todo *físico*...”²⁴

Esse tipo de questão nos afasta das técnicas de exposição jurídica: leva-nos ao ponto em que, como insiste o dr. Raz, teorias do direito podem ter sucesso ou fracassar, dependendo da resposta certa que se dê à questão: “o que significa que algo conte plenamente como uma lei?”²⁵ isso me parece exagerado.

24. Raz, op. cit., p. 825.

25. Raz, op. cit., pp. 825, 827-8.

Suponhamos que o leitor tenha lido um livro extenso sobre geologia e que eu lhe peça que me conte que informações ele contém. Você fará isso por meio de uma série de proposições de fato. Mas suponhamos que agora eu lhe pergunte, primeiro, quantas proposições de fato o livro contém e qual a teoria que você usou para contá-las. Você pensará que estou louco, não apenas porque a pergunta é despropositadamente difícil – como se eu estivesse lhe perguntando quantos grãos de areia existem em uma determinada praia – ou porque exige uma discriminação conceitual difícil de ser feita – como se eu estivesse lhe perguntando quantos seres humanos existem em um grupo que inclui uma mulher no início da gravidez. Você me consideraria louco porque eu lhe teria feito o tipo de pergunta completamente equivocado sobre os dados disponíveis. O livro contém um grande número de informações. Proposições são maneiras de apresentar informações, mas o número de proposições utilizado depende de considerações independentes do conteúdo da informação, como, por exemplo, se utilizamos o termo geral “rochas” ou os nomes de tipos particulares de rochas.

Da mesma maneira, os juristas usam regras e princípios para relatar informações jurídicas. É errado supor que qualquer uma dessas formulações seja canônica. Isso se aplica inclusive ao que chamamos de leis escritas, pois é um lugar-comum que os juristas irão, com freqüência, desfigurar as regras que uma lei escrita estabeleceu, caso eles simplesmente repitam a linguagem empregada por tal lei. Dois juristas podem resumir o efeito de determinada lei empregando palavras diferentes e um deles pode recorrer a mais regras do que o outro; ainda assim, ambos podem estar dizendo a mesma coisa.

O meu ponto não é que “o direito” contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à idéia de que “o direito” é um conjunto fixo de padrões de algum tipo. Ao contrário, o que enfatizei foi que uma síntese acurada dos elementos que os juristas devem levar em consideração, ao decidirem um determinado problema sobre deveres e direitos jurídicos, incluirá proposições com a forma e a força de princípios e que, quando justificam suas conclusões, os próprios juizes e juristas, com fre-

qüência, usam proposições que devem ser entendidas dessa maneira. Nada disso, creio, compromete-me com uma ontologia jurídica que pressuponha qualquer teoria específica da individuação.

O que eu disse, na verdade, foi que a enunciação “plena” de uma regra deve incluir suas exceções e que a formulação de uma regra que despreze as exceções será “incompleta”. Eu não teria apresentado a questão nesses termos se pudesse prever a reação de Raz. Teria deixado claro que uma exceção pode ser enunciada na forma de uma regra precisa, como a que diz respeito à legítima defesa, ou ainda na forma de uma enunciação revisada da regra original. Caso eu tivesse feito isso, também teria deixado claro que a diferença é, em grande parte, uma questão de forma de exposição. A distinção entre regras e princípios permanece intocada. Eu poderia resumir um conjunto de leis mediante a formulação de uma regra – como aquela segundo a qual a agressão é um crime – e a lista das exceções estabelecidas. Se meu resumo estiver completo, qualquer um que praticar uma agressão será culpado de um crime, a menos que uma das exceções que formulei se aplique. Se ele não for culpado, ou eu me enganei, ou o direito mudou. No caso de um princípio, as coisas se passam de outro modo. Suponhamos que eu diga que, em princípio, um indivíduo não pode beneficiar-se de seus próprios delitos, mas algum indivíduo se beneficia. Minha declaração não precisa ser corrigida nem mesmo atualizada, apenas porque alguém pode, de maneira adequada, beneficiar-se de seus delitos. Isso desde que esses termos sejam entendidos, não como aplicando-se apenas quando existir uma exceção reconhecida para o caso, mas também quando as características especiais do caso desse indivíduo invocarem outro princípio ou outra política recentemente reconhecidos, capazes de estabelecer uma diferença pertinente.

É o segundo estado de ânimo ontológico sobre a individuação das leis que leva Raz a seu curioso ponto de vista sobre os conflitos. Se alguém levar a sério a idéia de que as regras jurídicas são, em certas de suas formas, “completas” e “integrais”, poderá ser tentado a pensar que as leis “completas” e “integrais” são também independentes umas das outras. Nesse caso,

a regra que define agressão deverá ser entendida como uma orientação trivial: os homens que praticam determinados atos sejam punidos. Contudo, se tomarmos a formulação de uma regra jurídica como uma mera tentativa de descrever o efeito jurídico de determinadas decisões institucionais, não seremos tentados a supor nenhum conflito desse tipo. Nesse caso, diremos apenas que a regra sobre agressão, como muitas outras relativas a delitos, está sujeita a uma exceção nos casos de legítima defesa; não nos preocuparemos com a questão de se descrevemos uma regra ou duas.

