

LIBERDADE E A LEI
OS LIMITES ENTRE
A REPRESENTAÇÃO E O PODER

Bruno Leoni

LIBERDADE E A LEI
OS LIMITES ENTRE
A REPRESENTAÇÃO E O PODER

2ª Edição



MISESBRASIL



Copyright © Instituto Liberal e
Instituto Ludwig von Mises Brasil

Agradecimento
A Liberty Fund, Inc. (EUA),
pela cessão dos direitos autorais para a língua portuguesa.

Editado por:
Instituto Ludwig von Mises Brasil
R. Iguatemi, 448, cj. 405 – Itaim Bibi
CEP: 01451-010, São Paulo – SP
Tel.: +55 11 3704-3782
Email: contato@mises.org.br
www.mises.org.br

Impresso no Brasil/*Printed in Brazil*
ISBN – 978-85-62816-23-9
2ª Edição

Traduzido para a língua portuguesa por:
Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira

Revisão para a nova ortografia:
Roberto Fiori Chiocca

Imagens da capa:
Istituto Bruno Leoni

Projeto gráfico e Capa:
André Martins

Ficha Catalográfica elaborada pelo bibliotecário
Sandro Brito – CRB8 – 7577
Revisor: *Pedro Anízio*

L585l Leoni, Bruno.
Liberdade e a lei / Bruno Leoni – São Paulo :
Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
190p.

Tradução de: Rosélis Maria Pereira e Diana Nogueira

1. Mercado 2. Justiça 3. Sociedade 4. Economia
5. Direito positivo I. Título.

CDU – 100

SUMÁRIO

PREFÁCIO DA 3ª EDIÇÃO AMERICANA	9
PREFÁCIO DA EDIÇÃO BRASILEIRA	13
INTRODUÇÃO	17
CAPÍTULO 1 – QUAL LIBERDADE?	39
CAPÍTULO 2 – “LIBERDADE” E “COERÇÃO”	55
CAPÍTULO 3 – LIBERDADE E O ESTADO DE DIREITO	69
CAPÍTULO 4 – LIBERDADE E A EFETIVIDADE DA LEI	85
CAPÍTULO 5 – LIBERDADE E LEGISLAÇÃO	103
CAPÍTULO 6 – LIBERDADE E REPRESENTAÇÃO	119
CAPÍTULO 7 – LIBERDADE E A VONTADE GERAL	139
CAPÍTULO 8 – ANÁLISE DE ALGUMAS DIFICULDADES	157
CAPÍTULO 9 – CONCLUSÃO	175

PREFÁCIO DA 3ª EDIÇÃO AMERICANA

Bruno Leoni, em virtualmente todas suas atividades, foi um proponente dedicado dos ideais que chamamos de liberais. Ele era um indivíduo especialmente talentoso, inteligente, hábil, persuasivo e de inúmeras facetas, a quem bem se poderia chamar de o homem da Renascença, não fosse esta uma palavra tão frequentemente mal empregada.

Nascido em 26 de abril de 1913, Bruno Leoni teve uma vida dinâmica, intensa, vigorosa e complexa, quer como acadêmico, advogado, comerciante, arquiteto amador, músico, *connoisseur* de arte, linguista e — sobretudo — como defensor dos princípios da liberdade individual, na qual acreditava com tanta veemência. Foi professor de Teoria do Direito e de Teoria do Estado na Universidade de Pavia, onde foi também presidente da Faculdade de Ciências Políticas, diretor do Instituto de Ciências Políticas e editor-fundador do jornal trimestral *Il Politico*. Viajou o mundo todo como professor catedrático visitante, fazendo conferências nas universidades de Oxford e Manchester (Inglaterra), e Virgínia e Yale (Estados Unidos), para mencionar apenas algumas. Como advogado atuante, manteve seu escritório e sua residência em Torino, onde igualmente desempenhou atividades no Centro de Estudos Metodológicos. Encontrava, aqui e ali, tempo para contribuir com uma coluna no jornal de economia e finanças de Milão, o *24 ore*. Seus bem-sucedidos esforços para salvar a vida de muitos militares aliados durante a ocupação alemã, no Norte da Itália, renderam-lhe não só um relógio de ouro com a inscrição “A Bruno Leoni, pelo Corajoso Serviço Prestado aos Aliados, 1945” mas também a eterna gratidão de um número muito grande de pessoas. Em setembro de 1967, foi eleito presidente da Sociedade Mont Pelerin, no Congresso desta sociedade realizado em Vichy, na França, chegando assim ao ápice de vários anos de serviço como secretário da Sociedade, à qual dedicou grande parte de seu tempo e energia.

Bruno Leoni morreu tragicamente na noite de 21 de novembro de 1967, no auge de sua carreira e de suas forças, no apogeu de sua vida. Privada dos trabalhos interrompidos por sua morte, a comunidade acadêmica de todo o mundo ficou empobrecida.

Para qualquer pessoa interessada em conhecer algo profundo e amplo de sua obra, não há nada melhor do que começar por uma leitura atenta de duas fontes: uma compilação dos trabalhos de Bruno Leoni, junto com testemunhos pungentes de seus amigos e colegas, no volume intitulado *Omaggio a Bruno Leoni*, recolhido e editado pelo doutor Pasquale Scaramozzino (Ed. A. Giuffrè, Milão, 1969). Uma leitura casual

convença, até mesmo o mais cético, do amplo leque de interesses e erudição acadêmica de Leoni. Há também o índice cumulativo ao *Il Politico* — a publicação trimestral multidisciplinar criada por ele em 1950 —, preparado com grande habilidade pelo professor Scaramozzino.



Entre 1954 e 1959, tive o prazer, o dever e a honra de ministrar seis Seminários sobre Liberdade e Empresa Competitiva realizados no Claremont Men's College — atualmente Claremont McKenna College —, em Claremont, Califórnia. Os Seminários foram preparados com o objetivo de se apresentar um programa de conferências sobre economia e ciências políticas de especial interesse para professores das áreas afins, das universidades e *colleges* americanos. Para cada um desses Seminários, três importantes estudiosos foram convidados a apresentar, individualmente, uma análise da liberdade como fonte dos princípios econômicos e políticos; uma análise do desenvolvimento dos mecanismos do livre mercado e seu funcionamento; e um estudo das bases filosóficas, das características, virtudes e defeitos do sistema de empresa privada.

De cada um desses seminários participaram cerca de trinta colegas, selecionados de uma extensa lista de candidatos e convidados — a maioria professores ou instrutores de economia, ciências políticas, administração de empresas, sociologia e História. Uns poucos eram pesquisadores ou escritores, e, um ou outro, decano acadêmico. Ao todo, participaram dos seis Seminários cerca de 190 colegas, vindos de noventa universidades e *colleges* de quarenta estados, do Canadá e do México.

Além de Bruno Leoni, contamos com outros conferencistas importantes: professor Armen A. Alchian, professor Goetz A. Briefs, professor Ronald H. Coase, professor Herrell F. De Graff, professor Aaron Director, professor Milton Friedman, professor F. A. Hayek, professor Herbert Heaton, professor John Jewkes, professor Frank H. Knight, doutor Felix Morley, Jacques L. Rueff e o professor David McCord Wright.

Em um esforço por elevar tanto a qualidade quanto a quantidade da comunicação intelectual internacional, na medida do possível pelo menos uma conferência em cada Seminário representou a tradição acadêmica europeia.



Conheci Bruno Leoni em setembro de 1957, na reunião da Sociedade Mont Pelerin em St. Moritz, na Suíça. Éramos, os dois, membros relativamente recentes da Sociedade e estávamos apresentando trabalhos formais em uma das sessões. Ao voltar aos Estados Unidos, convenci

meus colegas do proveito de se convidar Leoni como um dos conferencistas do Seminário seguinte. Leoni aceitou entusiasmado. Em 1958, secundado por Milton Friedman e Friedrich Hayek, palestrou no Quinto Seminário sobre Liberdade e Empresa Competitiva, realizado de 15 a 28 de junho. Foi uma demonstração impressionante de talento. A palestra do professor Hayek foi por fim incluída em seu *Constitution of Liberty*; a do professor Friedman transformou-se em seu *Capitalism and Freedom*. As palestras do professor Leoni vieram a ser *Liberdade e a lei*.

Poucos dos que assistiram a essas sessões as esqueceram. O estímulo intelectual, as discussões noite a dentro, a camaradagem — tudo isso em uma combinação que beirava a perfeição. Leoni, um linguista esplêndido, tão fluente em inglês, francês e alemão como em sua língua materna, palestrou em inglês, a partir de algumas anotações. Suspeito que tivessem sido escritas a intervalos e certamente em pedaços soltos de papel. Eram constantemente alteradas, na medida em que ele se familiarizava com o grupo. Ele trouxe até mesmo um pequeno livro que pertencera a seu pai — um dicionário de gíria americana dos anos vinte. As conferências, assim como alguns dos debates, foram gravados em fitas.

Preparei o primeiro esboço de *Liberdade e a lei* a partir dessas anotações e fitas, com o forte estímulo de F. A. (Baldy) Harper e o apoio financeiro da Fundação William Volker. Mais tarde um editor profissional deu os toques finais. Esse trabalho foi feito com a aprovação expressa do autor, mantendo-se o máximo possível a ordem e a forma original das palestras. Esse volume aproxima-se da série original de palestras tanto quanto o permitem as limitações da palavra escrita.

As anotações manuscritas originais e as fitas foram guardadas no Institute for Humane Studies, Inc., em Menlo Park, Califórnia. Quando foram levadas para a Universidade George Mason, esse material foi guardado na Hoover Institution of War, Revolution and Peace, na Universidade Stanford.

A primeira edição de *Liberdade e a lei* foi publicada em 1961 pela D. Van Nostrand Company, de Princeton, Nova Jersey, como parte da série da Fundação William Volker sobre Estudos Humanos. Uma segunda edição, praticamente sem modificações exceto meu novo prefácio, foi patrocinada pelo Instituto de Estudos Humanos e publicada em 1972 pela Nash Publishing Company, de Los Angeles. Para essa nova publicação, incorporei ao prefácio algumas observações que fiz na Reunião Geral da Sociedade Mont Pelerin em St. Vincent, Itália, em 1º de setembro de 1986, sobre *O legado de Bruno Leoni*.

Embora a maior parte dos trabalhos de Leoni esteja em italiano, *Liberdade e a lei* não está. Em uma das reuniões da Sociedade Mont

Pelerin, um cavalheiro italiano perguntou se seria possível obter permissão para fazer uma tradução italiana. Respondi afirmativamente e com entusiasmo, mas, pelo que me consta, não deu em nada. Foram feitas duas traduções para o espanhol; uma publicada pelo Centro de Estudos Sobre Ia Libertad, em Buenos Aires (1961), e a outra pela Biblioteca de La Libertad, Union Editorial, em Madri (1974). Ambas com o título traduzido de *La libertad y la lei*.

Desde sua primeira publicação, *Liberdade, e a lei* tem desfrutado, pelo que me disseram, de considerável atenção da parte de estudantes de direito e economia. Por exemplo, em 1986 foram realizadas duas conferências sobre o livro, organizadas pelo Liberty Fund, Inc. Uma delas aconteceu em Atlanta, em maio, e a outra, em Torino, na Itália, em setembro. O principal novo trabalho preparado para a primeira — *Bruno Leoni em retrospectiva*, de Peter H. Aranson — foi em seguida publicado no exemplar do verão de 1988 do *Harvard Journal of Law and Public Policy* junto com *Liberdade e a lei: Um comentário ao artigo do professor Aranson*, de Leonard P. Liggio e Thomas G. Palmer.

Na opinião de muitos, *Liberdade e a lei* é o menos convencional e mais desafiante de todos os trabalhos produzidos por Bruno Leoni, prometendo, como escreveu o professor F. A. Hayek, «servir de ponte sobre o abismo que separa o estudo do direito do estudo das ciências sociais teóricas. (...) Talvez a riqueza das sugestões que o livro contém fique totalmente aparente apenas para aquelas pessoas que já vêm trabalhando em linhas semelhantes. Bruno Leoni teria sido o último a negar que ele simplesmente aponta um caminho, e que muito ainda tem de ser feito antes que as sementes das novas ideias, de que a obra é rica, possam florescer em todo seu esplendor».

A ponte prometida, infelizmente, nunca ficou pronta. Ao publicar esta 3ª edição de *Liberdade e a lei*, juntamente com algumas palestras de 1963 relacionadas ao tema, esperamos com toda a sinceridade que os vários estudantes e colegas, amigos e admiradores de Bruno Leoni divulguem e desenvolvam as ideias e sugestões aqui contidas, ao longo da ponte em que os esforços de Leoni tão abruptamente cessaram.

Bruno Leoni foi um admirável estudioso do direito e das ciências políticas e tinha também um conhecimento substancial de economia. Recordo, em um misto de pena e alegria, as muitas facetas de um Bruno Leoni que eu admirava, amava e com quem tinha prazer de estar.

Arthur Kemp
Junho de 1990

Professor Emérito de Economia,
Claremont McKenna College,
Claremont, Califórnia

PREFÁCIO DA EDIÇÃO BRASILEIRA

Ao abordar o tema do livro, o professor Leoni não poderia, inclusive por inviabilidade cronológica, estar considerando o que ocorre em matéria de legislação atualmente no Brasil, nem as anomalias que daí surgem na prática da democracia representativa. Entretanto, a tal ponto são aplicáveis a nossos problemas seus ensinamentos e reflexões, que tudo ou quase tudo, neste trabalho é aplicável a nosso país.

Sua crítica às práticas legislativas enquanto cerceadoras da liberdade civil, especialmente na ordem econômica, até asfixiá-la, e às práticas eleitorais que em geral convertem em uma falácia o governo das maiorias, é muito severa e dificilmente refutável. Frequentemente é um engodo o que é apresentado como vontade e interesse da maioria; comumente não passa de conveniência, ou oportunidade, de uma pequena maioria em uma infinidade de casos particulares.

Contudo, a crítica não é destrutiva, mas cheia de ensinamentos e sugestões. O autor aponta corretamente os erros, embora não dê — nem pretenda fazê-lo — a receita infalível para solucionar o problema. Mesmo assim propõe tratamentos que teriam efeito imediato para impedir que ele se agrave e, também, para aliviá-lo.

O professor Leoni aponta a crescente importância da legislação em quase todos os sistemas jurídicos do mundo, afirmando que tanto, nos países anglo-saxões, o direito consuetudinário — *common law* — e os tribunais ordinários perderam espaço constantemente para a lei escrita e as autoridades administrativas, como, nos países da Europa Continental, o direito civil passa por um processo similar à inflação, devido à quantidade de leis que aos milhares surgem todos os anos. Não mais de sessenta anos depois do surgimento do Código Civil Alemão e pouco mais de um século depois do código de Napoleão, somente a ideia de que o direito possa não estar identificado com a legislação parece estranha, tanto para os estudiosos de direito como para leigos no assunto.

É opinião corrente que a lei é a fonte do direito, quando na verdade o direito, como produto social, é anterior à lei. Só é boa a lei que sanciona o direito criado pelas convenções dos indivíduos na ordem civil, mercantil, marítima etc. A instituição do casamento não foi criada por lei, mas pelo costume e religião. O direito comercial tem sua origem nas normas adotadas pelos comerciantes nas bolsas e nos mercados da Idade Média. O direito internacional, a prática das rela-

ções entre os estados soberanos, da mesma forma surgiu por fruto da própria sociedade. Assim nasce e evolui o direito. A lei que sanciona o direito popularmente elaborado pode ser boa; a que pretende criá-lo só o será por uma excepcionalidade.

O autor denuncia o conceito equivocado dos legisladores sobre seus poderes, pois consideram que em tudo podem se constituir uma maioria, ainda que temporária, e respaldados no caráter de representantes do povo. As maiorias legislativas não podem invocar a representação total dos povos porque, salvo certos assuntos, os eleitores não lhes dão mandato expresso a respeito de cada um dos pontos sobre os quais versam os infinitos projetos de lei que se apresentam a cada ano legislativo.

Isso parece conduzir ao reconhecimento do fracasso do sistema representativo. Todavia, o professor Leoni oferece uma solução recomendável, ao expressar que, a fim de devolver à palavra «representação» seu significado original e correto, teria de ser feita uma severa redução “do número de «representados», ou do número de matérias nas quais são supostamente representados, ou de ambos”.

É difícil admitir que a redução dos representados seja compatível com a liberdade individual, aceitando-se que os representados tenham direito a expressar sua própria vontade, ao menos como eleitores.

Diversamente, reduzir os assuntos nos quais as pessoas sejam representadas produz o efetivo resultado de aumentar a quantidade de assuntos nos quais possam tomar decisões livremente sem serem «representadas» de forma alguma.

Esse último caminho proposto parece ser o único para se atingir a liberdade individual que ainda subsiste nos tempos atuais. Não se nega que as pessoas que estão acostumadas a aproveitar o processo de representação — seja como representantes ou representadas —, têm algo a perder em consequência da redução proposta. Sem dúvida, têm igualmente muito a ganhar em todos os casos em que estão destinadas a serem as «vítimas» de um processo legislativo sem restrição. Ao final, o resultado será tão favorável para a causa da Liberdade individual — de acordo com Hobbes — como o seria para todos os seres humanos, se chegássemos finalmente à supressão de toda a ingerência em relação à vida e aos pertences dos indivíduos, para sair, assim, do lamentável estado de luta de todos contra todos.

O professor Leoni espera melhores resultados da jurisprudência dos tribunais do que das incessantes criações e reformas legislativas. Há mais estabilidade para os direitos como resultado das reiteradas

decisões dos juízes, em certo sentido, do que pelo contínuo funcionamento da máquina legislativa, frequentemente posta em ação por representantes que não conhecem direito, nem a técnica do trabalho de que estão encarregados. A isso se deve acrescentar que a instabilidade dos direitos individuais se agrava pelo avanço dos poderes executivos sobre as atribuições dos legislativos.

Vale ressaltar trecho em destaque no final do livro: «A formulação de leis é muito mais um processo teórico do que um ato de determinação e, enquanto um processo teórico, não pode ser resultado de decisões emitidas por grupos de poder, às custas de minorias dissidentes.»

Faz mais de trinta anos que o professor Leoni palestrou em Claremont, Califórnia, dando origem a este livro. O Instituto Liberal do Rio Grande do Sul e o Instituto de Estudos Empresariais, ao promoverem esta primeira edição em língua portuguesa de *Liberdade e a lei*, querem resgatar e oferecer ao público brasileiro este clássico sobre os direitos individuais e a falácia das maiorias representativas. A oportunidade do lançamento é patente, neste ano de revisão constitucional, quando muitos dos direitos, garantias e responsabilidades individuais estão em jogo.

Instituto Liberal do Rio Grande do Sul
Instituto de Estudos Empresariais

Abril de 1993

INTRODUÇÃO

Parece que o destino da liberdade individual na atualidade é ser defendida principalmente por economistas, em vez de advogados e cientistas políticos.

No que diz respeito aos advogados, talvez a razão para isso seja que estes são, de alguma forma, forçados a falar com base em seu conhecimento profissional e, portanto, em termos de sistemas contemporâneos de lei. Como teria dito lord Bacon: “Falamos como se fossem compelidos.” Os sistemas legais contemporâneos aos quais estão amarrados parecem reservar uma área cada vez menor à liberdade individual.

Os cientistas políticos, por outro lado, geralmente dão a impressão de estarem inclinados a considerar a política como uma espécie de técnica, comparável à engenharia, digamos, envolvendo a ideia de que as pessoas deveriam ser tratadas pelos cientistas políticos mais ou menos da mesma forma com que os engenheiros lidam com máquinas e fábricas. A concepção engenheira da ciência política tem pouco ou nada em comum com a causa da liberdade individual.

E claro que essa não é a única forma de se conceber a ciência política como uma técnica. As ciências políticas podem ser consideradas também — embora hoje em dia isso aconteça cada vez menos — como um meio de permitir às pessoas que se comportem o máximo possível conforme sua vontade, em vez de se portarem da maneira tida como adequada por certos tecnocratas.

O conhecimento da lei, por sua vez, pode ser visto de outra perspectiva que não a do advogado que é obrigado a falar como se fosse compelido, sempre que tem de defender um caso no tribunal. Um advogado suficientemente bem versado em direito conhece muito bem como o sistema legal de seu país funciona — e às vezes, também, como **não** funciona. Além disso, se ele tem algum conhecimento de História, pode facilmente comparar os diferentes modelos dentro dos quais os sucessivos sistemas legais funcionaram em um mesmo país. Finalmente, se conhece alguma coisa sobre a forma como outros sistemas legais funcionam ou funcionaram em outros países, pode fazer várias comparações valiosas que normalmente superam os horizontes, tanto do economista quanto do cientista político.

Com efeito, a liberdade não é apenas um conceito econômico ou político, mas também, e provavelmente acima de tudo, um conceito

jurídico, na medida em que necessariamente envolve todo um complexo de consequências legais.

Enquanto a abordagem política, no sentido que tentei delinear na passagem anterior, é complementar à econômica em qualquer tentativa de redefinir a liberdade, a abordagem legal é complementar a ambas.

No entanto, algo ainda falta para o sucesso dessa tentativa. Ao longo dos séculos, muitas definições de liberdade foram feitas, algumas das quais poderiam ser consideradas incompatíveis com outras. O resultado é que um sentido unívoco poderia ser dado à palavra somente com algumas reservas e após prévias investigações de natureza linguística.

Todo mundo pode definir aquilo que acredita ser liberdade, mas, quando pretende que aceitemos sua formulação como nossa, tem de produzir argumentos verdadeiramente convincentes. Entretanto, esse não é um problema peculiar às afirmações sobre a liberdade, mas sim um problema relacionado com qualquer tipo de definição, e é, acredito, um mérito indiscutível da escola analítica contemporânea de filosofia ter apontado a importância do problema. Assim, para se analisar a liberdade, a abordagem filosófica deve estar combinada às abordagens econômica, política e legal.

Essa não é uma combinação fácil de conseguir. Inúmeras dificuldades estão relacionadas com a natureza peculiar das ciências sociais e com o fato de que seus dados não são univocamente determináveis, como nas chamadas ciências naturais.

A despeito disso, ao analisar a liberdade, tanto quanto possível procurei considerá-la em primeiro lugar como um dado, ou seja, uma atitude psicológica. Fiz o mesmo com a repressão, que é, em certo sentido, o oposto da liberdade, mas que é igualmente uma atitude psicológica da parte tanto daqueles que tentam produzir a repressão quanto dos que são reprimidos.

É difícil negar que o estudo das atitudes psicológicas revele diferenças e variações entre elas, de modo que uma teoria unânime de liberdade, e conseqüentemente também de coerção, referenciada em fatos averiguáveis, é difícil de ser formulada.

Isso significa que pessoas pertencentes a um sistema político no qual a liberdade seja defendida e preservada para cada um e para todos, contra toda e qualquer coerção, não podem evitar serem constrangidas, pelo menos na medida em que sua própria interpretação da liberdade, e conseqüentemente também da repressão, não coincide com a interpretação em vigor naquele sistema.

Entretanto, parece razoável se pensar que essas interpretações por parte das pessoas em geral não diferem a ponto de condenar à frustração qualquer tentativa de se chegar a uma teoria da liberdade política. É possível se assumir que, pelo menos dentro de uma mesma sociedade, as pessoas que tentam reprimir as outras, e as que tentam evitar o constrangimento imposto pelas primeiras, têm aproximadamente a mesma ideia do que é a coerção. Disso pode ser inferido que elas têm aproximadamente a mesma ideia do que é a ausência de constrangimento, e essa é uma suposição muito importante para uma teoria da liberdade concebida como a ausência de repressão, como sugerido neste livro.

Para evitar mal-entendidos, deve-se acrescentar que a teoria da liberdade como sendo a ausência de constrangimento, por mais paradoxal que possa parecer, não prega a ausência de limitação em todos os casos. Há casos em que pessoas precisam ser constrangidas para que se preserve a liberdade de outras. Isso fica por demais óbvio quando as pessoas têm de ser protegidas contra assassinos e ladrões, apesar de nem tão óbvio quando essa proteção implica constrangimentos e, concomitantemente, liberdades não tão fáceis de se definir.

No entanto, um estudo imparcial do que está acontecendo na sociedade contemporânea não apenas revela que a coerção está inextrincavelmente emaranhada à liberdade, na própria tentativa de se preservar esta última, mas também, infelizmente, que, de acordo com diversas doutrinas, quanto mais se aumenta a coerção, mais se aumenta a liberdade. Ou muito me engano, ou isso não só é um mal-entendido evidente, mas também uma circunstância funesta para o destino da liberdade individual em nossos tempos.

As pessoas geralmente usam a palavra «liberdade» para significar a ausência de constrangimento e mais alguma coisa, também — por exemplo, como teria dito um respeitado juiz americano, “segurança econômica suficiente que permita à pessoa gozar satisfatoriamente a vida”. As mesmas pessoas em geral não percebem as possíveis contradições entre esses dois significados de liberdade, e o fato desagradável de que não se pode adotar o último sem sacrificar, em certa medida, o anterior, e vice-versa. Sua visão sincretista da liberdade é simplesmente baseada em uma confusão semântica.

Outras pessoas, ao mesmo tempo em que argumentam sobre a necessidade de se aumentar o constrangimento, em sua sociedade, para que aumente a “liberdade”, simplesmente negligenciam o fato de que a “liberdade” a que se referem é apenas a sua, enquanto que a restrição que querem aumentar deve ser aplicada exclusivamente a outras

pessoas. O resultado final é que a “liberdade” que pregam é somente a liberdade de obrigar outras pessoas a fazerem o que jamais fariam se fossem livres para escolher por si.

Hoje em dia, liberdade e constrangimento são cada vez mais um ponto central na legislação. As pessoas em geral compreendem plenamente a extraordinária importância da tecnologia para as transformações que estão se operando na sociedade contemporânea. Por outro lado, não parecem perceber na mesma medida as transformações paralelas ocasionadas pela legislação, muitas vezes sem qualquer conexão necessária com a tecnologia. O que parecem compreender menos ainda é que a importância das últimas transformações na sociedade contemporânea depende, por sua vez, de uma revolução silenciosa nas ideias atuais a respeito da verdadeira função da legislação. Com efeito, a crescente significância da legislação em quase todos os sistemas legais do mundo é provavelmente o aspecto mais impressionante de nossa era, afora o progresso tecnológico e científico. Enquanto nos países anglo-saxões o direito consuetudinário e as cortes ordinárias de judicatura estão constantemente perdendo terreno para a lei estatutária e as autoridades administrativas, nos países da Europa continental a lei civil está vivendo um processo paralelo de submersão, resultado dos milhares de leis que enchem os códigos civis a cada ano. Apenas sessenta anos após a introdução do Código Civil Alemão e pouco mais de século e meio depois da introdução do Código Napoleônico, a própria ideia de que a lei pode não ser idêntica à legislação soa estranha, tanto aos estudiosos do direito quanto aos leigos.

A legislação parece ser hoje um recurso rápido, racional e de grande alcance contra todo tipo de mal e inconveniência, se comparada a decisões judiciais, ajustes de disputas por árbitros privados, convenções, costumes e outros tipos análogos de ajustes espontâneos por parte dos indivíduos. Um fato que quase sempre passa despercebido é o de que uma solução através da legislação pode ser rápida demais para ser eficaz, de alcance por demais imprevisível para ser totalmente benéfica, e muito diretamente ligada às visões contingentes e aos interesses de um punhado de pessoas — os legisladores —, quem quer que sejam, para ser verdadeiramente um remédio para todos os casos. Mesmo quando tudo isso é observado, em geral a crítica se faz diretamente contra códigos específicos, em vez de contra a legislação em si, e as novas soluções são sempre procuradas em códigos “melhores”, em vez de em algo totalmente distinto da legislação.

Os advogados da legislação — ou, antes, da noção de legislação enquanto panaceia — justificam essa ideia de identificá-la totalmente com a lei, na sociedade contemporânea, apontando para as mudanças cons-

tantamente produzidas pela tecnologia. O desenvolvimento industrial, dizem, traz consigo inúmeros problemas que as sociedades mais antigas, com suas ideias de lei, não estavam equipadas para solucionar.

Rendo-me ao fato de que ainda nos faltam provas de que os tantos novos problemas a que se referem esses advogados da legislação agigantada, sejam realmente causados pela tecnologia¹, ou que a sociedade contemporânea, com sua noção de legislação enquanto panaceia, esteja melhor equipada para solucioná-los do que as sociedades mais antigas, que nunca identificaram o direito com a legislação de forma tão marcante.

A atenção de todos os advogados da legislação inchada, como contrapartida supostamente necessária do progresso científico e tecnológico na sociedade contemporânea, precisa ser voltada para o fato de que o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, por um lado, e o da legislação, por outro, estão baseados, respectivamente, em **ideias completamente diversas** e até mesmo contraditórias. Na verdade, o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, no início de nossa era moderna, tornou-se possível porque foram adotados procedimentos que contrastavam por completo com os que normalmente resultam em legislação. As pesquisas científicas e técnicas precisavam e ainda precisam de iniciativa individual e de liberdade individual que permitam que as conclusões e resultados alcançados por indivíduos, possivelmente em choque com a autoridade contrária, prevaleçam. Por outro lado, a legislação é o ponto terminal do processo no qual a autoridade sempre prevalece, possivelmente contra a iniciativa e a liberdade individuais. Considerando que os resultados científicos e tecnológicos são sempre devidos a minorias relativamente pequenas ou a indivíduos isolados, com frequência, se não sempre, em oposição às maiorias indiferentes ou ignorantes, a legislação, especialmente hoje em dia, reflete o desejo de uma maioria contingente, dentro de um comitê de legisladores que não são necessariamente mais instruídos ou mais esclarecidos do que os dissidentes. Onde prevalecem as autoridades e as maiorias, como na legislação, os indivíduos precisam se render, não importando se estão certos ou errados.

Outro aspecto característico da legislação na sociedade contemporânea — à parte de alguns exemplos de democracia direta em pequenas comunidades políticas, como as *Landsgemeinde* suíças — é que os legisladores devem **representar** seus cidadãos no processo legislativo.

¹ Parece razoável crer que o sufrágio universal, por exemplo, originou tantos problemas — senão mais — quanto a tecnologia, embora bem se possa conceber que há várias relações entre o desenvolvimento da tecnologia e o sufrágio universal.

O que quer que isso possa significar — e isso é o que devemos tentar descobrir nas páginas seguintes —, é óbvio que a representação, assim como a legislação, em seu conjunto é algo alheio aos procedimentos adotados para o progresso tecnológico e científico. A simples ideia de que um cientista ou um técnico deveria ser “representado” por outras pessoas na condução da pesquisa científica ou técnica parece tão ridícula quanto a ideia de que a pesquisa científica deveria ser confiada, não a indivíduos isolados que agem como tal mesmo quando trabalhando em equipe, mas a algum tipo de comitê legislativo autorizado a tomar uma decisão por maioria de votos.

Não obstante, cada vez mais vem sendo adotada, em relação à lei, uma forma de se chegar às decisões que seria rejeitada pelos campos da ciência e tecnologia.

A situação resultante desse fato, na sociedade contemporânea, é uma espécie de esquizofrenia, que, longe de ser denunciada, mal tem sido notada.

As pessoas se comportam como se sua necessidade de iniciativa individual e decisão individual fosse quase que completamente satisfeita pelo fato de terem acesso pessoal aos benefícios das conquistas científicas e tecnológicas. No entanto, é bastante estranho que suas correspondentes necessidades de iniciativa individual e decisão individual, nas esferas política e legal, pareçam ser supridas por procedimentos rituais e quase mágicos, como eleições de “representantes”, que se supõe saberem, por obra de alguma inspiração misteriosa, o que seus eleitores realmente querem, para poder decidir adequadamente. É verdade que os indivíduos ainda têm, pelo menos no Ocidente, a possibilidade de decidir e agir como indivíduos em relação a muita coisa: fazer negócios — pelo menos a grosso modo —, falar, manter relações pessoais e muitos outros tipos de relações sociais. Porém, eles parecem também ter aceitado em princípio, de uma vez por todas, um sistema por meio do qual um punhado de pessoas, as quais raramente conhecem pessoalmente, está apto a decidir o que todos devem fazer, e isso dentro de limites muito vagamente definidos ou praticamente sem qualquer limite.

O fato de os legisladores, pelo menos no Ocidente, ainda evitarem interferir em campos da atividade individual, como falar, escolher o cônjuge, o estilo de vestir, ou as viagens em geral, dissimula o simples fato de que, na realidade, eles têm o poder de interferir em todos esses domínios. Mas outros países, ao mesmo tempo em que já oferecem outro quadro, revelam até onde os legisladores podem ir a esse respeito. Por outro lado, hoje cada vez menos pessoas parecem compreen-

der que, da mesma forma como a linguagem e a moda são produtos da convergência de ações e decisões espontâneas da parte de um vasto número de indivíduos, a lei também pode, em teoria, ser produto de uma convergência semelhante em outros campos.

Atualmente, o fato de não termos de confiar a outras pessoas a tarefa de decidir, por exemplo, como devemos falar ou como devemos passar nosso tempo livre, não nos permite compreender que o mesmo deveria ser verdade em relação a muitas outras atividades e decisões que tomemos na esfera da lei. Nossa noção atual de lei está definitivamente afetada pela importância esmagadora que atribuímos à função da legislação, ou seja, à **vontade de outros** — quem quer que sejam — **em relação a nosso comportamento diário**. Nas próximas páginas, procuro esclarecer uma das principais consequências de nossas ideias a esse respeito. Na realidade, estamos longe de atingir, através da legislação, a efetividade ideal da lei, no sentido prático que esse ideal deve ter para qualquer pessoa que precisa planejar o futuro e que tem de saber, portanto, quais serão as consequências legais de suas decisões. Ao mesmo tempo em que a legislação está quase sempre **certa**, ou seja, precisa e identificável enquanto “vigente”, as pessoas nunca poderão ter a certeza de que a legislação em vigor hoje estará em vigor amanhã, ou até mesmo amanhã de manhã. O sistema legal centrado na legislação, ao mesmo tempo em que envolve a possibilidade de outras pessoas — os legisladores — poderem interferir em nossas ações todos os dias, envolve também a possibilidade de mudarem todos os dias sua forma de interferência. Como resultado, as pessoas ficam privadas não só de decidir livremente o que fazer, mas de prever os efeitos legais de seu comportamento cotidiano.

E inegável que hoje esse resultado se deve tanto à legislação agigantada quanto ao enorme crescimento de uma atividade quase legislativa ou pseudolegislativa da parte do governo, e não se pode deixar de concordar com autores e intelectuais como James Burnham, nos Estados Unidos, professor G. W. Keeton, na Inglaterra, e professor F. A. Hayek, que nos últimos anos têm feito amargas críticas ao enfraquecimento dos poderes legislativos tradicionais do Congresso dos Estados Unidos, ou da “morte” do Parlamento Britânico, em consequência do correspondente aumento das atividades quase legislativas do Executivo. No entanto, não se pode perder de vista o fato de que o poder sempre crescente dos funcionários do governo pode sempre ser atribuído a alguma sanção estatutária que os habilita a se comportarem como legisladores, e a interferir, dessa forma, quase que a seu bel-prazer, em todo tipo de interesse ou atividade privada. A situação paradoxal de nossos tempos é que somos governados por homens, não — como sustentaria a teoria aristotélica clássica — por não sermos

governados por leis, mas justamente porque o **somos**. Nesse caso, seria quase inútil invocar a lei contra esses homens. O próprio Maquiavel não teria sido capaz de tramar artifício mais engenhoso para dar dignidade à vontade de um tirano que finge ser um simples funcionário agindo dentro da estrutura de um sistema perfeitamente legal.

Se valorizamos a liberdade individual de ação e decisão, não podemos deixar de concluir que deve haver algo de errado com o sistema como um todo.

Não sustento que a legislação deva ser totalmente descartada. É provável que isso nunca tenha acontecido em país ou momento algum. Mas defendo que a legislação é, na realidade, incompatível com a iniciativa e decisão individuais, quando atinge um limite que a sociedade contemporânea parece ter avançado em muito.

Minha sugestão sincera é a de que **aqueles que valorizam a liberdade individual devem reavaliar o lugar do indivíduo dentro do sistema legal como um todo**. Não é mais uma questão de se defender essa ou aquela liberdade em particular — fazer negócios, falar, associar-se a outras pessoas etc.; nem se trata de decidir que tipo de legislação “boa” devemos adotar no lugar de uma “má”. A questão é decidir se a liberdade individual é compatível, quanto ao seu princípio, com o atual sistema centrado na legislação e quase inteiramente identificado com ela. Essa visão pode parecer radical. Não nego que o seja. Mas visões radicais são, às vezes, mais férteis do que teorias sincretistas que servem mais para dissimular problemas do que para solucioná-los.

Felizmente não precisamos nos refugiar na Utopia para encontrar sistemas legais diferentes dos atuais. Tanto a história romana quanto a história inglesa nos ensinam, por exemplo, uma lição completamente diferente daquela dos advogados da legislação agigantada do presente. Hoje em dia, todo mundo louva os romanos não menos do que os ingleses por sua sabedoria jurídica. Porém, muito poucas pessoas imaginam em que consistia essa sabedoria, ou seja, o quão independentes da legislação eram esses sistemas, no que concernia ao dia-a-dia das pessoas, e, conseqüentemente, o quão ampla era a esfera da liberdade individual, tanto em Roma quanto na Inglaterra, durante os vários séculos em que seus respectivos sistemas legais estavam em seu apogeu. Algumas pessoas questionam por que ainda se estuda a história das leis romana e inglesa, se esse fato essencial sobre as duas permanece amplamente esquecido ou simplesmente ignorado.

Os romanos, assim como os ingleses, compartilhavam da ideia de que a lei é algo mais para ser **descoberto** do que a ser **decretado**, e de que ninguém é tão poderoso em sua sociedade a ponto de estar em

posição de identificar sua própria vontade com a lei da terra. A tarefa de “descobrir” a lei foi confiada, em seus países, a juristas e a juizes, respectivamente — duas categorias de pessoas comparáveis, pelo menos até certo sentido, aos cientistas de hoje. Esse fato parece mais impressionante ainda ao considerarmos que os magistrados romanos, por um lado, e o Parlamento Britânico, por outro, em princípio tinham, e o último continua tendo, poderes quase despóticos sobre os cidadãos.

Durante séculos, mesmo no Continente, a tradição jurídica esteve longe de gravitar em torno da legislação. A adoção do *Corpus Juris* Justiniano, nos países continentais, resultou em uma atividade peculiar da parte dos juristas, cuja tarefa era mais uma vez descobrir o que era a lei, e isso em grande parte independentemente da vontade dos governantes de cada país. Assim, a lei continental era chamada, muito apropriadamente, de “lei dos advogados” — *Juristenrecht* — e jamais perdeu esse caráter, nem mesmo sob os regimes absolutos que precederam a Revolução Francesa. Até mesmo a nova era da legislação, no início do século dezenove, começou com a ideia muito modesta de reavaliar e redeclarar a lei formulada por advogados, **reescrevendo-a** nos códigos, mas de forma alguma **subvertendo-a** através deles. A legislação era principalmente uma compilação de disposições regulamentares passadas, e seus defensores costumavam enfatizar precisamente suas vantagens em ser um resumo inequívoco e claro, se comparado à massa caótica de trabalhos jurídicos individuais feitos por advogados. Como fenômeno paralelo, as constituições escritas foram adotadas no Continente primeiramente como uma forma de colocar em preto e branco as séries de princípios já formulados passo a passo por juizes ingleses, no que concernia à constituição inglesa. No século dezenove, os códigos e constituições dos países continentais foram concebidos como meio de expressar a lei como algo que de nenhuma forma era idêntico ao desejo contingente das pessoas que decretavam esses códigos e constituições.

Ao mesmo tempo, a crescente importância da legislação nos países anglo-saxões tinha, sobretudo, a mesma função e correspondia à mesma ideia: a de redeclarar e compendiar a lei existente da forma como fora elaborada pelas cortes através dos séculos.

Hoje, tanto nos países anglo-saxões como nos países continentais, o quadro mudou quase que completamente. A legislação ordinária e mesmo as constituições e códigos apresentam-se cada vez mais como expressão direta da vontade contingente das pessoas que os decretam, enquanto que geralmente a ideia subjacente é a de que sua função é declarar, não o que a lei é como resultado de um processo secular, mas

o que a lei **deve ser** como resultado de uma abordagem completamente nova e de decisões sem precedentes.

Enquanto o homem médio está se acostumando a esse novo significado da legislação, está se adaptando cada vez mais a sua noção de correspondente, não a uma vontade “comum”, ou seja, uma determinação que se presume existente em todos os cidadãos, mas à expressão da vontade específica de certos indivíduos e grupos que tiveram a sorte de ter uma maioria contingente de legisladores de seu lado, em um dado momento.

Dessa forma, a legislação viveu um desenvolvimento muito peculiar. Chegou a parecer mais e mais uma espécie de *Diktat* que as maiorias vitoriosas, nas assembleias legislativas, impõem às minorias, resultando muitas vezes na destruição de expectativas individuais antigas e na criação de outras completamente sem precedentes. As minorias perdedoras, por sua vez, ajustam-se a sua derrota apenas porque esperam se tornar, mais cedo ou mais tarde, uma maioria vitoriosa e ficar em posição de tratar de forma semelhante os pertencentes às maiorias contingentes de hoje. Com efeito, dentro das legislaturas as maiorias podem ser produzidas e destruídas, através de um procedimento regular que atualmente está sendo metodicamente analisado por certos intelectuais americanos — o procedimento que os políticos americanos chamam de “conluio entre políticos”, e que deveríamos chamar de “comércio de votos”. Sempre que os grupos têm representação insuficiente, na legislatura, para impor seu próprio desejo sobre outro grupo dissidente, recorrem à negociação de votos com o máximo possível de grupos neutros dentro da legislatura, de modo a colocar sua pretensa “vítima” em posição minoritária. Cada um dos grupos “neutros” subornados hoje está, por sua vez, preparado para amanhã subornar outros grupos para impor sua própria vontade a outras pretensas “vítimas”. As maiorias mudam dentro da legislatura, mas há sempre “vítimas”, assim como há sempre aqueles que se beneficiam do sacrifício dessas “vítimas”.

Infelizmente, essa não é a única desvantagem grave do inchamento do processo legislativo hoje. A legislação envolve sempre uma espécie de coerção e constrangimento inevitáveis dos indivíduos a ela sujeitos. A tentativa feita recentemente por alguns intelectuais de considerar as escolhas dos indivíduos, em sua qualidade de membros de um grupo de tomada de decisão — como um eleitorado ou uma legislatura —, como equivalentes às escolhas feitas em outros campos da atividade humana — no mercado, por exemplo —, deixou de observar uma diferença fundamental entre esses dois tipos de escolha.

É bem verdade que tanto as escolhas individuais, no mercado, quanto aquelas feitas por indivíduos enquanto membros de um gru-

po, dependem, para seu sucesso, do comportamento de outras pessoas. Por exemplo, ninguém pode comprar, se não há ninguém vendendo. Os indivíduos, ao fazerem opções no mercado, no entanto, estarão sempre livres para repudiar sua escolha, em parte ou no todo, sempre que não gostarem dos seus possíveis resultados. Por mais pobre que possa parecer, até mesmo essa possibilidade é negada a indivíduos que tentam fazer suas opções enquanto membros de um grupo, seja de um eleitorado, seja de uma legislatura, ou de algum outro grupo. O que a parte vitoriosa do grupo decide fica decidido para todo o grupo; e, a não ser que deixem o grupo, os membros derrotados não têm sequer a liberdade de rejeitar o resultado de uma opção que não os agrada.

Aqueles que advogam a legislação inflada, podem afirmar que é um mal inevitável que os grupos tenham de tomar decisões, por todos, que tenham de ser efetivas. A alternativa seria dividir os grupos em números maiores de facções menores e finalmente em indivíduos. Nesse caso, os grupos não poderiam mais funcionar como unidades. Assim, a perda da liberdade individual é o preço a ser pago pelos supostos benefícios advindos dos grupos funcionarem como unidades.

Não nego que muitas vezes as decisões de grupo somente são alcançadas à custa da liberdade individual de escolha e, concomitantemente, da recusa de se fazer essa escolha. O que quero salientar é que as decisões de grupo, na realidade, valem esse custo **com menos frequência** do que parece a um observador superficial.

A substituição, pela legislação, da aplicação espontânea de regulamentos não legislativos de comportamento, é indefensável, a não ser que se prove que estes são incertos ou insuficientes, ou que geram algum mal que a legislação poderia evitar, além de manter as vantagens do sistema anterior. Essa avaliação preliminar é simplesmente inconcebível para os legisladores contemporâneos. Ao contrário, eles parecem pensar que a legislação é sempre boa em si própria, e que cabe àqueles que discordam provar o contrário. Minha humilde sugestão é a de que sua conclusão de que uma lei, mesmo que ruim, é melhor do que nada, precisaria estar muito mais apoiada em evidências do que está.

Por outro lado, só estaremos em posição de decidir até onde podemos ir na introdução de qualquer processo legislativo e, ao mesmo tempo, na tentativa de preservar a liberdade individual, se tivermos clareza de quanta repressão o real processo da legislação implica.

Parece inquestionável que devemos, com base nisso, rejeitar o recurso à legislação **sempre que usada meramente como um meio de subjugar as minorias para tratá-las como perdedoras**. E, também,

que devemos rejeitar o processo legislativo **sempre que os indivíduos envolvidos possam atingir seus objetivos sem dependerem das decisões de um grupo e sem realmente coagirem outras pessoas a fazerem o que jamais fariam sem essa coerção.** Finalmente, parece simplesmente óbvio que **sempre que surgir qualquer dúvida a respeito da conveniência do processo legislativo, em comparação com algum outro tipo de processo que tenha por objeto a determinação das regras de nosso comportamento, a adoção do processo legislativo deverá, obrigatoriamente, ser resultado de uma avaliação muito precisa.**

Se submetêssemos a legislação existente ao tipo de julgamento que aqui proponho, pergunto-me o quanto dela sobreviveria.

Uma questão completamente diferente é a de verificar como tal julgamento poderia ser conduzido. Não pretendo que isso possa ser facilmente realizado. Interesses e preconceitos demais estão, obviamente, prontos a defender o inchamento do processo legislativo na sociedade contemporânea. No entanto, a não ser que eu esteja enganado, todo mundo irá se confrontar, mais cedo ou mais tarde, com o problema de uma situação resultante que parecerá prometer nada além de perpétuo mal-estar e opressão generalizada.

Um princípio muito antigo parece ter sido violado na sociedade contemporânea — um princípio já enunciado no Evangelho e muito antes ainda na filosofia de Confúcio: “Não faça aos outros aquilo que não gostaria que os outros fizessem a você.” Não conheço qualquer outra asserção, na moderna filosofia da liberdade, que soe tão concisa quanto essa. Pode parecer tola, se comparada às fórmulas sofisticadas às vezes embaladas em símbolos matemáticos obscuros de que as pessoas parecem gostar, tanto na economia quanto nas ciências políticas. Entretanto, o princípio confuciano se mostra aplicável ainda hoje para a restauração e preservação da liberdade individual.

Com certeza, a tarefa de descobrir o que as pessoas não gostariam que os outros lhes fizessem não é fácil. Porém, parece ser comparativamente mais fácil do que a tarefa de determinar o que as pessoas gostariam de fazer sozinhas ou em colaboração com outras. A vontade comum, concebida como o desejo comum a todo e qualquer membro da sociedade, no que se refere a seu conteúdo é muito mais facilmente apurável na forma “negativa” já evidenciada pelo princípio confuciano do que em qualquer outra forma “positiva”. Ninguém contestaria o fato de que uma inquirição entre qualquer grupo, conduzida com o objetivo de determinar o que seus membros **não** querem sofrer como resultado da ação direta de outras pessoas sobre eles, mostraria resul-

tados mais claros e mais precisos do que qualquer investigação relacionada com seus desejos a respeito de outras coisas. Na realidade, a célebre regra da “autoproteção” proposta por John Stuart Mill não só pode ser reduzida ao princípio confuciano, como também só pode ser aplicada se é assim reduzida, pois ninguém pode efetivamente decidir o que é e o que não é prejudicial a qualquer indivíduo em particular, em dada sociedade, sem confiar, afinal, no julgamento de cada membro de tal sociedade. Cabe a todos eles definirem o que é prejudicial, ou seja, de fato, o que cada um deles não gostaria que lhe fosse feito.

Agora, a experiência demonstra que, em certo sentido, não há em qualquer grupo minorias relativas a uma série completa de coisas que “não devem ser feitas”. Mesmo as pessoas que estão prontas a fazer essas coisas aos outros, admitem que não gostariam que se lhes fossem feitas essas mesmas coisas.