Raz tem outro argumento contra minha distinção, um argumento que não entendo inteiramente. Afirma que ela é solapada pelo fato de que as regras podem conflitar com os princípios; as regras de usucapião de bem imóvel, por exemplo, podem ser pensadas como conflitantes com o princípio de que nenhum homem pode beneficiar-se de seus próprios delitos. Não me parece esclarecedor recorrer à noção de conflito para descrever a relação entre essas regras e esses princípios como sendo uma de conflito. O fato de tais regras existirem é, como já disse, uma prova de que o princípio de que ninguém pode beneficiar-se de seus próprios delitos é, de fato, um princípio, e não uma regra. Se as regras de usucapião de bens imóveis forem um dia emendadas, seja por um ato legislativo explícito ou por uma reinterpretação judicial, uma razão para isso poderá ser que o princípio passou a ser considerado mais importante do que era, quando da adoção das regras. Não obstante isso, pode-se afirmar que, mesmo a esta altura, as regras que regem o usucapião de bens imóveis antes *refletem* o princípio do que *conflitam* com ele. Isso se deve ao fato de que essas regras têm uma forma diferente da que teriam, caso nenhum peso fosse atribuído ao princípio, quando da decisão. Por exemplo, o grande lapso de tempo geralmente exigido para se adquirir um título de propriedade por usucapião pode ser muito menor, caso não se considere que isso entra em conflito com o princípio. Na verdade, uma das minhas razões para estabelecer a distinção entre regras e princípios foi exatamente mostrar quão costumeiramente as regras representam uma espécie de compromisso – que toma essa forma – entre princípios concorrentes e como esse ponto pode perde-se ou sub-

mergir, quando falamos muito imprecisamente sobre como regras conflitam com princípios.

Seja como for, não consigo ver como esse fenômeno possa lançar dúvidas sobre a distinção que desejo estabelecer entre regras e princípio. Para Raz, isso mostra que tanto as regras como os princípios têm peso, pois ele pensa que, quando regras e princípios entram em conflito, é preciso decidir qual dos dois preferimos. Essa decisão deve ser tomada atribuindo-se à regra um peso que será então comparado com o peso do princípio. Contudo, tal descrição certamente representa de maneira equivocada a interação entre regras e princípios. Suponhamos que um tribunal decida revogar uma regra estabelecida de direito costumeiro (*commom law*), de acordo com a qual não pode haver responsabilidade jurídica por declarações falsas e negligentes e invoque vários princípios para justificar esta decisão, inclusive o princípio de que é injusto que um homem sofra em razão de um delito praticado por outro. Devemos entender o tribunal como se ele estivesse decidindo que o conjunto de princípios em favor da revogação da regra estabelecida – incluindo-se aí o princípio de justiça há pouco mencionado – possui, nas circunstâncias e enquanto um grupo, um peso maior que o conjunto de princípios – incluindo-se aí o princípio da *stare decisis* [decisão de acordo com os casos julgados] – que pede a manutenção da regra como até então. Para decidir sobre a manutenção da regra, o tribunal compara dois conjuntos de princípios; é enganoso, portanto, afirmar que o tribunal compara o peso da própria regra com um ou outro conjunto desses princípios. Na verdade, quando Raz descreve a aferição do peso de uma regra moral ou jurídica, ele está, na verdade, falando da aferição do peso de princípios e políticas servidos pela regra, pois deve ser isso que ele quer dizer quando fala do “objetivo” de uma regra. Não posso responder a todos os outros pontos de detalhe levantados por Raz em seu artigo, mas gostaria de comentar brevemente alguns deles.

(1) Raz endossa uma distinção entre regras e princípios que é diferente daquela que formulei²⁶. Prefere uma distinção