Apontar essa simples verdade não é o mesmo que dizer que não há diferença entre um e outro grupo ou sociedade a esse respeito, e, menos ainda, que qualquer grupo ou sociedade guarda sempre os mesmos sentimentos ou convicções, ao longo de sua história. Mas nenhum historicismo ou relativismo poderia nos impedir de reconhecer que, em qualquer sociedade, os sentimentos e convicções relativos aos atos que **não** deveriam ser produzidos, são muito mais homogêneos e facilmente identificáveis do que quaisquer outros tipos de sentimentos e convicções. O provável é que uma legislação que proteja as pessoas contra aquilo que não querem que os outros lhes façam, seja mais facilmente determinável e no geral mais bem-sucedida do que qualquer tipo de legislação baseada em outros desejos “positivos” dos mesmos indivíduos. Com efeito, esses desejos não são apenas, em geral, menos homogêneos e menos compatíveis uns com os outros do que os “negativos”, como frequentemente também são difíceis de serem determinados.

Certamente, como enfatizam alguns teóricos, “há sempre alguma interligação entre a máquina do estado que produz as mudanças legislativas e a opinião social da comunidade na qual essas mudanças devem operar”². O único problema é que essa inter-relação pode significar muito pouco na revelação da “opinião social da comunidade” — o que quer que isso possa significar — e menos ainda na expressão das verdadeiras opiniões das pessoas em questão. Em muitos casos, não há essa coisa de “opinião social”, nem existe qualquer razão convincente para chamar de “opinião social” a opinião particular de grupos e indivíduos que aconteça estarem em posição de aprovar a lei, nesses casos, em geral às custas de outros grupos e indivíduos.

² W. Friedmann, *Law in a changing society* (Londres: Stevens & Sons, 1959), p.7.

Pretender que a legislação seja “necessária” sempre que outros meios fracassem em “descobrir” a opinião das pessoas envolvidas, seria apenas uma outra maneira de fugir à solução do problema. Se os outros meios fracassam, isso não é motivo para inferir que a legislação não fracassa. Ou assumimos que uma “opinião social” sobre o assunto em questão não existe, ou que existe mas é muito difícil de ser descoberta. No primeiro caso, introduzir uma legislação implica ser essa uma alternativa correta para suprir a falta de uma “opinião social”; no outro, introduzir uma legislação implica saberem os legisladores como descobrir a “opinião social” que seria, de outra forma, irrevelável. Em ambos os casos, uma ou outra dessas afirmativas deve ser cuidadosamente comprovada antes da introdução da legislação, mas é simplesmente óbvio demais que ninguém, pelo menos dentre todos os legisladores, tente fazer isso. A adequação, ou mesmo a necessidade da alternativa — isto é, legislação —, parece simplesmente ser tomada como certa, mesmo por teóricos que deveriam ser menos simplistas. Eles gostam de afirmar que “aquilo que já pôde uma vez ser considerado uma legislação mais ou menos técnica formulada por advogados, pode hoje ser uma questão de política econômica e social urgente”, ou seja, de regulamentações estatutárias³. Contudo, tanto a maneira de se determinar o que é “urgente” quanto os critérios requeridos para decidir sua urgência, incluída a referência à “opinião social” a esse respeito, continuam obscuros, enquanto a possibilidade de se chegar a uma conclusão satisfatória através de um código é simplesmente tida como algo absoluto. Parece ser apenas uma questão de se aprovar um código — e mais nada.

Aqueles que hoje advogam a legislação inchada seguiram o pressuposto razoável de que nenhuma sociedade está centrada exatamente nas mesmas convicções e sentimentos de outras, e de que, além disso, muitas convicções e sentimentos não são facilmente identificáveis dentro de uma mesma sociedade; de onde se conclui que, **assim sendo**, o que as pessoas decidem ou não decidem, em uma sociedade, deveria ser deixado de lado e substituído pelo que um punhado qualquer de legisladores possa vir a decidir por eles amanhã ou depois.

Assim, a legislação é concebida como um meio garantido de se introduzir homogeneidade e regulamentos onde não havia. Desse modo, a legislação vem a ser “racional”, ou, como teria dito Max Weber, “um dos componentes característicos de um processo de racionalização (...) que penetra todas as esferas da ação comunal”. Mas, como o próprio Max Weber cuidou de enfatizar, pode-se alcançar apenas um sucesso limitado,

³ *Ibid.*, p.30.

através da extensão da legislação e da ameaça de coerção que a sustenta. Isso se deve não só ao fato de que, como Weber mais uma vez observou, “os meios de coerção e punição mais drásticos estão destinados a falhar, quando os sujeitos continuam recalcitrantes”, e de que “o poder da lei sobre a conduta econômica tornou-se, em muitos aspectos, mais fraco do que forte, se comparado às condições de antigamente”. A legislação pode ter, e na verdade tem, em muitos casos, hoje em dia, um efeito negativo sobre a eficácia dos regulamentos e sobre a homogeneidade dos sentimentos e convicções **já prevaletentes** em uma dada sociedade. Pois a legislação pode também romper, deliberada ou acidentalmente, a homogeneidade, ao destruir regras estabelecidas e anular convenções e acordos existentes que até então eram voluntariamente aceitos e mantidos. Maior ruptura ainda é causada pelo fato de que a possibilidade de se anular acordos e convenções através de uma legislação interventora tende, a longo prazo, a induzir as pessoas a deixarem de se apoiar em qualquer convenção existente, ou de honrar qualquer dos acordos aceitos. Por outro lado, a mudança contínua das regras, ocasionada pela legislação inchada, a impede de substituir, com sucesso e de forma duradoura, o conjunto de regras não legislativas — costumes, convenções, acordos — destruídas ao longo do processo. Dessa forma, aquilo que se acreditava ser um processo “racional” demonstra ser, no final, autodestrutivo.

Esse fato não pode ser ignorado dizendo-se simplesmente que a ideia de uma esfera “limitada” das normas de estado “perdeu agora sua validade e sentido, na sociedade altamente industrializada e articulada de nossos tempos”.⁴

Pode-se muito bem dizer que a crítica de von Savigny, no início do século passado, à tendência à codificação e ao registro escrito da legislação em geral parece ter sido esquecida entre as névoas da história. Pode-se observar também que, no início deste século, uma crítica semelhante sobreveio à confiança de Eugen Ehrlich na “lei viva do povo”, assim como contra a legislação aprovada pelos “representantes” do povo. Entretanto, não apenas as críticas de Savigny e Ehrlich à legislação continuam irrefutadas até hoje, como igualmente os sérios problemas que elas levantaram em sua época, longe de terem sido eliminados, estão se mostrando mais e mais difíceis de serem solucionados ou mesmo ignorados, no presente.

Isso certamente se deve, entre outras coisas, à fé convencional de nosso tempo nas virtudes da democracia “representativa”, não obstante o fato de que a “representação” vem a ser um processo muito dúbio mesmo para aqueles especialistas em política, que não chega-

⁴ *Ibid*, p.4.

riam a dizer, como Schumpeter, que a democracia representativa é, hoje, um “logro”. Essa fé pode impedir que se reconheça que, quanto mais numerosas forem as pessoas a serem “representadas” através do processo legislativo, e quanto mais numerosos forem os pontos sobre os quais se tentar representá-las, menos a palavra “representação” se reportará ao verdadeiro desejo das outras pessoas que não aquelas nomeadas como seus “representantes”.

A demonstração — já apresentada no início da década de 1920 por economistas como Max Weber, B. Brutzkus e, mais completamente, pelo professor Ludwig von Mises — de que uma economia centralizada gerida por um comitê de diretores comprimindo os preços e procedendo a sua revelia não funciona, uma vez que os diretores não podem saber, sem a contínua revelação do mercado, qual será a oferta e a demanda, não foi até hoje desafiada por qualquer argumento aceitável desenvolvido por seus adversários, como Oskar Lange, Fred M. Taylor, H. D. Dickinson e outros defensores de uma solução pseudocompetitiva para o problema. De fato, essa demonstração pode ser julgada a contribuição mais importante e mais duradoura feita por economistas à causa da liberdade individual em nossos tempos. **No entanto, suas conclusões podem ser consideradas apenas como um caso especial de uma compreensão mais geral de que nenhum legislador seria capaz de estabelecer sozinho, sem qualquer tipo de colaboração contínua por parte de todas as pessoas envolvidas, as regras que iriam governar o real comportamento de todos, na infinita relação que cada um tem com os outros.** Nenhum levantamento de opinião pública, nenhum *referendum*, nenhuma consulta poderiam realmente colocar os legisladores em posição de determinar essas regras, não mais do que um procedimento semelhante poderia colocar os diretores de uma economia planejada em posição de descobrir a total demanda e oferta de todas as mercadorias e serviços. O verdadeiro comportamento das pessoas está continuamente se adaptando a condições que se transformam. Mais do que isso, o comportamento verdadeiro não deve ser confundido com expressões de opiniões como as que emergem das pesquisas de opinião pública e semelhantes, não mais do que a expressão verbal dos anseios e desejos deve ser confundida com a “efetiva” demanda no mercado.

A conclusão inevitável é a de que, para devolver à palavra “representação” seu significado original e racional, seria necessária uma redução drástica do número de “representados”, ou do número de matérias nas quais são supostamente representados, ou de ambos.

E difícil admitir, porém, que uma redução no número desses representados fosse compatível com a liberdade individual, se assumi-

mos que eles têm o direito de expressar sua própria vontade, pelo menos enquanto eleitores. Por outro lado, uma redução no número de questões acerca das quais as pessoas sejam representadas não resulta, definitivamente, no correspondente aumento do número de questões em relação às quais as pessoas podem decidir livremente como indivíduos não “representados”. **A última redução, deste modo, parece ser o único caminho para a liberdade individual, no presente.** Não nego que aqueles acostumados a tirar vantagem do processo de representação, quer como representantes, quer como membros de grupos representados, tenham algo a perder com uma redução dessas. Porém, é óbvio que eles também têm muito a ganhar com isso em todos aqueles casos em que venham a ser “vítimas” de um processo legislativo irrestrito. O resultado deveria ser, finalmente, tão favorável, para a causa da liberdade individual, quanto, de acordo com Hobbes, é positivo para os seres humanos serem, no final das contas, impedidos de interferir nas vidas e propriedade uns dos outros, de forma que possam emergir do triste estágio que descreve como “a guerra de todos contra todos”.

De fato, nos confrontamos hoje, frequentemente, com nada menos do que uma potencial **guerra legal de todos contra todos**, mantida através da legislação e da representação. A única alternativa seria um estado de coisas no qual essa guerra legal não pudesse mais acontecer, ou pelo menos não tão ampla nem perigosamente como ameaça hoje acontecer.

É claro que uma simples limitação da área coberta pela legislação hoje não poderia solucionar mais completamente o problema da organização jurídica de nossa sociedade, preservando a liberdade individual, do que a legislação o soluciona, atualmente, através de uma verdadeira supressão, passo a passo, dessa liberdade.

Costumes, acordos tácitos, a implicação de convenções, critérios gerais ligados a soluções adequadas para problemas legais específicos, também com referência a possíveis mudanças de opiniões das pessoas a qualquer momento e à justificativa material dessas opiniões — tudo isso ainda está por ser descoberto. Pode-se muito bem dizer que esse é um processo inegavelmente difícil, às vezes doloroso e geralmente muito longo. Sempre foi. Segundo a experiência de nossos ancestrais, a forma usual de viver essa dificuldade — como já colocamos — não só nos países anglo-saxões, mas em todo o Ocidente, era confiar o processo a pessoas especialmente treinadas, como advogados e juízes. A natureza essencial da atividade destes e a extensão de sua iniciativa pessoal de encontrar soluções legais são questões ainda em aberto. Não se pode negar que advogados e juízes são homens como quaisquer outros, e que seus recursos são limitados; tampouco se pode

negar que eles possam estar sujeitos à tentação de substituir por seu próprio arbítrio pessoal a atitude imparcial de um cientista, quando o caso for obscuro, e suas convicções profundamente enraizadas estiverem em jogo. Além disso, pode-se argumentar que a atividade desses tipos de *honoratiores* na sociedade contemporânea parece estar tão destituída de real aprovação quanto a dos legisladores, no tocante a uma verdadeira interpretação da vontade do povo.

Entretanto, a posição dos advogados e juízes, nos países do Ocidente, assim como a de outros *honoratiores* em sociedades semelhantes no passado, é fundamentalmente diferente daquela dos legisladores, pelo menos em três aspectos muito importantes. Primeiro, juízes, advogados ou outros em posição semelhante só podem intervir quando convidados a isso pelas pessoas envolvidas, e sua decisão deve ser tomada e se tornar efetiva, pelo menos em questões civis, apenas através de uma colaboração contínua das próprias partes e dentro de seus limites. Segundo, a decisão de um juiz deve ser efetivada principalmente no interesse das partes da disputa, apenas ocasionalmente no interesse de terceiros e praticamente nunca no interesse de pessoas sem qualquer conexão com as partes envolvidas. Terceiro, essas decisões da parte de juízes e advogados muito raramente são atingidas sem referência às decisões de outros juízes e advogados em casos semelhantes, estando assim em colaboração indireta com todas as outras partes envolvidas, presentes e passadas.

Tudo isso significa que os autores dessas decisões não têm nenhum poder real, sobre os outros cidadãos, além daquele que esses próprios cidadãos estão preparados para lhes conferir em função de pedirem uma decisão sobre um caso específico.

Isso significa também que o próprio poder fica limitado, ainda, pela inevitável referência de cada decisão a decisões tomadas em casos semelhantes por outros juízes⁵. Finalmente, significa que o processo inteiro pode ser descrito como uma espécie de colaboração ampla, contínua e, principalmente, espontânea entre os juízes e o julgado, para se descobrir qual é a vontade do povo em uma série de situações definidas — colaboração essa que, em muitos aspectos, pode ser comparada àquela existente entre todos os participantes de um mercado livre.

Se contrastamos a posição de juízes e advogados com a posição dos legisladores, na sociedade contemporânea, podemos facilmente entender quanto poder mais estes têm sobre os cidadãos e o quão me-

⁵ A posição especial das cortes supremas a esse respeito é apenas uma qualificação do princípio geral sublinhado antes; voltaremos ao assunto mais tarde.

nos precisas, imparciais e confiáveis são suas tentativas, se é que há alguma, de “interpretar” a vontade do povo.

Nesses aspectos, um sistema legal centrado na legislação se parece, por sua vez — como observamos —, com uma economia centralizada na qual todas as decisões relevantes são tomadas por um punhado de diretores, cujo conhecimento da situação geral é fatalmente limitado e cujo respeito, se é que o há, pelos desejos do povo, fica sujeito a essa limitação.

Nenhum título solene, nenhuma cerimônia pomposa, nenhum entusiasmo, da parte das massas, podem dissimular o fato nu e cru de que tanto os legisladores quanto os dirigentes de uma economia centralizada são apenas indivíduos como você e eu, que ignoram 99 por cento do que está acontecendo a sua volta no tocante às verdadeiras transações, acordos, atitudes, sentimentos e convicções das pessoas. Um dos paradoxos de nossa era é o contínuo retraimento da tradicional fé religiosa ante o avanço da ciência e da tecnologia, sob a exigência implícita de uma atitude factual e prosaica e de um raciocínio desapassionado, acompanhados de um **não menos contínuo retraimento da mesma atitude e raciocínio em relação a questões legais e políticas**. A mitologia de nossa época não é religiosa, mas política, e seus principais mitos parecem ser a “representação” do povo, por um lado, e por outro a carismática pretensão de líderes políticos de estarem em poder da verdade e de agirem de acordo com ela.

Outro paradoxo é que os economistas que defendem o mercado livre, no presente, não parecem se importar em considerar se um mercado livre poderia realmente durar, em um sistema legal centrado na legislação. O fato é que os economistas raramente são advogados e vice-versa, e isso provavelmente explica por que os sistemas econômicos, por um lado, e os sistemas jurídicos, por outro, geralmente são analisados em separado e raramente relacionados um ao outro. Essa é, provavelmente, a razão pela qual a exata relação entre a economia de mercado e um sistema jurídico centrado em juízes e/ou advogados, em vez de na legislação, é muito menos claramente percebida do que deveria ser, apesar de a relação igualmente rigorosa entre uma economia planejada e a legislação ser óbvia demais para ser ignorada por intelectuais e pelas pessoas em geral.

A não ser que eu esteja errado, há mais do que uma analogia entre a economia de mercado e uma lei judiciária ou de advogados, assim como existe muito mais do que uma analogia entre uma economia planejada e a legislação. Se consideramos que a economia de mercado era mais bem-sucedida, tanto em Roma quanto nos

países anglo-saxões, dentro de estruturas, respectivamente, de lei judiciária e de lei de advogados, é razoável concluir que isso não foi mera coincidência.

Tudo isso não significa, é claro, que a legislação não seja útil — fora aquelas instâncias nas quais é uma questão de se determinar o que «não deve ser feito», de acordo com os sentimentos e convicções compartilhados por todas as pessoas — nos casos em que possa haver interesse generalizado em se ter alguma regra definida de comportamento, mesmo quando as pessoas envolvidas ainda não chegaram a qualquer conclusão sobre qual deve ser o conteúdo dessas regras. É sabido que as pessoas às vezes preferem ter uma lei qualquer do que nenhuma. Isso pode acontecer em vários casos contingentes. A própria necessidade de uma regra definida foi provavelmente a razão por que, como disse Karl Hildebrand sobre as regras legais romanas arcaicas, ou como Eugen Ehrlich disse a respeito do *Corpus Juris* Justiniano na Idade Média, as pessoas parecem inclinadas a aceitar, às vezes, uma regra rígida ou obsoleta, ou de qualquer forma insatisfatória, até encontrarem uma mais adequada.

O problema de nosso tempo, no entanto, parece ser justamente o contrário: não é o de nos contentarmos com regras inadequadas, por uma escassez fundamental e uma “fome de regras”, mas o de nos livrarmos de um bando de regras prejudiciais, ou, no mínimo, inúteis, em razão de sua tremenda abundância e, por assim dizer, “má digestão”.

Por outro lado, não se pode negar que as leis dos advogados ou a lei do judiciário possam tender a adquirir as características — inclusive as indesejáveis — da legislação, sempre que juristas ou juízes forem designados a decidir sobre um caso. Algo do tipo parece ter ocorrido durante o período pós-clássico da lei romana, quando os imperadores conferiram a certos jurisconsultos o poder de emitirem pareceres jurídicos — *jus respondendi* —, que se tornaram, por fim, vinculados aos juízes em dadas circunstâncias. No presente, o mecanismo do Judiciário, em certos países com “tribunais supremos” estabelecidos, resulta na imposição das visões pessoais dos membros desses tribunais — ou de uma maioria deles — sobre todas as outras pessoas envolvidas, sempre que há uma grande discordância entre a opinião dos primeiros e as convicções das últimas. Mas, como tento salientar no capítulo 8 deste livro, essa possibilidade, longe de estar necessariamente implícita na natureza das leis dos advogados ou da lei judiciária, é mais um desvio desta e uma introdução um tanto contraditória do processo legislativo, sob o rótulo ilusório da lei formulada por um advogado ou da lei judiciária em seu estágio mais elevado. Mas esse desvio pode ser evitado e por isso mesmo não constitui obstáculo

intransponível para o desempenho satisfatório da função judicial de determinar qual é o desejo do povo. Por fim, mecanismos de controle do exercício do poder bem podem ser aplicados dentro da esfera destinada ao exercício da função judiciária, a saber, em seus estágios mais altos, exatamente como são aplicados entre as várias funções e poderes de nossa sociedade política.

Uma observação final precisa ser feita. Estou lidando, aqui, principalmente com princípios gerais. Não ofereço soluções específicas para problemas específicos. Estou convencido, entretanto, de que essas soluções podem ser encontradas muito mais facilmente de acordo com os princípios gerais que propus do que através da aplicação de outros.

Por outro lado, nenhum princípio abstrato irá funcionar efetivamente por si próprio; as pessoas precisam sempre fazer alguma coisa para que funcione. Isso se aplica aos princípios que desenvolvi neste livro não menos do que a quaisquer outros. Não procuro mudar o mundo, mas apenas submeter algumas ideias modestas que, a não ser que eu me engane, deveriam ser cuidadosa e justamente consideradas antes de se concluir, como o fazem os advogados da legislação inchada, que as coisas são imutáveis, e, apesar de não serem a melhor resposta, são a resposta inevitável a nossas necessidades na sociedade contemporânea.

QUAL LIBERDADE?

Abraham Lincoln, em um discurso em Baltimore, em 1864, admitiu tanto a dificuldade de se definir “liberdade” quanto o fato de que a Guerra Civil entre o Norte e o Sul baseou-se, de certa forma, em um mal-entendido em relação a essa palavra. “O mundo”, disse, “nunca teve uma boa definição para a palavra ‘liberdade’. (...) Ao usarmos a mesma palavra, não queremos dizer a mesma coisa”.⁶

Com efeito, não é fácil definir “liberdade” ou estarmos completamente conscientes do que estamos fazendo quando a definimos. Se queremos definir “liberdade”, precisamos antes decidir o propósito de nossa definição. Uma abordagem “realista” elimina o problema preliminar: “liberdade” é algo que está simplesmente “ali”, e a única questão é encontrar as palavras corretas para descrevê-la.

Um exemplo de uma definição “realista” de liberdade é a de lorde Acton, no início de seu *History of freedom*: “Com a palavra liberdade, refiro-me à segurança de que todo homem terá proteção para fazer o que acredita ser sua obrigação, contra a influência da autoridade e das maiorias, costumes e opiniões.” Muitos críticos diriam que não há razão para definir “liberdade” apenas como a segurança de que todo homem terá proteção para fazer o que acredita ser sua obrigação, e não, por exemplo, seu **direito** ou seu **prazer**; nem há qualquer razão para se dizer que essa proteção precise ser assegurada apenas contra maiorias ou autoridades e não contra minorias e cidadãos isolados.

A propósito, quando lorde Acton, em Bridgenorth, em 1877, pronunciou suas famosas palestras sobre a história da liberdade, o respeito conferido às minorias religiosas, pelas autoridades inglesas e pela maioria inglesa, era ainda uma das grandes questões da vida política da era vitoriana, no Reino Unido. Com a anulação de leis discriminatórias, como o Corporation Act de 1661 e o Test Act de 1673, e com a admissão, em 1870, dos Dissidentes Protestantes e dos Católicos — os papistas, como eram chamados — às universidades de Oxford e Cambridge, as chamadas Igrejas Livres tinham acabado de vencer uma batalha que durara dois séculos. Antes, essas universidades eram abertas apenas a estudantes pertencentes à Igreja Reformista da Inglaterra. O próprio lorde Acton, como é sabido, era católico e por essa razão fora impedido,

⁶ Citado em *Freedom*, de Maurice Cranston (Londres: Longmans, Green & Co., 1953), p.13.

muito contra sua vontade, de estudar em Cambridge. A “liberdade” que ele tinha em mente, era a liberdade que Franklin Delano Roosevelt, no mais famoso de seus slogans, chamou de “liberdade de religião”. Como católico, lorde Acton pertencia a uma minoria religiosa, em uma época em que, na Inglaterra, o respeito pelas minorias religiosas estava começando a prevalecer sobre a hostilidade das maiorias anglicanas e sobre atos de autoridades legais, com o Corporation Act. Desse modo, o que ele quis dizer com “liberdade” foi liberdade religiosa. Muito provavelmente, isso era também o que os membros das Igrejas Livres, no Reino Unido, e muitas outras pessoas, na era vitoriana, queriam dizer com “liberdade” — um termo que então era obviamente relacionado, entre outras coisas, a detalhes técnicos legais como o Corporation Act ou o Test Act. Mas o que lorde Acton fez em suas palestras foi apresentar sua ideia de “liberdade” como liberdade *tout court*.

Isso acontece com bastante frequência. A história das ideias políticas evidencia uma série de definições como a dada por lorde Acton.

Uma abordagem mais cuidadosa do problema de se definir «liberdade» envolveria uma investigação preliminar. «Liberdade» é antes de tudo uma palavra. Não vou chegar ao ponto de dizer que seja **apenas** uma palavra, como podem sustentar vários representantes da escola analítica contemporânea, no que intitularam como sua revolução filosófica. Pensadores que começam por afirmar que algo é simplesmente uma palavra, e concluem que esse algo é nada além de uma palavra, lembrem-me o ditado de que não se deve despejar o bebê junto com a água do banho.

Mas o simples fato de que “liberdade” é antes de tudo uma palavra chama à necessidade, acredito, de algumas observações linguísticas preliminares.

A análise linguística tem recebido uma atenção crescente em certos lugares, especialmente após a II Guerra Mundial, mas não é ainda muito popular. Muitas pessoas não a apreciam ou não se preocupam com ela. Homens instruídos não dedicados a questões filosóficas ou filológicas estão mais ou menos inclinados a pensar nisso como uma ocupação inútil. E também não somos muito encorajados pelo exemplo da escola filosófica analítica contemporânea, cujos filósofos, após terem focalizado sua atenção em problemas linguísticos e os tornado o centro de suas pesquisas, parecem mais inclinados a, em vez de analisar, destruir o significado de todas as palavras pertencentes ao vocabulário político. Além disso, a análise linguística não é fácil. Mas eu sugeriria que é essencialmente necessária, nesses tempos de confusão semântica.

Quando tentamos definir ou simplesmente dar nome ao que é em geral chamado de uma coisa «concreta», é bastante fácil sermos compreendidos por nossos ouvintes. Surgindo alguma incerteza em relação ao significado de nossas palavras, seria suficiente, para eliminá-la, simplesmente apontar para a coisa a que estamos dando nome ou que estamos definindo. Assim, duas palavras que se referem a uma mesma coisa e que são usadas respectivamente por nós e por nossos ouvintes, teriam sua equivalência comprovada. Poderíamos substituir uma palavra pela outra, caso falássemos a mesma língua que nossos ouvintes — como fazemos em caso de sinônimos —, ou línguas diferentes — como procedemos em caso de tradução.

Esse método simples de apontar para nossas coisas concretas é a base de toda conversação entre as pessoas que falam línguas diferentes, ou entre pessoas que falam uma língua e aqueles que ainda não falam — crianças, por exemplo. Foi isso que tornou possível aos exploradores europeus se fazerem entender por nativos de outras partes do mundo, e que ainda possibilita a milhares de turistas americanos contemporâneos passarem suas férias, digamos, na Itália, sem saberem uma palavra de italiano. A despeito de desconhecerem o italiano, são perfeitamente compreendidos, para muitos propósitos práticos, por garçons, motoristas de táxi e porteiros italianos. O fator comum em conversações é a possibilidade de apontar para coisas materiais, como comida, bagagem e assim por diante. É claro que nem sempre é possível apontar para as coisas materiais às quais nos referimos. Mas sempre que duas palavras diferentes se referem a objetos materiais, elas provam serem facilmente intercambiáveis. Cientistas naturais concordam facilmente sobre o uso de palavras que designam fenômenos recém-descobertos. Normalmente escolhem palavras gregas ou latinas, e seu método é bem-sucedido, uma vez que a incerteza pode ser evitada indicando-se quais fenômenos são designados por essas palavras.

Isso lembra a inteligência da resposta dada por um antigo pedagogo confuciano a seu discípulo divino, um imperador chinês muito jovem, cujo professor lhe perguntara o nome de alguns animais que tinham visto durante um passeio no campo. O jovem imperador respondeu: “São carneiros.”

«O Filho dos Céus está perfeitamente correto», disse o pedagogo, educadamente. «Apenas devo acrescentar que esse tipo de carneiro é normalmente chamado de porco.»

Infelizmente, as dificuldades são muito maiores quando tentamos definir coisas que não são materiais e quando nossos ouvintes não sabem o significado da palavra que estamos usando. Nesse caso, não po-

demos apontar-lhes um objeto material. Nossa forma de entendermos um ao outro é completamente diferente, e é necessário recorrermos a formas totalmente diferentes de descobrir um fator comum, caso haja, entre nossa língua e a deles. Por mais banal e evidente que possa parecer, esse fato provavelmente não é percebido, ou pelo menos não é suficientemente enfatizado, quando consideramos a utilização de nossa língua. Estamos tão habituados com nosso vocabulário, que esquecemos a importância que dávamos a apontar para as coisas, no princípio de nosso aprendizado. Estamos inclinados a pensar nossas conquistas linguísticas principalmente em termos de definições simplesmente encontradas em um livro. Por outro lado, como muitas dessas definições se referem a coisas materiais, comportamo-nos, com frequência, como se as coisas não materiais estivessem simplesmente “ali”, e fosse apenas uma questão de atribuir-lhes uma definição verbal.

Isso explica algumas tendências metafísicas entre aqueles antigos filósofos gregos que tratavam coisas não materiais — justiça, por exemplo — como se fossem semelhantes a coisas materiais, visíveis. Explica, também, tentativas mais recentes de se definir o «direito» ou o «estado» como se fossem entidades como o Sol e a Lua. Como coloca o professor Glanville Williams, em seu recente ensaio (1945) sobre a controvérsia em relação à palavra «direito», o jurista inglês John Austin, o célebre fundador da jurisprudência, sustentava que sua definição do «direito» correspondia ao «direito propriamente dito», sem ter a menor dúvida de que efetivamente existe algo como «o direito propriamente dito». Em nossos dias, uma visão semelhante à de Austin foi desenvolvida pelo conhecido professor Hans Kelsen, que alardeou e continua se gabando, em seu *General theory of law and State* (1947), de ter descoberto que o que é “propriamente” o “estado” não é outra coisa que a ordem legal.

A crença pura e simples de que coisas não materiais podem ser facilmente definidas desaba, quando tentamos traduzir, por exemplo, para o italiano ou para o francês, termos **jurídicos** como “*trust*”, “*equity*”, ou “*common law*”⁷. Em todos esses casos, não só não podemos apontar para alguma coisa material, que permitiria que um italiano, ou francês ou alemão entendesse o que estamos dizendo, como também não encontramos qualquer dicionário de italiano, francês ou alemão que nos dê as palavras correspondentes nessas línguas. Assim, sentimos que algo se perdeu, ao se passar de uma língua para outra. Na verdade, nada se perdeu. O problema é que nem os franceses, nem os italianos, nem os alemães, têm exatamente esses conceitos de-

⁷ Nota do tradutor: O mesmo se passa com o português e todas as línguas latinas.

notados pelas palavras inglesas “*trust*”, “*equity*” e “*common law*”. Em um certo sentido, “*trust*”, “*equity*” e “*common law*” são **entidades**, mas como nem os ingleses nem os americanos podem apontá-las para os franceses ou para os italianos, fica difícil, para aqueles, serem entendidos por estes a esse respeito.

Essa é a razão pela qual é praticamente impossível se traduzir um livro de direito inglês ou americano para o italiano ou o alemão. Muitas palavras não podem ser traduzidas para palavras correspondentes, pois estas simplesmente inexistem. Ao invés de uma tradução, seria necessário fazer uma longa, enfadonha e complicada **explicação** da origem histórica de muitas instituições, sua forma atual de funcionamento nos países anglo-saxões e o funcionamento análogo de instituições semelhantes, caso existam, na Europa Continental. Por sua vez, os europeus não poderiam apontar aos ingleses ou americanos nada material que indicasse um *conséil d'état*, uma *préfecture*, uma *cour de cassation*, uma *corte costituzionale*, e assim por diante.

Essas palavras estão geralmente tão enraizadas em um contexto histórico definido, que não podemos encontrar palavras correspondentes na língua de outros contextos.

Naturalmente, estudantes de direito comparado tentaram, em várias ocasiões, traçar pontes sobre esse vazio entre as tradições legais europeia e anglo-saxã. Por exemplo, há o ensaio bem recente incluído no *Bibliographical guide to the law of the United Kingdom*, publicado pelo London Institute of Advanced Legal Studies, dirigido sobretudo a acadêmicos estrangeiros, ou seja, aos estudantes de “direito civil”. Mas um ensaio não é um dicionário, e esse é exatamente o ponto que faço questão de salientar.

Assim, a ignorância recíproca é o resultado de instituições diferentes em países diferentes, e a ignorância histórica é resultado de mudanças nas instituições dentro de um mesmo país. Como nos lembra sir Carleton Kemp Allen em seu recente livro *Aspects of justice* (1958), a maioria dos registros ingleses dos casos medievais é, hoje, simplesmente ilegível, não só porque esses registros estão escritos — como ele espiritualmente coloca — em um “latim do cão” e em um “francês de cadela”, mas também porque faltam, aos ingleses — e a todo mundo —, as instituições correspondentes.

Infelizmente, não se poder apontar para coisas materiais não é a única dificuldade na definição de conceitos legais. Palavras que têm aparentemente o mesmo som podem ter significados completamente diferentes, relativos a épocas e lugares distintos.

Esse é frequentemente o caso de palavras não técnicas ou termos cujo emprego original é técnico, mas que foram introduzidos na linguagem cotidiana sem que se desse atenção a seu sentido técnico, ou até mesmo sem se reconhecê-lo. Se é uma pena que as palavras estritamente técnicas, como as que pertencem, por exemplo, à linguagem jurídica, não possam ser de todo traduzidas para palavras correspondentes em outras línguas, mais lamentável ainda é que as palavras não técnicas ou semi técnicas tão facilmente possam ser traduzidas para outras palavras da mesma língua ou para palavras cognatas de outras línguas que têm um som similar. No primeiro caso, cria-se uma confusão entre palavras que, na realidade, não são sinônimas, enquanto que, no segundo caso, pessoas que falam línguas diferentes, pensam que o significado que dão a uma palavra naquelas línguas corresponde ao significado diferente, que você dá, em sua língua, à palavra à qual aquela se assemelha.

Muitos termos comuns tanto à terminologia econômica quanto à política são exemplos típicos disso. O filósofo alemão Hegel disse certa vez que qualquer um pode determinar a adequação de uma instituição legal sem ser advogado, tanto quanto qualquer um que não é sapateiro pode decidir se um par de sapatos é adequado a seus pés ou não. Isso não parece se aplicar a **todas** as instituições de direito. Poucas, na verdade, são as pessoas curiosas e céticas quanto à estrutura de instituições legais como contratos, evidências etc. Mas muitas pessoas acham que instituições políticas e econômicas “é com elas mesmas”. Sugerem, por exemplo, que os governos têm de adotar ou rejeitar essa ou aquela política para reformar, digamos, a situação econômica de um país, ou para modificar os termos do comércio internacional, ou ambos os casos.

Todas essas pessoas empregam o que chamamos de “linguagem comum”, que inclui muitas palavras que originalmente pertenceram a vocabulários técnicos, como a terminologia jurídica ou a econômica. Essas linguagens empregam termos de uma maneira definida e sem ambiguidade. Mas assim que esses termos técnicos são introduzidos na linguagem comum, tornam-se **não técnicos** ou **semi técnicos** — utilizo a palavra “semi” como na expressão “semi assado” —, porque ninguém se importa em identificar seu significado original nas linguagens técnicas, nem em fixar um novo significado para eles na linguagem comum.

Quando, por exemplo, as pessoas falam de “inflação” na América, em geral referem-se aos aumentos de preços. No entanto, faz bem pouco tempo as pessoas normalmente queriam dizer, com “inflação” — e ainda se referem a isso, na Itália —, um aumento na quantidade

de moeda em circulação em um país. Assim, a confusão semântica que pode surgir do uso ambíguo dessa palavra originalmente técnica é amargamente lamentada por economistas que, como o professor Ludwig von Mises, sustentam que o aumento dos preços é consequência do aumento da quantidade de moeda em circulação em um país. O emprego da mesma palavra, «inflação», para significar coisas diferentes, é considerada, por esses economistas, como uma forma de indução para confundir uma causa com seus efeitos e para adotar um remédio incorreto.

Outro exemplo notável de semelhante confusão é o emprego atual da palavra “democracia” em vários países e por povos diferentes. Essa palavra pertence à terminologia da política e da história das instituições políticas. Agora, ela faz parte também da linguagem comum, e essa é a razão pela qual um grande número de mal-entendidos surge, no presente, entre pessoas que usam a mesma palavra com significados completamente diferentes — o homem comum americano e os dirigentes políticos na Rússia, por exemplo.

Sugiro como razão especial pela qual os significados das palavras semi técnicas tendem a ser confundidos a de que, dentro das linguagens técnicas — como a da política —, o significado dessas palavras era originalmente ligado a outras palavras técnicas, muitas das quais não foram introduzidas na linguagem comum, pelo simples fato de não poderem ser traduzidas com facilidade — ou sequer poderem ser traduzidas. Assim, empregos que deram um significado inequívoco ao uso original de uma palavra, se perderam.

«Democracia», por exemplo, era um termo que pertencia à linguagem política da Grécia, na época de Péricles. Não podemos compreender seu significado sem remetê-lo aos termos técnicos *polis*, *demos*, *ecclesia*, *isonomia* e assim por diante, do mesmo modo como não podemos entender o significado da “democracia” suíça contemporânea sem nos referirmos a termos técnicos como *Landsgemeinde*, *referendum* etc. Observamos que palavras como *ecclesia*, *polis*, *Landsgemeinde* e *referendum* são geralmente citadas em outras línguas sem serem traduzidas, porque nestas não há palavras que satisfatoriamente lhes correspondam.

Na falta de uma ligação original com as palavras técnicas, os termos semi técnicos ou não técnicos muitas vezes ficam à deriva na linguagem comum. Seu significado pode mudar de acordo com as pessoas que os empregam, apesar de seu som ser sempre o mesmo. Para tornar as coisas ainda piores, vários significados da mesma palavra podem se mostrar mutuamente incompatíveis em alguns casos, e

essa é uma fonte contínua não só de mal-entendidos, mas também de disputas verbais, ou algo pior.

Questões políticas e econômicas são as principais vítimas dessa confusão semântica quando, por exemplo, vários tipos de comportamentos induzidos por significados diferentes de uma mesma palavra mostram-se incompatíveis, e são feitas tentativas de atribuir a todos eles um lugar no mesmo sistema político e jurídico.

Não digo que essa confusão, que é hoje uma das características mais óbvias da história dos países do Ocidente, seja apenas semântica, mas que é **também** semântica. Homens como Ludwig von Mises e F. A. Hayek salientaram, em várias ocasiões, a necessidade de se desfazerem as confusões semânticas, não só pelos economistas, mas pelos cientistas políticos, também. Colaborar para a eliminação da confusão semântica na linguagem política, tanto quanto na econômica, é uma tarefa muito importante para pessoas instruídas. É lógico que essa confusão, como abertamente reconhece o professor Mises, não é sempre fortuita, mas em muitos casos serve a certos planos nocivos daqueles que tentam explorar o som familiar de palavras favoritas, como «democracia», para convencer outros a adotarem novas formas de comportamento⁸. Mas provavelmente essa não é a única explicação de um fenômeno complexo que se manifesta no mundo inteiro.

Lembro-me do que Leibniz disse, certa vez, sobre como nossa civilização está ameaçada pelo fato de que, a partir da invenção do prelo, livros demais podiam ser escritos e divulgados, porém muito poucos seriam realmente lidos por todos os indivíduos, o que poderia resultar que o mundo descambasse para uma nova era de barbarismo.

Na verdade, muitos escritores, principalmente filósofos, contribuíram bastante para a confusão semântica. Alguns deles empregaram palavras tiradas da linguagem comum atribuindo-lhes significados estranhos. Em muitos casos, nunca se importaram em definir o que realmente estavam querendo dizer com alguma palavra, ou deram definições bastante arbitrárias, que divergiam das dos dicionários, mas que eram aceitas pelos leitores e discípulos. Essa prática colaborou, pelo menos até certo ponto, para a confusão dos significados incorporados na linguagem comum.

Em muitos casos, essas definições, pretensamente mais precisas e profundas do que as usuais, eram simplesmente apresentadas como

⁸ Evidências de confusões semânticas planejadas desse gênero podem ser encontradas em *Guide to communist jargon*, de R. N. Carew-Hunt (Londres: Geoffrey Bles, 1957).

o resultado de uma investigação acerca da natureza da “coisa” misteriosa que os escritores queriam definir. Devido às ligações entre assuntos éticos e políticos, por um lado, e entre assuntos econômicos e éticos, por outro, alguns filósofos contribuíram, conscientemente ou não, para um aumento do enorme estoque de confusão semântica e para as contradições entre os significados das palavras na linguagem comum de hoje.

Tudo o que disse sobre esse tópico aplica-se também à palavra «liberdade» e a seu sinônimo latino⁹, e a certos termos derivados, como «liberal» e «liberalismo».

Não é possível apontar para uma «coisa» material quando nos referimos a «liberdade», na linguagem comum ou nas linguagens técnicas da economia e da política às quais essa palavra pertence. Além disso, ela tem diferentes significados, de acordo com os contextos históricos em que vem sendo usada, tanto na linguagem comum quanto em linguagens técnicas de política e economia. Não entendemos, por exemplo, o significado do termo latino *libertas* sem remetê-lo a termos técnicos da linguagem política romana como *res publica* ou *jus civitatis*, ou a alguns outros termos técnicos como *manus* — que designava o poder do *patres familias* sobre suas esposas, filhos, escravos, terra, bens móveis e assim por diante — ou *manumissio*, que designava o ato **jurídico** — ou melhor, a cerimônia legal — pelo qual um escravo mudava sua condição e se tornava *libertus*. Por outro lado, não podemos entender o significado de “liberdade”, na linguagem política da Inglaterra moderna, sem nos referirmos a outros termos técnicos como *habeas corpus* ou **estado de direito**¹⁰, que nunca foram traduzidos, tanto quanto sei, para palavras em outras línguas que lhes correspondessem de forma exata.

Indiferentemente às implicações técnicas, a palavra “liberdade” entrou muito cedo para as linguagens coloquiais dos países do Ocidente. Isso implicou, mais cedo ou mais tarde, uma desconexão da própria palavra de vários termos técnicos pertencentes à linguagem jurídica ou política desses países. Finalmente, nos últimos cem anos, a palavra “liberdade” parece ter começado a flutuar sem âncora — como teria dito um autor contemporâneo. Mudanças semânticas foram introduzidas à vontade, por uma série de pessoas diferentes em lugares diferentes. Vários novos significados foram propostos por filósofos que discordam dos significados já aceitos nas linguagens

⁹ Nota do tradutor: O autor refere-se, aqui, às duas versões, na língua inglesa, para a palavra liberdade, *freedom* e *liberty*, esta última de origem latina.

¹⁰ Nota do tradutor: No original, *rule of law*.

comuns do Ocidente. Muitos astutos têm tentado explorar as conotações favoráveis dessa palavra para persuadir outras pessoas a mudarem suas respectivas formas de comportamento para comportamentos novos e até mesmo opostos àqueles. Na medida em que os vários empregos da palavra “liberdade”, em filosofia, economia, política, moral e assim por diante, tornaram-se mais numerosos e sérios, as confusões aumentaram em número e gravidade.

A própria palavra *livre*, para pegar um exemplo trivial, em seu uso no inglês comum, pode ou não corresponder à palavra francesa *libre* ou à italiana *libero*. É claro que os italianos e os franceses dão a essa palavra vários significados que correspondem aos que lhe dão ingleses e americanos, como quando se diz que o negro americano tornou-se “livre” — ou seja, que não estava mais sob o regime de escravidão, após a Guerra Civil. Contudo, nem os franceses nem os italianos empregam *libre* ou *libero* da mesma forma que os ingleses e os americanos usam “livre”¹¹, com o significado, por exemplo, de gratuito.

Tornou-se comum, especialmente hoje em dia, falar em liberdade como um dos princípios básicos dos bons sistemas políticos. O significado de “liberdade” usado para definir ou simplesmente para nomear esse princípio não é sempre o mesmo, na linguagem usual de cada país. Quando, por exemplo, o coronel Nasser ou o *fellagha* argelino falam de suas “liberdades” ou da “liberdade” de seus países, estão se referindo apenas, ou também, a algo completamente diferente daquilo que os Fundadores¹² queriam dizer na Declaração de Independência e nas dez primeiras emendas à Constituição Americana. Nem todos os americanos estão inclinados a reconhecer esse fato. Não posso concordar com escritores como Chester Bowles, que aparentemente defende, em seu recente livro *New dimensions of peace* (Londres, 1956), que existe pouca ou nenhuma diferença, a esse respeito, entre a atitude política dos colonos ingleses, nas colônias americanas da Coroa Britânica, e a de povos como os africanos, indianos ou chineses, que agora exaltam a “liberdade” em seus respectivos países.

Os sistemas políticos inglês e americano até certo ponto foram e ainda são imitados, em muitos aspectos, por todos os povos do mundo. Nações europeias produziram imitações muito boas desses sistemas, e isso se deve também ao fato de que sua história e civilização eram um tanto parecidas com as dos povos de língua inglesa. Muitos países europeus, copiados hoje por suas antigas colônias em todo o mundo, introduziram em seus sistemas políticos algo semelhante ao

¹¹ Nota do tradutor: No original, *free*.

¹² Nota do tradutor: No original, *Founding Fathers*.

Parlamento Inglês ou à Constituição Americana e se vangloriam de terem uma “liberdade” política como a desfrutada pelos ingleses ou pelos americanos, se não hoje, pelo menos no passado. Infelizmente, mesmo nos países que têm, como a Itália, por exemplo, a civilização mais antiga da Europa, “liberdade” enquanto princípio político significa algo diferente do que significaria se realmente relacionada, como o é na Inglaterra e nos Estados Unidos, à instituição do *habeas corpus* ou às dez primeiras emendas da Constituição Americana. As regras podem parecer quase as mesmas, mas não funcionam da mesma forma. Nem os cidadãos, nem os funcionários do governo as interpretam como os ingleses e os americanos, sendo a prática resultante bem diferente em muitos aspectos.

Não consigo encontrar exemplo melhor para o que aqui quero dizer do que o fato de que, na Inglaterra e nos Estados Unidos, os casos criminais devem ser ajustados — e o são realmente — através de “um julgamento rápido e público” — como previsto na Sexta Emenda da Constituição Americana. Em outros países, inclusive a Itália, apesar de existirem leis como certos artigos especiais — o 272, por exemplo — do *Código di Procedura Penale* italiano, que contêm várias disposições relativas a pessoas suspeitas de um crime e mantidas na prisão à espera de julgamento, um homem que tenha sido detido para responder por um crime pode ficar na prisão por um tempo que pode chegar a um ou dois anos. Quando finalmente é dado como culpado e condenado, talvez possa ser libertado imediatamente, uma vez que já cumpriu quase toda sua pena. É claro que, se provada sua inocência, ninguém pode lhe restituir os anos que perdeu na cadeia. Dizem que, na Itália, os juízes não são numerosos o suficiente, e que a organização dos julgamentos não é, provavelmente, tão eficiente quanto poderia ser, mas que a opinião pública, obviamente, não é informada ou ativa o suficiente para denunciar esses defeitos do sistema judiciário, defeitos esses que não aparentam tão claramente serem incompatíveis com o princípio da liberdade política, como o seriam para a opinião pública inglesa ou americana.

«Liberdade», então, como um termo que designa um princípio político geral, pode, assim, ter significados só aparentemente semelhantes em sistemas políticos diferentes. É preciso que se tenha em mente, também, que essa palavra pode ter significados diferentes e implicações diferentes em momentos diferentes da história de um mesmo sistema legal, e, o que é ainda mais impressionante, pode ter significados diferentes, ao mesmo tempo, em um mesmo sistema legal, em circunstâncias diferentes e para pessoas diferentes.

Um exemplo do primeiro caso nos é dado pela história do recrutamento militar nos países anglo-saxões. Até épocas razoavelmente

recentes, o recrutamento militar, pelo menos em tempos de paz, era considerado, por ingleses e americanos, incompatível com a liberdade política. Por outro lado, os europeus continentais, como os franceses e alemães — ou os italianos, a partir da segunda metade do século dezenove —, consideravam quase indiscutível que tinham de aceitar o recrutamento militar como aspecto necessário de seus sistemas políticos, sem sequer questionarem se, assim sendo, estes últimos ainda poderiam ser chamados de «livres». Meu pai — que era italiano — costumava me contar que, quando foi pela primeira vez à Inglaterra, em 1912, perguntava a seus amigos ingleses por que eles não tinham recrutamento militar, confrontados que eram com o fato de que a Alemanha tinha se tornado uma temível potência militar. Sempre recebia a mesma resposta orgulhosa: «Porque somos um povo livre.» Se meu pai pudesse visitar novamente os ingleses ou os americanos, o homem comum não diria a ele que, por haver recrutamento militar, agora esses países não são mais «livres». Simplesmente porque, nesse meio-tempo, o significado de liberdade política mudou nesses países. Devido a essas mudanças, vínculos que antes eram tidos como óbvios se perderam, e surgem contradições estranhas o bastante para os técnicos, mas que outras pessoas aceitam, consciente ou inconscientemente, ou até mesmo de propósito, como ingredientes naturais de seu sistema político ou econômico.

Poderes legais sem precedentes conferidos a sindicatos operários, tanto nos Estados Unidos quanto na Inglaterra, são hoje um bom exemplo do que quero dizer com «contradições» desse tipo. Na linguagem empregada pelo magistrado da Irlanda do Norte, lorde MacDermott, em seu recente *Hamlin lectures* (1957), o Trade Disputes Act, de 1906, “coloca o sindicalismo na mesma posição privilegiada que a Coroa Britânica desfrutava até dez anos atrás em relação a atos ilegais cometidos em seu interesse”. Essa lei concedia proteção a uma série de atos cometidos em consequência de um acordo ou combinação, por duas ou mais pessoas, em contemplação ou apoio a uma disputa comercial até então sempre litigável — por exemplo, atos que induzem à violação de um contrato de serviço, ou que interferem no comércio, negócio ou emprego de alguma outra pessoa, ou no direito de outra pessoa de dispor de seu capital ou de seu trabalho como desejar. Como aponta lorde MacDermott, esse é um dispositivo amplo e pode ser usado para acobertar atos produzidos fora do comércio ou emprego envolvidos e que podem, inevitavelmente, causar perdas ou dificuldades a interesses que não tiveram parte na disputa. Outro estatuto, o Trade Union Act, de 1913, revogado por outro Trade Dispute and Trade Union Act em 1927, mas integralmente retomado, através do Trade Disputes and Trade Union Acts em 1946, quando o Partido

Trabalhista voltou ao poder, deu aos sindicatos britânicos um poder político enorme sobre seus membros e também sobre toda a vida política daquele país, ao autorizar os sindicatos a gastarem o dinheiro de seus membros para propósitos não diretamente relacionados ao operariado, e sem sequer consultarem os próprios membros sobre o que realmente queriam que se fizesse com seu dinheiro.

Antes da aprovação desses Trade Unions Acts, não havia qualquer dúvida de que o sentido de «liberdade» política, na Inglaterra, estava ligado à proteção equânime da lei, concedida a todos, contra a repressão de qualquer um, para disporem de seu capital ou de seu trabalho como quisessem. Desde a aprovação dessas leis, na Grã-Bretanha não há mais essa proteção, e não há dúvida de que esse fato introduziu uma contradição impressionante no sistema, no tocante à liberdade e a seu significado. Se você é hoje um cidadão das Ilhas Britânicas, é «livre» para dispor de seu capital e de seu trabalho ao lidar com indivíduos, mas não é mais livre para fazê-lo se estiver lidando com pessoas que pertençam a sindicatos ou que ajam em nome destes.

Nos Estados Unidos, graças ao Adamson Act de 1916, como escreve Orval Watts em seu brilhante estudo *Union monopoly*, o governo federal pela primeira vez usou sua autoridade policial para fazer o que os sindicatos provavelmente “não teriam conseguido, sem uma briga longa e cara”. O subsequente Norris-La Guardia Act, de 1932, em certo sentido a contrapartida americana do inglês Trade Union Act de 1906, restringiu os juizes federais em seu uso de injunções nas disputas trabalhistas. Injunções, na lei americana e inglesa, são determinações judiciais de que algumas pessoas não devem fazer certas coisas que causem uma perda irremediável. Como salientou Watts, “as injunções não fazem a lei. Elas simplesmente aplicam princípios de leis já constantes nos códigos, e os sindicatos em geral as utilizam com esse propósito contra empregadores e contra sindicatos rivais”. Originalmente, as injunções normalmente eram emitidas por juizes federais, em favor de empregadores, sempre que um grande número de pessoas pudesse, com poucos meios, causar danos com um propósito ilegal e através de atos ilegais, como a destruição da propriedade privada. As cortes americanas costumavam se conduzir de forma semelhante à das cortes inglesas, antes de 1906. O English Act de 1906 foi concebido com um “remédio” em favor dos sindicatos, contra as decisões dos tribunais ingleses, exatamente como o Norris-La Guardia Act de 1932 tinha a intenção de defender os sindicatos contra as ordens dos tribunais americanos. A primeira vista, poderia se pensar que os tribunais americano e inglês tinham prevenção em relação aos sindicatos. Na Inglaterra e nos Estados Unidos, muitas pessoas diziam isso. Na verdade, os tribunais adotaram contra os sindicatos simplesmente os mesmos princípios que

ainda aplicam contra quaisquer pessoas que conspirem, por exemplo, para danificar a propriedade privada. Os juízes não podiam admitir que os mesmos princípios que funcionavam para proteger as pessoas contra coerção por outros pudessem ser desconsiderados quando esses outros eram funcionários ou membros de um sindicato. O termo «livre de coerção» tinha, para os juízes, um sentido técnico óbvio que justificava a emissão de injunções para proteger tanto empregadores como qualquer outra pessoa contra a coerção por parte de outros.

Não obstante, após a aprovação do Norris-La Guardia Act, todos ficaram «livres», nesse país, da coerção de qualquer um, exceto nos casos em que funcionários ou membros de um sindicato quisessem obrigar empregadores a aceitarem suas reivindicações por meio de ameaças ou de danos reais aos próprios empregadores. Assim, a expressão «liberdade contra coerção», no caso específico das injunções, mudou de significado na América e na Inglaterra desde a aprovação do Norris-La Guardia Act americano de 1932 e do Trade Disputes Act inglês de 1906. O Wagner Labor Relation Act americano tornou as coisas ainda piores, em 1935, não só limitando ainda mais o sentido da palavra «liberdade» para os cidadãos empregadores, como também modificando abertamente o significado de «interferência», introduzindo, assim, uma confusão semântica que merece ser citada em uma investigação linguística de “liberdade”. Como destacou Watts: «Ninguém deve **interferir** nas atividades legítimas de outra pessoa, quando **interferir** significar o uso de coerção, fraude, intimidação, restrição ou abuso verbal.” Desse modo, um assalariado não interfere, em relação aos donos da General Motors, quando vai trabalhar para a Chrysler. Porém, como coloca Watts em seu ensaio, não poderíamos dizer que ele não interfere, se tivéssemos de aplicar a seu comportamento os critérios usados pelo Wagner Act para estabelecer quando um empregador “interfere” nas atividades sindicais dos empregados, nos casos, por exemplo, em que prefere contratar empregados não sindicalizados a contratar membros de sindicatos. Assim, o resultado semântico extraordinário dessa utilização da palavra “interferência” é que, enquanto os sindicatos não interferem quando obrigam, através de atos ilegais, os empregadores a aceitarem suas reivindicações, os empregadores interferem, sim, quando não obrigam ninguém a nada.¹³

Podemos lembrar algumas definições estranhas, como aquela de Proudhon — “propriedade é roubo” —, ou a da história de Akaki

¹³ Um recente ensaio de Rescoe Pound, ex-reitor da Harvard Law School, intitulado “Legal immunities of labor unions”, oferece uma descrição detalhada das imunidades das quais essas organizações normalmente desfrutam no direito americano. Esse ensaio está publicado em *Labor unions and public policy* (Washington, D.C.: American Enterprise Association, 1958).

Akakievitch, no famoso conto de Gogol *O sobretudo*, no qual um ladrão toma o sobretudo de um homem pobre, dizendo: “Você roubou meu sobretudo!” Se consideramos os vínculos que a palavra “liberdade” tem, na linguagem comum, com a palavra “interferência”, podemos ter uma boa ideia de até que ponto uma mudança como a que vimos agora pode afetar o significado da própria “liberdade”.

Se perguntamos qual é realmente o sentido de “liberdade contra coerção”, em sistemas jurídicos e políticos como o americano e o inglês, atualmente, confrontamo-nos com enormes dificuldades. Devemos dizer, para sermos honestos, que há mais de um significado legal para “liberdade contra coerção”, dependendo das pessoas que sofrem a coerção.

O mais provável é que essa situação tenha relação com uma mudança semântica que enormes grupos de pressão e propaganda promoveram, nos últimos tempos, e ainda o fazem em todo o mundo, do sentido dado à palavra “liberdade” na linguagem comum. O professor Mises é preciso ao dizer que os advogados do totalitarismo contemporâneo vêm tentando reverter o significado da palavra “liberdade” — aquele de aceitação mais ou menos geral na civilização ocidental —, empregando a palavra “liberdade” à situação dos indivíduos sob um sistema no qual não têm qualquer outro direito a não ser o de obedecer ordens.

Essa revolução semântica está provavelmente ligada, por sua vez, às especulações de certos filósofos que gostam de definir “liberdade”, em oposição a todos os significados usuais da palavra na linguagem comum, como algo que implica coerção. Dessa forma, Bosanquet, o discípulo inglês de Hegel, podia afirmar, em seu *Philosophical theory of the State*, que “podemos falar, sem contradição, de sermos forçados à liberdade”. Concordo com Maurice Cranston quando sugere, em seu recente ensaio sobre esse assunto, que tais definições de liberdade estão baseadas sobretudo na teoria do “homem bifurcado”, ou seja, do homem enquanto “unidade corpo mente”, que é ao mesmo tempo racional e “irracional”. A liberdade, então, implicaria uma sorte de coerção pela parte racional do homem sobre a parte irracional. Mas essas teorias, muitas vezes, estão estritamente ligadas à noção de uma coerção que pode ser fisicamente aplicada por pessoas autointituladas “racionais” em nome — mas eventualmente também contra a vontade — de pessoas alegadamente “irracionais”. As teorias de Platão parecem-me o mais notório exemplo disso. Sua noção filosófica de um homem bifurcado está intimamente ligada a sua noção política de uma sociedade na qual os homens racionais precisam governar os outros, se necessário sem se importar com o consentimento destes — como cirurgiões, diz ele, que cortam e queimam sem ligar para os gritos de seus pacientes.

Todas as dificuldades às quais me referi alertam-nos de que não podemos usar a palavra “liberdade” e sermos perfeitamente compreendidos, sem antes definirmos claramente o significado que atribuímos a ela. A abordagem realista para definir “liberdade” não pode ter sucesso. Não existe essa coisa de “liberdade” independente das pessoas que falam dela. Em outras palavras, não podemos definir “liberdade” da mesma maneira como definimos um objeto material para o qual todos podem apontar.

“LIBERDADE” E “COERÇÃO”

Uma abordagem do problema de se definir “liberdade” mais cuidadosa do que a realista que acabamos de rejeitar aqui envolveria uma investigação preliminar a respeito da natureza e propósito dessa definição. É costume se distinguir definições “estipulativas” de “lexicográficas”. Ambas descrevem o significado atribuído a uma palavra; mas a primeira se refere a um significado que o autor da definição se propõe a adotar para a palavra em questão, enquanto a última se refere ao significado que as pessoas em geral dão a essa palavra no uso comum.

Desde a II Guerra Mundial, emergiu uma nova tendência em filosofia linguística. Ela reconhece a existência de linguagens cujo objetivo não é apenas descritivo, ou sequer é descritivo — linguagens que a escola do chamado Círculo de Viena teria condenado como totalmente erradas ou inúteis. Os adeptos desse novo movimento reconhecem também as linguagens não descritivas — às vezes chamadas de «persuasivas». O propósito das definições persuasivas não é descrever coisas, mas modificar, com conotações favoráveis, os significados tradicionais das palavras, de modo a induzir as pessoas a adotarem certas crenças ou certas formas de comportamento. É óbvio que várias definições de “liberdade” podem ser e têm sido produzidas dessa maneira, com o objetivo de induzir as pessoas a, por exemplo, obedecerem às ordens de algum governante. A formulação dessas definições persuasivas não seria uma tarefa adequada ao acadêmico. Por outro lado, ele está habilitado a dar definições estipulativas de «liberdade». Ao fazê-lo, um estudioso pode, ao mesmo tempo, escapar à acusação de usar definições equívocas com o propósito de fraude e se livrar da necessidade de elaborar uma definição lexicográfica, cujas dificuldades são óbvias, devido à já mencionada multiplicidade de sentidos atribuídos à palavra «liberdade».

As definições estipulativas podem parecer, na superfície, uma solução para o problema. O ato de estipular parece depender inteiramente de nós mesmos ou, no máximo, de um parceiro que concorde conosco sobre o que queremos definir. Quando os adeptos da escola linguística falam de definições estipulativas, enfatizam a arbitrariedade dessas formulações. Isso fica evidenciado, por exemplo, pelo entusiasmo com o qual os advogados das definições estipulativas citam uma autoridade que não é propriamente um filósofo — pelo menos não oficialmente. Esse homem muitas vezes citado é Lewis Carroll, o brilhante autor de *Alice no País das Maravilhas e Através do espelho*, que

descrevem os tipos impossíveis e sofisticados encontrados por Alice durante suas viagens. Um deles, Humpty Dumpty, fazia as palavras dizerem o que ele queria que dissessem e até lhes pagava uma espécie de salário por esse serviço.

“Quando eu uso uma palavra”, disse Humpty Dumpty num tom meio zombeteiro, “ela significa exatamente o que escolhi que significasse — nem mais nem menos”.

“A questão é”, disse Alice, “se você **pode** fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes”.

“A questão é”, disse Humpty Dumpty, “qual é o dono — só isso.”¹⁴

Quando falam em definições estipulativas, os filósofos analíticos têm em mente principalmente as da lógica ou da matemática, onde todos parecem estar livres para começar quando e onde quiserem, contanto que definam precisamente os termos que empregam em seu raciocínio. Sem entrar nas complicadas questões ligadas à natureza dos procedimentos matemáticos ou lógicos, sentimo-nos obrigados, no entanto, a alertar que não se confundam esses procedimentos com os das pessoas que falam de questões como “liberdade”. Um triângulo é certamente um conceito, sendo ou não esse conceito outra coisa também — por exemplo, um objeto de experiência, intuição ou algo parecido. “Liberdade”, enquanto conceito, é também algo em que muitas pessoas acreditam para viver, algo pelo qual dizem estarem dispostas a lutar, algo do qual dizem não poderem prescindir para viver. Não acredito que as pessoas lutassem por triângulos. Talvez alguns matemáticos o fizessem. Mas muitas pessoas dizem estarem preparadas para lutar pela liberdade da mesma forma que estão preparadas para lutar por um pedaço de terra ou para proteger a vida da pessoa que amam.

Isso não pretende ser um elogio à liberdade. Os fatos referidos aqui podem ser facilmente verificados nos registros históricos de muitos países ou observados no dia a dia. O fato de as pessoas estarem preparadas para lutar pelo que chamam de sua “liberdade” está relacionado com o fato de dizerem também que “mantêm” ou “perderam”, ou “recuperaram” sua “liberdade”, apesar de nunca dizerem que “mantêm” ou “perderam” ou “recuperaram” triângulos ou outros conceitos geométricos semelhantes. Por outro lado, na realidade não se pode apontar para a “liberdade”; não é uma coisa material. Mesmo se considerada como uma coisa material, a “liberdade” não poderia

¹⁴Lewis Carroll (pseudônimo de Charles Lutwidge Dodgson), “Através do espelho”, em *The Lewis Carroll book*, Richard Herrick, ed. (Nova Iorque: Tudor Publishing Co., 1944), p.238.

ser a mesma para todos, uma vez que há diferentes significados para “liberdade”. Não obstante, podemos dizer, provavelmente, que a “liberdade” é, pelo menos para cada pessoa que fala dela, uma realidade, uma coisa definida. “Liberdade” pode ser uma situação considerada adequada para aqueles que a exaltam; pode ser objeto de experiência não sensorial, induzindo a uma consciência de coisas não materiais, como valores, crenças e assim por diante. “Liberdade” parece ser um objeto de experiência psicológica. Isso significa que não é concebida por pessoas comuns simplesmente como uma palavra, como uma entidade nominal com cujo significado basta concordar, através de estipulação semelhante às matemáticas ou lógicas.

Nessas circunstâncias, questiono se podemos ou não definir “liberdade” de modo estipulativo. É claro que toda definição é, até certo ponto, estipulativa, uma vez que implica certa concordância sobre como uma palavra deve ser usada. Mesmo as definições lexicográficas não excluem estipulações relativas à maneira de descrever o que as pessoas querem dizer com uma certa palavra de uso comum na França, na Inglaterra, ou nesses dois países, ou no mundo todo. Por exemplo, podemos fazer estipulações sobre as linguagens a serem levadas em consideração na elaboração de uma definição lexicográfica, ou sobre a escolha a ser feita entre os significados da mesma palavra, quando os dicionários registram vários. Mas em todos esses casos nunca esquecemos que há alguns usos comuns registrados por dicionários e que não podem ser mudados por estipulação, sem se levar em consideração aqueles significados que outras pessoas empregam.

As estipulações são simplesmente artifícios instrumentais para transmitir aos outros o que queremos que saibam. Em outras palavras, são um meio de comunicar ou transmitir uma informação, mas a informação em si não pode ser estipulada. Podemos estipular que preto vai ser chamado de “branco”, e branco, de “preto”, mas não podemos fazer estipulações sobre as reais experiências sensoriais que comunicamos, e às quais arbitrariamente damos o nome de «preto» ou «branco». Uma estipulação é possível e também útil até onde há um **fator comum** que torna sua comunicação bem-sucedida. Esse fator comum pode ser uma intuição, em matemática, ou uma experiência sensorial, em física, mas ele próprio jamais é objeto de estipulação. Sempre que uma estipulação parece ser baseada em outra estipulação, o problema de se encontrar um fator comum que permita que a estipulação funcione, é simplesmente adiado; não pode ser eliminado. Esse seria o limite do poder de Humpty Dumpty, se ele não fosse um personagem fictício de um conto infantil, mas uma pessoa real que faz estipulações com outras pessoas acerca do emprego de uma palavra.

Seria quase inútil, por isso, fazer-se uma definição estipulativa de “liberdade” que não transmitisse a outras pessoas algum tipo de informação incluída na essência do significado daquela palavra, da forma como já a compreendemos, e é questionável se os teóricos, ao falarem em definições estipulativas, têm realmente pensado em algo como “liberdade”.

Dessa forma, para que uma definição estipulativa de “liberdade” tenha significância, precisa transmitir alguma informação. É duvidoso que uma informação cognoscível apenas pelo autor da definição seja de algum interesse para outras pessoas que não partilhem do conteúdo daquela informação. Sendo completamente pessoal, seria de pouco interesse para os outros. De fato, seria impossível revelá-lo a outras pessoas. Uma definição exclusivamente estipulativa de «liberdade» não poderia fugir a essa deficiência. Todas as vezes que filósofos políticos propuseram uma definição estipulativa de «liberdade», não apenas queriam transmitir informação sobre seus sentimentos e crenças pessoais, como também lembrar aos outros sentimentos e crenças que consideravam comuns àqueles a quem se dirigiam. Nesse sentido, também as definições estipulativas de «liberdade» propostas, de tempos em tempos, por filósofos políticos, estão, de forma mais ou menos clara, vinculadas a algum uso lexical da palavra «liberdade» e, conseqüentemente, a alguma pesquisa lexicográfica a respeito.

Assim, uma definição realmente efetiva de «liberdade» deve ser, em última análise, uma definição lexicográfica, apesar das dificuldades da pesquisa lexicográfica que isso envolver.

Em suma: «liberdade» é uma palavra utilizada pelas pessoas, em sua linguagem cotidiana, para significar tipos especiais de experiências psicológicas. Essas experiências são diferentes em momentos e lugares distintos e também estão ligadas a conceitos abstratos e palavras técnicas, mas não podem simplesmente ser identificadas com conceitos abstratos, nem reduzidas a meras palavras. Finalmente, é possível, e provavelmente também útil, ou mesmo necessário, formular uma definição estipulativa de «liberdade», mas as estipulações não podem evitar a pesquisa lexicográfica, porque somente esta tem condições de revelar os significados que as pessoas verdadeiramente atribuem à palavra, no uso cotidiano.

«Liberdade», a propósito, é uma palavra com conotações positivas. Talvez seja útil acrescentar que a palavra «liberdade» soa bem porque as pessoas a utilizam para indicar sua atitude positiva em relação ao que chamam de «ser livre». Como observou Maurice Cranston, em seu ensaio *Freedom* (Londres, 1953) anteriormente citado, as pessoas

nunca utilizam expressões como “estou livre” com o sentido de que estão sem algo que consideram positivo. Ninguém diz, pelo menos no dia-a-dia, “estou livre de dinheiro” ou “estou livre de saúde”. Para expressar a atitude das pessoas em relação à ausência de coisas boas, outras palavras são utilizadas: dizem que lhes falta algo; e isso se aplica, até onde sei, a todas as línguas europeias, no presente, assim como no passado. Em outras palavras, estar “livre” de algo significa “estar sem alguma coisa negativa”, enquanto, em contrapartida, estar com falta de alguma coisa é estar sem algo positivo.

É lógico que a liberdade faz pouco sentido, quando é complementada apenas pela expressão “de algo”, e esperamos que as pessoas digam, também, para que estão livres. Mas a presença de uma implicação negativa na palavra «liberdade» e em certas outras relacionadas a ela, como «livre», parece inquestionável. Essa implicação negativa também está presente em derivados ligados ao termo «liberdade», que é simplesmente a contrapartida latina de “*freedom*”¹⁵, e não uma palavra com significado diferente¹⁶. Por exemplo, “liberal” é uma palavra que, tanto na Europa como na América, designa uma atitude negativa em relação à “repressão”, independentemente da natureza da — própria “coerção”, que, por sua vez, é concebida de forma muito diferente, pelos “liberais” americanos e pelos europeus. Assim, “liberdade” e “coerção”, na linguagem usual, são termos antitéticos. É claro que pode ser que se goste de uma “coerção” ou de alguns tipos de “coerção”, como aqueles oficiais do exército russo sobre os quais Tolstói referiu-se dizendo que gostavam da vida militar porque era um tipo de «vadiagem comandada». Provavelmente muito mais pessoas no mundo do que imaginamos gostam de «coerção». Aristóteles fez uma observação penetrante, ao dizer, no início de seu tratado sobre política, que as pessoas se dividem em duas amplas categorias, as que nasceram para dar ordens e as que nasceram para obedecer a ordens. Mas, mesmo que alguém goste de «coerção», seria um abuso de palavra dizer que «coerção» é liberdade. No entanto, a ideia de que «coerção» é algo muito proximamente ligado à liberdade é, pelo menos, tão antiga quanto a história das teorias políticas no mundo ocidental.

Acho que a principal razão para isso é que ninguém pode dizer-se «livre de» outra pessoa, se esta é «livre» para, de alguma forma, reprimir aquela. Em outras palavras, todo mundo é «livre», se pode, de algum modo, reprimir outras pessoas, de maneira a impedi-las de constrangê-lo em algum aspecto. Nesse sentido, «liberdade» e «coer-

¹⁵ Nota do tradutor: O autor utiliza respectivamente as palavras de língua inglesa *freedom* e *liberty*.

¹⁶ Apesar da opinião contrária de sir Herbert Read (citado por Maurice Cranston, *op.cit.*, p.44).

ção» estão inevitavelmente ligadas, e isso é por demais negligenciado, quando as pessoas falam em «liberdade». Mas a própria «liberdade», na linguagem usual, nunca é coerção, e a coerção que está inevitavelmente ligada à liberdade é apenas uma coerção negativa; ou seja, a coerção imposta unicamente para fazer outras pessoas renunciarem à coerção, por sua vez. Tudo isso não é meramente um jogo de palavras. É uma descrição muito resumida do significado de palavras, na linguagem comum das sociedades políticas, sempre que os indivíduos têm qualquer poder a ser respeitado, ou, como se poderia dizer, sempre que têm qualquer poder de caráter negativo que os autoriza a serem chamados de “livres”.

Nesse sentido, podemos dizer que o «livre mercado» também implica, inevitavelmente, a ideia de uma «coerção» na qual todos os membros de uma sociedade de mercado possuem o poder de exercer restrições sobre pessoas, como ladrões ou assaltantes. Não existe essa coisa de «livre mercado» com alguns poderes extras de constrangimento. O livre mercado tem raízes em uma situação na qual aqueles que estão comprometidos em transações de mercado, têm algum poder para reprimir os inimigos de um mercado livre. Esse ponto não é enfatizado o bastante pelos autores que, ao focalizarem sua atenção no «livre mercado», acabam tratando-o como antítese total da coerção governamental.

Assim, por exemplo, o professor Mises, autor que admiro imensamente por sua defesa inflexível do «livre mercado», com base em um raciocínio lúcido e compelativo, e de uma soberba maestria em todos os pontos envolvidos, diz que «liberdade»¹⁷ é um termo empregado para descrever condições sociais de membros individuais de uma sociedade de mercado, na qual o poder do bloco hegemônico indispensável, o estado, é refreado, a fim de que a operação do mercado não fique ameaçada.¹⁸ Notamos, aqui, que qualificou como «indispensável» o hegemônico bloco do estado, mas que quer dizer, com liberdade, como ele também diz, «restrições impostas sobre o exercício da autoridade policial»¹⁹, sem acrescentar exatamente, como eu consideraria razoável, do ponto de vista de um comerciante livre, que liberdade significa também restrição imposta ao exercício do poder de interferência de qualquer pessoa no mercado livre. Quando admitimos esse significado para a liberdade, o bloco hegemônico do estado torna-se não apenas algo a ser refreado, mas também, e eu diria antes de mais nada, algo de que fazemos uso para restringir a ação de outras pessoas.

¹⁷ Nota do tradutor: São usados ambos os termos *freedom* e *liberty*.

¹⁸ Ludwig von Mises, *Human action: A treatise on economics* (New Haven: Yale University Press, 1949), p.281.

¹⁹ *Ibid.*

Os economistas não negam — mas também não levam diretamente em consideração — o fato de que qualquer ato econômico, como regra, é também um ato legal, cujas consequências podem ser impostas pelas autoridades, se, por exemplo, as partes da transação não se comportam como deveriam, segundo as bases acordadas. Como salientou o professor Lionel Robbins, em seu *The nature and significance of economics*, os estudos sobre a relação entre a economia e a lei são ainda bastante raros por parte dos economistas, e a própria relação, apesar de incontestável, é bastante negligenciada. Vários economistas têm debatido sobre a distinção entre trabalho produtivo e improdutivo, mas poucos examinaram o que o professor Lindley Frazer, em *Economic thought and language*, chama de trabalho “desprodutivo” — isto é, o trabalho que é útil para o trabalhador, mas não para quem ou contra quem ele trabalha. O trabalho “desprodutivo”, como o dos mendigos, chantagistas, ladrões e assaltantes, permanece fora da esfera da economia, provavelmente porque os economistas consideram óbvio que o trabalho “desprodutivo” seja, normalmente, contra a lei. Dessa forma, os economistas reconhecem que o “útil” que em geral levam em consideração, é apenas aquele compatível com a lei existente da maioria dos países. Assim, a relação entre economia e lei é implícita, mas raramente é encarada pelos economistas como objeto digno de suas pesquisas. Consideram, por exemplo, a troca de bens, mas não o comportamento de troca que torna possível uma troca de bens, regulado e ocasionalmente imposto para esse propósito pela lei de todos os países. Consequentemente, um livre mercado parece algo mais “natural” do que um governo ou, pelo menos, independente do governo, quando não algo que é necessário manter “contra” o governo. Com efeito, um mercado não é mais “natural” do que o próprio governo, e ambos não são mais naturais do que, digamos, pontes. As pessoas que ignoram esse fato devem levar a sério esses versos uma vez cantados em um cabaré em Montmartre:

*Voyez comme la nature a en un bon sens bien profond
 À faire passer les fleuves justement sous les ponts* (Vejam como a natureza tem extremo bom senso Ao fazer os rios correrem exatamente sob as pontes.)

A teoria econômica não ignorou o fato de que é o governo que dá às pessoas o poder prático de evitar coerção por parte de outras no mercado. Robbins enfatiza isso com habilidade em seu ensaio *The theory of economic policy in English political economy* (Londres, 1952), observando que “teríamos uma visão inteiramente distorcida” da significância da doutrina daquilo que Marshall chamou de o sistema da liberdade econômica, “a não ser que a víssemos em combinação com a teoria do direito e as funções do governo, que seus autores — de

Smith em diante — também apresentaram”. Como diz Robbins, “a ideia de liberdade *in vácuo* era completamente estranha às concepções dos economistas”. Mas o professor Robbins destacou, também, em seu *Economic planning and international order* (Londres, 1937), que os economistas clássicos deram muito pouca atenção ao fato de que o comércio internacional não poderia emergir como simples consequência do teorema dos custos comparativos, mas que requeria algum tipo de organização legal internacional, para repelir os inimigos do livre comércio internacional, que, em certa medida, são comparáveis aos inimigos do livre mercado de uma nação, como ladrões e assaltantes.

Por outro lado, o simples fato de que a coerção está, de alguma forma, inevitavelmente ligada à «liberdade», em todas as sociedades políticas, propiciou ou pelo menos favoreceu a ideia de que a «liberdade crescente» poderia ser de algum modo compatível em sociedades de «crescente coerção». Essa ideia, por sua vez, estava relacionada a uma confusão sobre o significado dos termos «repressão» e «liberdade» que se deve, sobretudo, não à propaganda, mas às incertezas que podem surgir sobre o significado dessas palavras no uso comum.

O professor Mises diz que «liberdade» é um conceito humano. Devemos acrescentar que é humano na medida em que há sempre implícita no uso deste termo, na linguagem cotidiana, alguma preferência, por parte dos homens. Mas isso não significa dizer de um homem que ele está «livre» somente do poder dos outros homens. Também se pode dizer que um homem está «livre» de uma doença, do medo, da vontade, como se usa na linguagem corrente. Isso estimulou algumas pessoas a considerarem a «liberdade contra a repressão de outros homens» ao mesmo nível, digamos, da «liberdade contra o desejo», sem observar que este último tipo de «liberdade» pode não ter nada a ver com o primeiro. Um explorador pode estar morrendo de fome no deserto, para onde quis ir sozinho — e assim ficar livre de ser constrangido por quem quer que fosse. Agora, ele não está «livre da fome», mas está, assim como estava antes, completamente «livre de coerção ou constrangimento», por parte de outras pessoas.

Vários pensadores, antigos e modernos, tentaram estabelecer uma ligação entre o fato de que algumas pessoas não estão livres da fome ou da doença com o fato de que outras pessoas, na mesma sociedade, não estão livres da coerção de seus semelhantes. É claro que a ligação é óbvia quando alguém está sob o cativeiro de outras pessoas que o tratam mal e o deixam morrer, por exemplo, de fome. Mas a ligação não é nem um pouco óbvia quando as pessoas não estão em relação de dependência com outras. No entanto, alguns pensadores acreditavam erroneamente que, sempre que falta a alguém algo de que ele necessi-

ta, ou que simplesmente deseje, ele foi injustamente «privado» dessa coisa pelas pessoas que a possuem.

A história está tão cheia de exemplos de violência, roubo, invasões de terras e assim por diante, que muitos pensadores se sentiram justificados em dizer que a origem da propriedade privada é simplesmente a violência, e que, por isso, deve ser encarada como irremediavelmente ilícita, hoje, assim como nos primórdios. Os estoicos, por exemplo, imaginavam que toda a extensão de terra sobre o planeta era originalmente comum a todos os homens. Chamavam essa condição legendaria de *communis possessio originaria*. Certos apóstolos do Cristianismo, particularmente nos países latinos, ecoaram essa premissa. Assim, Santo Ambrósio, o famoso arcebispo de Milão, pôde escrever, no século quinto da Igreja da Inglaterra, que se, por sua vez, a Natureza providenciou para que as coisas fossem comuns a todos, os direitos de propriedade privada eram devidos à usurpação. Ele cita os estoicos, que sustentavam, segundo ele, que tudo na terra e nos mares foi criado para o uso comum de todos os seres humanos. Um discípulo de Santo Ambrósio, chamado o Ambrosiastro, diz que Deus deu tudo ao homem em comum, e que isso se aplica ao Sol e à chuva, assim como à terra. O mesmo é dito por São Zenó de Verona — que deu nome a uma das mais magníficas igrejas do mundo — referindo-se aos homens de tempos ancestrais: «Eles não tinham propriedade privada, e tinham, sim, tudo em comum, como o Sol, os dias, as noites, a chuva, a vida e a morte, uma vez que tudo tinha sido dado a eles no mesmo grau, sem qualquer exceção, pela Divina Providência.» E o mesmo santo acrescenta, obviamente aceitando a ideia de que a propriedade privada é o resultado de coerção e tirania: «O proprietário privado é, sem dúvida, semelhante a um tirano, tendo ele sozinho o controle total de coisas que poderiam ser úteis a várias pessoas.» Praticamente a mesma ideia pode ser encontrada nos trabalhos de certos canonistas, alguns séculos mais tarde. Por exemplo, o autor da primeira sistematização das regras da Igreja, o assim chamado *decretum Gratiani*, diz: “Aquele que está determinado a acumular mais do que precisa, é um ladrão.”

Os socialistas modernos, incluindo Marx, simplesmente produziram uma versão revisada dessa mesma ideia. Por exemplo, Marx distingue vários estágios na história da humanidade: um primeiro estágio no qual as relações de produção eram as de cooperação, e um segundo estágio no qual algumas pessoas adquiriram, pela primeira vez, o controle dos meios de produção, colocando, com isso, uma minoria em posição de ser mantida pela maioria. O antigo arcebispo de Milão diria, em linguagem menos complicada e mais efetiva: “À natureza devemos a lei das coisas em comum; a usurpação é devida à lei privada.”

Podemos nos perguntar, é claro, como é possível falar de «coisas comuns a todos». Quem decretou que todas as coisas são «comuns» a todos os homens, e por quê? A resposta usual dada pelos estoicos e seus discípulos, os discípulos do Cristianismo dos primeiros séculos depois de Cristo, era que, assim como a Lua, o Sol e a chuva são comuns a todos os homens, não há razão alguma para se afirmar que as outras coisas, como a terra, não sejam, também, comuns. Esses advogados do comunismo não se deram ao trabalho de fazer uma análise semântica da palavra «comum». Senão, teriam descoberto que a terra não pode ser «comum» a todos os homens da mesma maneira que o Sol e a Lua o são, e que, por isso, não é a mesma coisa permitir que cultivem a terra em comum e deixar que usem o luar, ou a luz do Sol, ou o ar fresco, quando saem para passear. Os economistas modernos explicam a diferença chamando atenção para o fato de que não há escassez de luar, enquanto que há escassez de terra. Não obstante a natureza truista dessa afirmação, uma pretensa analogia entre coisas escassas, como terra arável, e coisas abundantes, como luar, sempre foi uma boa razão, aos olhos de muitas pessoas, para afirmarem que os «não tenho» são constrangidos pelos «tenho», e que os últimos privaram ilicitamente os primeiros de certas coisas originalmente «comuns» a todos os homens. Essa confusão semântica introduzida no uso da palavra «comum», pelos estoicos e pelos antigos discípulos do Cristianismo, foi mantida por socialistas modernos de todos os tipos e repousa, acredito, na origem da tendência, manifestada em especial nos últimos tempos, de se utilizar a palavra «liberdade» em um sentido inequívoco que relaciona «liberdade de desejo» com «liberdade contra a coerção por outras pessoas».

Essa confusão está ligada, por sua vez, a outra. Quando um merceeiro, um médico, ou um advogado, espera por fregueses ou clientes, cada um daqueles pode se sentir dependente destes últimos para viver. Isso é bem verdade. Mas se nenhum freguês ou cliente aparece, seria um abuso de linguagem dizer que os fregueses ou clientes que não aparecem coagem o merceeiro, ou o médico, ou o advogado, a morrer de fome. De fato, nenhum cometeu qualquer coerção contra este, pela simples razão de que ninguém sequer apareceu. Trocando em miúdos, simplesmente não houve fregueses ou clientes. Se supomos, agora, que um cliente aparece e oferece um pagamento muito baixo ao médico, ou ao advogado, não se pode dizer que esse cliente em particular está «coagindo» o médico, ou o advogado, a aceitar seu pagamento. Podemos desprezar um homem que sabe nadar e não salva um semelhante, que está se afogando, sob seus olhos, em um rio, mas seria um abuso de linguagem dizer que, ao deixar de salvar o homem do afogamento, aquele estava «coagindo» o último a

se afogar. Nessa relação, devo concordar com um famoso jurista alemão do século dezanove, Rudolph Jhering, que ficou indignado com a injustiça do argumento desenvolvido por Portia contra Shylock, representando Antônio, em *O mercador de Veneza*, de Shakespeare. Podemos desprezar Shylock, mas não podemos dizer que “coagiu” Antônio ou qualquer um a fazer um acordo com ele — um acordo que implicava, segundo as circunstâncias, a morte do último. O que Shylock queria era apenas coagir Antônio a honrar seu acordo, depois de tê-lo assinado. Apesar dessas considerações óbvias, as pessoas estão em geral inclinadas a julgar Shylock da mesma maneira que julgariam um assassino e a condenar agiotas como se fossem ladrões ou piratas, apesar de que nem Shylock, nem qualquer agiota comum pode ser propriamente acusado de coagir alguém a procurá-lo para pedir dinheiro a juros usurários.

A despeito dessa diferença entre “coerção”, no sentido de algo na verdade feito para prejudicar alguém contra sua vontade, e no sentido de comportamentos como o de Shylock, muitas pessoas, especialmente nos últimos cem anos, na Europa, tentaram injetar na linguagem corrente uma confusão semântica, cujo resultado é que o homem que nunca se dedicou a tomar uma atitude definida em favor de outras pessoas, e que, por isso, não faz nada por elas, é censurado por sua pretensa “omissão” e é acusado como se tivesse “coagido” os outros a fazerem algo contra sua vontade. Isso, em minha opinião, não está de acordo com o uso correto da linguagem corrente dos países que me são familiares. Você não “coage” alguém, se simplesmente deixa de fazer por ela algo que não se comprometeu a fazer.

Todas as teorias socialistas sobre a chamada exploração dos trabalhadores pelos empregadores — e, em geral, dos “não tenho” pelos “tenho” — são, em última análise, baseadas nessa confusão semântica. Sempre que os historiadores independentes da Revolução Industrial do século dezanove, na Inglaterra, falam da “exploração” dos trabalhadores pelos empregadores, subentendem precisamente essa ideia de que os empregadores exerciam “coerção” sobre os trabalhadores, para que estes aceitassem salários parcos pelo trabalho pesado. Quando códigos como o Trade Disputes Act de 1906, na Inglaterra, outorgaram aos sindicatos o privilégio de coagirem através de atos ilegais os empregadores a aceitarem suas reivindicações, a ideia era a de que os empregados eram a parte mais fraca, e que, por isso, podiam ser “coagidos” pelos empregadores a aceitarem salários baixos, em vez de altos. O privilégio concedido pelo Trade Disputes Act baseava-se no princípio familiar aos europeus liberais daquela época e correspondia também ao sentido de “liberdade” aceito, na linguagem corrente, de que você é “livre”, quando pode impedir outras pessoas de o reprimi-

rem. O problema foi que, enquanto a coerção concedida pelo Act aos sindicatos como um privilégio tinha o significado usual dessa palavra na linguagem corrente, a “coerção” por parte dos empregadores que o privilégio destinava-se a coibir não foi entendida no sentido que essa palavra tinha e ainda tem, na linguagem comum. Se consideramos as coisas desse ponto de vista, temos de concordar com sir Frederick Pollock, que escreveu, em seu *Law of torts*, que “ a ciência legal não tem, evidentemente, nada a ver com a operação empírica violenta sobre os políticos” , que a legislatura britânica acreditou caber ao Trade Disputes Act de 1906. Precisamos lembrar, também, que a utilização corrente da linguagem não tem nada a ver com o significado de “coerção” que tornou conveniente, aos olhos dos legisladores britânicos, infligir ao corpo político uma operação violenta desse tipo.

Historiadores sem preconceitos, como o professor T. S. Ashton, demonstraram que a situação geral das classes desfavorecidas da população inglesa, depois das guerras napoleônicas, era devida a causas que não tinham qualquer relação com o comportamento dos empreendedores da nova era industrial, naquele país, e que sua origem deve ser buscada nos primórdios da história da Inglaterra. Além disso, os economistas já muitas vezes demonstraram, tanto com a apresentação de argumentos de natureza teórica irrefutáveis quanto com o exame de dados estatísticos, que bons salários dependem da razão entre a quantia de capital investido e o número de trabalhadores.

Esse, porém, não é o ponto principal de nosso argumento. Se dermos à “coerção” esses significados diversos como os que acabamos de ver, poderemos concluir facilmente que os empresários da época da Revolução Industrial, na Inglaterra, “coagiam” as pessoas a habitarem, por exemplo, casas velhas e insalubres, apenas porque não construíram para seus trabalhadores um número suficiente de casas novas e boas. Da mesma maneira, poderíamos dizer que os industrialistas que não fazem investimentos gigantescos em maquinaria, independentemente dos retornos que possam ter, estão «coagindo» seus trabalhadores a se contentarem com salários baixos. De fato, essa confusão semântica é acalentada por vários grupos de propaganda e pressão interessados em dar definições persuasivas de «liberdade» e de «coerção». Como resultado, as pessoas podem ser censuradas pela «coerção» que alegadamente exercem sobre outras pessoas com as quais jamais tiveram nada a ver. Assim, a propaganda de Mussolini e Hitler, antes e durante a II Guerra Mundial, incluía a afirmação de que povos de outros países tão distantes da Itália ou da Alemanha como, digamos, o Canadá ou os Estados Unidos, estavam «coagindo» os italianos e os alemães a se contentarem com seus poucos recursos materiais

e seus territórios comparativamente pequenos, apesar de nem uma milha sequer de território alemão ou italiano jamais ter sido tomada pelo Canadá ou pelos Estados Unidos. Da mesma forma, após a última Guerra Mundial, muitas pessoas diziam — especialmente os pertencentes à “*intelligentsia*” italiana — que os ricos proprietários de terras do Sul da Itália eram os responsáveis diretos pela miséria dos pobres trabalhadores daquelas regiões, ou que os habitantes do Norte da Itália eram os responsáveis pela depressão do interior do Sul, ainda que nenhuma demonstração pudesse ser seriamente feita para provar que a riqueza de certos proprietários de terras do Sul da Itália era a causa da pobreza dos trabalhadores, ou que o padrão razoável de vida desfrutado pelo povo do Norte da Itália era a causa da ausência de tal padrão no Sul. O pressuposto implícito em todas essas ideias era o de que os “tenho” do Sul da Itália estavam “coagindo” os “não tenho” a uma existência pobre, da mesma forma que os habitantes do Norte estavam “coagindo” os que viviam no Sul a se contentarem com receitas agrícolas, em vez de construírem indústrias. Devo salientar também que uma confusão semântica análoga está por trás de muitas das acusações feitas aos povos do Ocidente — incluindo os Estados Unidos — e das atitudes adotadas em relação a eles pelos grupos dirigentes em certas ex-colônias, como o Egito e a Índia.

Isso resulta em ocasionais motins e tumultos e todo tipo de ações hostis por parte das pessoas que se sentem «coagidas». Outro resultado não menos importante é a série de decretos, códigos e dispositivos, em níveis nacional e internacional, criados para ajudar as pessoas alegadamente «coagidas» a contra-atacarem essa «coerção», através de artifícios, privilégios, concessões, imunidades etc. legalmente impostos.

Assim, uma confusão de palavras causa uma confusão de sentimentos, e ambos reagem reciprocamente um sobre o outro para confundir as coisas ainda mais.

Não sou tão ingênuo quanto Leibniz, que supunha que muitas questões econômicas e políticas podiam ser ajustadas, não através de disputas — *clainoribus* —, mas com uma espécie de ajuste de contas — *calculemus* —, através do qual seria possível para todas as pessoas envolvidas concordarem, pelo menos em princípio, sobre as questões em jogo. Mas decididamente sustento que um esclarecimento semântico é mais útil do que se acredita, bastando que as pessoas estejam em posição de dele se beneficiarem.

LIBERDADE E O ESTADO DE DIREITO

Não é fácil afirmar o que é que as pessoas de língua inglesa querem dizer com a expressão “estado de direito”²⁰. O significado dessas palavras mudou, nos últimos setenta ou mesmo cinquenta anos, e a própria expressão adquiriu um tom um tanto obsoleto, tanto na Inglaterra como na América. Não obstante, houve uma época em que ela correspondeu a uma ideia que — como sublinhou o professor Hayek em sua primeira conferência sobre o tema, *The political meaning of the rule of law*, no Banco Nacional do Egito, em 1955 — “conquistou completamente a mente, se não a prática de todas as nações ocidentais”, tanto que “poucas pessoas duvidavam que ela estava destinada a logo governar o mundo”.²¹

A história completa dessa mudança ainda não pode ser escrita, uma vez que o processo ainda está acontecendo. Além disso, é uma história até certo ponto complicada, fragmentária, tediosa e, acima de tudo, escondida das pessoas que leem apenas jornais, revistas ou ficção e que não têm um gosto especial por assuntos jurídicos ou por detalhes técnicos como, digamos, a delegação de poder judicial e legislativo. Mas é uma história que importa a todos os países do Ocidente, que partilhavam e ainda partilham não só do ideal jurídico denotado pela expressão “estado de direito” como também do ideal designado pela palavra “liberdade”.

Eu não iria tão longe quanto o professor Hayek, na conferência mencionada antes, em dizer que “é na discussão técnica relacionada com a lei administrativa que o destino de nossa liberdade está sendo decidido”. Prefiro dizer que esse destino está sendo decidido também em muitos outros lugares — nos parlamentos, nas ruas, nos lares e, em última análise, nas mentes dos trabalhadores braçais e de homens bem formados, como os cientistas ou professores universitários. Concordo com o professor Hayek em que nos confrontamos, a esse respeito, com uma espécie de revolução silenciosa. Mas não me uniria a ele ou ao professor Ripert, da França, para dizer que essa é uma revolução — mais, um *coup d'état* — promovida apenas, ou até mesmo

²⁰ Nota do tradutor: No original, *rule of law*.

²¹ F. A. Hayek, *The political ideal of the rule of law* (Cairo: Fiftieth Anniversary Commemoration Lectures, National Bank of Egypt, 1955), p.2. Virtualmente toda a substância desse livro foi publicada novamente em *Constitution of liberty*, do mesmo autor.

sobretudo, por técnicos como advogados ou funcionários de ministérios ou de departamentos de estado. Em outras palavras, a mudança lenta e contínua do significado da expressão “estado de direito” não é resultado de uma revolução “administrativa”, para usar a expressão perspicaz de Burnham. É um fenômeno muito mais amplo, ligado a muitos eventos e situações cujos reais aspectos e significância não são facilmente definíveis e aos quais os historiadores se referem através de frases como “a tendência geral dos nossos tempos”. O processo através do qual a palavra «liberdade» começou a assumir vários significados diferentes e incompatíveis, nos últimos cem anos, envolveu, como vimos, uma confusão semântica. Outra confusão semântica, menos óbvia, mas não menos importante, está se revelando àqueles que são pacientes o suficiente para estudar a revolução silenciosa no uso da expressão «estado de direito».

Intelectuais da Europa Continental, apesar de sua sabedoria, formação e admiração pelo sistema político britânico, desde os tempos de Montesquieu e Voltaire não foram capazes de entender o sentido exato da constituição britânica. Montesquieu é provavelmente o mais famoso dentre aqueles que estão abertos a essa crítica, particularmente no que se refere a sua célebre interpretação da divisão de poderes, na Inglaterra, a despeito do fato de que sua interpretação — má interpretação, como muitos diriam — teve, por sua vez, uma enorme influência nos próprios países de língua inglesa. Intelectuais ingleses eminentes, por sua vez, sofreram críticas semelhantes a suas interpretações das constituições europeias continentais. O mais famoso desses acadêmicos é provavelmente Dicey, cujos equívocos sobre o *droit administratif* francês foram considerados por um outro acadêmico inglês notório, sir Carleton Kemp Allen, como um “erro fundamental” e uma das principais razões por que o estado de direito evoluiu, nos países de língua inglesa de hoje, da forma como o fez. O fato é que os poderes do governo não eram, na verdade, separados, na Inglaterra, como acreditava Montesquieu em sua época, e nem o *droit administratif* na França ou, a respeito desse ponto, o *diritto amministrativo* italiano, ou o *Verwaltungsrecht* alemão, são, na verdade, identificáveis com o “direito administrativo” que sir Carleton Kemp Allen e a maioria dos acadêmicos ingleses contemporâneos têm em mente, quando falam das recentes mudanças nas respectivas funções do Judiciário e do Executivo no Reino Unido.