26. Raz, *op. cit.*, pp. 838 e ss.

segundo a qual as regras prescrevem atos relativamente específicos e os princípios prescrevem atos inespecíficos²⁷. “Um ato é altamente inespecífico”, diz Raz, “se puder ser praticado em diferentes ocasiões, através da execução de um grande número de atos genéricos e heterogêneos em cada uma dessas ocasiões”²⁸. Mas isso é insatisfatório, pois Raz deixa de especificar, a não ser por meio de exemplos, seus critérios para a heterogeneidade dos “atos genéricos” e seus exemplos antes confundem do que esclarecem. Ele diz que a proposição de que é preciso cumprir as próprias promessas constitui uma regra e usa esta proposição para ilustrar sua tese de que as regras podem conflitar entre si. Mas os tipos mais variados de atos podem ser, em circunstâncias diversas, atos que cumprem promessas, pois tudo aquilo que um homem promete fazer, ele também pode prometer fazer. Por outro lado, Raz diz que “uma lei que instrua os tribunais e todos os funcionários públicos a proteger a liberdade de expressão” seria um princípio. Mas os atos que esses funcionários estariam obrigados a fazer, à luz desse princípio, seriam os atos de dar ordens ou votar – e esses atos pareceriam mais homogêneos, e certamente não menos homogêneos, do que os atos que deles se exigiram para cumprir todas as suas promessas assumidas enquanto indivíduos. Sem dúvida, todos os atos relativos ao cumprimento de promessas são semelhantes enquanto atos de cumprimento de promessas. Mas todos os atos de proteção à liberdade de expressão, ou mesmo de promoção da igualdade, assemelham-se da mesma maneira. O fato de um grupo de atos ser homogêneo da descrição a partir da qual eles são considerados e, enquanto Raz não nos oferecer uma teoria da descrição canônica, sua distinção não poderá ser utilizada.

(2) Raz está certo ao dizer que algumas afirmações que começam por “É um princípio do nosso direito que...” devem ser entendidas como meros resumos de outros padrões²⁹. Está errado, porém, ao supor que a referência de um tribunal ao prin-

27. Raz, *op. cit.*, p. 838.

28. *Idem.*

29. Raz, *op. cit.*, pp. 837-8.

cípio da liberdade de contrato, por exemplo, no caso *Henningsen* que discuti anteriormente, deva ser entendida dessa maneira. Ao contrário, essas referências reconhecem a força de um princípio na determinação de direitos e deveres jurídicos específicos e tentam avaliar e, às vezes, limitar essa força.

(3) Raz interpreta erradamente o que afirmei sobre o emprego de palavras como “razoável” em regras³⁰. Eu não quis dizer que tais palavras tivessem por função “imunizar o direito” contra considerações gerais incorporadas em certos princípios³¹. Na verdade, eu quis dizer que sua função consistia em expor as regras aos efeitos de certos princípios, mas apenas de certos princípios. A regra de acordo com a qual as restrições não razoáveis à liberdade de comércio não são válidas continua sendo uma regra, mesmo se toda restrição não razoável for inválida e ainda que outras razões para dar cumprimento a essa regra possam ser encontradas, mitigando assim seu caráter de irrazoabilidade. O princípio de Raz cita como plenamente de acordo com tal regra – o de que os tribunais geralmente se recusam a reconhecer como válidas transações injustas – é, nos seus próprios termos, diferente nesse sentido. O princípio considera que transações injustas podem, de fato, ser reconhecidas legalmente quando circunstâncias incomuns assim o exigirem; talvez, por exemplo, quando não for possível encontrar nenhum outro meio de proteger terceiros inocentes. Seria diferente se o Legislativo promulgasse uma regra segundo a qual as transações injustas são nulas e não passíveis de cumprimento?

(4) Raz está certo ao pressupor que muito poucas dentre as grandes comunidades compartilham um código coerente de crenças morais, mas interpreta erroneamente os juízes que invocam a moralidade, a quem acusam de difundirem uma ficção danosa³². Ele deixa igualmente de distinguir entre dois concei-

30. Raz, op. cit., p. 837.

31. Raz, op. cit., pp. 850-1.

32. Raz, op. cit., pp. 828-9.

tos de padrão moral de uma comunidade. A expressão pode referir-se a uma crença consensual a propósito de um teste específico, o mesmo que pode ser extraído de uma pesquisa de opinião do Instituto Gallup. Ou pode referir-se a princípios morais que servem de base para as instituições e leis da comunidade, no sentido de que tais princípios poderiam figurar em uma teoria do direito bem fundada, do tipo que já discutimos neste capítulo. Saber se um princípio é ou não um princípio da comunidade nesse sentido é matéria para argumentação e não para relatórios, embora o que está habitualmente em discussão é peso do princípio e não o seu *status*. Os juízes criticados por Raz empregam o conceito nesse segundo sentido, ainda que às vezes o façam utilizando uma linguagem compatível com o primeiro sentido. Raz confunde a incapacidade desses juízes de reconhecer uma distinção sofisticada com hipocrisia. Será um exagero supor que a incapacidade do próprio Raz em reconhecer tal distinção reflita sua confiança na teoria da regra social? Se a versão forte dessa teoria estiver correta, então ninguém pode afirmar que uma comunidade está comprometida, por meio de suas tradições e instituições, com alguma moralidade do dever; exceto no caso de uma moralidade reconhecida por suas práticas sociais uniformes, que em geral contêm pouco que seja realmente significativo. Esta é, penso eu, a consequência mais importante da teoria da regra social para teoria do direito, bem como a mais convincente razão para insistirmos em que essa teoria está errada.