Após longa reflexão sobre esse assunto, estou inclinado a concluir que mais fundamentais até do que as interpretações equivocadas de Dicey, de um lado, e as de Montesquieu, de outro, foram as dos acadêmicos e das pessoas em geral que tentaram adotar o “estado de direito” britânico no continente europeu, e imaginaram que a

imitação continental do sistema inglês ou americano — por exemplo, o *Rechtsstaat* alemão, ou o *état de droit* francês, ou o *stato de diritto italiano* — é realmente algo muito semelhante ao “estado de direito” inglês. O próprio Dicey, que tinha uma visão lúcida de algumas diferenças importantes a esse respeito, e a quem vários pensadores consideravam preconceituoso em relação à constituição francesa e às outras constituições da Europa Continental, na realidade pensava que no início deste século não havia grande diferença entre o “estado de direito” inglês ou americano e as constituições continentais. Na oitava edição (1915) de sua consagrada introdução ao estudo de direito constitucional, disse:

Se confinamos nossa observação à Europa do século vinte, podemos perfeitamente dizer que na maioria dos países europeus o estado de direito está agora quase tão bem estabelecido quanto na Inglaterra, e que os indivíduos privados que não tiverem qualquer intromissão na política têm pouco a temer, contanto que cumpram a lei, seja do governo ou de quem for.²²

Por outro lado, alguns intelectuais continentais — por exemplo, os grandes *garantistes* franceses, como Guizot ou Benjamin Constant, e os teóricos alemães do *Rechtsstaat*, como Karl von Rotteck, K. Welcker, Robert von Mohl e Otto von Gierke — acreditavam (eu diria equivocadamente) estarem descrevendo e recomendando a seus concidadãos um tipo de estado muito semelhante ao da Inglaterra. Em nossos dias, o professor Hayek tentou demonstrar que a doutrina alemã do *Rechtsstaat*, antes de corrompida pelos historicistas e positivistas *reactionnaires*, no final do século dezanove, contribuiu bastante, em teoria, se não na prática, para o ideal do “estado de direito”.

Esse ideal e o do *Rechtsstaat* — antes de corrompido — tinham realmente muito em comum. Quase todos os aspectos que Dicey descreveu, de forma tão brilhante, no livro anteriormente citado, para explicar o que era o “estado de direito” inglês, são identificáveis também nas constituições continentais, desde a constituição francesa de 1789 até as atuais.

A supremacia da lei era a principal característica mencionada na análise de Dicey. Ele citou a antiga lei das cortes inglesas: “*La ley est la plus haute inheritance, que le roi had; car par la ley il même et toutes ses sujets sont rulés, et si la ley nefuit, nul roi et nul inheritance será*” — A lei

²² Albert Venn Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution* (8^a edição; Londres: Macmillan, 1915), p.185.

é a mais alta posição alcançável pelo rei, pois tanto ele quanto seus súditos são dirigidos por ela, e sem ela não haveria rei, nem reino. De acordo com Dicey, a supremacia da lei era, por sua vez, um princípio que correspondia a três outros conceitos e portanto implicava três significados diferentes e concomitantes da expressão “o estado de direito”: 1. a ausência de poder arbitrário por parte do governo para punir cidadãos ou cometer atos contra a vida e a propriedade; 2. a sujeição de todo homem, independentemente de sua classe ou condição, à lei comum do reino e à jurisdição dos tribunais ordinários; e 3. uma predominância do espírito legal nas instituições inglesas, em razão da qual, como explica Dicey, “os princípios gerais da constituição inglesa — como, por exemplo, o direito à liberdade pessoal, ou o direito à assembleia pública — são o resultado de decisões judiciais. (...)”; ao passo que, segundo muitas constituições estrangeiras, a segurança dada aos direitos dos indivíduos resulta ou parece resultar dos princípios gerais — abstratos — da constituição». ²³

Os americanos podem questionar se Dicey considerou ou não seu sistema na mesma classe que os sistemas continentais da Europa. Os americanos derivam ou parecem derivar seus direitos individuais dos princípios gerais estabelecidos em sua constituição e nas dez primeiras emendas. Na verdade, Dicey considerou os Estados Unidos um exemplo típico de país que vive sob o “estado de direito”, uma vez que herdou as tradições inglesas. Ele estava certo, como se pode ver quando se recorda, de um lado, o fato de que uma declaração de direitos escrita não foi considerada necessária, de início, pelos Fundadores — que nem sequer a incluíram no texto da própria Constituição —, e, de outro, a importância que tinham, e continuam tendo, as decisões judiciais por parte dos tribunais comuns, no sistema político dos Estados Unidos, no tocante aos direitos individuais.

O professor Hayek, entre outros teóricos eminentes do “estado de direito”, leva em consideração quatro de seus aspectos que, até certo ponto e apesar de não inteiramente, correspondem à descrição de Dicey. De acordo com o professor Hayek, a **generalidade**, a **igualdade** e a **efetividade** da lei, assim como o fato de que o arbítrio administrativo em ações coercitivas, isto é, a interferência com a pessoa e a propriedade do cidadão privado, deve ser sempre sujeito à revisão por tribunais independentes, são “realmente os pontos cruciais da questão, o ponto decisivo do qual depende a prevalência ou não do Estado de Direito”. ²⁴

Aparentemente, as teorias do professor Hayek e de Dicey coinci-

²³ *Ibid*, p.191.

²⁴ F. A. Hayek, *op. cit.*, p.45.

dem, exceto em pequenos detalhes. O primeiro, é verdade, enfatiza a diferença entre leis e ordens, em relação à “generalidade” da lei, e salienta que a lei jamais deve ter em vista indivíduos particulares ou ser aprovada, se, no momento da promulgação, é possível prever a quais indivíduos ela favorecerá ou prejudicará. Mas isso pode ser simplesmente considerado como um desenvolvimento especial da ideia de Dicey de que o “estado de direito” significa a ausência de poder arbitrário por parte do governo. **Igualdade**, por sua vez, é uma ideia incorporada na descrição de Dicey da segunda característica do estado de direito, ou seja, que todo homem, independentemente de classe ou condição, está sujeito à lei comum do reino.

Nessa relação, devemos notar uma diferença entre as interpretações de Dicey e de Hayek da igualdade ou, pelo menos, da aplicação desta em alguns casos. O professor Hayek concorda com sir Carleton Kemp Allen em reprovar Dicey por um “erro fundamental” de interpretação do *droit administratif français*. Dicey, segundo sir Carleton e o professor Hayek, estava enganado em acreditar que o *droit administratif français* — e em geral o continental, pelo menos em seu estágio maduro — era uma espécie de lei arbitrária, por não ser aplicado pelos tribunais ordinários. De acordo com Dicey, somente os tribunais ordinários, na Inglaterra como na França, poderiam realmente proteger os cidadãos, através da aplicação da lei comum do país. O fato de que jurisdições especiais, como a do *conseil d'état*, na França, tinham o poder de julgamento em casos em que os cidadãos privados litigavam com funcionários públicos a serviço do estado pareceu, aos olhos de Dicey, uma prova de que a igualdade da lei em relação a todos os cidadãos não era, na verdade, respeitada no continente. Os funcionários, quando em litígio, em sua qualidade oficial, com cidadãos comuns, eram “até certo ponto isentos da lei ordinária da terra”. O professor Hayek acusa Dicey de ter contribuído em grande escala para a prevenção ou atraso no crescimento de instituições capazes de controlar, por meio de tribunais independentes, a nova máquina burocrática na Inglaterra, por causa de uma falsa ideia de que tribunais administrativos separados constituiriam sempre uma negação da lei ordinária da terra e, conseqüentemente, uma negação do “estado de direito”. O fato é que o *conseil d'état* propicia aos cidadãos comuns, na França como em outros países da Europa Ocidental, uma proteção eficiente e imparcial contra o que Shakespeare teria chamado de “a insolência do ofício”.

Contudo, será que é justo responsabilizar Dicey pelo fato de um processo semelhante ao da formação e funcionamento de um *conseil d'état* ainda não ter acontecido no Reino Unido? Talvez o que tenha retardado o desenvolvimento de um tribunal administrativo de ape-

lação na Inglaterra, que corresponderia ao *conseil d'état* francês, ou ao *consiglio di stato* italiano, tenha sido o fato, observado por Allen, de que, na Inglaterra, “quando da simples menção a uma ‘novidade qualquer’, não são poucas as mãos que ao mesmo tempo se levantam horrorizadas contra a importação de uma ‘mercadoria estrangeira’”²⁵. De fato, a hostilidade contra tipos de leis e judicaturas não britânicas é uma velha característica do povo inglês. Afinal, os atuais habitantes das Ilhas Britânicas são descendentes daqueles que orgulhosamente proclamaram, muitos séculos atrás, “*nolumus leges Angliae mutari*” — não queremos nenhuma mudança nas leis dos anglo-saxões. O papel de Dicey na resistência à importação das formalidades legais do continente para a Inglaterra foi pequeno. O próprio Allen, ao mesmo tempo em que cautelosamente sugere como adotar novos meios para proteger os cidadãos contra a burocracia britânica apressa-se a acrescentar que “ninguém em sã consciência propõe que se imite, na Inglaterra, o *conseil d'état* e que aqueles que ainda acreditam que a “‘lei administrativa’ — se ao menos me permitem o termo — é a mesma coisa que o *droit administratif*, estão vivendo em um passado longínquo”²⁶.

Incidentalmente, o que é curioso nessa peroração de Carleton, é que ele parece deixar implícito, aqui, que a “lei administrativa” é algo muito melhor do que o *droit administratif* estrangeiro, enquanto que, no início de seu livro, ele repreendeu o pobre Dicey por sua “comparação complacente com a lei administrativa francesa”, ou seja, com “aquela jurisprudência admirável, qualquer que seja o caso, em seus desenvolvimentos modernos”, e acusou Dicey de ter “deixado o público britânico com a impressão de que o efeito do direito administrativo, na França, era o de colocar funcionários em posições especialmente privilegiadas, em vez de — como o é de fato — dar ao súdito uma ampla medida de proteção contra a ação ilegal do estado”²⁷. Poderíamos acrescentar que essa é uma proteção que o atual direito administrativo inglês absolutamente não oferece aos súditos da Coroa Britânica, porque, como foi destacado recentemente por um outro acadêmico britânico, Ernest F. Row,

(...) visto que os tribunais administrativos franceses são tribunais e administram um perfeito código de leis, através de um procedimento perfeitamente definido, análogo ao dos outros tribunais, o novo sistema inglês quer dizer, aquela concessão, ao executivo, de funções judiciais que o

²⁵ Carleton Kemp Allen, *Law and orders* (Londres: Stevens & Sons, edição de 1956), p.396.

²⁶ *Ibid.*, p.396.

²⁷ *Ibid.*, p32.

antigo Lorde Magistrado da Inglaterra costumava qualificar de “ilegalidade administrativa” e também de “novo despotismo”] não é nada desse tipo, pois através dessas disputas entre indivíduos e governo são resolvidas pelo governo, ele mesmo uma das partes, de uma maneira puramente arbitrária, não sujeita a qualquer princípio regular ou reconhecido e sem ater-se a qualquer procedimento legal claramente definido.²⁸

Dicey e Hayek discordam apenas ligeiramente em suas respectivas interpretações da igualdade enquanto característica do estado de direito. Ambos sustentam que tribunais independentes são essenciais para garantir aos cidadãos igualdade perante a lei. Uma diferença menor entre as duas interpretações das funções dos tribunais parece ser que, enquanto Dicey não admite a existência de duas ordens judiciárias diferentes, uma para ajustar disputas apenas entre cidadãos comuns e outra para ajustar disputas entre cidadãos comuns e funcionários do estado, Hayek acredita que a existência de duas ordens judiciárias diferentes não é, em si, motivo de objeção, contanto que essas duas ordens sejam, de fato, independentes do Executivo.

As coisas não são provavelmente tão simples como a conclusão do professor Hayek parece indicar. Naturalmente, tribunais administrativos independentes são melhores do que a simples concessão de poder judiciário ao Executivo, em assuntos administrativos, como ocorre na Inglaterra hoje e, até certo ponto, também nos Estados Unidos. Mas a própria existência dos «tribunais administrativos» reforça o fato — que desagradou Dicey — de que não há uma lei para todo mundo no país, e, por isso, a igualdade de todos os cidadãos perante a lei, na verdade, não é respeitada como seria se houvesse apenas uma lei da terra, e não, ainda, uma lei administrativa paralela à lei comum.

O decano Rescoe Pound destacou, em um ensaio mencionado pelo professor Hayek²⁹, que as tendências contemporâneas na interpretação da lei pública subordinam os interesses “dos indivíduos aos do funcionário público”, ao permitirem que este «identifique um lado da controvérsia com o interesse público e supervalorize-o, ignorando os outros». Isso se aplica mais ou menos a todos os tipos de leis administrativas, quer sejam ou não ministradas por tribunais independentes.

²⁸ Eniest F Row, *How States are governed* (Londres: Pitman & Sons, 1950), p.70. Em relação à situação dos Estados Unidos, veja Walter Gellhorn, *Individual freedom and governmental restraints* (Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1956) e Leslie Grey, “The administrative agency colossus”, *The Freeman* (Outubro de 1958), p.31.

²⁹ F. A. Hayek, *op. cit.*, p.57.

Um princípio geral que permeie todas as relações entre cidadãos privados e funcionários do governo no exercício do cargo, é o que os teóricos da Europa Continental — como, por exemplo, o alemão Jellinek ou o francês Hauriou, ou o italiano Romano — chamariam de *status subjectionis* do indivíduo em relação à administração e, analogamente, à “supremacia” desta em relação ao indivíduo. Os funcionários do estado, enquanto representantes da administração pública, são vistos como pessoas que têm *eminentia jura* — direitos preeminentes — sobre os outros cidadãos. Assim, os funcionários possuem o direito, por exemplo, de impor suas ordens sem qualquer controle prévio, da parte de um juiz, sobre a legitimidade dessas ordens, ao passo que esse tipo de controle seria prescrito, caso um cidadão comum exigisse qualquer coisa de um outro. É verdade que os teóricos da Europa Continental admitem também que os indivíduos têm um direito à liberdade pessoal que limita a *eminentia jura* ou, como igualmente dizem, a supremacia da administração. Mas o princípio da supremacia da administração é algo que, hoje, qualifica a lei administrativa de todos os países da Europa Continental e, até certo ponto, de todos os países do mundo.

E exatamente esse o princípio que os tribunais administrativos levam em conta ao julgarem controvérsias entre cidadãos comuns e funcionários, enquanto os juízes ordinários considerariam todos os particulares envolvidos no caso exatamente no mesmo nível. Esse fato, que não tem, em si, nada a ver com a extensão em que os tribunais administrativos são independentes do executivo ou dos funcionários do estado, está na base da existência dos tribunais administrativos enquanto cortes de judicatura separadas. Agora, se admitirmos, como Dicey, que a única lei a ser levada em consideração, ao se julgar controvérsias entre cidadãos — funcionários do estado ou não —, é a que está de acordo com o estado de direito como Dicey o concebe, sua conclusão de que um sistema de tribunais administrativos — independentes do governo ou não — deve ser evitado e de que apenas os tribunais ordinários devem ser aceitos é perfeitamente consistente.

A conclusão de Dicey pode ser ou não aplicável a circunstâncias atuais, mas é uma consequência do princípio de igualdade perante a lei, ou seja, de um dos princípios que tanto sua interpretação quanto a do professor Hayek, do significado do “estado de direito”, tornam implícito.

Na Inglaterra, escreveu Dicey que

(...) a ideia de igualdade legal, ou da sujeição universal de todas as classes a uma lei ministrada por tribunais

comuns, tem sido levada a seu limite máximo. Aqui, a qualquer funcionário, desde o primeiro-ministro até um guarda ou um cobrador de impostos, é atribuível a mesma responsabilidade, por todo ato cometido sem justificação legal, como a qualquer outro cidadão. Os registros abundam de casos em que funcionários foram levados à corte e tomados, em sua capacidade pessoal, passíveis de punição ou pagamento de fiança por atos cometidos em caráter oficial, mas que excediam sua autoridade legal. Um governador colonial, um secretário de estado, um oficial militar e todos os subordinados, apesar de estarem cumprindo ordens de seus superiores, são responsáveis por qualquer ato não autorizado pela lei, tanto quanto qualquer pessoa comum.³⁰

A situação descrita por Dicey em 1885 certamente não é a que prevalece no presente, pois um aspecto típico do novo “direito administrativo”, na Inglaterra, é a remoção, da jurisdição dos tribunais comuns, de muitos casos nos quais o Executivo é ou pode vir a ser uma das partes da disputa.

Dicey não pode ser justamente criticado por condenar os tribunais administrativos com base em um princípio tão claramente anunciado por ele, isto é, a sujeição universal de todas as classes a uma única e mesma lei. Caso contrário, devemos concluir que, enquanto todos os homens são iguais perante a lei, alguns homens são “mais iguais do que outros”.

Com efeito, sabemos, agora, até onde a interpretação do princípio da igualdade perante a lei pode chegar em sistemas políticos nos quais o princípio da legalidade puramente formal — ou melhor, cerimonial — de qualquer regra, independentemente de seu conteúdo, tenha sido substituído pelo princípio do *Rechtsstaat* e, assim, do “estado de direito” em seu sentido primitivo.

Podemos formar tantas categorias de pessoas quantas quisermos, para lhes aplicarmos as mesmas leis. Em cada categoria, as pessoas serão todas “iguais” perante a lei específica que a elas se aplicar, independentemente do fato de outras pessoas, agrupadas em outras categorias, serem tratadas de forma bastante diferente, por outras leis. Assim sendo, podemos criar uma “lei administrativa” perante a qual todas as pessoas agrupadas em uma certa categoria definida pela lei serão tratadas da mesma forma pelos tribunais administrativos e,

³⁰ Dicey, *op. cit.*, p.189.

paralelamente a isso, podemos reconhecer um “direito consuetudinário”, sob o qual pessoas agrupadas em outras categorias não serão tratadas de maneira menos igualitária pelos tribunais comuns. Desse modo, com uma leve mudança no significado do princípio de “igualdade”, podemos preterir que o preservamos. Em vez de “igualdade perante a lei”, tudo o que teremos será, então, **igualdade perante um dos dois sistemas de lei vigentes no mesmo país** ou, se queremos usar a linguagem da fórmula de Dicey, teremos **duas leis da terra, em vez de uma**. É claro que podemos, da mesma forma, ter três ou quatro ou milhares de leis da terra — uma para proprietários, outra para inquilinos, uma para empregadores, outra para empregados etc. É exatamente o que acontece hoje em muitos países ocidentais, onde ainda se exalta o princípio do “estado de direito” e, consequentemente, da “igualdade perante a lei”.

Podemos imaginar, também, que os mesmos tribunais estão habilitados a aplicar todas essas leis da terra igualmente a todos aqueles incluídos nas respectivas categorias. Isso ainda pode ser chamado, por aproximação, de “igualdade perante a lei”. Mas é óbvio que nesse caso nem todo mundo receberá tratamento igual, segundo a lei da terra considerada em seu todo. Por exemplo, na Itália, o terceiro artigo da constituição afirma que “todos os cidadãos são iguais perante a lei”. No entanto, na verdade há leis que obrigam proprietários a manterem inquilinos a um aluguel muito baixo, apesar de acordos prévios em contrário, enquanto outras categorias de pessoas, que assinaram contratos na qualidade não de proprietários ou de inquilinos, não sofrem a interferência de qualquer lei especial e ainda podem — ou melhor, devem — honrar os acordos que fizeram. Temos, também, em meu país, outras leis que obrigam as pessoas a abrirem mão de uma parte de sua terra por uma compensação fixada pelo próprio governo, e que os proprietários acham, em muitos casos, ridiculamente baixa, se comparada com o preço de mercado dessa terra. Outras pessoas — donos de edifícios, de casas comerciais ou de valores mobiliários, por exemplo — ainda são livres para fazer o que quiserem com sua propriedade. A Corte Constitucional Italiana apoiou, em decisão recente, uma lei que autoriza o governo a pagar um preço nominal aos proprietários expropriados pelas leis de reforma agrária, alegando ter sido esse preço fixado levando em conta o interesse comum do país — e, é claro, é muito difícil determinar o que é o “interesse comum”. Os teóricos poderiam, talvez, elaborar uma série de princípios para explicar tudo isso e falar, por exemplo, de uma *jus subjectionis* dos proprietários ou de *jura eminentia*, ou **supremacia** por parte dos inquilinos e dos funcionários do governo que fixaram a quantia a ser paga aos proprietários expropriados. Mas as coisas continuam como estão:

as pessoas não são tratadas igualmente pela lei da terra como um todo, no sentido que Dicey pretendia em seu famoso livro.

A possibilidade de várias leis, válidas ao mesmo tempo para classes diferentes de cidadãos em um mesmo país, mas que os tratem de forma diferente — o exemplo mais comum é o do imposto progressivo de acordo com a renda do cidadão, que já se tornou uma característica geral da política fiscal de todos os países ocidentais — está relacionada, por sua vez, ao princípio da **generalidade da lei**. Na realidade, não é fácil estabelecer o que torna uma lei **geral** em comparação com outra. Existem muitos “gêneros” segundo os quais podem ser criadas leis “gerais”, e muitas “espécies” que podem ser levadas em consideração, dentro do mesmo “gênero”.

Dicey considerava “o espírito legal” um atributo especial das instituições inglesas. Todo o sistema político britânico era baseado, de acordo com ele, em princípios gerais resultantes “de decisões judiciais que determinam os direitos de particulares em casos específicos submetidos aos tribunais”. Ele contrastava isso com o que acontece no Continente — e, poderia ter dito, nos Estados Unidos, também, onde “a segurança oferecida aos direitos dos indivíduos resulta ou parece resultar dos princípios gerais da constituição”, que, por sua vez, emerge de um ato legislativo. Dicey explicou, com sua lucidez usual, o que queria dizer com isso:

Se fosse admissível aplicar as fórmulas da lógica a questões da lei, a diferença, nesse caso, entre a constituição da Bélgica e a constituição inglesa, poderia ser descrita pela afirmativa de que, na Bélgica, os direitos individuais são deduções tiradas dos princípios da constituição, enquanto, na Inglaterra, os chamados princípios da constituição são induções ou generalizações baseadas em decisões específicas pronunciadas pelos tribunais como sendo os direitos de certos indivíduos.³¹

Dicey colocou também que, não obstante “ser essa, certamente, uma diferença formal” sem qualquer importância em si mesma, grandes diferenças práticas se revelaram pela evidência histórica relacionada, por exemplo, à Constituição Francesa de 1791, que proclamou uma série de direitos, ao passo que “nunca houve um período registrado nos anais da humanidade em que cada um desses direitos tivesse sido tão pouco assegurado — pode-se quase dizer, completamente inexistente — como no ápice da Revolução Francesa”. A razão para

³¹ *Loc. cit.*

essas diferenças entre os sistemas inglês e continentais era, segundo Dicey, a falta da habilidade jurídica, por parte dos legisladores — e aqui Dicey parece ecoar a sabida impaciência dos juizes ingleses para com o trabalho das legislaturas —, necessária para criar reparações que assegurassem o exercício dos direitos por parte dos cidadãos. Dicey não achava que essa habilidade fosse incompatível com as constituições escritas, como essas, e declarou com admiração que «os estadistas americanos têm mostrado incomparável habilidade na elaboração de meios para dar segurança legal aos direitos declarados pelas constituições americanas», para que «o estado de direito fosse um aspecto marcante dos Estados Unidos, tanto quanto da Inglaterra»³². De acordo com Dicey, o exercício dos direitos do indivíduo segundo a constituição inglesa era mais efetivo do que o exercício de direitos similares segundo constituições continentais; e essa «efetividade» devia-se, sobretudo, a habilidades jurídicas maiores, por parte das pessoas de língua inglesa, para criar reparações relativas a esses direitos.

A certeza é um aspecto que o professor Hayek também enfatiza em sua recente análise do ideal do «estado de direito». Ele a concebe de uma forma apenas aparentemente diferente da concepção de Dicey, embora essa diferença possa ser muito importante, em alguns pontos.

De acordo com o professor Hayek³³, a efetividade da lei é, provavelmente, o requisito mais importante para as atividades econômicas da sociedade e muito contribuiu para a prosperidade maior do mundo ocidental, em comparação com o Oriente, onde a efetividade da lei não foi alcançada tão cedo. Mas ele não analisa o que o termo “efetividade” significa exatamente, quando se refere à lei. Esse é um ponto que precisa ser examinado com muito cuidado em uma teoria do “estado de direito”, ainda que nem Dicey nem Hayek, nem outros acadêmicos entrem muito nesse mérito. Diferentes significados para a expressão “efetividade da lei” podem estar na raiz da maior parte dos mal-entendidos, entre acadêmicos ingleses e europeus continentais, relativos ao estado de direito e a conceitos aparentemente similares, como os de constituições escritas, *Rechtsstaaten* etc. Dicey não tinha uma concepção completamente clara do que a “efetividade” da lei significava para ele, quando descreveu os principais aspectos do estado de direito. Aparentemente, esse fato está relacionado à ausência de regras escritas — e por isso, de alguma forma, de regras efetivas — no direito consuetudinário inglês tradicional, incluído o direito constitucional. Se a efetividade estivesse vinculada apenas a regras escritas, nem o direi-

³² *Ibid.*, p.495.

³³ F. A. Hayek, *op. cit.*, p.36.

to consuetudinário nem a parte dele que pode ser chamada de direito constitucional seriam absolutamente efetivos. Com efeito, muitos dos recentes ataques sobre a “incerteza” da lei precedente, por parte de pessoas de língua inglesa e, particularmente, de advogados americanos e cientistas políticos pertencentes à chamada escola realista, são baseados em um significado da palavra “efetividade” que implica a existência de uma fórmula definitivamente escrita, cujas palavras não possam ser modificadas pelo leitor a sua vontade. Essa impaciência para com leis não escritas é fruto do número crescente de códigos, nos sistemas legais e políticos contemporâneos, e do peso crescente dado às leis estatutárias comparadas às leis precedentes — ou seja, com a lei não escrita —, na Inglaterra, assim como em outros países do Common-wealth britânico e nos Estados Unidos da América.

A efetividade da lei está relacionada com a ideia de fórmulas definitivamente escritas, como as que os alemães chamariam de *Rechtsaetze*, também no significado que o professor Hayek dá à palavra “efetividade”, em suas conferências sobre o estado de direito. Ele declara que mesmo “a delegação da formulação de leis a uma autoridade não eleita não precisa ser contrária ao estado de direito, uma vez que essa autoridade se limite a determinar e publicar as regras antes de sua aplicação (...)”. Acrescenta que “o problema do uso moderno generalizado da delegação não é o de se delegar o poder de fazer regras gerais, mas o de que, na prática, as autoridades têm o poder de manipular sem regras a coerção, pois nenhuma regra geral pode ser formulada para o exercício dos poderes em questão”.³⁴

Existe uma espécie de paralelismo entre o que, de acordo com o professor Hayek, é secundário em relação à lei administrativa ou aos tribunais administrativos e aquilo que é realmente essencial, para ele, no conceito de “efetividade”. O que importa, para ele, é que a lei administrativa seja ministrada por tribunais independentes, não importando o fato de que exista algo peculiar chamado “direito administrativo”, nem de que os tribunais que o ministram sejam cortes especiais ou não. De forma semelhante, o professor Hayek acredita que nenhuma inconveniência séria pode surgir do fato de que as regras sejam emitidas por parlamentos ou por alguma autoridade delegada, contanto, somente, que essas regras sejam gerais, claramente enunciadas e publicadas com antecedência.

Os regulamentos gerais, se formulados no devido tempo e divulgados a todos os cidadãos, tornam possível a estes preverem o que irá acontecer, no âmbito legal, em consequência de seu comportamento,

³⁴ *Ibid.*, p.38.

ou, usando as palavras do professor Hayek: “Como regra geral, circunstâncias que estejam além de seu (do indivíduo) campo de visão não poderão ser transformadas em terreno para sua coerção.

Essa é, sem dúvida, uma interpretação clássica da efetividade da lei. Também se pode acrescentar que é, provavelmente, a mais famosa, pois tem recebido muitas formulações célebres desde os tempos da antiga civilização grega, como facilmente o poderiam provar algumas citações de *A política* e de *A retórica*, de Aristóteles. Quando este filósofo elogiava o governo das leis, muito provavelmente tinha em mente aquelas regras gerais conhecidas antecipadamente por todos os cidadãos e que em sua época eram escritas nas paredes dos edifícios públicos ou em pedaços especiais de madeira ou pedra, como os *kurbeis* que os atenienses usavam para esse fim. O ideal de uma lei escrita, geralmente concebida e cognoscível por todos os cidadãos das pequenas e das gloriosas cidades espalhadas ao longo da costa do Mar Mediterrâneo e habitadas por descendentes gregos, é uma das dádivas mais preciosas que os pais da civilização ocidental legaram a sua posteridade. Aristóteles sabia bem o mal que uma regra arbitrária, contingente e imprevisível — fosse um decreto aprovado pela plebe na *agora* ateniense ou a ordem caprichosa de um tirano na Sicília — poderia causar às pessoas comuns, em sua época. Assim, considerava as leis, ou seja, as regras gerais formuladas em termos precisos e cognoscíveis para todos, como uma instituição indispensável para cidadãos tidos como “livres”, e Cícero ecoou essa concepção aristotélica em seu famoso *dictum* no *oratio pro Cluentio*: “*Omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*” — Devemos todos obedecer à lei, se queremos permanecer livres.

Esse ideal de efetividade foi implantado e reafirmado, no Continente Europeu, através de uma longa série de eventos. O *Corpus Juris Civilis* de Justiniano foi, durante vários séculos, o livro no qual o ideal da efetividade da lei, entendido como a certeza de uma lei escrita, parecia estar incorporado, nos países latinos e germânicos. Esse ideal não foi repudiado, mas enfatizado, nos séculos dezessete e dezoito, na Europa Continental, quando os governos absolutistas, como salientou o professor Ehrlich, em seu brilhante ensaio sobre lógica jurídica — *Juristische logik* —, queriam se assegurar de que seus juízes não alterariam o significado de suas regras. Todo mundo sabe o que aconteceu no século dezenove, na Europa Continental. Todos os países europeus adotaram códigos e constituições escritas, aceitando a ideia de que fórmulas enunciadas com precisão poderiam proteger as pessoas da usurpação de todos os tipos possíveis de tiranos. Os governos, bem como os tribunais, aceitaram essa interpretação da ideia de efetividade da lei como a precisão de uma fórmula escrita estabelecida pelas legislaturas. Essa

não foi a única razão pela qual a Europa Continental adotou códigos e constituições, mas foi, pelo menos, uma das principais. Em suma, a ideia continental de efetividade da lei era equivalente à ideia de uma fórmula escrita precisamente enunciada. Essa ideia de efetividade era em grande parte concebida como precisão.

Se essa é realmente a noção que os ingleses tinham da efetividade da lei, e se essa ideia estava realmente implícita em seu ideal de «estado de direito», não está claro, à primeira vista. Voltaremos a essa questão mais adiante.

A noção grega ou continental da efetividade da lei corresponde, na realidade, ao ideal de liberdade individual formulado pelos autores gregos que falam em governo através de leis. Não há dúvida de que o governo através de leis é preferível ao governo por decretos de tiranos ou da plebe. Leis gerais são sempre mais previsíveis do que ordens especiais e repentinas, e se a previsibilidade das consequências é uma das premissas inevitáveis das decisões humanas, é necessário se concluir que, quanto mais previsíveis as regras gerais tornam — pelo menos no plano legal — as consequências das ações individuais, mais estas ações podem ser chamadas de «livres» de interferência de outras pessoas, inclusive autoridades.

Desse ponto de vista, não podemos deixar de admitir que as regras gerais precisamente enunciadas — como o podem ser, quando leis escritas são adotadas — são um aperfeiçoamento de ordens repentinas e de decretos imprevisíveis dos tiranos. Mas, infelizmente, tudo isso não oferece segurança alguma de estarmos realmente «livres» da interferência das autoridades. Podemos deixar de lado, agora, as questões que surgem do fato de que as regras podem ser perfeitamente «efetivas», no sentido que descrevemos, ou seja, precisamente formuladas, e serem ao mesmo tempo tão tirânicas, que ninguém possa se dizer «livre», ao se comportar de acordo com elas. Há, porém, outro inconveniente que também resulta da adoção dessas leis gerais escritas, mesmo quando nos possibilita uma «liberdade» considerável em nosso comportamento individual. O processo normal de elaboração de leis, nesses casos, é através da legislação. Mas o processo legislativo não é algo que acontece de uma vez por todas. Ele acontece a cada dia e está continuamente em andamento.

Isso é particularmente verdade hoje em dia. Em meu país, o processo legislativo significa, agora, cerca de duas mil leis e decretos por ano, e cada um deles pode consistir de vários artigos. Às vezes encontramos dúzias ou mesmo centenas de artigos, em uma mesma lei ou decreto. Com bastante frequência, uma lei ou decreto conflita

com outro. Temos uma regra geral, em meu país, de que, quando duas regras em particular são mutuamente incompatíveis, por causa de seus conteúdos contraditórios, a regra mais recente anula a anterior. Mas, de acordo com nosso sistema, ninguém pode dizer se uma regra tem apenas um ano, um mês ou um dia, quando é anulada por uma nova regra. Todas essas regras são precisamente enunciadas em fórmulas escritas as quais os leitores ou intérpretes não podem modificar a sua vontade. Não obstante, todos eles podem desaparecer tão de repente quanto surgiram. O resultado é que, se deixamos de lado as ambiguidades do texto, estamos sempre certos, no que concerne ao conteúdo literal de cada regra, em um dado momento, mas **jamais estamos certos** de que amanhã ainda teremos as regras que temos hoje.

Essa é a “efetividade da lei”, no sentido grego ou continental. Mas não vou chegar ao ponto de dizer que isso é “efetividade”, no sentido que se requer para que se possa prever que o resultado das ações legais tomadas hoje esteja livre de interferência legal amanhã. Esse tipo de “efetividade”, tão louvada por Aristóteles e por Cícero, não tem, em última análise, nada a ver com a certeza da qual precisaríamos para sermos verdadeiramente “livres”, no sentido concebido por esses velhos e gloriosos representantes da civilização ocidental.

Entretanto, esse não é o único significado da expressão “a efetividade da lei” utilizado e entendido no Ocidente. Existe um outro sentido muito mais de acordo com o ideal de “estado de direito”, como este é concebido pelos Ingleses e americanos ou pelo menos o era, na época em que o “estado de direito” era um ideal indubitavelmente vinculado à liberdade individual, esta entendida como liberdade contra a interferência por parte de todos, inclusive das autoridades.

LIBERDADE E A EFETIVIDADE DA LEI

A concepção grega da efetividade da lei era a de uma lei escrita. Apesar de não estarmos diretamente preocupados, aqui, com problemas de pesquisa histórica, pode ser interessante lembrar que os gregos, especialmente nos primórdios, também tinham uma concepção de direito consuetudinário e, geralmente, de lei não escrita. O próprio Aristóteles a menciona. Esses conceitos não devem ser confundidos com os mais recentes de lei como um complexo de fórmulas escritas, no sentido técnico que a palavra *nomos* assume, nos séculos V e IV A.C. Mas os gregos antigos, em um período mais maduro de sua história, também tiveram oportunidade de se cansarem de sua ideia usual de lei como algo escrito e promulgado por corpos legislativos, como a assembleia popular ateniense.

O exemplo dos gregos antigos é particularmente pertinente a esse respeito, não só porque foram eles os originadores dos sistemas políticos mais tarde adotados pelos países do Ocidente, mas também porque a maior parte dos gregos, em especial os atenienses, era sinceramente partidária da liberdade política em um sentido perfeitamente compreensível para nós e comparável a nosso próprio sentido. O que, por exemplo, Tucídides disse que Péricles fala, em seu famoso Discurso Fúnebre pelos soldados e marinheiros atenienses, que foram os primeiros a cair na Guerra do Peloponeso, poderia ser repetido literalmente por representantes modernos do ideal político da liberdade como Jefferson, Tocqueville, John Stuart Mill, lorde Acton ou Spencer. A autenticidade dos registros que Tucídides utilizou para reconstruir o discurso de Péricles é ainda uma questão em aberto. Mas, mesmo se imaginamos que, em vez de Péricles, o próprio Tucídides escreveu esse discurso, a autoridade deste, no que toca aos sentimentos dos atenienses e às condições de sua época, não seria inferior à de Péricles. Assim, na tradução inglesa de Crawley, Péricles, conforme citado por Tucídides, utiliza essas palavras para descrever o sistema político e civil ateniense, na metade do século V A.C.:

Nossa constituição não copia as leis de estados vizinhos. Somos, antes, um modelo para os outros, e não imitadores. Sua aplicação favorece a maioria, em vez da minoria; por isso é chamada de democracia. Se olharmos para as leis, elas propiciam igual justiça a todos, em suas diferenças individuais; quanto à condição social, o progresso, na vida pública, é devido a uma reputação de capacidade,

sendo que considerações de classe não podem interferir no mérito. E nem a pobreza barra o caminho. Se um homem tem capacidade para servir ao estado, não é impedido pela obscuridade de sua condição. A liberdade da qual desfrutamos em nosso governo se estende a nossa vida comum. Ah, longe de exercermos uma ciosa vigilância uns sobre os outros, não sentimos que devemos ter raiva de nosso vizinho por ele fazer aquilo de que gosta, ou mesmo indultá-lo com olhares de injúria que não podem deixar de ser ofensivos, apesar de não infligirem qualquer penalidade concreta. Mas toda essa leveza em nossas relações privadas não nos toma alheios à lei enquanto cidadãos. Contra isso, o medo é nossa principal defesa, ensinando-nos a obedecer aos magistrados e às leis, particularmente as que dizem respeito à proteção dos injuriados, quer as que estão nos estatutos ou as que pertencem àquele código que, apesar de não escrito, não pode ser violado sem reconhecida desgraça.³⁵

Essa ideia grega de liberdade, como está refletida no discurso de Péricles, é muito semelhante a nossa ideia contemporânea de liberdade, como independência máxima das coerções exercidas pelos outros, inclusive autoridades, sobre nosso comportamento individual. A antiga noção sustentada por alguns acadêmicos, como Fustel de Coulanges, de que os gregos antigos não teriam dado à palavra “liberdade” um sentido semelhante ao que hoje lhe damos na maioria das situações, foi revisada com sucesso, recentemente. Existe, por exemplo, um livro intitulado *The liberal temper in Greek politics* (1957), escrito por um acadêmico canadense, o professor Eric A. Havelock, com o propósito de evidenciar a esplêndida contribuição que muitos pensadores gregos menos famosos do que Platão e Aristóteles deram ao ideal de liberdade política, em oposição à submissão, em todos os sentidos da palavra. Uma das conclusões que emergiram desse livro, é a de que a liberdade grega não era uma «liberdade de vontade», mas liberdade **contra os homens**. Como destacou Demócrito, em um fragmento que foi preservado até os dias de hoje, “a pobreza, em uma democracia, é tão preferível àquilo que uma oligarquia chama de prosperidade, quanto a liberdade, ao cativo”. Liberdade e democracia vinham em primeiro lugar nessa escala de valores; a prosperidade, depois. Restam poucas dúvidas de que esta era também a escala de valores dos atenienses. Certamente era a de Péricles e Tucídides.

³⁵ Tucídides, *The history of the Peloponnesian War*, II, 37-39, tr. de R. Crawley (Londres: J. M. Dent & Sons, 1957, p.93).

Lemos, também no Discurso Fúnebre, que os atenienses que haviam morrido na guerra, tinham de ser tomados como modelo por seus concidadãos, que, “julgando a felicidade como fruto da liberdade, e a liberdade, um valor, nunca declinariam os perigos da guerra”.³⁶

A formulação das leis era atribuição das assembleias legislativas populares, e as regras gerais estabelecidas por escrito, por essas assembleias, contrastavam com as ordens arbitrárias de tiranos. Mas os gregos e em especial os atenienses compreenderam plenamente, na segunda metade do século IV e durante o século V A.C., os sérios inconvenientes de um processo de formulação de leis pelo qual todas as leis eram **efetivas** — ou seja, enunciadas com precisão em uma fórmula escrita —, mas **ninguém tinha a certeza de que qualquer lei válida hoje poderia durar até amanhã**, sem ser anulada ou modificada por uma lei subsequente. A reforma da constituição ateniense por Tisâmenes, no fim do século quinto, dá-nos o exemplo de uma solução, para esse inconveniente, que poderia ser ponderada de forma útil por cientistas políticos e políticos contemporâneos. Um procedimento rígido e complexo foi introduzido, então, em Atenas, para disciplinar as inovações legislativas. Todo projeto de lei proposto por um cidadão — na democracia direta ateniense, todo homem pertencente a uma assembleia legislativa geral tinha o direito de apresentar um projeto de lei, ao passo que, em Roma, apenas os magistrados eleitos podiam fazê-lo — era inteiramente estudado por um comitê especial de magistrados — *nomotetai* — cuja tarefa era precisamente a de defender a legislação prévia contra a nova proposição. Naturalmente, os proponentes podiam argumentar livremente, ante a assembleia legislativa geral, contra os *nomotetai*, em apoio a seus próprios projetos de lei, de forma que a discussão toda tinha de se basear mais em uma comparação entre a velha e a nova lei do que em um simples discurso em favor desta última.

Mas a história não terminava aí. Mesmo quando o projeto de lei era finalmente aprovado pela assembleia, o proponente continuava responsável por sua proposta, se um outro cidadão, agindo como querelante contra o próprio proponente, conseguia provar, depois de a lei ter sido aprovada pela assembleia, que a nova legislação tinha alguns defeitos graves ou que estava em irremediável contradição com leis mais antigas, ainda em vigor em Atenas. Nesse caso, o proponente da lei podia ser legitimamente julgado, e as penalidades podiam ser muito sérias, incluindo a sentença de morte, apesar de que, em geral, os proponentes sem sucesso sofriam apenas multas. Isso não é len-

³⁶ *Loc. cit.*

da. Sabemos de tudo isso pelas acusações de Demóstenes contra um desses proponentes infelizes, chamado Timócrates. Esse sistema de multar os proponentes de legislações inadequadas não se opunha à democracia, se entendida esta como um regime no qual o povo é soberano, e se admitimos que essa soberania significa também irresponsabilidade, como significa em muitas de suas interpretações históricas.

Devemos inferir que a democracia ateniense, no final do século V e durante o século IV A.C, obviamente não estava satisfeita com a noção de que a efetividade da lei poderia equivaler simplesmente a uma fórmula precisamente enunciada em um texto escrito.

Através da reforma de Tisâmenes, os atenienses descobriram, finalmente, que não poderiam se livrar da interferência do poder político apenas obedecendo às leis de então; precisavam, igualmente, ser capazes de prever as consequências de suas ações, de acordo com as leis futuras.

Esta, de fato, é a principal limitação da ideia de que a efetividade da lei pode ser simplesmente identificada com a enunciação precisa da lei escrita, seja geral ou não.

Mas a ideia da efetividade da lei não tem apenas esse sentido já mencionado, na história dos sistemas jurídicos e políticos do Ocidente. Ela também tem sido compreendida em um sentido completamente diferente.

A efetividade da lei, no sentido de uma fórmula escrita, refere-se a um estado das coisas inevitavelmente condicionado pela possibilidade da lei presente ser substituída, a qualquer momento, por uma lei subsequente. Quanto mais intenso e acelerado é o processo de formulação das leis, mais incerto é que a presente legislação vá durar por qualquer extensão de tempo. Mais do que isso, não há nada que evite que uma lei “efetiva”, no sentido antes mencionado, seja imprevisivelmente trocada por uma outra lei não menos “efetiva” do que a anterior.

Desse modo, a efetividade da lei, nesse sentido, poderia ser chamada de **breve** efetividade da lei. Na realidade, parece haver um paralelo impressionante, hoje em dia, entre tipos de dispositivos de curta vigência em questões de política econômica e a breve efetividade das leis que são criadas para assegurar esses dispositivos. De forma mais geral, os sistemas legais e políticos de quase todos os países poderiam ser definidos, hoje, a esse respeito, como sistemas a curto prazo, em contraste com alguns dos sistemas clássicos de longo prazo do passado. A famosa frase de lordes Keynes, “a longo prazo, estaremos todos mortos”, pode-

ria ser adotada como o lema da era atual, pelos futuros historiadores. Talvez estejamos nos acostumando cada vez mais a esperar resultados imediatos do progresso enorme e sem precedentes dos meios técnicos e dos aparelhos científicos desenvolvidos para cumprirem vários tipos de tarefas e atingirem vários resultados em campos importantes. Sem dúvida, esse fato criou, para muitas pessoas que ignoram ou tentam ignorar as diferenças, a expectativa de resultados imediatos também em outros campos e em relação a outras questões que em nada dependem do progresso científico e tecnológico.

Lembro-me de uma conversa que tive com um velho senhor que cultivava plantas em meu país. Pedi a ele que me vendesse uma árvore grande para meu jardim. Ele respondeu: “Todo mundo, agora, quer árvores grandes. As pessoas as querem imediatamente; não dão a mínima ao fato de que árvores crescem devagar e de que custa muito tempo e paciência para cultivá-las. Todo mundo hoje tem pressa”, e concluiu, com tristeza: “E eu não sei por quê.”

Lorde Keynes poderia ter-lhe dito a razão: as pessoas acham que, a longo prazo, estarão todas mortas. Essa mesma atitude também pode ser observada em relação ao declínio geral, na crença religiosa, do qual tantos padres e pastores se lamentam hoje em dia. As crenças religiosas cristãs costumavam enfatizar, não a vida presente do homem, mas uma vida futura. Quanto menos os homens acreditam, hoje, nessa vida futura, mais se agarram à vida presente e, acreditando que a vida do indivíduo é curta, têm pressa. Isso causou uma grande secularização das crenças religiosas no presente, em países tanto do Ocidente quanto do Oriente, de forma que mesmo uma religião tão indiferente para com o mundo presente como o Budismo tem recebido, de alguns de seus defensores, um sentido “social” mundano, se não, de fato, “socialista”. Um escritor americano contemporâneo, Dagobert Runes, diz, em seu livro sobre contemplação, que “as igrejas perderam o toque do Divino e voltaram-se para os livros e a política”³⁷.

Isso pode ajudar a explicar a razão pela qual se dá, agora, tão pouca atenção a uma concepção de longo prazo da efetividade da lei, ou até mesmo a qualquer outra concepção de longo prazo relacionada ao comportamento humano. É claro que isso não significa que sistemas de curto prazo seriam, de fato, mais eficientes do que os de longo prazo, na conquista dos muitos fins que as pessoas se esforçam por atingir, através da invenção, digamos, de uma nova política milagrosa de emprego para todos ou algum dispositivo legal sem precedente, ou simplesmente querendo que os jardineiros consigam árvores grandes para seus jardins.

³⁷ Dagobert D. Runes, *A book of contemplation* (Nova Iorque: Philosophical Library, 1957), p.20.

O conceito de curto prazo não é a única noção de efetividade da lei que a história dos sistemas legais e políticos, nos países ocidentais, apresenta àqueles estudantes pacientes o suficiente para reconhecerem os princípios subjacentes às instituições.

Não era assim na antiguidade. Embora a Grécia possa ser descrita até certo ponto por historiadores como um país com uma lei escrita, resta dúvida se isso era verdade na Roma antiga. Estamos, provavelmente, tão habituados a pensar no sistema legal romano em termos do *Corpus Juris* Justiniano, ou seja, em termos de um livro de leis, que não conseguimos imaginar como a lei romana realmente funcionava. Grande parte do estado de direito romano não era devida a qualquer processo legislativo. A lei romana privada, que os romanos chamavam de *Jus civile*, foi mantida praticamente além do alcance dos legisladores, durante a maior parte da longa história da República e do Império Romano. Eminentemente acadêmicos, como os recentes professores italianos Rotondi e Vincenzo Arangio Ruiz, e o jurista inglês W. W. Buckland, repetidamente salientaram que “as noções fundamentais, o esquema geral do direito romano, devem ser procurados na lei civil, um conjunto de princípios gradualmente desenvolvido e aperfeiçoado por uma jurisprudência que se estendeu por muitos séculos, com pouca interferência do corpo legislativo”.³⁸ Buckland também observa, provavelmente com base nos estudos de Rotondi, que “das muitas centenas de *leges* — leis — registradas, não mais do que quarenta tiveram importância, no direito privado”, de forma que, pelo menos na época clássica do direito romano, “o estatuto, no que concerne ao direito privado, ocupa apenas uma posição muito subordinada”.³⁹

E óbvio que isso não foi resultado de falta de capacidade, dos romanos, de elaborarem leis. Eles dispunham de muitos tipos de instrumentos legais: as *leges*, as *plebiscita* e as *Senatus Consulta*, aprovadas respectivamente pelo povo ou pelo Senado, e tinham ainda, a sua disposição, vários tipos de *leges*, como as *leges imperfectae*, as *minusquamperfectae* e as *plusquamperfectae*. Mas, normalmente, reservavam a lei estatutária a um campo no qual os corpos legislativos eram diretamente qualificados para intervir, a saber, o direito público, *quod ad rem Romanam spectat*, relativo ao funcionamento das assembleias políticas, do Senado, dos magistrados, ou seja, de seus funcionários de governo. O direito estatutário para os romanos era, principalmente, o direito constitucional ou o direito administrativo — e também o

³⁸ W. W. Buckland, *Roman law and common law* (2ª edição revisada por F. H. Lawson; Cambridge University Press, 1952), p.4. Esse livro oferece uma comparação fascinante dos dois sistemas.

³⁹ *Ibid.*, p. 18.

direito criminal — relacionado apenas indiretamente à vida privada e aos negócios privados dos cidadãos.

Isso significava que, sempre que surgia uma divergência entre cidadãos romanos, sobre, por exemplo, seus direitos ou obrigações de acordo com um contrato, raramente podiam basear suas reivindicações em um estatuto, em uma regra escrita precisamente enunciada e, portanto, **efetiva**, no sentido grego ou de curto prazo da palavra. Assim, um dos mais eminentes entre os historiadores das ciências jurídicas e do direito romano, o professor Fritz Schulz, chamou a atenção para o fato de que a **efetividade** — no sentido do curto prazo — era estranha ao direito civil romano. Isso não significa, absolutamente, que os romanos não estivessem em posição de fazer planos sobre as futuras consequências legais de seus atos. Todo mundo sabe do enorme desenvolvimento da economia romana, e é quase desnecessário fazer referência, aqui, à obra fundamental de Rostovtzeff sobre o assunto.

Por outro lado, todos os estudiosos do direito romano privado sabem muito bem que, como diz o professor Schulz, “o individualismo do liberalismo helênico fez com que o direito privado se desenvolvesse baseado na liberdade e no individualismo”.⁴⁰ Na verdade, a maioria de nossos códigos continentais contemporâneos, como o francês, o alemão e o italiano, foi escrita de acordo com as leis do direito romano registradas no *Corpus Juris* Justiniano. Eles foram rotulados como “burgueses” por alguns reformistas socialistas. As chamadas “reformas” sociais, nos países europeus hoje podem ser efetuadas, se é que o podem apenas com a modificação ou cancelamento de leis que amiúde se reportam às do antigo direito privado romano.

Assim, os romanos tinham uma lei efetiva o suficiente para permitir que os cidadãos fizessem livremente planos para o futuro, e isso sem ser de todo uma lei escrita, ou seja, sem ser uma série de regras precisamente enunciadas, comparáveis às de um estatuto por escrito. O jurista romano era uma espécie de cientista: os objetos de sua pesquisa eram as soluções para casos que os cidadãos submetiam a ele para estudo, da mesma forma como os industriais, hoje, submetem a um físico ou a um engenheiro um problema técnico relativo a suas fábricas ou a sua produção. Consequentemente, o direito privado romano era algo a ser descrito ou descoberto, não algo a ser promulgado — um mundo de coisas que estava ali, como parte da herança comum a todos os cidadãos romanos. Ninguém promulgara aquela lei; ninguém podia mudá-la por um exercício qualquer de sua vontade pessoal. Isso não significava ausência de mudança, mas, certamente,

⁴⁰ Fritz Schulz, *History of Roman legal science* (Oxford: Clarendon Press, 1946), p.84.

que ninguém ia dormir com planos baseados em uma regra presente só para acordar, na manhã seguinte, e descobrir que a regra havia sido superada por uma inovação legislativa.

Os romanos aceitavam e aplicavam um conceito de efetividade da lei que se poderia descrever como significando que a lei jamais era submetida a mudanças repentinas e imprevisíveis.

Além disso, a lei jamais tinha de ser submetida à vontade arbitrária ou ao poder arbitrário de qualquer assembleia legislativa ou qualquer pessoa, inclusive senadores ou outros magistrados proeminentes do estado. Esse é o conceito de longo prazo ou, se preferirmos, o conceito romano da efetividade da lei.

Esse conceito era certamente essencial para a liberdade que os cidadãos romanos em geral tinham nos negócios e em toda a vida privada. Até certo ponto, ele colocava as relações jurídicas entre os cidadãos em um plano muito semelhante àquele em que o livre mercado coloca as relações econômicas. O direito, como um todo, não estava menos livre de coerção do que o próprio mercado. Não posso, de fato, conceber um mercado realmente livre que não esteja enraizado em um sistema legal livre da interferência arbitrária — isto é, repentina e imprevisível — das autoridades ou de qualquer outra pessoa no mundo.

Algumas pessoas podem objetar que o sistema legal romano tinha de estar baseado no sistema constitucional romano, e que, portanto, indireta, senão diretamente, a liberdade romana nos negócios e na vida privada era em verdade baseada no direito estatutário. Este, pode-se argumentar, era submetido em última análise à vontade arbitrária dos senadores ou das assembleias legislativas, como as *comitia* ou as *conclia plebis*, para não mencionar cidadãos proeminentes que, como Sulla, Marius ou César, de tempos em tempos tomavam o controle de tudo e, por isso, tinham o verdadeiro poder de derrubar a constituição.

Os estadistas e os políticos romanos, entretanto, eram sempre muito cautelosos no uso de seu poder legislativo de interferir na vida privada dos cidadãos. Mesmo os ditadores como Sulla se comportavam com certa prudência a esse respeito e provavelmente teriam considerado a ideia de derrubar o *jus civile* quase tão estranha quanto os ditadores modernos considerariam a ideia de subverter as leis da física.

É verdade que homens como Sulla fizeram um grande esforço para mudar a constituição romana em vários aspectos. O próprio Sulla tentou se vingar de povos italianos e sobre cidades como Arretium ou Volaterrae, antes úteis a seu principal inimigo, Marius, fazendo com que as assembleias legislativas aprovassem leis que privavam, repenti-

namente, os habitantes dessas cidades, do *jus civitatis* romano, ou seja, da cidadania romana e de todos os privilégios que esta envolvia. Sabemos de tudo isso através de um dos discursos de Cícero em defesa de Cecina, pronunciado pelo próprio Cícero diante de uma corte romana. Mas sabemos, também, que este ganhou o caso argumentando que a lei promulgada por Sulla não era legítima, uma vez que nenhuma assembleia legislativa podia, através de estatuto, destituir um cidadão romano de sua cidadania, não mais do que podia, com um estatuto, privar um cidadão romano de sua liberdade. A lei promulgada por Sulla era um estatuto formalmente aprovado pelo povo, do tipo que os romanos costumavam chamar de *lex rogata*, isto é, um estatuto cuja aprovação era encomendada e obtida de uma assembleia popular por um magistrado eleito pelo processo de lei adequado. Cícero nos diz, em relação a isso, que todos os projetos de lei a serem transformados em estatuto costumavam conter, há muito tempo, uma cláusula cujo significado, apesar de não completamente compreensível mais tarde, era obviamente ligado à possibilidade de que o conteúdo do projeto, ainda que se tornasse um estatuto, pudesse não ser legal: “*Si quid jus non esset rogari, eius ea lege nihilum rogatum*” — “Se há, nessa lei para a qual estou pedindo aprovação”, disse o magistrado à assembleia legislativa do povo romano, “algo que não seja legal, devem considerar que não lhes foi pedida aprovação”.

Isso parece provar que havia estatutos possivelmente contrários à lei, e que estatutos como os que privavam os cidadãos de sua liberdade ou de sua cidadania não eram considerados legais, pelas cortes romanas.

Se Cícero estava certo, podemos concluir que o direito romano era limitado por um conceito de legitimidade surpreendentemente semelhante ao demonstrado por Dicey com relação ao “estado de direito inglês”.⁴¹

De acordo com o princípio inglês do estado de direito, que está intimamente ligado à história toda do estado de direito, as regras não eram propriamente resultado do exercício da vontade arbitrária de um homem em particular. Eram objeto de uma investigação imparcial por parte de tribunais judiciais, da mesma forma como as regras romanas eram objeto de uma investigação imparcial por parte dos juristas romanos a quem os litigantes submetiam seus casos. Hoje, é considerado fora de moda sustentar que os tribunais de justiça **descrevem** ou **descobrem** a solução correta para um caso da forma que

⁴¹ Devo esta e outras interessantes observações sobre o sistema legal romano ao professor V. Arangio Ruiz, cujo ensaio “La règle de droit dans l’antiquité classique”, reeditado pelo autor em *Rariora* (Roma: Ed. di storia e letteratura, 1946, p.233), é muito informativo e estimulante.

sir Carleton Kemp Allen salientou, em seu livro merecidamente famoso e estimulante intitulado *Law in the making*. A chamada escola realista contemporânea, ao supor revelar todos os tipos de deficiência nesse processo de descoberta, teve apenas o grande prazer de concluir que o trabalho dos juizes do direito consuetudinário não era e ainda não é mais objetivo mas apenas menos manifesto do que o dos legisladores. Na verdade, muito mais precisa ser dito sobre esse tópico do que é possível aqui. Mas não se pode negar que a atitude dos juizes do direito consuetudinário em relação às *rationes decidendi* de seus casos — isto é, as razões de suas decisões — foi sempre muito menos a de um legislador do que a de um acadêmico que tenta averiguar as coisas, em vez de mudá-las. Não nego que os juizes do direito consuetudinário não tivessem, algumas vezes, deliberadamente dissimulado seu desejo de ter algo ajustado de certa maneira sob a máscara de uma pretensa afirmação sobre uma regra já existente na lei da terra. O mais famoso desses juizes na Inglaterra, sir Edward Coke, não está isento dessa suspeita, e ousou dizer que o mais famoso dos juizes americanos, o magistrado Marshall, também pode ser comparado a seu célebre predecessor do século dezessete na Inglaterra.

O que quero dizer é, somente, que os tribunais judiciais não podiam aprovar facilmente regras arbitrárias na Inglaterra, pois jamais estavam em posição de fazê-lo diretamente, isto é, à maneira usual, repentina, ampla e imperiosa dos legisladores. Além do mais, havia tantos tribunais de justiça na Inglaterra, e tinham tanta inveja um do outro, que mesmo o princípio famoso do precedente de compromisso não era abertamente reconhecido por eles, até relativamente pouco tempo. Além disso, jamais podiam decidir algo que não tivesse sido previamente trazido a eles por pessoas privadas. Finalmente, poucas pessoas costumavam ir aos tribunais para lhes pedir regras que decidissem seus casos. Consequentemente, os juizes estavam mais em posição de espectadores do que de atores, no processo de formulação de leis, e, ainda mais, de espectadores sem permissão para ver tudo o que acontece no palco. As pessoas comuns estavam nos palcos; o direito consuetudinário era, sobretudo, exatamente o que eles em geral concebiam como lei. Os cidadãos comuns eram os verdadeiros atores, nesse caso, como ainda o são na formação da linguagem e, pelo menos parcialmente, nas transações econômicas nos países ocidentais. Os gramáticos que compendiam as regras de uma linguagem ou os estatísticos que fazem registros dos preços ou das quantidades de bens trocados, no mercado de um país, poderiam ser descritos mais corretamente como simples espectadores do que acontece a sua volta do que como governantes de seus concidadãos, no tocante à linguagem ou à economia.

A crescente importância do processo legislativo na era atual, obscureceu de forma inevitável, tanto nos países europeus continentais quanto nos de língua inglesa, o fato de que a lei é simplesmente um complexo de normas relacionadas ao comportamento de pessoas comuns. Não há qualquer razão para se considerar essas regras de comportamento muito diferentes de outras regras de comportamento nas quais a interferência do poder político foi exercida apenas excepcionalmente, se não nunca. É verdade que, no presente, a linguagem parece ser a única coisa que as pessoas comuns foram capazes de manter para si próprias e proteger da interferência política, pelo menos no mundo ocidental. Na China Vermelha, hoje, por exemplo, o governo está fazendo um esforço violento para mudar a escrita tradicional, e interferência semelhante já teve sucesso em certos países do Leste, como a Turquia. Assim, em muitos lugares as pessoas esqueceram quase completamente os tempos em que as cédulas de dinheiro, por exemplo, eram emitidas não só por um banco oficial, mas também por bancos privados. Mais do que isso, muito poucas pessoas sabem, agora, que em outras épocas a produção de moedas era uma atividade privada, e que os governos se limitavam a proteger os cidadãos dos falsificadores simplesmente certificando a autenticidade e os pesos dos metais empregados. Uma tendência semelhante, na opinião pública, é observável em relação a empresas controladas pelo governo. Na Europa Continental, onde por longo tempo as estradas de ferro e os telégrafos foram monopolizados pelos governos, muito poucas pessoas, mesmo entre aquelas instruídas, imaginam que as estradas de ferro e a comunicação telegráfica sejam negócios privados, da mesma maneira que cinemas, hotéis ou restaurantes. Acostumamo-nos, cada vez mais, a considerar a formulação de leis como um assunto que concerne às assembleias legislativas e não ao homem comum e, além disso, como algo que pode ser feito de acordo com as ideias pessoais de certos indivíduos, contanto que estejam em posição oficial para fazê-lo. O fato de que o processo de formulação de leis é ou era essencialmente um assunto privado relativo a milhões de pessoas, ao longo de dúzias de gerações espalhadas por vários países, passa quase despercebidamente, hoje, mesmo entre a elite instruída.

Dizem que os romanos tinham pouco gosto por considerações históricas e sociológicas. Mas eles tinham, sim, uma visão perfeitamente clara do fato que acabei de mencionar. Por exemplo, de acordo com Cícero, Catão, o Censor, o campeão do tradicional estilo de vida romano contra a importação estrangeira — ou seja, grega —, costumava dizer que:

a razão pela qual nosso sistema político é superior aos dos outros países é esta: o sistema político dos outros países foi criado através da introdução de leis e instituições, de acordo com as recomendações pessoais de indivíduos

isolados como Minos, em Creta, e Licurgo, em Esparta, enquanto que em Atenas, onde o sistema político foi várias vezes alterado, havia muitas dessas pessoas, como Teceu, Draco, Solon, Cleistenes e vários outros. (...) Nosso estado, pelo contrário, não se deve à criação pessoal de um homem, mas de muitos; não foi fundado durante a vida de nenhum indivíduo em particular, e sim através de vários séculos e gerações. Pois jamais houve, no mundo, um homem tão inteligente capaz de prever tudo, e, mesmo que pudéssemos concentrar todos os cérebros na cabeça de um só homem, seria impossível para ele cuidar de tudo ao mesmo tempo, sem ter a experiência que vem da prática através de um longo período de história.⁴²

Incidentalmente essas palavras nos fazem lembrar daquelas muito mais famosas — porém não mais impressionantes — empregadas por Burke para justificar sua visão conservadora do estado. Mas as palavras de Burke tinham um tom levemente místico que não encontramos nas considerações imparciais do velho estadista romano. Catão está apenas apontando os fatos e não persuadindo as pessoas, e os fatos que menciona devem indubitavelmente ser de grande peso para qualquer um que conheça um pouco de História.

O processo de formulação de leis, como diz Catão, não pertence, na verdade, a qualquer indivíduo, cérebro, momento ou geração em particular. Se você acha que sim, terá resultados piores do que se tivesse em mente o que acabei de dizer. Olhe para a sorte das cidades gregas e compare-as com as nossas. Ficarão convencido. Essa é a lição — ou melhor, a mensagem — de um estadista sobre o qual, em geral, sabemos apenas o que aprendemos na escola, que era um chato, rabugento, sempre insistindo em que os cartagineses tinham de ser mortos, e suas cidades, arrasadas.

É interessante observar que, quando economistas contemporâneos como Ludwig von Mises criticam o planejamento centralizado da economia, por ser impossível, para as autoridades, fazerem qualquer cálculo relativo às reais necessidades e às reais potencialidades dos cidadãos, sua posição nos faz lembrar a do antigo estadista romano. O fato de que falta às autoridades centrais, em uma economia totalitária, qualquer conhecimento dos preços de mercado na elaboração de seus planos econômicos é apenas um corolário do fato de que sempre falta, às autoridades centrais, o conhecimento suficiente do número infinito de elementos e fatores que contribuem para as relações dos

⁴² Cícero, *De republica* ii. 1,2.

indivíduos em qualquer momento e em qualquer nível. As autoridades nunca podem estar certas de que o que estão fazendo é realmente o que as pessoas gostariam que fizessem, assim como as pessoas nunca podem ter certeza de que o que querem fazer não terá interferência das autoridades, se cabe a estas dirigirem todo o processo de formulação de leis do país.

Mesmo aqueles economistas que têm defendido da forma mais brilhante o mercado livre contra a interferência das autoridades em geral, têm negligenciado a consideração paralela de que nenhum mercado livre é realmente compatível com um processo de formulação de leis centralizado pelas autoridades. Isso leva alguns desses economistas a aceitarem uma ideia de efetividade da lei, ou seja, a de regras precisamente enunciadas, como a da lei escrita, que não são compatíveis nem com as de um mercado livre nem, em última análise, com a de liberdade tida como ausência de coerção exercida por outras pessoas, incluindo as autoridades, sobre a vida privada e os negócios de cada indivíduo.

Pode parecer secundário, para alguns defensores do mercado livre, que as regras sejam estabelecidas por assembleias legislativas ou por juízes, e pode-se até mesmo defender o mercado livre e se sentir inclinado a pensar que as regras estipuladas pelos corpos legislativos são preferíveis às *rationes decidendi* imprecisamente elaboradas por uma longa série de juízes. Mas, no caso de se buscar confirmação histórica da estreita ligação entre o mercado livre e o livre processo de formulação de leis, é suficiente considerar que o mercado livre esteve em seu apogeu, nos países de língua inglesa, quando o direito consuetudinário era praticamente a única lei da terra relacionada com a vida privada e os negócios. Por outro lado, fenômenos como os atuais atos de interferência governamental no mercado estão sempre relacionados a um aumento de leis estatutárias e ao que tem sido chamado, na Inglaterra, de a “oficialização” dos poderes judiciários, como a história contemporânea prova acima de qualquer dúvida.

Se admitirmos que a liberdade individual nos negócios, ou seja, o livre mercado, é um dos aspectos essenciais da liberdade política concebida como a ausência de coerção exercida por outras pessoas, incluindo as autoridades, também devemos concluir que a legislação, em questões de direito privado, é fundamentalmente incompatível com a liberdade individual no sentido anteriormente mencionado.

A ideia da efetividade da lei não pode depender da ideia de legislação, se a “efetividade da lei” é compreendida como uma das características essenciais do estado de direito, no sentido clássico da expressão.

Desse modo, creio que Dicey foi perfeitamente coerente ao supor que o estado de direito implica o fato de que as decisões judiciais estão na base da constituição inglesa, e ao contrastar este fato com o processo oposto, no continente, onde as atividades legais e judiciárias parecem basear-se nos princípios abstratos de uma constituição legislada.

Certeza, no sentido da efetividade de longo prazo da lei, era exatamente o que Dicey tinha mais ou menos claro em mente, quando disse, por exemplo, que, enquanto qualquer das garantias que as constituições continentais proporcionavam para os cidadãos, em relação a seus direitos, poderiam ser suspensas ou anuladas por algum poder que estivesse acima da lei comum do país, na Inglaterra, “sendo a constituição baseada no estado de direito, a suspensão daquela, até aonde se pode conceber, significaria (...) nada menos do que uma revolução”.⁴³

O fato de que essa revolução está acontecendo agora não destrói e sim confirma a teoria de Dicey. Está ocorrendo uma revolução, na Inglaterra, em virtude da gradual anulação da lei da terra, por meio da lei estatutária e através da conversão do estado de direito em algo que cada vez mais está se parecendo com o *état de droit* continental, ou seja, uma série de regras que são **efetivas** apenas porque estão escritas, e **gerais**, não por uma crença comum por parte dos cidadãos a seu respeito, e sim por terem sido decretadas por um punhado de legisladores.

Em outras palavras, a lei impessoal do país está cada vez mais sob o comando do soberano, na Inglaterra, exatamente como Hobbes e depois Bentham e Austin advogaram, contra a opinião dos juristas de sua época.

Sir Matthew, um brilhante discípulo de sir Edward Coke e ele próprio um magistrado, depois de Coke, escreveu, ao final do século XVII, em defesa de seu mestre, contra a crítica que Hobbes elaborou em seu pouco conhecido *Dialogue on the common law*. Hobbes sustentara, a sua maneira tipicamente científica, que a lei não é produto, como dissera Coke, de forma singular, da “razão artificial”, e que todos podiam estabelecer estados de direito gerais com o simples uso da razão humana comum a todos os homens. “Ainda que seja verdade que ninguém nasce com o uso da razão, todo homem”, disse Hobbes, “pode desenvolvê-la tanto quanto os advogados; e, quando tiverem dedicado sua razão às leis (...) poderão ser tão adequados e capazes para a judicatura quanto o próprio sir Edward Coke”.⁴⁴ Surpreen-

⁴³ Dicey, *loc cit.*

⁴⁴ Thomas Hobbes, *Dialogue between a philosopher and a student of The common laws of England* (1681) em sir William Molesworth, ed., *The English works of Thomas Hobbes of Malinesbury* (Londres: John Bohn,

dentamente, Hobbes considerou esse argumento consistente com sua afirmação de que “ninguém, além daquele que detém o poder legislativo, pode formular uma lei”. A disputa entre Hobbes, por um lado, e Coke e Hale, por outro, torna-se ainda mais interessante em relação às relevantes questões metodológicas que surgem da comparação do trabalho dos juristas com o de outras pessoas, como físicos ou matemáticos. Discordando de Hobbes, sir Mathew Hale destacou que é inútil comparar a ciência da lei com outras ciências, como as “ciências matemáticas”, porque, para a “ordenação das sociedades civis e para a mensuração do certo e errado”, não é só necessário ter noções gerais corretas, mas também aplicá-las corretamente a casos específicos — que é, incidentalmente, exatamente o que os juízes tentam fazer. Hale argumentou que:

aqueles que se satisfazem com a persuasão de que podem, com bastante evidência e congruência, elaborar um sistema infalível de leis e políticas — ou seja, constituições e legislação escritas — igualmente aplicável a todas as situações — ou seja, condições —, como demonstrou Euclides em suas conclusões, estão se iludindo com noções que provam ser ineficazes quando aplicadas a casos específicos.⁴⁵

Uma das observações mais impressionantes feitas por Hale revela a consciência que ele, assim como Coke, tinham da necessidade de uma certeza como a efetividade de longo prazo da lei:

É tolo e “irracional alguém criticar uma instituição porque pensa que poderia fazer melhor, ou esperar que uma demonstração matemática evidencie a racionalidade de uma instituição ou os próprios defeitos da mesma. (...) Uma das coisas do momento mais importantes na profissão do direito consuetudinário é manter-se o mais próximo possível da **efetividade** da lei e a consonância desta consigo mesma, de forma que uma mesma era e um mesmo tribunal possam falar das mesmas coisas e obedecer à mesma tendência da lei dentro de uma regra o mais uniforme possível; pois, caso contrário, o que todas as épocas e lugares defenderam no direito, a saber, a **efetividade** (grifo meu) e a ausência de arbitrariedade e extravagância que sucederiam se as razões dos juízes e advogados

1829-1845), VI, 3-161.

⁴⁵ Matthew Hale, “Reflections by the Lord Chief Justice Hale on mister Hobbes, his dialogue of the law”, publicado pela primeira vez por Holdsworth, *History of English law* (Londres: Methuen & Co., 1924), vol.V, Apêndice, p.500.

não fossem mantidas dentro de seus traçados, em menos de meia era estaria perdido. E essa manutenção das leis dentro de seus limites jamais poderá acontecer, a menos que os homens estejam bem informados, através de estudos e leituras sobre os julgamentos, resoluções, decisões e interpretações de eras passadas.⁴⁶

Seria difícil relacionar de forma mais clara e mais decidida o conceito de efetividade ao da uniformidade das regras através dos tempos e da continuidade do trabalho modesto e limitado dos tribunais judiciais, em lugar daquele dos corpos legislativos.

Foi exatamente isso que quis dizer quando falei de efetividade de longo prazo da lei, e é incompatível, em última análise, com a **efetividade de curto prazo** implícita na identificação da lei com a legislação.

A primeira era também a concepção romana da efetividade da lei. Acadêmicos famosos observaram a falta de individualidade dos juristas romanos. Savigny os chamava de “personalidades fungíveis”. Essa falta de individualidade era uma contrapartida natural de sua visão individualista das leis privadas que estavam estudando. O direito privado era concebido, por eles, como herança comum de cada um e de todos os cidadãos romanos. Por isso, ninguém se sentia no direito de modificá-lo a sua própria vontade. Quando ocorriam mudanças, elas eram reconhecidas, pelos juristas, como algo que já havia acontecido no próprio meio e não como algo que estivesse sendo introduzido pelos próprios juristas. Pela mesma razão que seus sucessores modernos, os juízes ingleses, os juristas romanos nunca se importavam com princípios abstratos, mas sempre com “casos específicos”, para utilizar a expressão de sir Mathew Hale anteriormente mencionada. E mais, a falta de individualidade dos juristas romanos era da mesma natureza que a aceita por sir Mathew Hale quando afirma:

Prefiro uma lei com a qual um reino tenha sido afortunadamente governado durante quatrocentos ou quinhentos anos, do que arriscar a felicidade e a paz de um reino com alguma teoria da qual seja eu o autor.⁴⁷

Dentro do mesmo espírito, os juristas romanos detestavam teorias abstratas e toda a parafernália da filosofia do direito cultivada pelos pensadores gregos. Como um jurista romano — que era também um estadista —, Neratius, escreveu certa vez, no século II D.C: “*Rationes*

⁴⁶ *Ibid.*, p.505.

⁴⁷ *Ibid.*, p.504.

eorum quae constituntur inquiri non oportet, alioquin multa quae certa sunt subvertuntur — Devemos evitar inquirir sobre os fundamentos lógicos de nossas instituições, a fim de que sua efetividade não se perca, e elas não sejam derrubadas.⁴⁸

Em suma: muitos países ocidentais, antigamente assim como nos tempos modernos, consideravam o ideal de liberdade individual — a ausência de coerção exercida por outras pessoas, inclusive as autoridades — essencial para seus sistemas legais e políticos. Uma característica conspícua desse ideal foi sempre a efetividade da lei. Mas a efetividade da lei foi concebida de duas formas diferentes e, em última análise, incompatíveis, até: primeiro, como a precisão de um texto escrito emitido pelos legisladores, e segundo, com a possibilidade aberta aos indivíduos de fazerem planos de longo prazo com base em uma série de regras espontaneamente adotadas pelo povo em comum e eventualmente averiguáveis pelos juízes, através dos séculos e gerações. Essas duas concepções de “efetividade” raramente foram, se é que alguma vez o foram, consideradas pelos acadêmicos, e muitas ambiguidades no sentido do termo foram mantidas pelas pessoas comuns, tanto na Europa Continental quanto nos países de língua inglesa. Essa é, provavelmente, a principal razão pela qual a comparação entre as constituições europeias e a constituição inglesa poderia ser julgada mais fácil do que era, e por que os cientistas políticos europeus poderiam imaginar que estavam produzindo boas imitações da constituição inglesa, sem levarem em consideração a significância que o tipo peculiar de processo de formulação de leis chamado de direito consuetudinário sempre teve para a constituição inglesa.

Sem esse processo de formulação de leis, provavelmente seria impossível conceber o estado de direito, no sentido inglês clássico da expressão exposto por Dicey. Por outro lado, sem o processo legislativo de formulação de leis, nenhum sistema continental seria o que é hoje.

Na era atual, a confusão sobre os significados de “efetividade” e de “estado de direito” aumentou, particularmente por causa da emergente tendência, nos países de língua inglesa, de enfatizar a formulação da lei através da legislação e não por tribunais judiciais.

Os efeitos óbvios dessa confusão já começaram a se revelar, no que diz respeito à ideia de liberdade política e liberdade empresarial. Mais uma vez a confusão semântica parece estar na raiz de muitos problemas. Não digo que nossas dificuldades sejam todas devidas à confusão semântica. Mas é uma tarefa muito importante, para os

⁴⁸ *Dig.* I, 3, 21.

cientistas políticos, bem como para os economistas, analisar os diferentes e contraditórios significados que empregamos, nos países de língua inglesa e nos países da Europa Continental, respectivamente, quando falamos de “liberdade” em relação à “efetividade da lei” e ao “estado de direito”.

LIBERDADE E LEGISLAÇÃO

Uma conclusão muito importante a ser tirada dos capítulos anteriores é a de que o estado de direito, no sentido clássico da expressão, não pode ser mantido sem realmente assegurar a efetividade da lei, concebida como a possibilidade de planejamento de longo prazo, por parte dos indivíduos, no tocante a seu comportamento na vida privada e nos negócios. Além do mais, não podemos basear o estado de direito na legislação, a não ser que recorramos a dispositivos drásticos e quase absurdos, como os criados pelos atenienses na época dos *nomotetai*.

É típica de nossos tempos a tendência, nos países do Ocidente, de se aumentar os poderes que os funcionários públicos adquiriram e ainda estão adquirindo a cada dia, sobre seus concidadãos, não obstante o fato de que esses poderes devem, supostamente, ser limitados pela legislação.⁴⁹ Um autor contemporâneo, E. N. Gladden, resume essa situação como um dilema que formula no título de seu livro *Bureaucracy or civil service*. Os burocratas entram em cena logo que os servidores civis parecem estar acima da lei da terra, independentemente da natureza dessa lei. Há casos em que funcionários deliberadamente substituem dispositivos da lei por sua própria vontade, na crença de que estão aprimorando a lei e atingindo, de alguma forma não declarada na própria lei, os fins que acreditam que esta destinava-se a atingir. Em geral, não há dúvida acerca da boa vontade e da sinceridade dos funcionários, nesses casos.

Permitam-me mencionar um exemplo tirado de certas práticas burocráticas, em meu próprio país, nos dias de hoje. Temos regulamentações legais que tratam do tráfego de veículos. Elas estipulam uma série de penalidades por ofensas cometidas por condutores de veículos. As penalidades são, em geral, multas, ainda que, em casos excepcionais, os transgressores possam ser julgados e presos. Além disso, em alguns casos especialmente determinados por outras regulamentações legais, o transgressor pode ser privado de sua carteira de motorista — quando, por exemplo, sua infração dos regulamentos de trânsito causar lesões corporais ou danos graves a outras pessoas, ou quando dirigir embriagado. Como o tráfego de veículos motorizados

⁴⁹ No que concerne à Grã-Bretanha, cf. análise precisa do professor G. W. Keeton, *The passing of Parliament* (Londres: E. Benn, 1952). Em relação aos Estados Unidos, veja Burnham, *Congress and the American tradition* (Chicago: Regnery, 1959), especialmente “The rise of the fourth branch”, p.157, e Lowell B. Mason, *The language of dissent* (Cleveland, Ohio: World Publishing Co., 1959).

de todos os tipos está em constante crescimento, em meu país, os acidentes estão se tomando cada vez mais frequentes. As autoridades estão convencidas de que uma disciplina mais rígida, imposta aos motoristas pelas próprias autoridades de trânsito, ainda é o melhor meio, mesmo não sendo uma panaceia, para reduzir o número de acidentes de trânsito em todo o território que controlam. Membros do Executivo, como o ministro do Interior e outros funcionários do estado que dependem de suas diretrizes, os “*prefects*” ou chefes de polícia, os agentes da polícia federal de todo o país, os oficiais da polícia local nas cidades, e assim por diante, tentam aplicar essa teoria, ao lidarem com as infrações de trânsito. Mas alguns deles, frequentemente, vão mais além. Parecem estar convencidos de que a lei da terra, em relação a isso — ou seja, os regulamentos legais que concernem a penalidades a serem impostas, pelos juízes, aos infratores, e o procedimento a ser seguido para tanto —, é muito suave e muito lenta para satisfazer as novas exigências das condições de tráfego modernas. Alguns funcionários, em meu país, tentam “aprimorar” o procedimento existente a ser seguido de acordo com as leis da terra, nesses casos.

Um dos funcionários explicou-me tudo isso quando tentei intervir em nome de alguns clientes meus, contra o que considerei ser uma prática ilegal, por parte das autoridades. A polícia registrou que um homem teria ultrapassado um veículo de uma forma que infringia os regulamentos do trânsito. Imediata e inesperadamente, foi privado de sua carteira de motorista, pelo “*prefect*”. Em consequência, não podia mais dirigir seu caminhão, o que significava que estava praticamente sem emprego, até as autoridades consentirem em devolver sua carteira. De acordo com nossos regulamentos escritos, em uma série de casos o “*prefect*” pode privar um infrator de sua carteira de motorista, mas ultrapassar um veículo de forma contrária aos regulamentos do trânsito sem causar qualquer acidente não é um deles. Quando chamei a atenção do funcionário encarregado para este fato, ele concordou comigo que talvez, de acordo com uma interpretação correta das atuais regras, meu cliente não tivesse realmente cometido uma infração digna da punição de ter sua carteira de motorista recolhida. O funcionário também me explicou, educadamente, que em vários outros casos, talvez em 70 por cento deles, os infratores estavam sendo privados, agora, de suas carteiras, pelas autoridades, sem realmente terem cometido uma infração que merecesse essa punição, segundo a lei. “Mas o senhor entende”, disse ele, “se não fazemos isso, as pessoas neste país — às vezes os funcionários parecem se considerar naturais de outro país — não tomam o cuidado suficiente, pois não dão a mínima para as multas de umas poucas mil libras, como as que são impostas pela nossa lei. Por outro lado, se lhes tiramos a carteira por um tempo, os

infratores sentem mais a pena e terão muito mais cuidado no futuro”. Disse, também, com uma veia um tanto filosófica, que achava que a injustiça, para com um número relativamente pequeno de cidadãos, podia ser justificada pelo resultado geral alcançável, de acordo com a opinião das autoridades, na melhoria do tráfego, no interesse público.

Um exemplo ainda mais marcante a esse respeito me foi relatado por um colega. Ele tinha ido protestar contra a emissão, por um promotor do distrito, de uma ordem de prisão contra um motorista que atropelara e matara alguém na rua. Segundo nossa lei, homicídios acidentais podem ser punidos com sentença de prisão. Por outro lado, os promotores distritais só estão autorizados a emitir ordens de prisão, antes do julgamento, em casos especiais prescritos por nossas regras processuais criminais, sempre que consideram que a prisão é recomendável diante das circunstâncias. Deveria ser óbvio que a prisão antes do julgamento não é uma punição, mas uma medida de segurança, destinada a evitar, por exemplo, que um acusado de cometer um crime escape antes de ser julgado, ou até mesmo que cometa outros crimes nesse intervalo de tempo. Na medida em que isso, obviamente, não era verdade no caso do homem antes mencionado, meu colega perguntou ao promotor por que ele havia emitido uma ordem de prisão, nessas circunstâncias. A resposta do promotor foi que, em vista do crescente número de acidentes de automóvel, era legítimo e adequado, de sua parte, tentar prevenir que os infratores causassem mais inconvenientes, colocando-os na prisão. E que, além disso, os juízes comuns em geral não são muito severos com as pessoas indiciadas por homicídios acidentais; assim, um gostinho de prisão antes do julgamento seria uma experiência saudável para os infratores. O funcionário em questão admitiu candidamente que estava se portando dessa maneira para “aprimorar” a lei e considerava perfeitamente justificável empregar meios como o aprisionamento, ainda que não estivesse assim prescrito pela lei, para esse caso, para atingir o fim desejado de reduzir os acidentes de trânsito.

Esse é um caso típico da atitude de funcionários que substituem a lei por eles próprios, esticando os termos dos códigos para aplicarem regras de sua autoria, sob o pretexto de que a lei seria insuficiente, se fosse mais escrupulosamente interpretada e aplicada, para atingir os fins, em uma dada circunstância. Coincidentemente, esse também é um caso de comportamento **ilegal**, ou seja, de comportamento, por parte de funcionários públicos, em contravenção à lei, e não deve ser confundido com o comportamento **arbitrário**, como o eventualmente permitido a funcionários britânicos, no presente, em vista da falta de um conjunto definido de regras administrativas. Como um bom exemplo de comportamento arbitrário por parte da administração

britânica, poderia ser mencionado o famoso e complicado caso de Crichel Down, que suscitou tão fortes protestos na Inglaterra, há alguns anos. Funcionários públicos que legalmente haviam requisitado certas propriedades privadas, durante a guerra, para utilizá-las como área de bombardeio, tentaram dispor das mesmas propriedades, após a guerra, para propósitos completamente diferentes, como conduzir experimentos agrícolas e coisas semelhantes.

Em casos desse tipo, a existência de certos regulamentos, no sentido de estatutos escritos precisamente enunciados, pode ser muito útil, se não para evitar que funcionários violem a lei, pelo menos para mantê-los legalmente responsáveis por seu comportamento perante tribunais comuns, ou perante tribunais administrativos, como o *conseil d'état* francês.

Contudo, indo ao ponto importante de meu argumento: a liberdade individual, em todos os países do Ocidente, vem sendo gradualmente reduzida, nos últimos cem anos, não só ou não principalmente por causa de intromissões e usurpações, por parte dos funcionários que agem contra a lei, mas também devido ao fato de que a lei, a saber, o direito estatutário, autorizava funcionários a se comportarem de formas que, segundo a lei anterior, teriam sido julgadas como usurpação de poder e intromissões à liberdade individual do cidadão.⁵⁰

Isso é patente, por exemplo, na história do chamado “direito administrativo” inglês, que pode ser resumido como uma sucessão de delegações estatutárias de poderes legislativos e judiciários a funcionários executivos. A sorte da liberdade individual no Ocidente depende sobretudo desse processo “administrativo”. Mas não podemos esquecer que o próprio processo, sem considerar casos de absoluta usurpação — que provavelmente não são tão importantes ou tão numerosos como imaginamos —, foi produzido pela legislação.

Concordo totalmente com alguns acadêmicos contemporâneos, como o professor Hayek, que suspeitam dos funcionários do Executivo; acredito, porém, que as pessoas que prezam a liberdade individual devem suspeitar mais ainda dos legisladores, na medida em que é precisamente através da legislação que o aumento nos poderes — inclusive os poderes vastos — dos funcionários foi e continua sendo alcançado. Os juízes também podem ter contribuído, ao menos de forma negativa, para esse resultado, nos últimos tempos. Eminentemente acadêmicos, como o anteriormente citado sir Carleton Kemp Allen,

⁵⁰ Consulte, por exemplo, as novas (1959) leis de trânsito italianas, que elevam consideravelmente a área de ação de medidas discricionárias impostas aos motoristas por oficiais executivos, como os “*prefects*”.

contaram-nos que os tribunais judiciais, na Inglaterra, poderiam ter entrado em contenda com o Executivo, como estavam inclinados a fazer no passado, para assegurar — e mesmo estender — sua autoridade em relação a uma concepção alterada do relacionamento entre o indivíduo e o estado. Nos últimos anos, entretanto, de acordo com sir Carleton, eles têm feito “exatamente o oposto”, na medida em que “têm estado cada vez mais inclinados a manterem suas mãos fora do ‘puramente administrativo’ e absterem-se de qualquer interferência na política do Executivo”.

Por outro lado, um magistrado tão distinto como sir Alfred Denning, atualmente um dos lordes da Corte de Apelação de Sua Majestade da Inglaterra, em seu livro *The changing law*, publicado pela primeira vez em 1953, dá-nos um apanhado convincente de várias ações, por parte dos tribunais britânicos, nos últimos anos, destinadas a manter o estado de direito, conservando sob o controle do judiciário comum os departamentos do governo — particularmente depois dos Crown Proceeding Acts, de 1947 — ou algumas entidades estranhas, como indústrias nacionalizadas, tribunais departamentais — contra um dos quais a Bancada da Corte do Rei emitiu um edital de *certiorari*, no famoso caso Northumberland, em 1951 —, tribunais privados — como os estabelecidos pelas regras de organizações como os sindicatos —, e assim por diante. É difícil decidir se sir Carleton está certo em culpar os tribunais ordinários de indiferença pelos novos poderes do Executivo, ou se sir Alfred Denning é quem tem razão, ao chamar a atenção para a diligência dos mesmos a esse respeito.

Muito poder tem sido conferido aos funcionários públicos, na Inglaterra bem como em outros países, através da aprovação de estatutos, por parte da legislatura. Seria suficiente simplesmente examinar, por exemplo, a história da delegação de poderes na Inglaterra, nos últimos tempos, para se ficar convencido disso.

Uma das crenças políticas profundamente enraizadas de nossa época ainda é a de que, por ser a legislação aprovada pelos parlamentos, e sendo os parlamentos eleitos pelo povo, as pessoas são a fonte do processo legislativo, bem como a de que a vontade do povo ou pelo menos da parte do povo identificável com o eleitorado prevalecerá conclusivamente em todos os assuntos a serem determinados pelo governo, como diria Dicey.

Não sei até que ponto essa doutrina tem qualquer validade, se a submetemos a críticas como as sugeridas por meus concidadãos Mosca e Pareto, no início deste século, em suas famosas teorias da significância da liderança das minorias, ou elites, como teria dito Pareto,

ainda frequentemente citadas por sociólogos e cientistas políticos, nos Estados Unidos. Independentemente de qualquer conclusão a que possamos chegar sobre essas teorias, o «povo» ou «eleitorado» são conceitos não facilmente redutíveis — ou mesmo compatíveis com — ao conceito individual, enquanto cidadão que age de acordo com sua própria vontade e, por isso, «livre» de coerção no sentido que admitimos aqui. Liberdade e democracia têm sido ideais concomitantes para os países ocidentais, desde os tempos da Atenas antiga. Mas tem sido destacado por vários pensadores no passado, como De Tocqueville e lorde Acton, que a liberdade individual e a democracia podem se tornar incompatíveis, sempre que as majorias são intolerantes ou as minorias, rebeldes, e, em geral, sempre que há, dentro de uma sociedade política, o que Lawrence Lowell teria chamado de «irreconciliáveis». Rousseau tinha consciência disso, quando destacou que todos os sistemas majoritários devem ser baseados na unanimidade, pelo menos no que diz respeito à aceitação da regra majoritária, se pretendem refletir o “desejo comum”.

Se essa unanimidade não é meramente uma ficção de filósofos políticos, mas também possui significado verdadeiro na vida política, temos de admitir que, sempre que uma decisão tomada por uma maioria não é livremente aceita, mas apenas suportada por uma minoria, da mesma forma como indivíduos podem sofrer atos coercitivos, para evitarem o pior por parte de outras pessoas, como ladrões ou chantagistas, a liberdade individual, no sentido da ausência de coerção exercida por outras pessoas, não é compatível com a democracia, concebida como o poder hegemônico da maioria.

Se consideramos que nenhum processo legislativo acontece, em uma sociedade democrática, sem depender do poder da maioria, devemos concluir que esse processo tende a ser incompatível com a liberdade individual, em muitos casos.

Estudos recentes na chamada ciência da política e a natureza das decisões de grupo tenderam a confirmar esse ponto de uma forma bastante convincente.⁵¹

As tentativas feitas por alguns acadêmicos, nos últimos tempos, de comparar diferentes formas de comportamento, como a de um comprador ou a de um vendedor, no mercado, e, digamos, a de um eleitor, em uma eleição política, com o objetivo de descobrir algum fator comum entre elas, pareceram-me estimulantes, não só por causa das

⁵¹ Eu mesmo explorei esse ponto em duas outras ocasiões, a saber, em algumas palestras no Nuffield College, Oxford, e no Departamento de Economia da Universidade de Manchester, em 1957.

questões metodológicas envolvidas, relativas às ciências econômica e política, respectivamente, mas também pelo fato de a questão de haver ou não diferença entre a posição econômica e a posição política — ou legal —, respectivamente, dos indivíduos dentro de uma mesma sociedade, ser uma das principais questões em debate entre liberais e socialistas durante os últimos cem ou 120 anos.

Esse debate pode nos interessar em mais de um aspecto, na medida em que estamos tentando evidenciar um conceito de liberdade como a ausência de coerção exercida por outras pessoas, inclusive as autoridades, que implica liberdade nos negócios e em qualquer outra esfera da vida privada. As doutrinas socialistas defendem que, sob um sistema político e jurídico que outorga direitos iguais para todos, nenhuma vantagem na igualdade de direitos toca àquelas pessoas a quem faltam meios suficientes para se beneficiarem de muitos desses direitos. As doutrinas liberais, ao contrário, sustentam que todas as tentativas de “integrar” a “liberdade” política à “liberdade de desejo”, por parte dos “não tenho”, como sugerido ou imposto pelos socialistas, levam a contradições dentro do sistema, como a de não poder atribuir “liberdade”, concebida como ausência de desejo, a todos, sem suprimir a liberdade política e legal, concebida como ausência de coerção exercida por outras pessoas. Mas as doutrinas liberais acrescentam algo mais. Defendem, também, que nenhuma “liberdade de desejo” pode ser realmente alcançada por decreto ou através da direção do processo econômico pelas autoridades, como poderia ser conseguido nas bases de um mercado livre.

Agora, o que pode ser considerado como um pressuposto comum a socialistas e liberais, é que existe uma diferença entre a liberdade legal e política do indivíduo, concebida como ausência de coerção, e liberdade “econômica” ou “natural” do indivíduo, se aceitamos a palavra “liberdade” também no sentido de “ausência de vontade”. Essa diferença é considerada sob pontos de vista opostos, por liberais e socialistas, mas, em última análise, ambos reconhecem que a “liberdade” pode ter significados diferentes, senão incompatíveis, para indivíduos pertencentes à mesma sociedade.

Não há qualquer dúvida de que introduzir “liberdade de vontade”, em um sistema político ou legal, implica uma alteração necessária do conceito de “liberdade”, entendida como liberdade contra coerção, garantida por aquele sistema. Isso acontece, como destacam os liberais, por causa de certas cláusulas especiais dos estatutos e decretos de inspiração socialista, incompatíveis com a liberdade nos negócios. Mas isso acontece também, e acima de tudo, porque a própria tentativa de se introduzir a “liberdade de querer” tem de ser feita — como

admitem todos os socialistas, pelo menos na medida em que querem lidar com sociedades historicamente pré-existentes e não limitar seus esforços de promoverem sociedades de voluntários, em alguma parte remota do mundo — primeiro através de legislação e, portanto, por meio de decisões baseadas na maioria, sem levar em conta se as legislaturas são eleitas, como em quase todos os atuais sistemas políticos, ou se são a expressão direta do povo, como o eram na Roma antiga ou nas velhas cidades gregas e como o são nas atuais *Landsgemeinde* suíças. Nenhum sistema de livre comércio pode funcionar realmente, se não está enraizado em um sistema legal e político que ajude os cidadãos a neutralizarem as interferências, por parte de outras pessoas — inclusive as autoridades —, em seus negócios. Mas um aspecto característico dos sistemas de livre comércio parece também ser o fato de que são compatíveis — e provavelmente compatíveis apenas com — com sistemas políticos e legais de pouco ou nenhum recurso à legislação, pelo menos no que concerne à vida privada e aos negócios. Por outro lado, os sistemas socialistas não podem continuar a existir sem a ajuda da legislação. Nenhuma evidência histórica, ao que sei, apoia a suposição de que a “liberdade de querer”, socialista, para todos os indivíduos, é compatível com instituições como o sistema do direito consuetudinário⁵² ou o sistema romano, onde o processo de formulação de leis é desempenhado diretamente por cada um dos cidadãos, com ajuda apenas ocasional de juízes e especialistas como os juristas romanos e sem recorrer, em geral, à legislação.

Somente os chamados “utopistas” que tentaram criar colônias especiais de voluntários para formarem sociedades socialistas, imaginavam que podiam fazê-lo sem legislação. Mas eles também, na verdade, conseguiram passar sem ela apenas curtos períodos de tempo, até que suas associações voluntárias se transformaram em amálgamas caóticos de velhos voluntários, ex-voluntários e novos adeptos sem crenças especiais em qualquer forma de socialismo.

O socialismo e a legislação devem estar inevitavelmente ligados para que as sociedades socialistas se mantenham vivas. Essa é, provavelmente, a principal razão do crescente peso atribuído, em sistemas de direito consuetudinário como o inglês e o americano, não só aos estatutos e decretos mas também à própria ideia de que um sistema legal é, acima de tudo, um sistema legislativo, e de que a “certeza” é a efetividade de curto prazo da lei escrita.

A razão pela qual socialismo e legislação estão inevitavelmente ligados é que, enquanto o mercado livre implica um ajuste espontâneo

⁵² Nota do tradutor: No original, *common law*.

da oferta e da demanda com base nas escalas de preferência dos indivíduos, esse ajuste não pode acontecer, se a demanda não é do tipo a ser satisfeita pela oferta, nas mesmas bases, isto é, se as escalas de preferência daqueles que entram no mercado não são, na realidade, complementares. Isso pode acontecer, por exemplo, em todos os casos em que os compradores achem que os preços pedidos pelos vendedores sejam altos demais, ou quando os vendedores achem que os preços oferecidos pelos compradores sejam baixos demais. Vendedores que não estão em posição de satisfazer os compradores, ou compradores que não estão em posição de satisfazer os vendedores, não podem constituir um mercado, a não ser que vendedores ou compradores tenham algum meio, a sua disposição, de coibir sua contraparte, no mercado, a atender suas exigências.

De acordo com os socialistas, os pobres são “privados” pelos ricos daquilo de que precisam. Essa forma de colocar as coisas é simplesmente um abuso de linguagem, pois não está provado que os “tenho” e os “não tenho” tinham o direito à posse comum de todas as coisas. É certo que evidências históricas apoiam o ponto de vista socialista, em alguns casos, como invasões e conquistas, e geralmente em casos de roubo, pirataria, chantagem e assim por diante. Mas isso nunca ocorre no livre mercado, quer dizer, em um sistema que permite a compradores e vendedores individuais reagirem à coerção exercida por outras pessoas. Vimos também, em relação a isso, que muito poucos economistas levam em consideração essas atividades “desprodutivas”, uma vez que são, em geral, encaradas como completamente à margem do mercado e, por isso, indignas de investigação econômica. Se ninguém pode ser coagido, sem a possibilidade de se defender, a pagar por bens e serviços mais do que pagaria sem coerção, as atividades desprodutivas não podem acontecer, já que, nesses casos, nenhum suprimento correspondente de bens e serviços se adequará à demanda, e nenhum ajuste, entre compradores e vendedores, será obtido.

A legislação pode conseguir o que um ajuste espontâneo jamais poderia. A demanda pode ser obrigada a atender a oferta, Ou a oferta pode ser obrigada a satisfazer a demanda, de acordo com certos regulamentos aprovados por corpos legislativos, que possivelmente decidem, como acontece atualmente, baseados em artifícios de procedimentos como a regra da maioria.

O fato sobre a legislação que é imediatamente percebido pelos teóricos não menos do que pelas pessoas comuns, é que os regulamentos são impostos a todos, mesmo àqueles que nunca participaram de seu processo de formulação e que nunca tinham tomado conhecimento dele. Esse fato distingue um estatuto de uma decisão expressa por um

juiz em um caso trazido a ele pelas partes. A decisão pode ser imposta, mas não o é de forma automática, ou seja, sem a colaboração das partes envolvidas, ou pelo menos de uma delas. De qualquer forma, não é diretamente aplicável a outras pessoas que não tinham parte na disputa ou que não estavam representadas pelas partes no caso.

Assim, os teóricos geralmente relacionam legislação com imposição, enquanto que essa ligação não é diretamente enfatizada e, em qualquer caso, é aplicada em menor dimensão nas decisões dos tribunais judiciais. Muito poucas pessoas, pelo contrário, atentaram para o fato de que a imposição está ligada à legislação, não só como resultado do processo legislativo, mas no caso do processo em si. Aqueles que fazem parte desse processo estão eles próprios sujeitos à imposição de regras processuais, e esse fato dá um caráter coercitivo a toda a atividade da legislação desempenhada por um grupo de pessoas de acordo com um procedimento previamente estabelecido. O mesmo se aplica às atividades dos eleitorados, cuja tarefa pode ser definida como a de chegar a uma decisão de grupo sobre as pessoas a serem eleitas, de acordo com as regras processuais previamente estabelecidas para todos aqueles que participam na formação da própria decisão.

A existência de um procedimento coercitivo no processo de tomada de decisão, sempre que as pessoas têm de decidir, não como indivíduos, mas como membros de grupos, é exatamente o que torna possível distinguir o processo de tomada de decisão por parte dos indivíduos e o mesmo processo por parte dos grupos.

Essa diferença tem sido ignorada pelos teóricos que, como o economista inglês Duncan Black, tentaram elaborar uma teoria das decisões de grupo que incluiria tanto as decisões econômicas dos indivíduos, no mercado, quanto as decisões de grupo, no âmbito político. Segundo o professor Black, que acaba de publicar um novo livro sobre esse assunto, não há diferença substancial entre esses dois tipos de decisão. Compradores e vendedores, no mercado, podem ser comparados, se tomados como um todo, aos membros de um comitê cujas decisões são resultado das inter-relações de suas escalas de preferência, de acordo com a lei de oferta e procura. Por outro lado, os indivíduos do cenário político, pelos menos nos países onde as decisões políticas são tomadas em grupo, podem ser considerados como membros de comitês, independentemente das funções especiais de cada comitê. O eleitorado poderia ser considerado um desses «comitês», tanto quanto uma assembleia legislativa ou um conselho de ministros. Em todos esses casos, segundo o professor Black, as escalas de preferência de todos os membros do comitê são confrontadas com as escalas de preferência de cada um dos outros membros do mesmo comitê. A única diferença — mas é uma diferença menor,

segundo o professor Black — é que, enquanto no mercado as preferências se confrontam umas com as outras de acordo com a lei da oferta e da procura, nas preferências políticas a seleção de algumas delas, em detrimento de outras, acontece de acordo com um procedimento definido. Se conhecemos esse procedimento, defende o professor Black, e, mais ainda, se sabemos quais preferências políticas devem se confrontar, podemos calcular de antemão quais as preferências que irão emergir na decisão do grupo, assim como estamos em posição de calcular de antemão, contanto que conheçamos as preferências em jogo no mercado, quais entre elas irão emergir de acordo com a lei da oferta e da procura.

Como assume o professor Black, poder-se-ia falar de uma tendência ao equilíbrio de escalas de preferência, no âmbito político, da mesma forma como se fala de um equilíbrio ao qual tendem as escalas de preferência, no mercado.

Em suma, devemos considerar, segundo Black, ambas as ciências, econômica e política, como duas ramificações da mesma ciência, uma vez que as duas têm em comum a função de calcular quais as preferências que irão emergir de um mercado ou de um cenário político, dados um conjunto de escalas de preferências e uma lei definida governando esse confronto.

Não pretendo negar que existe algo correto nessa conclusão. Todavia, o que faço questão de salientar é que, ao se colocar as decisões políticas e as econômicas no mesmo nível e considerá-las comparáveis, ignoramos deliberadamente as diferenças que existem entre a lei da oferta e da procura, no mercado, e qualquer lei processual que governe o processo de confrontação entre as preferências políticas — e a subsequente emergência das preferências a serem aceitas pelo grupo, em sua decisão —, como, por exemplo, a regra de maioria.

A lei da oferta e da procura é apenas uma descrição da forma como um ajuste espontâneo se processa, dadas certas circunstâncias, entre várias escalas de preferência. Uma lei processual é completamente diferente, não obstante o fato de também ser chamada de «lei» em todas as línguas europeias, exatamente como a língua grega — pelo menos desde o século IV A.C. — usava a mesma palavra, *nomos*, para significar tanto uma lei natural quanto uma lei criada pelo homem, como um estatuto. É claro, poderíamos dizer que a lei da oferta e da procura é igualmente uma lei “processual”; porém, mais uma vez estaríamos confundindo, com a mesma palavra, dois significados diferentes.

A principal diferença entre as decisões individuais, no mercado, e contribuições individuais às decisões de grupo, no âmbito político, é que no mercado, pelo menos em virtude da divisibilidade dos bens

e serviços disponíveis, o indivíduo não só pode antever exatamente qual será o resultado de suas decisões — por exemplo, que tipo e quantidade de galinha irá comprar com certa quantia de dinheiro — como também pode colocar em uma relação definida as coisas correspondentes que pode adquirir com cada dólar que gasta. As decisões de grupo, ao contrário, são do tipo tudo ou nada: se você está do lado perdedor, perde seu voto. Não há alternativa, assim como não haveria se você fosse ao mercado e não encontrasse nem bens, nem serviços, e nem mesmo uma parte deles que pudesse ser comprada com o dinheiro de que pode dispor.

Como salientou um destacado economista americano, o professor James Buchanan, referentemente a isso, «as alternativas de escolha no mercado normalmente conflitam apenas no sentido em que a lei de retornos decrescentes está em operação. (...) Se um indivíduo deseja mais de uma mercadoria ou serviço específicos, o mercado normalmente exige apenas que ele leve menos de uma outra mercadoria ou serviço». ⁵³ Em contraste, “as alternativas de escolha por votos são “mais exclusivas, isto é, a seleção de uma impede a seleção de outra”. As escolhas de grupo, até onde dizem respeito aos indivíduos que dele fazem parte, tendem a ser “mutuamente exclusivas, pela própria natureza da alternativa”. Esse é o resultado não só da pobreza dos esquemas normalmente adotados e adotáveis para a distribuição da força de voto, mas também do fato — como destaca Buchanan — de que muitas alternativas que geralmente chamamos de “políticas”, não permitem essas “combinações” ou “soluções compostas” que tornam as escolhas de mercado tão flexíveis, se comparadas às escolhas políticas. Uma consequência importante, já ilustrada por Mises, é que no mercado o voto do dólar nunca é derrubado: “O indivíduo jamais é colocado em posição de membro de uma minoria dissidente” ⁵⁴, pelo menos no que se refere às alternativas existentes e às alternativas potenciais do mercado. Para colocar as coisas de uma forma oposta, em uma votação existe uma coerção possível que não ocorre no mercado. O votante escolhe apenas entre alternativas potenciais; pode ser voto vencido e ser compelido a aceitar um resultado contrário a sua preferência expressa, ao passo que um tipo semelhante de **coerção** nunca se apresenta na escolha de mercado, pelo menos no pressuposto da divisibilidade da produção. O cenário político, que concebemos pelo menos provisoriamente como o *locus* dos processos de votação, é comparável a um mercado no qual fosse exigido do indivíduo que gastasse

⁵³ James Buchanan, “Individual choices in voting and in the market”, *Journal of Political Economy*, 1954, p.338.

⁵⁴ *Loc. cit.*

todo seu salário em uma única mercadoria ou todo seu trabalho e recursos na produção de uma única mercadoria ou serviço.

Em outras palavras, o votante fica limitado por alguns procedimentos **coercitivos**, na utilização de seu poder de ação. É claro que podemos aprovar ou desaprovar essa coerção e podemos, ocasionalmente, discriminar entre diferentes hipóteses, para aprová-las ou desaprová-las. Mas o ponto é que o processo de votação implica uma forma de coerção, e as decisões políticas são tomadas através de um procedimento que implica coerção. O eleitor que perde, faz uma escolha, inicialmente, mas eventualmente tem de aceitar outra que antes rejeitara; seu processo de tomada de decisão foi derrubado.

Essa é certamente a principal — embora não a única — diferença entre as decisões individuais no mercado e as decisões de grupo que ocorrem no cenário político.

No mercado, o indivíduo pode prever, com absoluta certeza, os resultados diretos ou imediatos de sua escolha. «O ato de escolher», diz Buchanan, «e as consequências da escolha estão em idêntica correspondência. Por outro lado, o eleitor, mesmo se estiver totalmente onisciente, em sua previsão, das consequências de cada uma das decisões coletivas possíveis, jamais poderá prever com certeza qual das alternativas apresentadas será escolhida».⁵⁵ Essa incerteza, do tipo «knightiano» — ou seja, a impossibilidade de prescrever qualquer número à probabilidade de um evento —, deve, em algum grau, influenciar o comportamento do votante, e não há qualquer teoria aceitável do comportamento de um tomador de decisão em condições de incerteza.

Além do mais, as condições sob as quais as decisões de grupo ocorrem parecem tornar difícil o emprego da noção de **equilíbrio** da mesma maneira como é empregada na economia. Nesta, o **equilíbrio** é definido como igualdade de oferta e de procura, uma igualdade compreensível quando o que escolhe individualmente pode articular sua escolha de forma que cada um de seus dólares vote com sucesso. Mas que tipo de igualdade pode existir entre, por exemplo, oferta e procura por leis e ordens nas decisões de grupo, quando existe a possibilidade de um indivíduo pedir um pão e receber uma pedra? É claro que, se os membros dos grupos são livres para aderir às maiorias variáveis e podem tomar parte nas revisões de decisões anteriores, essa possibilidade pode ser concebida como uma espécie de remediação para a falta de equilíbrio, nas decisões de grupo, pois oferece a cada indivíduo do grupo, pelo menos em princípio, a possibilidade de que a decisão de

⁵⁵ *Loc. cit.*

grupo vez ou outra coincida com sua escolha pessoal. Mas isso não é «equilíbrio». A liberdade para fazer parte das maiorias variáveis é um aspecto típico das democracias, como tradicionalmente compreendida nos países do Ocidente, e esta é, casualmente, a razão por que muitos autores acreditam que podem definir «democracia política» como algo semelhante à «democracia econômica» — o sistema de mercado. De fato, a democracia parece ser, como vimos, apenas um substituto da democracia econômica, ainda que provavelmente seja seu melhor substituto em muitos casos.

Assim, chegamos à conclusão de que a legislação — pelo menos nos sistemas contemporâneos —, sendo sempre produto de decisões de grupo, deve inevitavelmente implicar não só certo grau de coerção sobre os que têm de obedecer às regras legislativas, mas também um grau correspondente de coerção daqueles que participam diretamente no processo de formulação das próprias regras. Essa inconveniência não pode ser evitada por qualquer sistema político em que devam acontecer decisões de grupo, inclusive a democracia, apesar de esta, pelo menos como é concebida nos países ocidentais, dar a cada membro do corpo legislativo uma chance de, mais cedo ou mais tarde, fazer parte das maiorias vencedoras e, assim, evitar a coerção, fazendo com que as regras coincidam com sua escolha pessoal.

A coerção não é, entretanto, a única característica da legislação comparativamente aos processos de formulação de leis, como os do direito romano ou do direito consuetudinário. Vimos que a incerteza demonstrou ser outra característica da legislação, não só por parte daqueles que têm de obedecer às regulamentações legisladas como também por parte dos membros do próprio corpo legislativo, na medida em que votam sem conhecer os resultados de seus votos até que a decisão do grupo tenha sido tomada.

Agora, o fato de coerção e inefetividade não poderem ser evitadas, pelos membros dos próprios corpos legislativos no processo de legislação, leva à conclusão de que nem mesmo os sistemas políticos baseados na democracia direta permitem aos indivíduos escaparem da coerção ou da efetividade, no sentido em que as descrevemos.

Nenhuma democracia direta poderia solucionar o problema de evitar tanto a coerção como a incerteza, uma vez que o problema em si não está relacionado à participação, direta ou indireta, no processo de formulação de leis através da legislação resultante de decisões de grupo.

Isso nos alerta, também, para a relativa futilidade de todas as tentativas de se assegurar mais liberdade ou mais efetividade aos indivíduos de um país, no que concerne à lei da terra, deixando que participem

da maneira mais frequente e direta possível no processo de formulação de leis por meio da legislação, através de sufrágio adulto universal, representação proporcional, *referendum*, iniciativa, destituição de representantes, ou mesmo através de outras organizações ou instituições que revelem a chamada opinião pública o máximo de assuntos possíveis e tornem as pessoas mais eficientes na influência que irão exercer sobre o comportamento político dos governantes.

Por outro lado, as democracias representativas são muito menos eficientes do que as democracias diretas, na obtenção de real participação de indivíduos no processo de formulação de leis via legislação.

Há muitos sentidos para o termo representação, e alguns certamente dão às pessoas a impressão de estarem participando de uma forma séria, embora indireta, do processo de formulação das leis, através da legislação de seu país, ou até mesmo do processo de administração dos assuntos do país, através da máquina executiva.

Infelizmente, o que está na realidade acontecendo em todos os países do Ocidente, no momento, é algo que não nos oferece qualquer base real de satisfação, se empreendemos uma análise fria dos fatos.

LIBERDADE E REPRESENTAÇÃO

Afirma-se, com frequência, que há ou, mais precisamente, havia um conceito clássico do processo democrático que mostrava pouca semelhança com o que está acontecendo no cenário político atual tanto da Grã-Bretanha, onde esse processo teve origem na Idade Média, como em outros países que mais ou menos imitaram o sistema “democrático” da Inglaterra. Todos os economistas, pelo menos, hão de lembrar o que Schumpeter claramente declarou a esse respeito em *Capitalism, socialism, and democracy*. De acordo com o conceito clássico de “democracia”, como formulado em fins do século dezoito na Inglaterra, presumia-se que o processo democrático destinava-se a permitir que o povo decidisse por si próprio as questões, através de representantes eleitos no parlamento. Isso oferecia uma substituição supostamente eficiente para a decisão direta por parte do povo sobre assuntos gerais, como as decisões que tinham tido lugar nas cidades da Grécia antiga ou em Roma, ou nas *comuni* da Itália medieval ou, ainda, nas *Landsgemeinde* suíças. Os representantes tinham de decidir pelo povo todas as questões que este não podia decidir sozinho, por razões técnicas como, por exemplo, a impossibilidade de se reunirem todos em uma praça para discutirem medidas e tomarem decisões. Os representantes eram concebidos como mandatários do povo, e sua tarefa era formular e colocar em prática a vontade deste. Por sua vez, o povo não era concebido como uma entidade mítica, mas como o conjunto de indivíduos na qualidade de cidadãos, e os representantes do povo, enquanto pessoas, eram, também eles, cidadãos, e por isso em posição de expressar o que todos seus concidadãos sentiam sobre os assuntos gerais da comunidade.

Segundo a interpretação de Burke,

(...) a Câmara dos Comuns não deveria ser originalmente parte do governo efetivo da Inglaterra. Era considerada um controle emanado **imediatamente** do povo e que deveria ser rapidamente **dissolvido na multidão** de onde surgira. Quanto a isso, era, na parte superior do governo, o que *os júris* são na inferior. Entre a qualidade transitória de magistrado e a qualidade permanente de cidadão, esperava-se que esta última predominasse em todas as discussões, não só entre o

povo e a autoridade efetiva da Coroa como também entre o povo e a autoridade transitória da própria Câmara dos Comuns. (...) ⁵⁶

De acordo com essa interpretação e à parte a chamada autoridade efetiva da Coroa, é bastante claro que os membros eleitos da assembleia devem “discutir” e decidir primeiro na qualidade de cidadãos e depois na de magistrados, e, além disso, que os cidadãos, enquanto tais, são algo permanente, de onde devem ser escolhidos os magistrados para efetuar sua expressão imediata e transitória.

O próprio Burke não era o tipo de homem a ser considerado como uma espécie de “papagaio” enviado ao parlamento por seus eleitores. Teve o cuidado também de assinalar que:

emitir opiniões é direito de todos os homens; a dos eleitores é uma opinião respeitável e de peso, que um representante deve sempre regozijar-se em ouvir e que sempre deve considerar com a maior seriedade. Mas instruções autoritárias, mandatos emitidos, a que o membro fique limitado a obedecer cega e tacitamente, votar e argumentar a favor, ainda que contrários à mais clara convicção de seu julgamento e consciência, essas são coisas absolutamente estranhas às leis da terra e que surgem de um erro fundamental de toda a ordem e teor de nossa constituição. ⁵⁷

Em termos gerais, seria um erro pensar que, em fins do século dezoito, os membros do Parlamento atentavam cuidadosamente ao desejo de seus concidadãos. A segunda revolução inglesa, no final do século anterior, não foi uma revolução democrática. Como disse um novo estudioso do desenvolvimento da influência do povo no governo britânico, Cecil S. Emden, “se tivesse havido um plebiscito em 1688 sobre a questão da substituição de James por William, a maioria teria, votado contra a deposição do primeiro”. ⁵⁸ O novo regime de 1688 mais lembrava uma oligarquia do tipo veneziano do que uma democracia. Não obstante a abolição da censura na imprensa, em 1695, os membros da Câmara dos Comuns e os ministros por várias vezes mostraram-se indispostos a sofrerem críticas livres da parte de seus concidadãos. Em algumas ocasiões — como em 1712 —, ficaram tão exasperados com a publicação de certos panfletos criticando os

⁵⁶ Edmund Burke, *Works* (edição de 1808), II, p.287 em diante.

⁵⁷ Edmund Burke, “Speech to the electors of Bristol”, 3 de dezembro de 1774, em *Works* (Boston: Little, Brown & Co., 1894), II, 96.

⁵⁸ Cecil S. Emden, *The people and the Constitution* (2^a edição; Oxford: em Clarendon Press, 1956), p.34.

procedimentos da Câmara, que decidiram impor pesadas taxas sobre todos os jornais e panfletos, de modo a afetar adversamente sua venda. Além disso, o exercício da opinião pública foi muito pouco encorajado. A publicação oficial das resoluções não era, no Parlamento, um procedimento regular, e era frequente, naquela época, a objeção à publicação de informações que pudessem implicar um “apelo ao povo”, evitando-se, assim, a publicação dos debates e dos votos no Parlamento. A mesma atitude influenciou a Câmara e os ministérios em relação a questões de interesse vital para o país, para impedir a oposição da opinião pública à política adotada pelo governo e pela Câmara. No mesmo século, estadistas como Charles Fox, quando jovem, poderiam considerar a Câmara dos Comuns como a única instituição reveladora da mente nacional, e o próprio Fox proclamou, certa vez, na Câmara:

Não dou a menor atenção à voz do povo: é nosso dever fazer o melhor, sem considerar o que pode ser agradável; sua função é nos escolher; a nossa é agir constitucionalmente e manter a independência do Parlamento.⁵⁹

Todavia, geralmente admite-se que, de acordo com a teoria clássica de democracia, o Parlamento era concebido como um comitê cujas funções “seriam dar voz, refletir ou representar a vontade do eleitorado”.⁶⁰ Casualmente, era mais fácil colocar essa teoria em prática no final do século XVIII e antes do Reform Act de 1832 do que mais tarde. Embora os representantes fossem tão numerosos, então, quanto hoje, os eleitores eram poucos. Em 1830, a Câmara dos Comuns representava um eleitorado de 220 mil pessoas, de uma população de aproximadamente 14 milhões ou cerca de 3 por cento da população adulta. Cada membro representava, em média, 330 eleitores. Agora, cada um deles representa, na Inglaterra, uma média de 56 mil eleitores, com base em um sufrágio universal adulto de cerca de 35 milhões de pessoas. Mas no começo deste século Dicey, ao se opor à teoria supostamente “legal” de Austin de que os membros da Câmara dos Comuns são meramente “curadores do corpo pelo qual foram eleitos e indicados”, e sustentar que nenhum juiz inglês poderia admitir que o Parlamento fosse, em qualquer sentido jurídico, um “curador” para os eleitores, não teve qualquer dificuldade em aceitar que, “em um sentido político, os eleitores são a parte mais importante ou, podemos até dizer, na verdade são a parte soberana, uma vez que a sua vontade, segundo a presente constituição, é devida obediência

⁵⁹ *Ibid.*, p.53. Os historiadores dizem que, “em consequência desse discurso, o próprio Fox foi atacado por uma multidão, quando voltava à Câmara», e atirado à lama.

⁶⁰ R. T. Mckenzie, *British political parties* (Londres: Heineman, 1955), p.588.

definitiva”. Dicey reconheceu que a linguagem de Austin estava, por isso, tão correta em relação à soberania “política” quanto errada em relação ao que chamou de soberania “jurídica”, e declarou que “os eleitores são uma parte, e uma parte predominante, do poder politicamente soberano”.⁶¹

Como as coisas hoje se apresentam, a vontade do eleitorado, e certamente do eleitorado em combinação com os lordes e a Coroa, por certo prevalecerá em todos os assuntos a serem determinados pelo governo britânico. A questão, de fato, pode ser levada um pouco além, e podemos afirmar que as disposições da constituição agora asseguram que o desejo dos eleitores será, por meios regulares e constitucionais, sempre no final considerada como a influência predominante no país.⁶²

Tudo isso foi possível, de acordo com Dicey, por causa do caráter **representativo** do governo inglês, e ele explicou que “o objetivo e efeito desse governo é produzir uma coincidência ou de alguma forma diminuir a divergência entre as limitações internas e externas ao exercício do poder soberano”⁶³, ou seja, entre os desejos do soberano — e o Parlamento é legalmente, na Inglaterra, um soberano — e “os desejos permanentes da nação”.⁶⁴ Dicey concluiu, a respeito desse assunto, que

a diferença entre o desejo do soberano e o desejo da nação findara com a fundação de um sistema de governo realmente representativo. Quando o Parlamento representa de verdade o povo, a divergência entre o limite interno e externo ao exercício do poder soberano dificilmente pode surgir ou, caso surja, deve logo desaparecer. Colocando as coisas cruamente, os desejos permanentes da porção representativa do Parlamento dificilmente podem, a longo prazo, diferir dos desejos do povo inglês ou, em todo caso, dos eleitores: o que a maioria da Câmara dos Comuns manda, a maioria do povo inglês em geral deseja.⁶⁵

E claro que “representação” é mais um termo genérico. Poderíamos adotar apenas um conceito “legal”, sem concluir, como vários

⁶¹ Dicey, *Introduction to the study of the law of the Constitution* (9^a edição; Londres: Macmillan, 1939), p.76.

⁶² *Ibid.*, p.73.

⁶³ *Ibid.*, p.82.

⁶⁴ *Ibid.*, p.83.

⁶⁵ *Loc. cit.*

advogados o fazem, em relação à representação política em outros países, que esse termo significa nem mais nem menos o que se supõe significar em termos de lei constitucional ou, como na Inglaterra, as convenções constitucionais em vigor em um dado momento. Mas como Dicey com toda razão apontou, há obviamente, também, um significado “político” para “representação”, e é esse significado político que os cientistas políticos enfatizam de acordo com os fatos reais.

O verbo “representar”⁶⁶, que vem do latim *repraesentare*, isto é, tornar presente mais uma vez, recebeu vários significados no inglês antigo, mas seu primeiro emprego político, no sentido de agir como um agente autorizado ou representante de alguém, reporta-se a um panfleto de Isaac Pennington de 1651 e mais tarde, em 1655, a um discurso de Oliver Cromwell, em 22 de janeiro, no Parlamento, quando disse: “Tenho cuidado de sua segurança e da segurança daqueles que vocês representam.” Mas já em 1624 “representação” veio a significar “substituição de uma coisa ou pessoa por outra”, especialmente com um direito ou autoridade para agir por conta de outro. Poucos anos mais tarde, em 1649, encontramos a palavra “representante” aplicada à assembleia parlamentar no ato que aboliu a função de rei, após a execução de Charles I. O ato menciona os “representantes” da “nação” como aqueles por quem o povo é governado e a quem este escolheu e confiou para esse propósito, de acordo com seus “direitos justos e antigos”.

A coisa em si é certamente mais velha do que a palavra. Por exemplo, o princípio famoso “nada de taxação sem representação”, cuja importância para o destino dos Estados Unidos é desnecessário salientar, foi estabelecido na Inglaterra já em 1297, pela declaração *De tallagio non concedendo*, a ser confirmada mais tarde pela *Petition of Right*, de 1628. Antes ainda, em 1295, o famoso mandado de Eduardo I ao juiz supremo do Condado de Northampton para convocar ao Parlamento, em Westminster, representantes eleitos dos condados e burgos, aplicou pela primeira vez à prática política — se desconsideramos um documento semelhante, anterior, de Henrique III, e um parlamento anterior de representantes não eleitos, em 1275 — um instrumento que haveria de ser enaltecido mais recentemente como a inovação mais relevante, no campo da política, desde os tempos dos gregos e dos romanos.⁶⁷ O mandado de Eduardo I para o juiz supremo dizia clara-

⁶⁶ Sobre esse e outros pontos mencionados neste capítulo, consulte o claro e informativo artigo intitulado “Representation”, de H. Chisholm na *Encyclopaedia Britannica* (14ª edição).

⁶⁷ Entretanto, a teoria política da representação, na Idade Média, parece ter sido influenciada por uma teoria semelhante do jurista romano Pomponius, contida em um fragmento do *Digest* (“*deinde quia difficile plebs convenire coepit, populus certe multo difficilius in tanta turba hominum, necessitas ipsa curam reipublicae ad*

mente que as pessoas tinham de ser eleitas (*elegi fatias*) — burgueses para os burgos, cavaleiros para os condados e cidadãos para as cidades —, e salientava que deviam ter “poder pleno e suficiente para si e para as comunidades (...) de fazerem o que fosse então ordenado, de acordo com o Conselho Comum, em suas premissas, de modo a que a empresa acima citada —, ou seja, fazer o que fosse necessário para evitar alguns perigos graves que ameaçavam o reino — não restasse de forma alguma inacabada por falha de seu poder”. Consequentemente, está claro que as pessoas convocadas a Westminster pelo rei eram consideradas como procuradores e mandatários de suas comunidades. Muito interessante, de nosso ponto de vista, é o fato de que a “representação no Conselho Comum” não implicava, necessariamente, que as decisões tivessem de ser tomadas de acordo com a regra da maioria. Conforme salientado por alguns acadêmicos — por exemplo, McKechnie em seu *Commentary in Magna Carta* (1914) —, uma versão medieval mais antiga do princípio “nada de taxaço sem representação” tinha a intenção de dizer “nada de taxaço sem o consentimento dos indivíduos taxados”, e dizem que em 1221 o bispo de Winchester, “convocado a concordar com uma taxa de dispensa do serviço militar, recusou-se a pagar, depois do conselho tê-la estabelecido, com o argumento de que discordava, e o erário aceitou sua justificativa”.⁶⁸ Sabemos, também, através do acadêmico alemão Gierke, que nas assembleias mais ou menos “representativas” mantidas pelas tribos germânicas de acordo com o direito germânico, “a unanimidade era requisito”, embora uma minoria pudesse ser compelida a ceder, e que a ideia de uma vinculação entre representação e regra da maioria encaminhou-se para a esfera política através dos concílios da Igreja, que a adotaram a partir da lei das corporações, apesar de mesmo na Igreja os canonistas sustentarem que as minorias tinham alguns direitos incontestáveis, e que questões de fé não podiam ser decididas simplesmente por maioria.⁶⁹

Assim, parece que a formação de grupos de decisão e de decisões de grupo, de acordo com um procedimento coercitivo baseado na ideia da regra da maioria, sendo os grupos apenas “apresentantes” ou “representantes” de outras pessoas, pareceu em princípio ser anti-natural, pelo menos por um tempo, para nossos ancestrais, tanto nos conselhos políticos quanto nos religiosos, e provavelmente somente a conveniência poderia ter pavimentado o caminho para seu progresso,

senatum deduxit”, isto é, o senado foi levado a assumir a responsabilidade pela legislação, por causa das dificuldades de se reunir os plebeus e da dificuldade ainda maior de se organizar uma assembléia constituída da vasta multidão que compreende a totalidade do eleitorado). Cf. Otto Gierke, *Political theories of the Middle Age*, tr. de Maitland (Cambridge University Press, 1922), p.168 em diante.

⁶⁸ H. Chisholm, *loc. cit.*

⁶⁹ Gierke, *op. cit.*, p.64.

em épocas mais recentes. Na verdade, esse procedimento tem algo de antinatural, na medida em que rejeita algumas escolhas apenas porque as pessoas que as adotam são menos numerosas do que outras, ao passo que esse método de tomada de decisões jamais é adotado em outras circunstâncias e, se o fosse, levaria a resultados claramente inadequados. Voltaremos a esse ponto mais tarde. Aqui é suficiente salientar que a representação política estava intimamente ligada, em sua origem, à ideia de que os representantes atuam como agentes de outras pessoas e de acordo com os desejos destas.

Quando, na época moderna, o princípio da representação, tanto na Inglaterra como em outros países, estendeu-se a praticamente todos os indivíduos de uma comunidade política, pelo menos a todos os adultos a ela pertencentes, três grandes problemas surgiram, os quais precisavam ser resolvidos para que o princípio da representatividade de fato funcionasse: 1. como fazer com que o número de cidadãos autorizados a escolher representantes correspondesse à real estrutura da nação; 2. como arranjar candidatos que se dispusessem à função de representantes e que fossem expoentes adequados da vontade das pessoas representadas; e 3. como adotar um sistema de escolha de representantes que resultasse em um reflexo adequado das opiniões das pessoas representadas.⁷⁰

Mal se pode dizer que esses problemas tenham recebido até agora uma solução satisfatória. Nenhum deles foi solucionado em país algum; nenhuma nação foi capaz de preservar o espírito da representação como uma atividade desempenhada de acordo com o desejo dos representados. Deixemos de lado questões importantes, como as levantadas no famoso ensaio de Stuart Mill intitulado *Representative government* (1861), relativo a que pessoas têm o direito de serem representadas, de acordo com suas habilidades ou com sua contribuição para as despesas da comunidade e assim por diante. Deixemos também de lado, por enquanto, uma questão que é sem dúvida muito importante e difícil de ser resolvida, ou seja, se uma representação do desejo do povo pode ou não ser consistente em relação a muitos assuntos, ou, em outras palavras, se é realmente possível se falar de um “desejo comum” por parte das pessoas, em uma série de casos em que as opções são de natureza alternativa e onde não há qualquer probabilidade de se descobrir um caminho que permita às pessoas concordarem sobre qualquer que seja a escolha. Schumpeter destacou essa dificuldade em seu ensaio *Capitalism, socialism, and democracy* e concluiu que o “desejo comum” é

⁷⁰ Sobre uma discussão recente dos problemas da representação em relação à regra da maioria, veja Burnham, *The Congress and the American tradition* (Chicago: Regnery, 1959), especialmente o capítulo intitulado “What is a majority?”, p.311 em diante.

uma expressão cujo conteúdo tem de ser inevitavelmente contraditório, quando se refere a membros individuais de uma comunidade que tenha um “desejo comum”. Se as questões políticas são precisamente as que não permitem mais de uma escolha, e se, mais do que isso, não há qualquer maneira de se descobrir, através de algum método objetivo, qual é a escolha mais adequada para uma comunidade política, devemos concluir que as decisões políticas sempre implicam um elemento que não é compatível com a liberdade individual e, portanto, não é compatível com uma representação verdadeira do desejo daquelas pessoas cuja escolha foi possivelmente rejeitada, na decisão adotada. Finalmente, deixemos de lado, como algo não importante para nossos propósitos, certas questões especiais relacionadas aos diferentes sistemas de escolha. Devemos observar que votar não é o único sistema de escolher representantes. Temos outros sistemas historicamente importantes, como os sorteios realizados, em alguns casos, pelas cidades da Grécia antiga ou pela república aristocrática de Veneza, nos tempos medievais e modernos, e por isso ligados a diferentes sistemas de voto, caso o voto seja a maneira adotada para se fazer a escolha.

Essas questões podem ser consideradas, até certo ponto, detalhes técnicos que estão fora do campo de nossa investigação. Precisamos lidar, agora, com outras dificuldades.

É verdade que a extensão do princípio de representação através da extensão dessa franquia a todos os cidadãos parece corresponder perfeitamente a uma concepção individualista de representação, de acordo com a qual todo indivíduo precisa ser de alguma forma representado nas decisões a serem tomadas sobre assuntos gerais da nação. Todo indivíduo deve exercer seu direito de escolha, encarregando e instruindo representantes de modo a tomarem decisões políticas através de uma manifestação livre de seu desejo. Naturalmente, como teria dito Disraeli, o desejo de algumas pessoas pode ser perfeitamente representado, em alguns casos, por outras pessoas que advinham os anseios das primeiras, sem por elas terem sido instruídas, como, de acordo com Schumpeter, Napoleão fez, quando acabou com todas as disputas religiosas em seu país, na época de seu consulado. Podemos imaginar, também, que os **reais** interesses de algumas pessoas —, ou seja, pelo menos os interesses que algumas pessoas reconhecem, mais tarde, serem os seus verdadeiros interesses, não obstante qualquer opinião contrária que possam ter defendido antes — possam ser melhor representados por alguns expoentes competentes e incorruptíveis de seus desejos, a quem jamais confiariam essa tarefa e a quem jamais instruiriam. Esse é o caso, por exemplo, com pais que agem na qualidade de representantes de seus filhos, na vida privada e nos

negócios. Mas me parece óbvio, do ponto de vista do indivíduo, que ninguém é mais competente para saber de seus próprios desejos do que a própria pessoa. Portanto, a verdadeira representação daquele desejo deve ser o resultado de uma escolha por parte do indivíduo a ser representado. A extensão da representação, nos tempos modernos, parece corresponder a essa consideração. Até aí, tudo bem.

Dificuldades muito sérias surgem, contudo, quando o princípio da representação através da escolha individual de representantes é aplicada na vida política. Na vida privada em geral essas dificuldades não existem. Qualquer um pode contatar aquele em quem confia e contratá-lo como agente para negociar um contrato, por exemplo, de acordo com instruções que podem ser claramente estabelecidas, claramente entendidas e claramente executadas.

Na vida política coisas desse tipo não acontecem, e essa parece ser, igualmente, uma consequência da própria extensão da representação para o maior número possível de indivíduos em uma comunidade política. Parece ser um grande infortúnio desse princípio o de que, quanto mais se tenta estendê-lo, mais se destrói seu propósito. Devemos observar que a vida política não é o único campo no qual essas inconveniências emergiram nos últimos tempos. Economistas e sociólogos já chamaram nossa atenção para o fato de que a representação funciona mal em grandes corporações privadas. Os acionistas de uma empresa, dizem, têm pouca influência na política dos administradores, e o poder arbitrário destes é tanto resultado como causa da «revolução dos administradores» nos nossos tempos, e é tanto maior quanto mais numerosos são os acionistas proporcionalmente aos administradores que os «representam» em um negócio.⁷¹ A história da representação, na vida política assim como na econômica, dá-nos uma lição que as pessoas ainda não aprenderam. Existe, em meu país, um ditado, *chi vuole vada*, que significa que, se você realmente quer algo, você tem de ir e ver por si mesmo o que deve ser feito, em vez de mandar um mensageiro. E claro que sua ação pode não ter bons resultados, se você não é esperto, hábil ou suficientemente bem informado para atingir o que deseja. E isso é o que os dirigentes privados e os representantes políticos diriam, se ao menos se importassem em explicar às pessoas que representam como as coisas estão realmente sendo feitas.

John Stuart Mill destacou o fato de que a representação não pode funcionar, a não ser que as pessoas representadas participem de algu-

⁷¹ Isso é verdade, a despeito do fato, observado pelo professor Milton Friedman, de que os acionistas podem se livrar das ações das empresas cuja política não têm bastante permissão para controlar, enquanto os cidadãos não podem fazer o mesmo com sua cidadania.

ma forma na atividade de seus representantes.

Instituições representativas têm pouco valor e podem ser um mero instrumento de tirania e intriga, quando os eleitores em geral não estão suficientemente interessados em seu próprio governo a ponto de darem seu voto ou se, ao votar, não dão seus sufrágios em favor dos interesses públicos, mas sim os vendem por dinheiro ou votam em conformidade com alguém que sobre eles tem controle ou cujas razões particulares aqueles desejam favorecer. Eleições populares praticadas dessa forma, em vez de serem uma garantia contra a má administração, são, ao contrário, uma engrenagem adicional em sua máquina.⁷²

Mas na representação política surgem muitas dificuldades que muito provavelmente não se devem à falta de sabedoria, má vontade ou apatia das pessoas representadas. É um truísmo afirmar que as questões em jogo na vida política são numerosas demais e por demais complicadas, e que a grande maioria delas é na verdade estranha a representantes e representados. Nessas condições, nenhuma instrução pode ser dada, na maioria dos casos. Isso acontece em qualquer momento da vida política de uma comunidade, quando os autointitulados representantes não estão em posição de representar o verdadeiro desejo dos supostos «representados», ou quando há razões para se pensar que os representantes e os representados não concordam sobre as questões em jogo.

Ao apontar esse fato, não me refiro apenas à maneira usual de se escolher representantes, no presente, isto é, pelo voto. Todas as dificuldades que apontei antes permanecem, quer a votação seja ou não o método de escolha dos representantes.

Todavia, a própria votação parece aumentar as dificuldades relativas ao significado de «representação», bem como ao de «liberdade» dos indivíduos de fazerem sua escolha. Todas as dificuldades relativas a grupos de decisão e a decisões de grupo permanecem, quando consideramos o processo de votação nos sistemas políticos atuais. A eleição é o resultado de uma decisão de grupo onde todos os eleitores devem ser considerados como membros de um determinado grupo, por exemplo, de seus distritos eleitorais ou do eleitorado como um todo. Vimos que as decisões de grupo implicam procedimentos, como a regra da maioria, que não são compatíveis com a liberdade individual de escolha do tipo que qualquer comprador ou vendedor individual desfruta no mercado ou em qualquer outra escolha que ele faça em

⁷² John Stuart Mill, *Considerations on representative government* (Nova Iorque: Henry Holt & Co., 1882).

sua vida privada. Os efeitos da coerção na máquina da votação têm sido repetidamente apontados por políticos, sociólogos, cientistas políticos e em especial por matemáticos. Certos aspectos paradoxais dessa coerção têm sido especialmente enfatizados pelos críticos desses métodos clássicos de representação, como o chamado sistema de membro único que ainda vigora nos países de língua inglesa. Gostaria de chamar sua atenção ao fato de que essas críticas são, sobretudo, baseadas no suposto fato de que o sistema não está de acordo com o princípio da «representação», ou seja, quando, como disse John Stuart Mill, questões políticas são decididas «pela maioria da maioria, que pode ser, como em geral o é, não mais do que uma minoria do conjunto». Deixem-me citar a passagem do ensaio de Mill sobre esse ponto:

Suponha então que, em um país governado pelo sufrágio igualitário e universal, existe uma eleição que ocorre em todos os distritos eleitorais e em cada um deles é vencida por uma pequena maioria. O parlamento assim composto representa pouco mais do que a maioria simples do povo. Esse parlamento passa a legislar e adota medidas importantes, através de uma maioria simples dele próprio. Que garantias existem de que essas medidas estão de acordo com os desejos de uma maioria do povo? Quase a metade dos eleitores, tendo sido vencida nos palanques, não teve qualquer influência na decisão, e a totalidade desses eleitores pode ser — a maioria deles provavelmente o é — hostil às medidas, tendo votado contra aqueles por quem foram derrotados. Dos eleitores restantes, quase metade escolheu representantes que supostamente votaram contra as medidas. Seria possível, portanto, e absolutamente não é improvável, que a opinião que prevaleceu fosse do agrado de apenas uma minoria da nação.⁷³

Esse argumento não é completamente convincente, uma vez que o caso citado por Mill é, provavelmente, apenas teórico, mas existe alguma verdade no argumento, e todos nós sabemos que dos artifícios que têm sido inventados, como representação proporcional, dos quais há não menos de trezentas variedades, de modo a tornar as eleições mais «representativas» do suposto desejo dos eleitores. Mas também é sabido que nenhum outro sistema eleitoral consegue evitar essas intransponíveis dificuldades, como prova a existência de artifícios como *referenda*, iniciativas e assim por diante, que foram introduzidos não para aprimorar a representação, mas para substituir a represen-

⁷³ *Ibid.* p.147.

tação por algum outro sistema, baseado em um princípio diferente, a saber, o da democracia direta.

Com efeito, nenhum sistema representativo baseado em eleições pode funcionar adequadamente, enquanto as eleições acontecem com o objetivo de se atingir decisões de grupo através da maioria ou qualquer outra regra cujo efeito seja exercer coerção sobre o indivíduo que está do lado perdedor do eleitorado.

Assim, os sistemas “representativos”, da maneira como são em geral concebidos, nos quais eleição e representação estão vinculadas, são incompatíveis com a liberdade individual, no sentido da liberdade de escolher, conferir poder e instruir um representante.

Entretanto, a “representação” vem sendo mantida até os dias atuais como um dos aspectos supostamente característicos de nosso sistema político, simplesmente esvaziando-se a palavra do seu significado histórico e empregando-a como um slogan ou, como diriam os filósofos analíticos ingleses, uma palavra “persuasiva”. De fato, a palavra “representação” ainda tem uma conotação favorável em política, na medida em que as pessoas inevitavelmente entendem que significa uma espécie de relação entre *cestui qui trust* e aqueles em quem se confia, exatamente como aquela relação na vida privada e nos negócios, e como Austin supôs que fosse, segundo a lei constitucional da Inglaterra. Como apontou um dos mais recentes estudiosos dos partidos políticos da atualidade, R. T. McKenzie:

A concepção clássica de democracia ainda é reverenciada até mesmo por muitos que têm consciência do quão inviável ela tem provado ser. (...) Ficou também cada vez mais evidente que a teoria clássica atribuía ao eleitorado um grau nada realístico de iniciativa; chegou quase a ignorar por completo a importância da liderança no processo político.⁷⁴

Enquanto isso, um processo de **monocratização** — para utilizar a expressão de Weber — está continuamente acontecendo dentro de grupos como os partidos políticos, pelo menos na Europa, cumprindo a profecia feita por meu concidadão Roberto Michels, que, em seu famoso ensaio publicado em 1927, na *American Political Science Review*, sobre o caráter sociológico dos partidos políticos, considerou a chamada lei de ferro da oligarquia como a principal regra da evolução interna de todos os partidos atuais.

⁷⁴R. T. Mckenzie, *op. cit.*, p.588.

Tudo isso afetará o destino não só da democracia, mas também da liberdade individual, na medida em que o indivíduo estiver envolvido no chamado processo democrático, e na medida em que as ideias de democracia forem compatíveis com a de liberdade individual.

A tendência é aceitar as coisas como elas estão, não só porque as pessoas não conseguem ver nada melhor, mas também porque estão frequentemente desinformadas do que realmente está acontecendo. As pessoas justificam a “democracia” atual porque parece assegurar pelo menos uma vaga participação dos indivíduos no processo de legislação e na administração de seu país — uma participação que, por mais indefinida que seja, é considerada a melhor que se pode obter nessas circunstâncias. Em linha semelhante, R. T. McKenzie escreve: “É (...) realístico se argumentar que a essência do processo democrático, (...) ele deve propiciar uma competição livre pela liderança política.” Acrescenta que “o papel essencial do eleitorado não é chegar a decisões em questões específicas de política, mas decidir qual de dois ou mais times competidores de líderes potenciais deverá tomar as decisões”.⁷⁵ Entretanto, isso não é muito para uma teoria política que ainda utiliza termos como “democracia” ou “representação”. Também não é muito se consideramos que “representação” é algo diferente do que essas novas teorias implicam ou pelo menos foi concebida como algo mais, até pouco tempo, em política, e ainda o é, na vida privada e nos negócios.

Podem ser levantadas objeções válidas contra os argumentos daqueles que aceitam essa versão degenerada do ponto de vista individualista, e acham que o “sistema representativo”, como funciona hoje, é melhor do que qualquer outro sistema que permita às pessoas participarem de alguma maneira na formação das políticas e especialmente na formação da lei de acordo com a liberdade de escolha do indivíduo.

Pode-se dizer que as pessoas têm uma participação nesses processos somente através de decisões de grupo como, por exemplo, o dos distritos eleitorais ou de um conselho de representantes, como o Parlamento. Mas dizer isso significa adotar um ponto de vista estritamente **legal**, isto é, baseado nas atuais regulamentações legais, sem levar em consideração tudo o que está ou não está por trás das regras oficiais. Esse ponto de vista legal torna-se insustentável, assim que descobrimos que a legislação e a constituição, em cujas bases devemos decidir se algo é “legal”, estão elas próprias frequentemente enraizadas em algo que não é absolutamente “legal”. A Constituição Ame-

⁷⁵ *Ibid.*, p.589.

ricana, aquela grandiosa conquista de tantos estadistas de primeira linha, em fins do século dezoito, foi o resultado de uma ação **ilegal**, na Convenção da Filadélfia, em 1787, dos Fundadores, que não tinham qualquer poder conferido pela autoridade da qual dependiam, ou seja, o Congresso Continental. Este último, por sua vez, tinha uma origem ilegal, uma vez que foi estabelecido como resultado de uma rebelião das colônias americanas contra o poder legal da Coroa Britânica.

A origem da recente constituição de meu país, mal se pode dizer que é ela mais legal do que a da americana, apesar de muitas pessoas sequer terem consciência disso.

Com efeito, a atual constituição da Itália foi traçada por uma assembleia constituinte cuja criação, por sua vez, deveu-se a um decreto de 25 de junho de 1944, emitido pelo príncipe herdeiro da Itália, Humberto, que fora nomeado “tenente-general” do Reino da Itália, sem quaisquer limites de competência, por seu pai, o rei Victor Emanuel **III**, em um decreto real de 5 de junho de 1944. Mas nem o tenente-general do Reino da Itália, nem o próprio rei, tinham qualquer poder de modificar a constituição ou convocar uma assembleia para isso. Além do mais, a promulgação desse decreto acima citado originou-se do chamado Acordo de Salerno, que aconteceu, sob os auspícios das Forças Aliadas, entre o rei Victor Emanuel III e os “representantes” dos partidos italianos, que ninguém em nosso país escolhera através da forma usual de eleição. A Assembleia Constituinte deveria, por isso, ser considerada **ilegal**, do ponto de vista da existente lei do reino, pois o próprio ato que originou a assembleia foi ilegal, visto que seu autor, o “tenente-general”, promulgou-o *ultra vires*. Por outro lado, teria sido muito difícil evitar atos “ilegais” em uma situação como aquela. Nenhuma das instituições previstas pelas leis constitucionais do reino sobreviveu até junho de 1944. A Coroa mudou seu caráter, após a nomeação do tenente-general; uma das partes do Parlamento, a Câmara de “Fasces” e Corporações, fora suprimida sem substituição, e a outra parte, o Senado, não estava em condições de funcionar, na época. Essa é a lição para aqueles que falam do que é **legal** e o que não é baseados em constituições supostamente «legais», e não se importam com o que está por trás destas.

Leslie Stephen salientou bastante bem os limites, do ponto de vista legal:

Os advogados tendem a falar como se a legislatura fosse onipotente, na medida em que não vão além de suas decisões. É onipotente, claro, no sentido de que pode fazer a lei que quiser, porquanto lei significa qualquer regra

que tenha sido feita pela legislatura. Mas do ponto de vista científico, o poder da legislação é certamente muito limitado. É limitado, por assim dizer, tanto de dentro como de fora: de dentro, porque a legislatura é o produto de uma certa situação social e determinada pelo que quer que determine a sociedade; e de fora, porque o poder de impor leis depende de um instinto de subordinação, que é, em si, limitado. Se a legislatura decidisse que todos os bebês de olhos azuis deveriam ser assassinados, a preservação dos bebês de olhos azuis seria ilegal; mas é preciso que os legisladores enlouqueçam, antes de poderem aprovar uma lei como essa, e as pessoas, fiquem idiotas antes de se submeterem a ela.⁷⁶

Ao mesmo tempo em que concordo com Leslie Stephen, pergunto-me se a idiotice começa apenas nesse ponto por parte dos «súditos», e se «súditos» contemporâneos não tenderão a aceitar decisões como essa, no futuro, se seus ideais de «representação» e «democracia» ainda permanecerem por um longo tempo seriamente identificados com o poder de simplesmente decidir — como R. T. MacKenzie teria dito — «qual dos dois ou mais times competidores de líderes potenciais deverá tomar as decisões» para cada tipo de ação e comportamento de seus concidadãos.

É lógico que escolher entre competidores potenciais é a atividade certa para um indivíduo livre, no mercado. Mas há uma grande diferença. Concorrentes, no mercado, se querem manter sua posição, trabalham necessariamente por seus eleitores —, ou seja, clientes —, mesmo quando nem eles, nem seus eleitores, estão completamente conscientes disso. Concorrentes políticos, por outro lado, não trabalham necessariamente por seus eleitores, uma vez que estes de fato não podem escolher da mesma maneira os «produtos» peculiares dos políticos. Os produtores políticos — se me permitem a expressão — são ao mesmo tempo os vendedores e os compradores de seus produtos, sempre em nome de seus concidadãos. Não se espera que estes digam «não quero aquele estatuto, não quero aquele decreto», uma vez que, segundo a teoria da representação, já delegaram esse poder de escolha a seus representantes.

Para ser franco, esse é um ponto de vista **legal**, que não coincide necessariamente com a verdadeira atitude das pessoas envolvidas. Em meu país, os cidadãos frequentemente distinguem entre o ponto de vista **legal** e outros pontos de vista. Sempre admirei os países nos

⁷⁶ Leslie Stephen, *The science of ethics*, mencionado por Dicey, *op. cit.*, p.81.

quais o ponto de vista legal coincide o máximo possível com qualquer outro e me convenci de que suas grandes conquistas na política têm-se devido sobretudo a essa coincidência. Continuo convencido disso, mas questiono se essa virtude não poderá se transformar em um vício, sempre que o ponto de vista legal resultar na aceitação cega de decisões inadequadas. Um ditado muito popular em meu país pode explicar por que nossos teóricos políticos, de Maquiavel a Pareto, Mosca e Roberto Mitchels, davam pouca importância ao ponto de vista **legal**, sempre tentando ir além dele e ver o que estava por trás. Não acho que as pessoas de língua alemã — ou inglesa — tenham um ditado semelhante: *Chi comanda fa la legge*, ou seja, “quem tem o poder, faz a lei”. Soa como uma frase hobbesiana, mas falta-lhe a ênfase hobbesiana na **necessidade** de um poder supremo. É antes, a não ser que eu esteja enganado, uma sentença cínica ou, se preferirem, realista. Os gregos, é claro, tinham uma doutrina semelhante, embora eu não saiba se possuíam um ditado parecido com esse.

Por favor, não pensem que estou recomendando esse cinismo político. Estou apenas apontando as implicações científicas desse cinismo, se é que se pode qualificar uma doutrina de cínica. Aquele que tem o poder, faz a lei. Certo, mas e as pessoas que não têm o poder? O ditado aparentemente silencia a esse respeito; porém, suponho que uma visão mais crítica dos limites da lei, enquanto algo centrado no poder político, seja a conclusão natural a ser tirada dessa doutrina. Essa é, talvez, a razão de meus compatriotas não conhecerem de cor sua constituição, como muito americanos conhecem. Meus conterrâneos estão convencidos, instintivamente, eu diria, de que leis escritas e constituições não são o fim da história política. Elas não só de fato mudam, e podem mudar com bastante frequência, como também nem sempre correspondem às **tábuas da lei**, como teria dito lord Bacon. Ouso dizer que há uma espécie de direito consuetudinário cínico implícito no sistema de leis escritas de meu país, na medida em que esse sistema não é só não escrito como também oficialmente não reconhecido.

Mais do que isso, estou inclinado a pensar que algo parecido está acontecendo e irá acontecer em uma extensão ainda maior, no futuro, em outros países onde a coincidência entre o ponto de vista legal e outros pontos de vista era tão perfeita, até há pouco tempo. Uma aceitação cega do ponto de vista legal contemporâneo levará a uma destruição gradual da liberdade individual de escolha, tanto na política como no mercado e na vida privada, pois o ponto de vista legal contemporâneo significa a crescente substituição de escolhas individuais por decisões de grupo e a progressiva eliminação dos ajustes

espontâneos, não só nas demandas individuais por bens e serviços e na oferta destes, como também todo tipo de comportamento por procedimentos rígidos e coercitivos como os da regra da maioria.

Em suma: existe muito mais legislação, decisões de grupo, escolhas rígidas, muito poucas “leis escritas nas tábuas”, muito menos decisões individuais e muito menos escolhas livres, era todos os sistemas políticos contemporâneos, do que seria necessário para preservar a liberdade individual de escolha.

Não digo que devêssemos passar completamente sem legislação e abandonar as decisões de grupo e as regras de maioria, tudo isso para recobrar a liberdade individual de escolha em todos os campos nos quais a perdemos. Concordo plenamente que em alguns casos as questões envolvidas preocupam a todos, e que estas não podem ser resolvidas pelo ajuste espontâneo e as escolhas mutuamente compatíveis dos indivíduos. Não há qualquer evidência histórica de que tenha mesmo existido um estado de coisas anárquico como o que resultaria se a legislação, as decisões de grupo e a coerção sobre a escolha individual fossem eliminadas.

Entretanto, estou convencido de que, quanto mais tratarmos de reduzir o grande espaço atualmente ocupado pelas decisões de grupo em política e no direito, com toda sua parafernália de eleições, legislação etc., mais bem-sucedidos seremos em estabelecer um estado de coisas semelhante ao que prevalece no domínio da linguagem, do direito consuetudinário, do livre mercado, da moda, dos costumes etc., onde todas as escolhas individuais se ajustam entre si, e nenhuma é jamais rejeitada. Eu diria que, neste momento, a extensão da área em que se julgam necessárias ou mesmo adequadas, as decisões de grupo, tem sido brutalmente superestimada, e que a área na qual o ajuste espontâneo dos indivíduos tem sido considerado necessário ou apropriado, tem estado muito mais severamente circunscrita do que o recomendável, se queremos preservar os significados tradicionais da maior parte dos grandes ideais do Ocidente.

Proponho que os mapas dessas áreas mencionadas sejam novamente traçados, visto que muitas terras e mares parecem hoje estar indicados em lugares onde, pelos mapas antigos clássicos, não havia nada marcado. Suspeito também, se me permitem continuar com a metáfora, que existem sinais e marcas nos mapas de hoje, que na verdade não correspondem a qualquer terra recém-descoberta, e que algumas terras não devem estar localizadas onde, graças à imprecisão de geógrafos do mundo político, foram colocadas. Com efeito, algumas das indicações que aparecem nos mapas políticos de hoje são apenas

pequenas manchas sem nada de real por trás, e nosso comportamento em relação a elas é análogo ao daquele capitão que tomou por uma ilha, em seu mapa, uma marca deixada por uma mosca alguns dias antes e ficou procurando essa tal “ilha” no oceano.

Ao refazer esses mapas das áreas ocupadas respectivamente pelas decisões de grupo e por decisões individuais, devemos levar em conta o fato de que as primeiras incluem decisões do tipo tudo ou nada, como teria dito o professor Buchanan, enquanto que as últimas envolvem decisões articuladas compatíveis — senão complementares — com outras decisões.

Uma regra de ouro nessa reforma — a não ser que eu esteja errado — deve ser a de que todas as decisões individuais que provaram não serem incompatíveis entre si sejam substituídas pelas correspondentes decisões nas quais erroneamente se supunha haver incompatibilidades. Seria tolice, por exemplo, submeter os indivíduos a uma decisão de grupo em questões como a de escolher entre ir ao cinema ou dar um passeio, quando não há incompatibilidade entre essas duas formas de comportamento individual.

Os defensores das decisões de grupo — por exemplo, o da legislação — estão sempre inclinados a pensar que, neste ou naquele caso, as decisões individuais são mutuamente incompatíveis, que as questões em jogo são necessariamente do tipo “tudo ou nada”, e que a única forma de fazer uma escolha final é adotar um procedimento coercivo, como a regra da maioria. Essas pessoas pretendem ser os defensores da democracia. Mas devemos sempre nos lembrar de que, toda vez que a regra da maioria desnecessariamente substituir a escolha individual, a democracia estará em conflito com a liberdade individual. Esse é o tipo de democracia que deve ser mantido ao mínimo, a fim de se preservar um máximo de democracia compatível com a liberdade individual.

Certamente, seria necessário evitar, já de saída, mal-entendidos na reforma que estou propondo. A liberdade não poderia ser concebida indiferentemente como “liberdade de desejo” e “liberdade contra os homens”, da mesma forma como a coerção não deve ser entendida como “coerção” exercida por pessoas que não tenham feito absolutamente nada para constranger alguém.

Essa determinação das várias formas de comportamento e decisões para se estabelecer a área à qual elas pertencem e ali as localizá-las, se feita de forma consistente, envolveria, obviamente, uma grande revolução no campo das constituições atuais e do direito administrativo e legislativo. Essa revolução consistiria sobretudo no deslocamento de

regras da área da lei escrita para a da lei não escrita. Nesse processo de deslocamento, deve ser dada muita atenção ao conceito de **efetividade da lei** entendido como efetividade de longo prazo, para tornar possível aos indivíduos fazerem escolhas livres, não só no presente, mas também no futuro. No processo, a judicatura deve ser separada tanto quanto possível de outros poderes, como em Roma e na Idade Média, quando o *jurisdictio* era separado do *imperium* o máximo possível. A judicatura deve se empenhar muito mais em descobrir o que é a lei do que em impor às partes da disputa o que os juízes querem que a lei seja.

O processo de formulação das leis deve ser modificado, para se tornar um processo principalmente, senão apenas, espontâneo, como o do comércio, o da fala ou o de manter outras relações compatíveis e complementares entre os outros indivíduos.

Pode-se objetar que uma reforma dessas seria equivalente à criação de um mundo utópico. Mas esse mundo, considerando tudo, certamente não foi utópico em vários países e em várias épocas da história, algumas das quais ainda não desapareceram totalmente da memória das gerações vivas. Por outro lado, talvez seja muito mais utópico se continuar a formular apelos a um mundo onde antigos ideais estão perecendo, e apenas velhas palavras permanecem, como conchas vazias que qualquer um pode encher com seus significados favoritos, sem se importar com o resultado final.

LIBERDADE E A VONTADE GERAL

Para um observador superficial, minha sugestão de se redesenhar os mapas das áreas ocupadas respectivamente pelas escolhas individuais e pelas decisões de grupo pode parecer antes um ataque ousado ao presente sistema e a sua ênfase nas decisões de grupo e nos grupos de decisão do que um argumento convincente em favor de outro sistema que enfatize as decisões individuais.

Em política, parecem existir muitos pontos sobre os quais, pelo menos de início, a concordância não pode ser unânime, e por isso as decisões de grupo, com seus procedimentos coercitivos suplementares, regra de maioria e assim por diante, são inevitáveis. Isso pode ser verdadeiro em relação aos sistemas atuais, mas não se mantém verdadeiro quanto aos mesmos sistemas após uma avaliação completa dos pontos a serem decididos pelos grupos de acordo com procedimentos coercitivos.

Os grupos de decisão frequentemente nos fazem lembrar de grupos de assaltantes, sobre os quais o eminente intelectual americano Lawrence Lowell uma vez observou que não constituem uma “maioria”, quando — após terem esperado por um viajante em um lugar ermo — roubam-lhe a carteira. Segundo Lowell, esse punhado de gente não é o que se pode chamar de “maioria”, em comparação com o homem que foi roubado. Nem este último pode ser chamado de “minoria”. Existem proteções constitucionais e, é claro, uma legislação penal, nos Estados Unidos assim como em outros países, que tendem a impedir a formação dessas “maiorias”. Infelizmente, muitas maiorias em nossa época não raro têm muito em comum com essa “maioria” peculiar descrita por Lawrence Lowell. São maiorias legais, constituídas de acordo com a lei escrita e com as constituições, ou pelo menos de acordo com interpretações bastante flexíveis das constituições de muitos países contemporâneos. Sempre que, por exemplo, uma maioria de pretensos “representantes do povo” trata de conseguir uma decisão de grupo, como por exemplo os atuais Landlord and Tenant Acts — leis de inquilinato — na Inglaterra, ou normas legais similares, na Itália ou em qualquer outro lugar, destinadas a forçar os proprietários a manterem, em seus imóveis, por um aluguel baixo, contra sua vontade e contra todos os acordos prévios, inquilinos que poderiam facilmente pagar, na maioria dos casos, um aluguel compatível com o mercado; não vejo qualquer razão para distinguir

essa maioria daquela descrita por Lawrence Lowell. Há apenas uma diferença: esta última é proibida pela lei escrita do país, enquanto a outra é presentemente permitida.

Na verdade, a característica comum às duas «maiorias» é o constrangimento exercido por parte de um certo número maior de pessoas sobre um outro menor, impondo-lhe condições que jamais experimentaria, se pudesse fazer escolhas livres e negociar livremente com o primeiro. Não há qualquer razão para se supor que os indivíduos pertencentes a essas maiorias teriam um sentimento diferente do de suas atuais vítimas, se os primeiros pertencessem às minorias as quais trataram de constranger. Então, as palavras do Evangelho, que são pelo menos tão antigas quanto a filosofia confuciana, e que provavelmente constituem uma das regras mais admiravelmente concisas da filosofia da liberdade individual — «Não faça ao próximo o que não gostaria que fizessem a você» —, vêm sendo modificadas, por todas as maiorias do tipo mencionado por Lowell, para: «Faça ao próximo o que não gostaria que fizessem a você.» Schumpeter estava certo a esse respeito, quando disse que a «vontade geral» é um logro, nas comunidades políticas modernas. Se consideramos todos os casos de decisões de grupo como os que mencionei, temos de concordar com ele. Aqueles pertencentes ao lado vencedor do grupo dizem que estão decidindo em favor do interesse comum e de acordo com a «vontade geral».

Mas sempre que as decisões obrigam minorias a abrirem mão de seu dinheiro, ou a manterem em seus imóveis pessoas que não desejam ali, não há unanimidade entre os membros do grupo. É verdade que muitos consideram a própria falta de unanimidade uma boa razão para invocar decisões de grupo e procedimentos coercitivos. Entretanto, essa não é uma objeção séria à reforma que estou propondo. Se considerarmos que um dos principais fins de uma reforma dessas seria restaurar a liberdade individual como liberdade contra a coerção de outras pessoas, não encontraremos qualquer razão para dar um lugar, em nosso sistema, àquelas decisões que envolvam o exercício da coerção sobre um número menor de pessoas em proveito de outras, mais numerosas. Não poderia haver qualquer «vontade geral» nesses tipos de decisão, a não ser que simplesmente se identificasse a «vontade geral» com a vontade das maiorias, a despeito da liberdade dos integrantes das minorias.

Por outro lado, «vontade geral» tem um sentido muito mais convincente do que o adotado pelos defensores das decisões de grupo. É a vontade que **emerge da colaboração de todas as pessoas envolvidas, sem qualquer recurso às decisões de grupo e aos grupos de decisão.** Essa vontade geral cria e mantém vivas as palavras na

linguagem comum, da mesma forma como cria e mantém em vigor convenções e compromissos entre várias partes, sem qualquer necessidade de coerção nas relações entre os indivíduos; exalta artistas populares, escritores, atores ou lutadores; e cria e mantém vivas modas, normas de cortesia, regras morais e assim por diante. Essa vontade é “geral”, no sentido de que todos esses indivíduos que participam de sua manifestação e exercício, em uma comunidade, são livres para fazê-lo, enquanto que todos aqueles que eventualmente não concordam são igualmente livres, por sua vez, para discordar sem serem forçados, por outras pessoas, a aceitar as decisões destas. Sob um sistema como esse, todos os membros da comunidade parecem concordar, em princípio, sobre quais sentimentos, ações, formas de comportamento etc., por parte de indivíduos pertencentes à comunidade, são perfeitamente admissíveis e permissíveis sem incomodar ninguém, independentemente do número de indivíduos que se portem e ajam dessa forma.

Sim, esse é mais um modelo teórico da “vontade geral” do que uma situação historicamente apurável em todos seus detalhes. Mas a História oferece-nos exemplos de sociedades nas quais se pode dizer que a “vontade geral” existiu da forma aqui descrita. Mesmo atualmente e mesmo naqueles países em que métodos coercivos são largamente aplicados, ainda existem muitas situações em que uma verdadeira “vontade geral” emerge, e ninguém poderia contestar seriamente sua existência ou desejar um estado de coisas diferente.

Vejamos, agora, se conseguimos imaginar uma “vontade geral” que se reflita não apenas na linguagem corrente, ou em uma lei comum, ou em modas comuns, gostos etc., mas também nas decisões de grupo, com toda sua parafernália de procedimentos coercitivos.

Literalmente, devemos concluir que nenhuma decisão de grupo que não seja unânime, pode ser a expressão de uma vontade comum a todas as pessoas que participaram daquela decisão em um dado momento. Mas em alguns casos, as decisões são tomadas contra as minorias, como por exemplo, quando um júri chega a um veredito contra um ladrão ou assassino, que, por sua vez, não hesitaria em adotar ou em favorecer a mesma decisão, se tivesse ele sido a vítima de outras pessoas em crime idêntico. Um fato observado repetidas vezes desde os tempos de Platão é que mesmo piratas e ladrões viam-se obrigados, na realidade, a admitir uma lei **comum** a todos eles, para que seus bandos não fossem dissolvidos ou destruídos a partir de seu interior. Se levamos esses fatos em consideração, podemos dizer que existem decisões que, mesmo não refletindo sempre a vontade de todos os membros do grupo, podem ser consideradas “comuns” a este, na medida em que todos as aceitam sob circuns-

tâncias semelhantes. Creio que esse é o núcleo da verdade, em certas considerações paradoxais feitas por Rousseau que parecem um tanto tolas a seus adversários ou leitores superficiais. Ao dizer que um criminoso quer sua própria condenação, uma vez que concordou previamente com outras pessoas em punir todos os criminosos e a ele mesmo também, se fosse o caso, o filósofo francês faz uma declaração que, se tomada ao pé da letra, não tem sentido. Mas não é infundada a suspeita de que todo criminoso admitiria e até mesmo exigiria a condenação de outros criminosos nas mesmas circunstâncias. Nesse sentido, existe, por parte de todo membro de uma comunidade, uma “vontade geral” de impedir e, eventualmente, de punir certos tipos de comportamento definidos como crime naquela sociedade. O mesmo se aplica mais ou menos a todos os outros tipos de comportamento chamados delitos, nos países de língua inglesa, ou seja, formas de comportamento que, de acordo com uma convicção comumente compartilhada, não são permitidas na comunidade.

Há uma diferença óbvia entre o objeto das decisões de grupo relacionadas à condenação de formas de comportamento como crimes ou delitos e o das decisões relacionadas a outras formas de comportamento, como as impostas aos proprietários nas leis anteriormente referidas. No primeiro caso, são pronunciadas sentenças, pelo grupo, contra um indivíduo ou uma minoria de membros individuais do grupo que cometeu o roubo dentro do próprio grupo. No último caso, são tomadas decisões que consistem precisamente em cometer algum roubo contra outras pessoas, a saber, contra pessoas pertencentes a uma minoria do grupo. No caso anterior, todos, incluindo cada membro da minoria condenada por roubo, aprovariam a condenação em qualquer outra circunstância que não a sua; ao passo que no último caso acontece exatamente o contrário: a decisão — por exemplo, roubar uma minoria dentro de um grupo — não receberia a aprovação dos membros da maioria vencedora, em qualquer circunstância que os colocasse, eles próprios, no lugar da vítima. Mas em ambos os casos todos os membros dos grupos envolvidos de fato sentem, como vimos, que algumas formas de comportamento são condenáveis. Isso é o que nos permite dizer que de fato existem decisões de grupo que podem corresponder a uma “vontade geral”, se pudéssemos presumir que o objeto dessas decisões seria aprovado, em idênticas circunstâncias, por todos os membros do grupo, inclusive pela minoria que funciona como suas vítimas. Por outro lado, não podemos considerar como correspondentes à “vontade geral” de um grupo decisões que não seriam aprovadas, em idênticas circunstâncias, por qualquer dos integrantes, incluindo os membros majoritários então beneficiados.

As decisões de grupo do segundo tipo teriam de ser eliminadas por inteiro do mapa que descreve o campo das decisões de grupo adequadas, ou necessárias, nas sociedades contemporâneas. Todas as decisões de grupo do primeiro tipo permaneceriam no mapa, após uma apuração rigorosa de seus objetivos. Certamente não imagino que eliminar tais decisões de grupo seja, hoje, uma tarefa fácil. Eliminar todas as decisões de grupo tomadas por maiorias do tipo descrito por Lowell significaria terminar de uma vez por todas com a espécie de guerra legal que coloca grupo contra grupo, na sociedade contemporânea, por causa da perpétua tentativa de seus respectivos membros de constrangerem, em seu próprio benefício, outros membros da comunidade a aceitarem ações e tratamentos “desprodutivos”. Desse ponto de vista, poder-se-ia aplicar, a uma parte notável da legislação contemporânea, a definição que o teórico alemão Clausewitz aplicou à guerra, a saber, que esta é um meio de se chegar àqueles fins que já não podem mais ser alcançados através de uma negociação usual. Foi esse conceito de prevalência da lei como instrumento de propósitos seccionais que inspirou a Bastiat, há um século atrás, sua famosa definição de estado: “*L’État, la grande fiction à travers laquelle tout le monde s’efforce de vivre au dépens de tout le monde*” — Aquela grande entidade fictícia através da qual todos procuram viver às custas de todos. Devemos admitir que essa definição ainda é válida nos dias de hoje.

Um conceito agressivo de legislação a serviço de interesses seccionais subverteu o ideal de sociedade política como uma entidade homogênea, senão como uma sociedade. As minorias constrangidas a aceitarem os resultados da legislação com os quais jamais concordariam em outras condições sentem-se tratadas injustamente e aceitam sua situação apenas para evitar o pior; ou consideram-na como um pretexto para obterem em seu favor outras leis, que, por sua vez, prejudicam outras pessoas. Talvez esse quadro não se aplique tanto aos Estados Unidos quanto a várias nações da Europa, nas quais os ideais socialistas serviram a tantos interesses setoriais de maiorias transitórias, bem como de maiorias permanentes, dentro de cada país. Mas basta que eu faça referência a leis como o Norris La-Guardia Act, para convencer meus leitores de que o que estou dizendo se aplica também a este país. Aqui, entretanto, os privilégios legais em favor de grupos particulares são em geral sustentados não por um outro grupo particular, como é o caso nos países europeus, mas por todos os cidadãos em sua qualidade de contribuintes.

Felizmente para todas as pessoas que esperam que a revisão cartográfica que sugeri mais cedo ou mais tarde tenha lugar, as decisões de grupo em nossa sociedade não são todas do tipo inquietante que acabo de considerar, e nem as maiorias são todas da espécie conceituada por Lowell.

As decisões de grupo que figuram em nossos mapas políticos atuais, dizem respeito também a objetos que estariam melhor localizados no mapa das decisões individuais. Esses assuntos, por exemplo, são cobertos pela legislação contemporânea sempre que esta se limita a compendiar o que é comumente tido como um direito ou um dever pela população de um país. Desconfio de que muitos daqueles que invocam as leis escritas contra os poderes arbitrários dos indivíduos, sejam tiranos, funcionários públicos ou até mesmo maiorias transitórias, como as que prevaleceram em Atenas na segunda metade do século V A.C., que, de uma maneira mais ou menos consciente, pensam em leis como um simples compêndio das normas não escritas já adotadas por todas as pessoas em dada sociedade. De fato, muitas regulamentações escritas poderiam e ainda podem ser consideradas meramente como epítomes de regras não escritas, pelo menos no que se refere a seu conteúdo, senão à intenção dos legisladores envolvidos. Um caso clássico é o *Corpus Jûris* Justiniano. Isso é verdadeiro, não obstante o fato de que, de acordo com a intenção explícita daquele imperador, que — não devemos esquecer — pertencia a um país e a um povo inclinado a identificar a lei da terra com sua lei escrita, a totalidade do *Corpus Jûris* teve de ser adotada por seus súditos como uma lei sancionada e decretada pelo próprio imperador.

Entretanto, uma relação estrita entre o ideal do *Corpus Jûris*, enquanto uma lei escrita, e a lei comum, ou não escrita, realmente nele incorporada, era evidenciada de maneira indelével pelo conteúdo do *Corpus*. De fato, a parte central e mais duradoura deste, as chamadas *Pandectae* ou *Digesta*, consistia inteiramente de sentenças dos juristas romanos antigos relacionadas ao direito não escrito. Seus trabalhos foram recolhidos e selecionados por Justiniano — que, casualmente, pode ser considerado o editor da *Reader's Digest* mais famosa de todos os tempos — para serem apresentados a seus súditos como uma formulação específica de suas próprias ordens pessoais. E verdade que, de acordo com os estudiosos modernos, a compilação de Justiniano, sua seleção e assimilação foram possivelmente traiçoeiras, pelo menos em vários casos em que são levantadas dúvidas razoáveis a respeito da autenticidade de textos incluídos no *Corpus* — supostamente pertencentes às obras de antigos juristas romanos, como Paulus ou Ulpian. Mas não se discute, entre os acadêmicos, a autenticidade da seleção como um todo. Até mesmo as dúvidas a respeito da autenticidade da seleção, em casos específicos, foram de certa forma abandonadas, recentemente, pela maioria dos estudiosos.

Por sua vez, a seleção justiniana foi objeto de um processo semelhante por parte dos juristas continentais, na Idade Média e nos tempos modernos, antes dessa nossa era de códigos e constituições

escritas. Para os juristas continentais daqueles dias, não se tratava de “selecionar”, da forma como fez Justiniano, mas de “interpretar”, ou seja, tornar flexível o sentido dos textos de Justiniano, sempre que era necessário dar expressão a novas exigências, mesmo deixando de lado o conjunto válido de sua essencialidade, até recentemente, enquanto lei da terra, na maioria dos países continentais da Europa. Então, ao passo que o antigo imperador transformara o direito consuetudinário constatado pelos juristas romanos em lei escrita formalmente aprovada por ele, os juristas medievais e modernos, antes da promulgação dos códigos atuais, por sua vez transformaram a lei formalmente decretada de Justiniano em uma nova lei constatada pelos juristas, em uma *Juristenrecht*, como os alemães costumavam chamá-la, que era aproximadamente uma edição revisada do *Corpus* justiniano e, por isso mesmo, do antigo direito romano.

Para sua grande surpresa, um italiano colega meu descobriu, há alguns anos atrás, que o *Corpus* de Justiniano era ainda literalmente válido em alguns países do mundo — por exemplo, na África do Sul. Uma cliente sua, uma senhora residente na Itália e que possuía propriedades na África do Sul, encarregou-o de transações referentes a essas propriedades, do que ele se incumbiu devidamente. Mais tarde, seu correspondente da África do Sul solicitou que lhe enviasse uma declaração assinada pela senhora, onde esta renunciava, dali em diante, ao privilégio conferido às mulheres pelo *Senatus Consultum Velleianum*, ou seja, um dispositivo promulgado pelo Senado Romano, há dezenove séculos, autorizando as mulheres a voltarem atrás em suas palavras e em geral a se recusarem a manter certos compromissos. Esses sábios senadores romanos estavam cientes do fato de que as mulheres tendem a mudar de ideia, e de que, por isso, seria injusto cobrar delas a mesma consistência que era em geral exigida dos homens pela lei da terra. O resultado do dispositivo do Senado, imagino, foi levemente diferente do esperado pelos senadores. Após a aprovação do *Senatus Consultum*, as pessoas passaram a raramente fazer contratos com mulheres. Uma solução para essa inconveniência foi finalmente encontrada ao se admitir que as mulheres poderiam renunciar ao privilégio do *Senatus Consultum* antes de assinarem certos contratos, como o de venda de uma terra. Meu colega enviou para a África do Sul uma renúncia do direito de sua cliente de invocar o *Senatus Consultum Velleianum*, assinado pela senhora, e a venda foi realizada dentro dos trâmites adequados.

Quando me contaram essa história, refleti, divertido, que há povos que pensam que tudo do que precisamos para sermos felizes são novas leis. Pelo contrário, temos evidências históricas impressionantes que sustentam a conclusão de que mesmo a legislação, em muitos casos,

após séculos e gerações, tem refletido muito mais um processo espontâneo de formulação de leis do que a determinação arbitrária de uma decisão de maioria tomada por um grupo de legisladores.

A palavra alemã *Rechtsfindung*, isto é, a operação de **encontrar** a lei, parece dar conta da ideia central do *Juristenrecht* e da atividade dos juristas da Europa Continental como um todo. A lei era concebida não como algo **promulgado**, mas como algo existente, que era necessário encontrar, **descobrir**. Essa operação não devia ser conduzida diretamente através da apuração do significado dos compromissos humanos, ou dos sentimentos humanos, em relação a direitos e deveres, mas antes de tudo — pelo menos aparentemente — através da determinação do significado de um texto escrito há dois mil anos, como a compilação de Justiniano.

Essa ideia é interessante, de nosso ponto de vista, na medida em que nos oferece uma evidência do fato de que **a lei escrita não é, ela própria, necessariamente uma legislação, isto é, uma lei decretada**. O *Corpus Juris* de Justiniano na Europa Continental não era mais uma legislação, pelo menos no sentido técnico da palavra, isto é, uma lei promulgada pela autoridade legislativa dos países europeus. (Isso talvez pudesse agradar àqueles que se apegam ao ideal de efetividade da lei no sentido de fórmula precisamente enunciada, sem sacrificar o ideal da efetividade da lei tido como a possibilidade de planejamento a longo prazo.)

Os códigos da Europa Continental oferecem outro exemplo de um fenômeno do qual muito poucas pessoas estão a par, hoje em dia, ou seja, a relação estreita entre o ideal de uma lei formalmente decretada e o ideal de uma lei cujo conteúdo é, na realidade, independente da legislação. Esses códigos podem ser considerados, por sua vez, sobretudo como epítomes do *Corpus Juris* justiniano e das interpretações que a compilação de Justiniano tem recebido dos juristas europeus, durante vários séculos da Idade Média e nos tempos modernos, antes da promulgação dos códigos.

Poderíamos comparar os códigos da Europa Continental, em certa medida, com as declarações oficiais que as autoridades, por exemplo nos *município*, italianos dos tempos romanos, costumavam fazer para certificar a pureza e o peso dos metais empregados pelos particulares na cunhagem de moedas, enquanto que a legislação atual pode ser comparada, em geral, à interferência dos governos contemporâneos na determinação do valor das notas inconvertíveis de sua moeda corrente (Infelizmente, a própria moeda corrente é um exemplo flagrante da legislação no sentido contemporâneo, ou seja, de uma decisão de grupo

cujo resultado é de que alguns membros do grupo são sacrificados em benefício de outros, enquanto isso não poderia acontecer, se os primeiros pudessem escolher livremente quê dinheiro aceitar ou recusar).

Os códigos da Europa Continental, como o Código Napoleônico, o Código Austríaco de 1811 ou o Código Alemão de 1900, foram o resultado de várias críticas às quais a compilação justiniana, já transformada em *Juristenrecht*, foi submetida. Um desejo de efetividade da lei, no sentido da precisão verbal, foi uma das principais razões para a codificação sugerida. As *Pandectae* mostraram-se um sistema de regras frágil; muitas delas poderiam ser consideradas como itens específicos de uma regra mais geral, que os juristas romanos nunca se incomodaram em formular. Na realidade, eles se abstiveram deliberadamente de tais formulações, na maioria das vezes para evitar tornarem-se prisioneiros de suas próprias regras, toda vez que tivessem de lidar com casos sem precedentes. Com efeito, havia uma contradição na compilação justiniana. O imperador tentou transformar em um sistema **fechado** e planejado o que os advogados romanos sempre consideraram um sistema **aberto** e espontâneo, mas ele tentou fazê-lo utilizando-se do trabalho desses mesmos advogados. Assim, o sistema justiniano mostrou-se aberto demais, para um sistema fechado, enquanto que o *Juristenrecht*, por sua vez, funcionando de sua maneira gradativa típica, aumentou a contradição original do sistema justiniano, em vez de reduzi-la.

A codificação representou um passo considerável em direção à ideia de Justiniano de que o direito é um sistema fechado, a ser planejado por especialistas, sob a orientação das autoridades políticas, mas isso implicava também que o planejamento devia estar mais relacionado à forma da lei do que a seu conteúdo.

Assim, um eminente acadêmico alemão, Eugen Ehrlich, escreveu que “a reforma do direito, no Código Alemão de 1900 e nos códigos continentais precedentes, era mais aparente do que real”.⁷⁷ O *Juristenrecht* passou quase que sem modificação para os novos códigos, embora de forma um tanto condensada, cuja interpretação ainda implicava conhecimento substancial da literatura jurídica mais antiga do Continente.

Infelizmente, depois de certo tempo, o ideal recém-adotado de dar forma legislativa a um conteúdo não legislativo provou ser contraditório. O direito não legislativo está sempre mudando, apesar de vagarosa e clandestinamente. Não pode ser transformado em um sistema fechado mais do que o pode a linguagem coloquial, apesar das tenta-

⁷⁷ Eugen Ehrlich, *Juristische logik* (Tubingen: Mohr, 1918), p.166.

tivas feitas por acadêmicos, em vários países, como os criadores do Esperanto e de outras línguas artificiais. Mas a solução adotada para esse inconveniente mostrou-se ineficaz. Novas leis escritas tiveram de ser aprovadas para modificar os códigos, e gradualmente o original sistema fechado ficou rodeado e sobrecarregado com uma enorme quantidade de outras regras escritas, cuja acumulação é um dos aspectos mais impressionantes dos sistemas legais europeus atuais. Não obstante, nos países europeus os códigos ainda são considerados como o núcleo do direito, e, na medida em que seu conteúdo original ainda tem sido preservado, podemos reconhecer neles a relação entre o ideal de uma lei formalmente decretada e um conteúdo que se remete à lei não escrita que motivara a compilação de Justiniano.

Se consideramos, por outro lado, o que aconteceu há relativamente pouco tempo nos países de língua inglesa, podemos facilmente encontrar exemplos do mesmo processo. Vários atos do Parlamento são mais ou menos epítomes das *rationes decidendi* elaboradas pelos tribunais de justiça, durante um longo processo que se estende por toda a história do direito consuetudinário.

Aqueles familiarizados com a história do direito consuetudinário inglês concordarão, ao se lembrarem, por exemplo, de que o Infant Relief Act de 1874 não fez nada além de reforçar a lei consuetudinária segundo a qual os contratos em que uma das partes fosse menor de idade eram anuláveis à opção do menor. Para tomar outro exemplo, o Sale of Goods Act de 1893 tornou estatutária a lei consuetudinária de que, quando são vendidos bens em leilão, na ausência de uma intenção contrária expressa, o mais alto lance constitui a oferta, e a batida do martelo constitui a aceitação. Por sua vez, várias outras leis, como o Statute of Frauds Act de 1677 ou o Law of Property Act de 1925, tornaram estatutárias outras regras do direito consuetudinário — como a regra de que certos contratos eram inválidos, a não ser que fossem evidenciados por escrito —, e o Companies Act de 1948, que obrigava os promotores de companhias a exporem certos pontos específicos, em seus prospectos, constituía a mera aplicação, a um caso particular, de algumas regras determinadas pelos tribunais relacionadas com a má interpretação dos contratos. Seria supérfluo citar mais exemplos.

Finalmente, como Dicey já observou, muitas constituições e declarações de direitos podem ser consideradas, por sua vez, não como criações de *nihilo*, por parte de Solons modernos, mas como epítomes mais ou menos diligentes de um conjunto de *rationes decidendi* que os tribunais de justiça, na Inglaterra, descobriram e aplicaram, passo a passo, a decisões que dizem respeito aos direitos de certos indivíduos.

O fato de tanto as constituições quanto os códigos escritos, apesar de apresentados no século dezanove como direito promulgado, na realidade refletirem em seu conteúdo um processo de formulação de leis baseado essencialmente no comportamento espontâneo de indivíduos privados, através dos séculos e gerações, poderia e ainda pode induzir pensadores liberais a considerarem a lei escrita — concebida como um conjunto de regras gerais precisamente enunciadas — como um meio indispensável à preservação da liberdade individual em nosso tempo.

De fato, as regras incorporadas aos códigos escritos e às constituições escritas poderiam parecer a mais fiel expressão dos princípios liberais, na medida em que refletem um longo processo histórico, cujo resultado não foi, em sua essência, um direito formulado por legisladores e sim um direito formulado por um juiz ou por um jurista. É como descrevê-lo como uma lei “formulada por todos”, como as exaltadas pelo velho Catão, o Censor, como a principal causa da grandeza do sistema romano.

O fato de que regras decretadas — ainda que de espírito geral, precisamente enunciadas, teoricamente imparciais e ainda «efetivas», em alguns aspectos — também pudessem ter um conteúdo bastante **incompatível** com a liberdade individual foi negligenciado pelos proponentes continentais dos códigos escritos e especialmente das constituições escritas. Estavam convencidos de que o *Rechtsstaat* ou o *état de droit* correspondiam perfeitamente ao **estado de direito** inglês e eram, inclusive, preferíveis a ele, por terem uma formulação mais clara, mais compreensiva e mais efetiva. Quando o *Rechtsstaat* foi corrompido, essa convicção logo se desfez em desilusão.

Em nossa época, facções subversivas de todos os tipos, ao tentarem modificar o conteúdo dos códigos e constituições, tiveram facilidade em fingir que estavam mantendo o respeito pela ideia clássica do *Rechtsstaat* em sua preocupação pela “generalidade”, “igualdade” e “efetividade” das regras escritas, aprovadas pelos “representantes” do “povo” de acordo com a regra da maioria. A ideia do século dezanove de que o *Juristenrecht* do Continente fora restabelecido com sucesso e até mais claramente reescrito nos códigos — e que, mais ainda, os princípios subjacentes à constituição do povo inglês formulada por juízes foram transferidos com sucesso para as constituições escritas promulgadas pelos corpos legislativos — pavimentou o caminho para um novo e sagrado conceito de *Rechtsstaat* — um estado de direito no qual todas as regras tinham de ser promulgadas pela legislatura. O fato de que nos códigos e constituições originais do século dezanove a legislatura se restringia sobretudo a epitomar uma lei que não tinha sido promulgada, foi gradualmente esquecido, ou considerado

de pouca significância, em comparação ao fato de que tanto os códigos quanto as constituições haviam sido promulgados por legislaturas cujos membros eram os “representantes” do povo.

Simultaneamente a esse fato teve lugar outro, também destacado pelo professor Ehrlich. O *Juristenrecht* introduzido aos códigos fora condensado, mas de uma forma em que os advogados contemporâneos podiam compreendê-lo facilmente, tendo como referência uma bagagem jurídica com a qual estavam perfeitamente familiarizados, antes da aprovação dos códigos.⁷⁸ No entanto, os advogados da segunda geração não mais foram capazes disso. Estes se acostumaram a se referirem muito mais ao código em si do que a sua bagagem histórica. Aridez e pobreza, de acordo com Ehrlich, eram os aspectos característicos dos comentários da segunda e das subsequentes gerações de advogados da Europa Continental — o que evidencia o fato de que a atividade dos advogados não pode permanecer em alto nível, se baseada apenas em uma lei escrita, sem a bagagem de uma longa tradição.

A consequência mais importante da nova tendência foi a de que as pessoas, no Continente e, em certa medida, nos países de língua inglesa, acostumaram-se mais e mais a conceber a totalidade do direito como lei escrita, ou seja, como uma série única de decretos por parte dos corpos legislativos, de acordo com a regra da maioria.

Assim, o direito como um todo começou a ser considerado como o resultado de decisões de grupo, em vez de escolhas individuais, e alguns teóricos — como o professor Hans Kelsen — chegaram ao ponto de negar até mesmo a possibilidade de se falar de comportamento jurídico ou político, por parte dos indivíduos, sem se fazer referência a um conjunto de regras coercitivas através do qual todo comportamento deve ser qualificado como “legal” ou não.

Outra consequência desse conceito revolucionário do direito em nossos tempos foi a de que o processo de formulação de leis passou a não ser mais encarado como algo ligado principalmente a uma atividade teórica por parte dos especialistas como juízes ou advogados, mas ao mero desejo da maioria vencedora dentro dos corpos legislativos. O princípio da “representação” veio assegurar, por sua vez, uma suposta ligação entre essas maiorias vencedoras e cada indivíduo, concebido como um membro do eleitorado. Assim, a participação dos indivíduos no processo de formulação de leis deixou de ser efetiva e se tornou cada vez mais uma espécie de cerimônia vazia, realizada periodicamente nas eleições gerais de um país.

⁷⁸ *Ibid.* p.167.

O processo espontâneo de formulação de leis, antes da promulgação dos códigos e constituições do século dezanove, não era, de maneira alguma, único, se considerado em relação a outros processos espontâneos, como o da linguagem comum ou das transações econômicas do dia-a-dia, ou da mudança da moda. Um aspecto característico de todos esses processos é o de que são realizados através da colaboração voluntária de um número enorme de indivíduos, cada um dos quais tendo uma parte no próprio processo, de acordo com sua disposição e sua habilidade para manter ou mesmo modificar a presente condição das questões econômicas, da língua, da moda etc. Não há qualquer decisão de grupo, nesse processo, que obrigue qualquer pessoa a adotar uma nova palavra, em vez de uma antiga, ou a vestir um novo tipo de roupa, em vez de uma fora de moda, ou a preferir um filme, e não uma peça. Certo, os dias de hoje oferecem o espetáculo de enormes grupos de pressão cuja propaganda destina-se a fazer com que as pessoas se engajem em novas transações econômicas, ou adotem novas modas, ou mesmo novas palavras e idiomas, como o Esperanto ou o Volapuque. Não podemos negar que esses grupos podem ter grande influência, modificando as escolhas dos indivíduos, mas isso nunca se dá através da coerção. Confundir pressão ou propaganda com coerção seria um erro semelhante ao que observamos na análise de outras confusões relacionadas ao significado de “coerção”. Algumas formas de pressão podem ser associadas à coerção ou até identificadas com esta. Mas elas estão sempre ligadas à coerção no sentido adequado da palavra, como ocorre, por exemplo, quando os habitantes de um país são proibidos de importar revistas e jornais estrangeiros ou escutar transmissões estrangeiras, ou simplesmente sair do país. Nesses casos, a propaganda e a pressão, dentro do país, são muito semelhantes a certas formas de coerção propriamente dita. As pessoas não podem ouvir a propaganda que preferem, não podem fazer uma seleção de informação e às vezes não podem sequer evitar de escutar as transmissões ou de ler os jornais editados sob a orientação dos governantes do país.

Situação semelhante acontece no terreno econômico, quando monopólios são estabelecidos dentro de um país com a ajuda da legislação — ou seja, de decisões de grupo e coerções —, com o propósito, por exemplo, de impedir ou limitar a importação de bens produzidos por concorrentes potenciais em países estrangeiros. Aqui também os indivíduos são submetidos de alguma forma à coerção, mas a causa desta não é determinada por qualquer ação ou comportamento, por parte dos indivíduos, no processo ordinário de colaboração espontânea que já descrevi.

Casos especiais, como os dos artifícios subliminares ou da publicidade invisível, através de raios infravermelhos que agem em nossos

olhos e, dessa forma, em nossos cérebros, ou publicidade e propaganda obsessivas, que não se pode evitar de ver ou ouvir, podem ser considerados contrários às regras já comumente aceitas em qualquer país civilizado, na intenção de proteger a todos contra a coerção alheia. Esses casos podem ser acertadamente considerados, por isso, como casos de coerção a serem evitados através da aplicação de regras já existentes, no interesse da liberdade individual.

Agora, a legislação prova ser finalmente um instrumento muito menos óbvio e muito menos comum do que pareceria ser, se não estivéssemos atentos ao que está acontecendo em outros campos importantes da ação humana e do comportamento. Ouso dizer ainda que a legislação, especialmente se aplicada às inúmeras escolhas que os indivíduos fazem em seu cotidiano, demonstra ser algo absolutamente excepcional e mesmo contrário ao resto dos acontecimentos na sociedade. O contraste mais impressionante entre a legislação e os outros processos da atividade humana emerge sempre que comparamos aquela às realizações da ciência. Diríamos até que esse é um dos maiores paradoxos da civilização contemporânea: desenvolvemos métodos científicos a um nível tão surpreendente e ao mesmo tempo estendemos, acrescentamos e promovemos procedimentos antitéticos, como os dos grupos de decisão e a regra de maioria.

Nenhum resultado verdadeiramente científico jamais foi atingido através de decisões de grupo e regra de maioria. Toda a história da ciência moderna no Ocidente evidencia o fato de que nenhuma maioria, nenhum tirano e nenhuma coerção podem prevalecer, a longo prazo, contra os indivíduos, quando estes são capazes de provar, de alguma forma definida, que suas próprias teorias científicas funcionam melhor do que as dos outros, e que sua própria visão das coisas soluciona os problemas e dificuldades melhor do que a os outros, independentemente do número, da autoridade ou do poder destes últimos. Na realidade, a história da ciência moderna, se considerada sob esse ponto de vista, constitui a evidência mais convincente do fracasso dos grupos de decisão e das decisões de grupo baseados em algum procedimento coercitivo e, mais genericamente, do fracasso da coerção exercida sobre os indivíduos como uma pretensa forma de promover o progresso científico e de atingir resultados científicos. O julgamento de Galileu, na aurora de nossa era científica, é nesse sentido um símbolo de toda sua história, pois muitos julgamentos, desde então e até os dias de hoje, ocorreram em vários países nos quais foram feitas tentativas de se constrianger cientistas individuais a abandonarem alguma tese. Mas jamais alguma tese científica foi estabelecida ou abandonada, no fim, como resultado de qualquer que fosse a coerção exercida sobre cientistas individuais por tiranos fanáticos e maiorias ignorantes.

Ao contrário, a pesquisa científica é o exemplo mais óbvio de um processo espontâneo envolvendo a colaboração livre de inúmeros indivíduos, cada um dos quais tendo uma participação proporcional a sua disposição e a suas habilidades. O resultado total dessa colaboração jamais foi antecipado ou planejado por grupos ou indivíduos privados. Ninguém poderia sequer afirmar qual seria o resultado dessa colaboração, sem apurá-lo cuidadosamente a cada ano, senão todos os meses e dias ao longo de toda a história da ciência.

O que teria acontecido, nos países do Ocidente, se o progresso científico tivesse sido confinado às decisões de grupo e à regra da maioria, com base em princípios como o da “representação” dos cientistas, concebidos como membros de um eleitorado — sem falar de uma “representação” das pessoas em geral? Platão delineou uma situação dessas em seu diálogo *Politikos*, quando contrastou a assim chamada ciência de governar e as ciências em geral com as leis escritas aprovadas pela maioria, nas democracias da Grécia antiga. Um dos personagens do diálogo propõe que as regras da medicina, da navegação, da matemática, da agricultura e de todas as ciências e técnicas na época conhecidas fossem fixadas por regras escritas — *syngrammata* — promulgadas por legislaturas. Está claro, concluem os outros personagens do diálogo, que nesse caso todas as ciências e técnicas irão desaparecer, sem qualquer esperança de ressurreição, banidas por uma lei que irá impedir toda pesquisa; e a vida, acrescentam com tristeza, que já é tão dura, se tornará de todo impossível.

Porém, a conclusão final desse diálogo platônico é bastante diferente. Apesar de não podermos aceitar um estado de coisas como esse no terreno da ciência, devemos, diz Platão, aceitá-lo no campo de nosso direito e de nossas instituições. Ninguém seria tão esperto e tão honesto a ponto de governar seus concidadãos, em negligência às leis fixadas, sem causar muito mais inconvenientes do que através de um sistema de legislação rígido.

Essa conclusão inesperada é bastante semelhante às dos autores dos códigos escritos e das constituições escritas do século dezanove. Tanto Platão quanto esses teóricos contrastaram as leis escritas com as ações arbitrárias de um governante e defenderam que as primeiras eram preferíveis a estas últimas, uma vez que nenhum governante individual poderia ter sabedoria suficiente para assegurar o bem-estar comum de seu país.

Não tenho qualquer objeção a essa conclusão, contanto que aceitemos sua premissa: a saber, que as ordens arbitrárias dos tiranos são a única alternativa às regras escritas.

A História, entretanto, fornece-nos uma abundância de evidências que sustentam a conclusão de que essa alternativa não é a única, nem mesmo a mais significativa, para as pessoas que valorizam a liberdade individual. Seria muito mais consistente com a evidência histórica apontar uma outra alternativa — por exemplo, entre regras arbitrárias estabelecidas por indivíduos ou grupos privados, por um lado, e participação espontânea, no processo de formulação de leis, por parte de cada um e todos os habitantes de um país, de outro.

Se encaramos a alternativa sob essa luz, não há dúvida sobre, a escolha em favor da liberdade individual, concebida como a condição de cada homem de fazer suas próprias escolhas, sem ser constrangido por ninguém a fazer, contrariado, o que o outro lhe impõe.

Ninguém gosta de ordens arbitrárias por parte de reis, funcionários do governo, ditadores etc. Mas a legislação não é a alternativa apropriada para a arbitrariedade, pois esta, em muitos casos, pode ser — e na verdade o é — exercida com a ajuda de leis escritas as quais as pessoas são obrigadas a suportar, uma vez que ninguém participa de seu processo de formulação, com exceção de um punhado de legisladores.

O professor Hayek, que é um dos mais eminentes defensores de leis escritas, gerais e efetivas no presente como um meio de fazer face à arbitrariedade, está perfeitamente ciente do fato de que o estado de direito “não é suficiente para atingir o propósito” de salvaguardar a liberdade individual, e admite que “não é condição suficiente para a liberdade individual, na medida em que ainda deixa enorme espaço para a ação possível do estado”.⁷⁹

Essa é também a razão pela qual os livres mercados e o livre comércio, como um sistema independente o máximo possível da legislação, devem ser considerados não só como o meio mais eficiente de se obter escolhas livres de bens e serviços, por parte dos indivíduos envolvidos, **mas também como um modelo para qualquer outro sistema cujo propósito seja permitir escolhas individuais livres, inclusive aquelas relacionadas ao direito e às instituições legais.**

É claro que sistemas baseados na participação espontânea de cada um e de todos os indivíduos envolvidos não são uma panaceia. As minorias existem no mercado assim como em qualquer outro campo, e sua participação no processo nem sempre é satisfatória, pelo menos até seus membros serem numerosos o suficiente para induzirem os produtores a irem ao encontro de suas demandas. Se eu quiser

⁷⁹ F. A. Hayek, *op. cit.*, p.46.

comprar um livro raro ou um disco raro, em uma cidade pequena, talvez tenha de desistir após algumas tentativas, visto que nenhum vendedor local de livros ou de discos poderá ser capaz de satisfazer meu desejo. Mas isso não é, em absoluto, um defeito que os sistemas coercitivos pudessem evitar, a não ser que estivessemos pensando naqueles sistemas utópicos inventados por reformistas socialistas e sonhadores, que correspondem ao lema: tudo para todos de acordo com suas necessidades.

A terra da Utopia ainda não foi descoberta. Portanto, seria pouco útil criticar um sistema contrastando-o com sistemas não existentes que pudessem, talvez, evitar os defeitos do anterior.

Para resumir o que disse nesta conferência: a liberdade individual não pode ser coerente com a «vontade geral», sempre que esta última seja apenas um pretexto para dissimular o exercício da coerção, pelas majorias do tipo descrito por Lawrence Lowell, sobre minorias, que, por sua vez, jamais aceitariam a situação resultante, se fossem livres para rejeitá-la.

Contudo, quando o objeto da vontade geral é compatível com o princípio formulado pela regra «não faça aos outros o que não gostaria que os outros fizessem a você», ele é consistente com a liberdade individual. Nesse caso, as decisões de grupo são compatíveis com a liberdade individual na medida em que punem e oferecem reparações para tipos de comportamentos que todos os membros do grupo desaprovam, inclusive aqueles que evidenciam tal comportamento, se fossem eles próprios suas vítimas.

Além disso, a liberdade individual pode ser consistente com os grupos de decisão e com as decisões de grupo na medida em que estes reflitam os resultados de uma participação espontânea de todos os membros do grupo na formação de uma vontade comum, por exemplo, em um processo de formulação de leis independente da legislação. Porém, a compatibilidade entre a liberdade individual e a legislação é precária, devido a potencial contradição entre o ideal da formação espontânea de uma vontade comum e o da afirmação desta última através da coerção, como em geral acontece com a legislação.

Finalmente, a liberdade individual é perfeitamente compatível com todos aqueles processos cujo resultado é a formação de uma vontade geral sem se recorrer aos grupos de decisão e às decisões de grupo. A linguagem corrente, transações econômicas cotidianas, costumes, modas, processos espontâneos de formulação de leis e, acima de tudo, a pesquisa científica são os exemplos mais comuns e mais convincentes dessa compatibilidade — na realidade, dessa

ligação íntima — entre a liberdade individual e a formação espontânea de uma vontade geral.

Em contraste com essa forma espontânea de determinar a vontade geral, a legislação surge como um instrumento menos eficiente para se chegar a tal determinação, como fica evidente quando prestamos atenção à área significativa na qual a vontade geral foi espontaneamente determinada, nos países do Ocidente, no passado, bem como no presente.

A história evidencia o fato de que a legislação não constitui uma alternativa apropriada à arbitrariedade, mas que frequentemente acompanha as ordens vexatórias de tiranos ou de maiorias arrogantes contra todos os tipos de processos espontâneos de formação de uma vontade geral, no sentido em que descrevi.

Do ponto de vista dos defensores da liberdade individual, não é apenas uma questão de se suspeitar dos funcionários e governantes, mas também dos legisladores. Nesse sentido, não podemos aceitar a famosa definição que Montesquieu deu de liberdade como sendo «o direito de fazer tudo aquilo que as leis nos permitem fazer». Como observou Benjamin Constant, em relação a isso: «Não há qualquer dúvida de que não existe qualquer liberdade quando as pessoas não podem fazer tudo aquilo que as leis lhes permitem fazer; mas as leis podem proibir tantas coisas, de forma que podem abolir de todo a liberdade.»⁸⁰

⁸⁰ B. Constant, *Cours de politique constitutionnelle* (Bruxelas, 1851), I, 178.

ANÁLISE DE ALGUMAS DIFICULDADES

Vamos considerar algumas das objeções que poderiam ser levantadas contra um sistema no qual decisões de grupo e grupos de decisão teriam um papel muito menos importante do que atualmente se estima necessário na vida política.

Não há dúvida de que os governos atuais e as legislaturas e uma grande porcentagem das pessoas instruídas e do povo em geral acostumaram-se gradualmente, durante os últimos cem anos, a considerar a interferência das autoridades nas atividades privadas como muito mais útil do que a teriam considerado na primeira metade do século dezenove.

Se alguém hoje em dia ousa sugerir que governos inchados e legislaturas paternalistas deveriam desistir em favor da iniciativa privada, as críticas comumente ouvidas são as de que “não podemos voltar atrás” de que o tempo do *laissez-faire* se foi para sempre e assim por diante.

Devemos distinguir cuidadosamente entre o que as pessoas acreditam poder ser feito e o que seria possível ser feito para restaurar ao máximo a livre escolha individual. É claro que em política, assim como em muitas outras áreas, se tentamos atingir nossos fins de acordo com os princípios liberais, nada pode ser feito sem o consentimento de nossos concidadãos, e esse consenso depende, por sua vez, daquilo em que as pessoas acreditam. Mas, obviamente, é importante determinar, quando possível, se as pessoas estão certas ou erradas em suas opiniões, sejam elas quais forem. A opinião pública não é tudo, nem mesmo em uma sociedade liberal, apesar de a opinião ser certamente algo importante, especialmente em uma sociedade liberal. Lembro-me do que um de meus concidadãos escreveu, há alguns anos: «Um bobo é um bobo, dois bobos são dois bobos, quinhentos bobos são quinhentos bobos, mas 5 mil, para não dizer 5 milhões de bobos, são uma grande força histórica.» Não nego a verdade dessa sentença cínica, mas uma força histórica pode ser contida ou modificada, e isso se torna tanto mais provável quanto mais os fatos contrariam as crenças das pessoas. O que Hippolyte Taine disse uma vez, que 10 milhões de exemplos de ignorância não fazem o conhecimento, é verdadeiro para qualquer tipo de ignorância, inclusive a de pessoas pertencentes às sociedades políticas contemporâneas, com todo seu suplemento de procedimentos democráticos, regras de maioria e governos e legislaturas onipotentes.

O fato de que as pessoas em geral ainda acreditam que a intervenção governamental é adequada, ou na verdade necessária, mesmo nos casos em que muitos economistas a julgariam inútil e perigosa, não é um obstáculo intransponível para os defensores de uma nova sociedade. Nem há nada de errado se essa nova sociedade no final parece-se com muitas sociedades antigas e bem-sucedidas.

É certo que doutrinas socialistas, com sua condenação mais ou menos manifesta, por parte dos governos ou dos legisladores, da liberdade individual contra a coerção, ainda são mais atraentes para as multidões do presente do que a racionalização fria dos economistas. As circunstâncias para a liberdade, nessas condições, parecem desalentadoras na maioria dos países do mundo.

Não obstante, é duvidoso se as multidões são realmente os protagonistas no drama contemporâneo da opinião pública relativo à liberdade individual. Se for preciso escolher entre os defensores do ideal liberal, em nossa época, prefiro me juntar ao professor Mises do que aos pessimistas:

O principal erro do pessimismo tão alastrado e a crença de que as ideias e as políticas destrutivas de nossa era emergiram do proletariado e são uma «revolta das massas». Na verdade, as massas, precisamente por não serem criativas e não desenvolverem filosofias próprias, seguem líderes. As ideologias que produziram todos os danos e catástrofes de nosso século, não são uma façanha da turba. São proezas de pseudo-intelectuais e pseudo-estudiosos. Foram propagadas das cadeiras das universidades e dos púlpitos; foram disseminados pela imprensa, pelos romances, pelas peças de teatro, pelos filmes e pelo rádio. Os intelectuais são responsáveis pela conversão das massas ao socialismo e ao intervencionismo. Para reverter o processo, é preciso mudar a mentalidade dos intelectuais. Então, as massas os seguirão.⁸¹

Não cheguei ao ponto de pensar, como o professor Mises parece fazer, que mudar a mentalidade dos chamados intelectuais seria uma tarefa fácil. Esse professor salientou, em seu recente livro *A mentalidade anticapitalista*, que o motivo pelo qual tantos ditos intelectuais se alinham entre os inimigos da liberdade individual e da livre empresa não é apenas, ou principalmente, argumentos errados ou insuficiência de informações sobre a totalidade do assunto, mas, an-

⁸¹ Ludwig von Mises, *Planning for freedom* (South Holland, III.: Libertarian Press, 1952), último capítulo.

tes, atitudes emocionais, como por exemplo, inveja de empresários bem-sucedidos ou sentimentos de inferioridade em relação a eles. Sendo assim, um raciocínio frio e mais informação serão tão inúteis, para converter os intelectuais, quanto o seriam para converter diretamente “as pessoas obtusas e mentalmente inertes” pertencentes às massas que povoam a cena política.

Felizmente, nem todos os homens sem instrução são tão “obtusos” a ponto de serem incapazes de entender ou raciocinar corretamente por si próprios, particularmente no que diz respeito à experiência da vida diária. Em muitos casos óbvios, sua experiência não aprova as teorias desenvolvidas pelos inimigos da liberdade individual. Em muitos outros casos, a interpretação socialista tem tido tão pouco poder de convicção quanto outros argumentos sofistas, que se mostraram mais convincentes aos chamados intelectuais do que às pessoas sem instrução, que julgam apenas através do senso comum. A tendência da propaganda socialista, no momento, parece confirmar esse fato. A teoria estranha e complicada da chamada “mais valia” não é mais exposta ao público pelos agentes contemporâneos do socialismo marxista, não obstante o fato de Marx ter atribuído a essa mesma teoria a tarefa de sustentar teoricamente todos seus ataques contra a alegada exploração dos trabalhadores pelos empregadores capitalistas.

Ao mesmo tempo, a filosofia marxista é ainda recomendada aos intelectuais de hoje como uma interpretação atualizada do mundo. Hoje parece que se dá muito mais ênfase ao pressuposto filosófico do que ao conteúdo político das obras de representantes do comunismo, como V. I. Lênin.

Por outro lado, muitos dos ensinamentos da economia relacionados à conveniência da liberdade individual para todos os tipos de pessoas, incluindo os socialistas, são desenvolvimentos tão simples dos pressupostos do senso comum em campos específicos, que sua certeza não pode escapar, por fim, ao senso comum das pessoas, independentemente dos ensinamentos de demagogos e da propaganda socialista de qualquer tipo.

Todos esses fatos incentivam a esperança de que as pessoas em geral possam vir a ser convencidas, mais cedo ou mais tarde, a adotarem princípios liberais — no sentido europeu da palavra — em muito mais pontos e de forma muito mais consistente do que hoje.

Outra questão é a de determinar se os princípios liberais estão sempre baseados em uma lógica irrefutável por parte dos representantes dessa peculiar ciência chamada economia, de um lado, e, de outro, dos representantes dessa disciplina mais antiga chamada ciência política.

Essa é uma pergunta significativa e importante, de cuja solução pode depender a possibilidade de se falar de um sistema de liberdade individual em política, assim como em economia.

Deixemos de lado o problema das relações entre ciência e ideais políticos ou econômicos. A ciência não deve ser confundida com ideologia, embora esta possa consistir de um conjunto de escolhas relacionadas a possíveis sistemas políticos ou econômicos, inevitavelmente ligados, de muitas maneiras, com os resultados das ciências econômica e política, concebidas como atividades “neutras”, ou “sem valia”, de acordo com a teoria de Weber das ciências sociais. Creio que a distinção de Weber entre atividades “sem valia” e ideologias enquanto conjuntos de juízos de valor ainda é pertinente, mas não devemos nos estender quanto a esse assunto.

Muito mais difícil, parece-me, é a questão metodológica da força da lógica econômica e política em comparação com outro tipo de lógica — por exemplo, a da matemática ou a das ciências naturais.

Estou pessoalmente convencido de que a principal razão pela qual as questões econômicas e políticas são causas tão frequentes de desentendimentos e disputas, é precisamente a falta da mesma consistência, por parte das teorias correspondentes, que a lógica e a demonstração têm em outros campos científicos. Não concordo com Hobbes em que a aritmética seria completamente diferente do que é, se apenas fosse importante para algum poder motivador a que dois mais dois somassem cinco, e não quatro. Duvido de que qualquer poder pudesse transformar a aritmética de acordo com seus interesses e desejos. Pelo contrário: estou convencido de que é importante para qualquer poder não fazer tentativa alguma de transformar a aritmética no curioso tipo de ciência suposto por Hobbes. Por outro lado, certos poderes podem de fato encontrar algum proveito em defender essa ou aquela pretensa tese científica, mas apenas quando não há certeza alguma a respeito do resultado final do processo científico em si.

Em relação a isso, uma reformulação daquilo que chamamos de demonstração científica seria válida. Talvez a situação das ciências sociais como um todo fosse bastante melhorada por uma análise desapassionada e extensa, nesse terreno. Mas, enquanto isso, as coisas são como estão. Várias limitações amarram-se às teorias econômicas, assim como políticas, mesmo se as consideramos como inferências empíricas ou apriorísticas.

Os problemas metodológicos são importantes, devido a sua ligação com a possibilidade dos economistas chegarem a conclusões inequív-

vocas e, portanto, induzirem outras pessoas a aceitarem essas conclusões como premissas para suas escolhas, não só em relação a sua atividade diária, na vida privada e nos negócios, mas também em relação aos sistemas econômico e político a serem adotados pela comunidade.

A economia enquanto ciência empírica ainda não atingiu, infelizmente, a capacidade de oferecer conclusões definitivas, e as tentativas — tão frequentes em nossa época — dos economistas de fazerem o papel de físicos, estão, provavelmente, mais causando estragos do que sendo úteis em induzir as pessoas a fazerem suas escolhas de acordo com os resultados dessa ciência.⁸²

Algumas pesquisas metodológicas recentes relacionadas à economia são de particular interesse, como colocado pelo professor Milton Friedman em seu brilhante *Essays in positive economics*.

Concordo plenamente com o professor Friedman quando ele diz que “a recusa, por parte da economia, da evidência direta e dramática do experimento **crucial**, impede que se teste adequadamente as hipóteses”, e em que isso coloca uma considerável “dificuldade (...) na maneira de se atingir um *consensus* preciso e amplo sobre as conclusões justificadas pela evidência disponível”.

O professor Friedman destaca que isso “torna lento e difícil o descarte de hipóteses falsas”, de forma que “raramente são eliminadas e estão sempre brotando outra vez”. Ele cita, como um exemplo muito convincente, “a evidência da inflação dentro da hipótese de que um aumento substancial da quantidade de moeda, dentro de um período relativamente curto, é acompanhado de um aumento substancial dos preços”. Aqui, como chama a atenção o professor Friedman,

a evidência é dramática, e a cadeia de raciocínio exigida para interpretá-la é relativamente pequena. Ainda assim, a despeito dos inúmeros exemplos de aumento substancial nos preços, sua correspondência essencial de um para um com o aumento substancial no estoque de moeda, e a grande variação de outras circunstâncias que podem vir a ser relevantes, a cada nova experiência de inflação, produz vigorosas controvérsias, e não só entre o público, de que o aumento do estoque de moeda é, ou um eleito acidental de um aumento dos preços produzido por outros

⁸² Talvez devêssemos também levar em conta os estragos resultantes no caso de físicos fazerem o papel de economistas!

fatores, ou um efeito puramente fortuito e não necessariamente concomitante ao aumento de preço.⁸³

Em princípio, também concordo com o que o professor Friedman sustenta nessa análise do papel da evidência empírica no funcionamento teórico da economia e das ciências sociais, assim como de outras ciências em geral, ou seja, que as posições empíricas não devem ser testadas com base em suas pretensas descrições da realidade, mas com base em seu sucesso em tornar possíveis previsões suficientemente precisas.

Faço objeção, contudo, à assimilação, proposta pelo professor Friedman, das hipóteses da teoria física pelas hipóteses da economia, em negligência a certas diferenças importantes e relevantes entre elas.

Friedman toma como um exemplo do primeiro tipo a hipótese segundo o qual a aceleração de um corpo em queda no vácuo é uma constante, independentemente da forma do corpo, a maneira da queda etc. Tudo isso é expressado pela famosa fórmula:

$$D = \frac{1}{2}gt^2$$

onde “D” é a distância percorrida pelo corpo em queda em qualquer tempo especificado, “g” é a constante que indica a aceleração, e “t” é o tempo em segundos. Essa hipótese funciona bem, na previsão do movimento de um corpo em queda no ar, independentemente de outros fatores relevantes, como a densidade do próprio ar, a forma do corpo, e assim por diante, serem negligenciados. Nesse sentido, a hipótese é útil, não porque descreve precisamente o que realmente acontece quando um corpo está caindo no ar, mas porque torna possível fazer previsões bem-sucedidas sobre seus movimentos.⁸⁴

Por outro lado, o professor Friedman — juntamente com o professor Savage — toma como exemplo paralelo, envolvendo o comportamento humano, o das tacadas de um grande jogador de bilhar — tacadas que podem ser previstas, de alguma maneira, pelos espectadores, através de algum tipo de hipótese.

De acordo com Friedman e Savage,

não parece nem um pouco absurdo que fosse possível se fazer **excelentes previsões** [grifo nosso] através da hipótese de que, se o jogador de bilhar desse suas tacadas como

⁸³ M. Friedman, *Essays in positive economics* (University of Chicago Press, 1953), p.11.

⁸⁴ *Ibid.*, p.16-18.

se conhecesse as complicadas fórmulas matemáticas que estabelecem as direções perfeitas de percurso, poderia estimar cuidadosamente, a olho nu, os ângulos etc., (...) descrevendo a localização das bolas, poderia fazer cálculos esclarecedores a partir das fórmulas e poderia, assim, fazer com que as bolas seguissem a direção indicada pelas fórmulas.⁸⁵

O professor Friedman afirma, com plena razão, a esse respeito, que

nossa confiança nessa hipótese não está baseada na crença de que jogadores de bilhar, mesmo os melhores, possam desenvolver o processo descrito; ela deriva antes da crença de que, a não ser que, de uma forma ou de outra, eles sejam capazes de atingir essencialmente o mesmo resultado, não seriam de fato grandes jogadores de bilhar.⁸⁶

O único problema dessa comparação, em minha opinião, é o de que no caso anterior nossa hipótese nos permitia prever a velocidade de um corpo em queda, a qualquer instante, com uma aproximação razoável, enquanto que no último não somos capazes de prever nada, muito menos fazer “excelentes previsões” sobre as tacadas de um jogador de bilhar, exceto a de que serão “boas tacadas”. Na realidade, a mera hipótese de que o jogador irá se comportar como se conhecesse todas as leis da física relacionadas a um jogo de bilhar, nos diz muito pouco sobre aquelas leis e menos ainda sobre a posição das bolas, após qualquer tacada futura dada por nosso brilhante jogador. Em outras palavras, não nos é possível fazer uma previsão do tipo daquela possibilitada pela aplicação das hipóteses relacionadas com um corpo em queda no ar.

A forma pela qual a comparação é feita me parece implicar ou sugerir que existe um cálculo qualquer para prever, por exemplo, a posição futura das bolas sobre a mesa de bilhar, após qualquer tacada de nosso jogador. Mas não é o caso. Eu e um amigo, Eugênio Frola, professor de matemática na Universidade de Turim, após considerarmos o problema, chegamos a conclusões bastante divertidas.

Para começar, qualquer jogador pode colocar a bola — ou encontrá-la — em um número infinito de posições iniciais definidas por um sistema de coordenadas cartesianas correspondentes a duas margens da mesa de bilhar. Cada uma dessas posições é uma com-

⁸⁵ *Ibid.*, p.21.

⁸⁶ *Loc. cit.*

binação do número infinito que pode ser assumido por essas duas coordenadas, e o total pode, portanto, ser matematicamente simbolizado por ∂^2 . Além disso, temos de levar em conta a inclinação e a direção do taco no momento em que o jogador bate na bola. Aqui estamos outra vez confrontados com um número infinito de combinações desses fatores, que podem ser simbolizadas, por sua vez, por ∂^2 . Ainda, a bola pode ser atingida em uma infinidade de pontos, cada um deles sendo definido por uma latitude e por uma longitude na superfície da bola. Mais uma vez temos uma outra infinidade de combinações que podem ser simbolizadas, como antes, por ∂^2 . Outro fator a ser levado em consideração para se fazer previsões sobre a posição final da bola é a força de impacto, quando a bola é atingida por nosso jogador. Estamos aqui mais uma vez na presença de um número infinito de possibilidades, correspondentes ao impulso aplicado e designado pelo símbolo ∂ .

Se juntamos todos esses fatores que temos de levar em consideração, para prever o que irá acontecer à bola no momento do impacto, obtemos um resultado que pode ser simbolizado por ∂^7 , o que significa que os fatores possíveis a serem considerados são tão numerosos, quanto os **pontos de um espaço com sete dimensões**.

E tem mais. Para cada tacada, temos de determinar também o movimento, ou seja, o modo como a bola irá rolar na mesa de bilhar, e assim por diante, o que exigiria um sistema de equações diferenciais não lineares, que não é fácil de ser resolvido. Além do mais, temos de considerar a forma com que a bola irá bater nos cantos da mesa, quanta velocidade irá perder com isso, qual será a nova rotação da bola em consequência da colisão, e assim por diante. Finalmente, devemos elaborar a equação geral, para calcularmos quantos casos bem-sucedidos um jogador «experto» deve considerar cada vez que for bater na bola, em termos de regras do jogo, natureza física da mesa e a provável habilidade dos adversários de nosso jogador de explorarem em seu favor a situação resultante.

Tudo isso indica o quão diferente são os exemplos de hipóteses formuladas, em algumas áreas da física — como a relacionada aos objetos em queda —, daquelas hipóteses relacionadas a problemas aparentemente não muito complicados, como os de um jogo de bilhar, cujas dificuldades escapam à atenção da maioria das pessoas.

Podemos dizer com segurança que nossa hipótese de que um bom jogador de bilhar irá se comportar como se soubesse resolver os problemas científicos envolvidos em seu jogo, longe de permitir qualquer previsão das futuras tacadas de nosso jogador, não é mais

do que uma metáfora para expressar a confiança de que dará «boas tacadas» no futuro, da mesma maneira como o fez no passado. Somos como um físico que, em vez de aplicar suas hipóteses relacionadas aos corpos em queda no ar, de forma a prever, por exemplo, sua velocidade no momento, dissesse simplesmente que o corpo irá cair como se conhecesse as leis referentes a seu movimento e as obedecesse, enquanto ele mesmo seria incapaz de formular essas leis para fazer qualquer cálculo que fosse.

O professor Friedman afirma que

a distancia é pequena entre esses exemplos e as hipóteses econômicas de que, sob uma enormidade de circunstâncias, as firmas individuais agem como se estivessem procurando racionalmente maximizar os retornos esperados e como se tivessem total conhecimento dos dados necessários para obter sucesso nessa tentativa; ou seja, como se conhecessem as funções do custo relevante e as funções de demanda, calculado o custo marginal e a renda marginal provenientes de todas as ações abertas a eles, e empurrassem cada linha de ação até o ponto em que o custo e a renda marginal se igualassem.⁸⁷

Concordo em que do exemplo anterior para o novo é apenas um pequeno passo, contanto que consideremos ambos como meras **metáforas** que expressam nossa confiança genérica na habilidade dos bons homens de negócio de permanecerem no mercado, da mesma forma como poderíamos expressar nossa confiança de que um bom jogador de bilhar iria ganhar o mesmo número de jogos, no futuro, que ganhou no passado.

Mas seria mais do que um pequeno passo do exemplo do jogador de bilhar para o exemplo de uma firma no mercado, se isso implicasse que poderíamos calcular de alguma forma científica os resultados da atividade daquela firma em qualquer momento dado no futuro.

As dificuldades de cálculos como esses são muito mais impressionantes do que os problemas ligados às equações bem-sucedidas de um jogo de bilhar. A atividade humana nos negócios não está apenas ligada à maximização dos retornos em termos monetários. Muitos outros fatores relacionados ao comportamento humano devem ser levados em consideração e não podem ser ignorados em favor de uma interpretação numérica de maximização. Isso torna o problema de calcular essas

⁸⁷ *Loc. cit.*

máximas, em economia, muito mais complicado do que os problemas numéricos relacionados aos casos bem-sucedidos em um jogo de bilhar. Em outras palavras, enquanto a maximização do sucesso em um jogo de bilhar pode ser um problema numérico, a maximização do sucesso na economia não é identificável com a maximização dos retornos monetários; isto é, não é um problema numérico. Problemas de maximização na economia não são absolutamente problemas matemáticos, e o conceito de uma otimização no comportamento econômico não é idêntico ao conceito de otimização empregado pela matemática. Estamos, aqui, confrontados com uma confusão semântica comparável à do homem que, tendo ouvido falar da existência da garota mais bonita da cidade, empenha-se em um cálculo matemático do máximo de beleza possível a todas as garotas, para descobri-la.

Se continuarmos nossa comparação dos problemas de um jogador de bilhar com os problemas econômicos, temos de levar em consideração uma situação — comparável àquela que prevalece no domínio da economia — na qual a própria mesa de bilhar se movesse, os cantos se expandissem e encolhessem sem qualquer regularidade, as bolas fossem e voltassem por si sem esperar pelas tacadas dos jogadores e, acima de tudo, alguém, mais cedo ou mais tarde, mudasse as leis que regulam todos esses processos, como é tão frequente acontecer quando as legislaturas e os governos intervêm para mudar as regras do «jogo» econômico em um dado país.

A economia, enquanto uma ciência apriorística, não estaria menos condenada ao fracasso, mesmo que pudéssemos esperar, de suas próprias tautologias, todas as conclusões necessárias para ajustar as questões vitais às vidas de indivíduos particulares, assim como dos membros de uma comunidade política e econômica. A esse respeito, concordo plenamente com o professor Friedman, quando ele diz que enquanto «os cânones da lógica formal podem, por si só, mostrar se uma linguagem específica é completa e consistente (...) a evidência factual, por si só, pode demonstrar se as categorias do sistema analítico têm uma contrapartida empírica, ou seja, se são úteis para a análise de um tipo particular de problemas concretos». E concordo, também, quando ele cita como exemplo o uso de categorias de oferta e demanda, cuja utilidade «depende das generalizações empíricas de que uma enumeração das forças que afetam a demanda e das forças que afetam a oferta irá produzir duas listas com poucos itens em comum». Mas assim que entramos no campo das suposições empíricas, todas as limitações que vimos em relação à abordagem empírica na economia, emergem, sendo que o resultado é que, até o momento, nem a abordagem empírica nem a abordagem apriorística, na economia, são completamente satisfatórias.

Isso significa, é claro, que a escolha de um sistema de liberdade individual, tanto por parte das pessoas instruídas como das pessoas em geral, certamente não pode ser feita por argumentos econômicos cuja força seria comparável à dos argumentos da matemática ou de várias partes da física.

As mesmas considerações se aplicam à ciência política, quer a consideremos ou não uma ciência ao mesmo nível da economia.

Existe, ainda, um amplo leque de pontos questionáveis, uma espécie de terra de ninguém, que os pensadores superficiais e os demagogos de todos os países estão preparando cuidadosamente a sua maneira, para ali cultivarem todo tipo de cogumelos, inclusive muitos deles venenosos, servidos a seus concidadãos como se fossem produtos de um trabalho científico.

Precisamos admitir francamente que não só é difícil ensinar às pessoas conclusões científicas, mas também encontrar argumentos apropriados para convencê-las de que nossos ensinamentos estão corretos. Existe algum consolo no fato de que, de acordo com os ideais liberais, apenas umas poucas suposições gerais precisariam ser aceitas para se fundar e levar adiante um sistema liberal, pois é da natureza de um sistema como esse deixar que as pessoas trabalhem como acham melhor, contanto que não interfiram no trabalho semelhante das outras pessoas.

Por outro lado, a colaboração livre por parte dos indivíduos envolvidos não implica necessariamente que as escolhas de cada indivíduo sejam piores do que seriam sob a direção de economistas ou cientistas políticos. Disseram-me, certa vez, que um famoso economista da atualidade quase arruinou sua tia dando-lhe, depois de muita insistência por parte dela, conselhos confidenciais sobre o mercado de ações. Todo mundo conhece sua situação pessoal e está, provavelmente, em melhor posição do que qualquer outra pessoa para tomar decisões a respeito de muitas questões em relação a ela. Todo mundo tem mais a ganhar de um sistema no qual não haveria interferência de outras pessoas em suas decisões do que tem a perder pelo fato de não poder interferir, por sua vez, nas decisões dos outros.

Além do mais, um sistema de livre escolha no domínio da economia, assim como no da política, dá a um indivíduo a preciosa possibilidade, por um lado, de se abster de todo de se preocupar com questões que ache complicadas demais ou demasiado difíceis e além disso sem importância, e, por outro, de pedir a colaboração de outras pessoas em problemas que lhe são difíceis de resolver e importantes.

Não há qualquer razão para se pensar que as pessoas não iriam se comportar a esse respeito como o fazem em qualquer outra circunstância semelhante, quando vão, por exemplo, a seu advogado ou médico, ou analista. Isso não significa, é claro, que existam especialistas capazes de solucionar qualquer tipo de problema. Nem precisamos lembrar, em relação a isso, o que dissemos sobre a lógica econômica. Mas sempre que não há qualquer possibilidade de solução objetiva para um problema, a conclusão a ser esboçada não é a de que os indivíduos devam agir sob a orientação das autoridades, mas, pelo contrário, de que estas devem evitar dar instruções sem base em soluções objetivas para os problemas apresentados.

Poucos defensores das soluções socialistas contemporâneas admitiriam que suas teorias não se baseiam em uma lógica objetiva. Mas, na maioria dos casos, suas objeções à ampliação da área de escolha individual estão baseadas em postulados filosóficos, ou, antes, éticos, de validade dúbia, e também em argumentos econômicos mais dúbios ainda.

O slogan frequentemente ouvido, «não podemos atrasar o relógio», em economia ou em política, além de ser uma presunçosa afirmação de que as ideias socialistas estão amplamente difundidas, parece implicar também que o relógio socialista indica não só a hora certa, mas também uma hora que é concebida como certa sem qualquer necessidade de demonstração. Não podemos nos conformar com essa implicação.

Os adversários de um sistema econômico livre, hoje, não acrescentaram qualquer novo e sólido item à agenda dos governantes e das legislaturas que já não tenha sido compilado por aqueles economistas clássicos que recomendavam um sistema liberal.

No que concerne à economia, e esta ciência é, na realidade, um campo próspero para todos os que advogam medidas coercitivas na atualidade, a nacionalização de vários tipos de indústrias é considerada necessária e ao menos um dispositivo conveniente que deve substituir as empresas privadas de acordo com leis e ordens emitidas por autoridades.

Muitas são as razões alegadas em favor dessa nacionalização. Algumas delas talvez sejam aceitáveis, apesar de não serem novas, enquanto que outras, que são novas, não são de forma alguma aceitáveis nas bases argumentadas por seus defensores.

A partir de uma exposição da política e princípios do chamado socialismo democrático britânico, publicada pelo Partido Trabalhista Britânico, em 1950, ficamos sabendo que existem três princípios centrais sustentando a ideia de nacionalização ou propriedade pública das indústrias:

1. Para assegurar que os monopólios — quando «inevitáveis» — não «explorem» o público, o que necessariamente acontece, de acordo com esses socialistas, se os monopólios são privados.
2. Para «controlar» as indústrias de base e os serviços básicos dos quais a vida econômica e o bem-estar da comunidade dependem, porque o controle não pode ser «confiado» a proprietários privados não responsáveis perante a comunidade.
3. Para lidar com indústrias nas quais a «ineficiência» persiste e onde os proprietários privados não têm nem desejo, nem capacidade, para fazer aprimoramentos.

Nenhum desses princípios é realmente convincente, se submetido a uma análise cuidadosa. Os monopólios, sempre que necessário, podem ser facilmente controlados pelas autoridades, sem qualquer necessidade de que estas substituam pela sua própria iniciativa a do monopólio por elas controlado. Por outro lado, não há qualquer demonstração válida de que os monopólios públicos, ou seja, monopólios exercidos pelas autoridades públicas ou por outras pessoas a quem aquelas o deleguem, não explorariam o público, ou de que o explorariam menos do que os monopólios privados. Na realidade, as evidências históricas, em muitos países, provam que os monopólios exercidos pelas autoridades públicas podem vir a explorar o público de forma, muito mais consistente e muito mais prejudicial do que os privados. Controlar as autoridades através de outras autoridades ou através de pessoas privadas provou ser muito mais difícil do que controlar monopolistas privados através das autoridades, ou mesmo através de outros grupos ou indivíduos privados.

O segundo princípio, de que o chamado controle das indústrias de base não pode ser deixado nas mãos de proprietários privados, implica tanto a ideia de que não se pode tornar os proprietários privados responsáveis, de alguma forma, perante a comunidade, pelo controle que exercem das indústrias de base, como a de que os administradores públicos costumam dar qualquer tipo de satisfação à comunidade. Infelizmente, para os defensores da nacionalização que se baseiam nesse princípio, nem a anterior nem a última implicação podem ser demonstradas por qualquer argumento válido. Proprietários privados devem satisfações à comunidade pela simples razão de que dependem dela, tanto para vender seus produtos quanto para comprar matéria-prima, instalações, serviços, capital, equipamentos e assim por diante, para poderem produzir o que pretendem vender. Ao se re-

cusarem a atender às exigências da comunidade, perdem seus clientes e não conseguem permanecer no mercado. Têm, então, de dar lugar a outros controladores de indústrias de base mais «responsáveis». Por outro lado, as autoridades públicas em absoluto dependem no mesmo sentido da comunidade, na medida em que podem impor, em princípio, através de leis e ordens, de uma maneira coerciva, os preços dos bens e serviços de modo a obterem vantagem, se necessário, tanto dos demais vendedores quanto dos demais compradores. Além disso, não estão condenados ao fracasso, uma vez que podem sempre compensar, pelo menos em princípio, as perdas que vierem a causar a suas indústrias, impondo mais taxas aos cidadãos, ou seja, à comunidade perante a qual são supostamente «responsáveis». Certamente, os defensores da administração pública nas indústrias básicas sustentarão que as autoridades devem ser eleitas, e que por isso «representam» a comunidade etc. Mas já conhecemos essa história e vimos o que ela significa: uma cerimônia vazia e sobretudo um controle simbólico de um punhado de governantes sobre o eleitorado.

O terceiro princípio não é menos dúbio do que os precedentes. Não há qualquer argumento válido para demonstrar que as indústrias devem sua possível ineficiência ao fato de serem privadas, ou que a eficiência será recuperada através da iniciativa das autoridades públicas, quando a propriedade privada der lugar a essa.

O pressuposto implícito em todos esses princípios é o de que a administração pública não é só mais honesta, como também mais inteligente, mais hábil e mais eficiente do que os indivíduos privados, para conduzir as atividades econômicas. Esse, obviamente, não é um pressuposto comprovado, e existem várias evidências históricas contra ele.

Outras distinções, por exemplo, como aquela entre os «desejos» pelos quais o consumidor individual poderia pagar e as «necessidades» pelas quais o indivíduo não poderia ou não desejaria pagar, feitas por várias pessoas para justificar a nacionalização das indústrias com o propósito de satisfazer essas «necessidades», em vez dos «desejos» que as indústrias privadas supostamente deveriam satisfazer, baseiam-se em uma ideia, também não demonstrada, de que as autoridades estão melhor qualificadas para descobrir e mesmo satisfazer as “necessidades” individuais que os cidadãos privados não seriam capazes ou mesmo talvez não quisessem satisfazer, se tivessem liberdade de escolha.

E claro que alguns velhos argumentos em favor da nacionalização ainda se mantêm. É o caso em relação a indústrias ou serviços cujo custo total não pode ser cobrado do consumidor devido às dificuldades em individualizá-los — como, por exemplo, no caso de faróis —, ou

devido às complicações relacionadas à coleta de taxas — como no caso de estradas movimentadas, pontes etc. Nesses casos talvez a indústria privada não ache lucrativo fornecer bens ou serviços, e algum outro sistema precisa preencher essa necessidade. Mas é interessante notar que, nesses casos, o princípio da livre escolha nas atividades econômicas não é abandonado ou mesmo colocado em dúvida. Admite-se que as pessoas que escolhessem esses serviços livremente pagariam por eles se fosse possível, e que por isso poderiam ser taxados por seu suposto benefício e por seu custo. A taxação jamais pode ser completamente identificável ao pagamento de um preço segundo o sistema de mercado, mas pode ser considerada, nesse caso, como uma boa aproximação do pagamento de mercado. O mesmo não pode ser dito de outras imposições ocasionadas pelo pressuposto socialista de que as autoridades sabem melhor do que os indivíduos o que estes devem fazer.

Pode ser que a tecnologia moderna e as modernas formas de vida tenham tornado mais frequentes os casos de serviços que não podem ser facilmente ou de todo pagos pelo público através do sistema usual de preços. Mas também é verdade que em várias situações esse sistema ainda funciona, e que a iniciativa privada pode se manter de qualquer forma eficiente sob novas circunstâncias. O enorme aumento do tráfego nas estradas comuns e pontes, em países industrializados, tornou difícil ou mesmo impossível manter barreiras de pedágio administradas pela iniciativa privada, mas as modernas autoestradas estão trazendo de volta condições semelhantes para a coleta de pedágios. Um outro exemplo a ser citado em relação a isso é a televisão e o rádio. Os defensores da propriedade pública dessas empresas em geral argumentam, por exemplo, que a iniciativa privada seria inadequada pela impossibilidade de se estabelecer os preços a cobrar por esse serviço, enquanto que a iniciativa privada deste setor nos Estados Unidos já solucionou o problema, vendendo seus serviços às firmas que querem anunciar seus produtos ao público em geral e estão preparadas para pagar, por isso, uma quantia de dinheiro suficiente para cobrir as despesas da emissora. Até mesmo aqui alguns empreendedores poderiam encontrar uma forma de cobrar pela televisão, se as autoridades lhes permitissem tentar!

Por outro lado, novas condições tecnológicas podem limitar a liberdade individual — por exemplo, com referência ao direito de propriedade da terra —, mas o princípio geral de que escolhas devem ser deixadas ao indivíduo, e não às autoridades, também nessa questão pode ser mantido de forma satisfatória, sob condições modernas. Isso é demonstrado, por exemplo, pela eficiência do sistema americano de exploração de petróleo e recursos minerais, de acordo com o princípio

de que a propriedade privada da terra deve ser respeitada — um princípio que tem sido decididamente negligenciado em outros países do mundo, devido à alegada incompatibilidade da propriedade privada com atividades como a mineração.

Outras dificuldades podem surgir de um tipo diferente de consideração. Tentamos definir coerção como uma ação direta por parte de algumas pessoas com o objetivo de impedirem outras de atingirem certos fins e, geralmente, de induzi-las a fazerem escolhas que de outra forma não fariam.

A ação direta pode ser concebida como ação física, e nos casos em que a coerção é identificável à ação física temos um método simples de definir o que é coerção. Mas na maioria dos casos a coerção é exercida através da ameaça de algum tipo de ação física que, na realidade, não acontece. A coerção é mais um sentimento de intimidação do que um evento físico, e a constatação da coerção é mais difícil do que poderíamos imaginar à primeira vista. As ameaças e os sentimentos a elas relacionados constituem uma cadeia cujos elos não são facilmente reconhecíveis em todas as circunstâncias, nem facilmente definíveis por outras pessoas que não os indivíduos envolvidos. Em todos esses casos, o pressuposto de que certo tipo de ação ou forma de comportamento é coercivo à ação ou comportamento de outros, não está claro ou objetivo o suficiente para formar a base de uma determinação empírica a seu respeito. Isso é um embaraço para todos os defensores de um sistema de liberdade individual na medida em que a liberdade tem um caráter negativo impossível de ser estabelecido com precisão sem fazer referência à coerção. Se temos de determinar quais são os comportamentos e ações «livres», em um caso dado, precisamos também definir quais comportamentos e ações correspondentes são coercivos, ou seja, qual ação privaria as pessoas de sua liberdade nesse caso. Quando não se tem certeza sobre a natureza da correspondente coerção a ser evitada, a determinação das circunstâncias nas quais podemos assegurar a «liberdade» a uma ação e a definição do conteúdo da última são, de fato, muito difíceis.

Na medida em que a liberdade não é algo determinável, nem por métodos empíricos nem apriorísticos, um sistema político e econômico baseado na «liberdade», entendida como ausência de “constrangimento”, fica sujeito a uma crítica semelhante à que fizemos em relação à abordagem empírica da economia.

Essa é a razão por que um sistema político baseado na liberdade sempre inclui ao menos certa dose de coerção, não só no sentido de impedir a coerção, mas também no sentido de determinar — por

exemplo, pela regra da maioria —, através de uma decisão de grupo, o que este irá admitir por livre e o que irá proibir como coercivo, em todos os casos não suscetíveis de uma determinação objetiva.

Em outras palavras, um sistema de liberdade política ou econômica está baseado, acima de tudo, na abordagem empírica da economia e da política, mas não pode se fiar completamente nela. Então existe sempre alguma vítima de coerção nesse sistema «livre». Você pode tentar convencer as pessoas a se portarem da forma que você julga «livre» e impedi-las de se comportarem da maneira que você considera «coerciva». Mas nem sempre pode demonstrar que o que você considera ser livre é realmente livre, ou o que você considera ser coercivo na verdade é coercivo, em um sentido objetivo da palavra.

A intolerância religiosa pode ser citada como um exemplo do que quero dizer. Há pessoas que ficam indignadas se você se comporta de uma forma que julgam incompatível com seus sentimentos religiosos, mesmo se você está se comportando de uma maneira que você mesmo jamais condenaria. Não obstante, aquelas se sentem ofendidas com seu comportamento porque, a seus olhos, você está fazendo algo contra seu deus ou você está deixando de fazer algo que deveria fazer em nome d'Ele, o que poderia possivelmente provocar a ira de Deus sobre todos os envolvidos. Na realidade, o deus daquelas pessoas, de acordo com a religião delas, é também o seu, e eles tendem a acreditar que seu comportamento é ofensivo a eles, da mesma forma como o é para o deus que vocês têm em comum.

Não estou dizendo que todas as religiões sejam intolerantes, é claro. O hinduísmo, o budismo, a antiga religião greco-romana, não eram intolerantes, até onde sei, uma vez que seus defensores estariam inclinados a admitir que você pode ter seus deuses, da mesma forma como eles têm os deles. Esse nem sempre é o caso com outras religiões. Havia uma lei, na Inglaterra, promulgada na época da rainha Elizabeth I, que proibia as pessoas de se divertirem no domingo. Os ofensores poderiam ser punidos, e as vítimas do “escândalo” poderiam exigir indenização. Essa lei não é mais observada, mas há vários anos atrás li, em um jornal, que uma garota inglesa processou por danos dessa ordem uma firma de cinema inglesa que exibia filmes, como de costume, aos domingos. De acordo com o jornal, a garota era pobre, mas teve o cuidado de selecionar como perpetrador do escândalo uma enorme firma de cinema no centro de Londres. A quantia exigida pelos danos — bastante alta — adequava-se perfeitamente ao porte da firma, apesar de que nem tanto, em comparação com os «danos» sofridos pela «vítima». Não lembro como foi que a corte inglesa responsável decidiu esse caso, mas acho que o direito elisabetano, no

qual se baseou, pode ser citado como um bom exemplo do que quis dizer com intolerância religiosa e correspondente «constrangimento» que algumas pessoas religiosas podem sentir que estão sofrendo, devido a um comportamento que mais ninguém considera coercivo.

Lembrei-me dessa lei elisabetana há algumas semanas, quando estava sentado no exterior de um café na rua principal de uma cidadezinha italiana. Uma procissão estava justamente passando, e não prestei atenção ao fato de que todo mundo se levantou enquanto isso acontecia. Uma freira olhou-me e, vendo que eu ainda estava sentado, sem me importar com a ação das outras pessoas, repreendeu-me dizendo que se deve ficar em pé, enquanto passa a procissão. Não acho que essa pobre freira fosse normalmente uma pessoa arrogante. Provavelmente era uma pessoa doce e caridosa. Contudo, não pôde admitir que alguém ficasse sentado do lado de fora de um café, enquanto uma procissão, sua procissão, a procissão de seu deus, estava passando. O fato de eu ter permanecido sentado naquele caso era, para ela, uma forma ofensiva de comportamento, e tenho certeza de que se sentiu constrangida de alguma forma em seus sentimentos, quase insultada, da mesma maneira como posso me sentir injustamente constrangido, se alguém se dirigir a mim de forma insolente.

Felizmente a lei de meu país por enquanto não proíbe as pessoas de ficarem sentadas na calçada, enquanto passa uma procissão, mas tenho certeza de que a freira aprovaria imediatamente uma lei proibindo esse comportamento e, mais do que isso, aprovaria, da mesma forma como eu o faria, uma lei que proibisse insultos ou coisas do gênero.

Acho que existe uma lição nisso tudo. Mas eu termino aqui, a minha.

CONCLUSÃO

Talvez o melhor procedimento a ser seguido para escrever essa conclusão seja tentar responder algumas perguntas que meus leitores provavelmente me fariam, se pudessem. Com efeito, essas questões me foram colocadas quando o conteúdo desse livro foi divulgado sob forma de palestras.

1. **O que quero dizer quando afirmo — no capítulo 8 — que a opinião pública “não é tudo”?**
2. **Existe alguma possibilidade de se aplicar o “modelo Leoni” à sociedade atual?**
3. **Supondo que a possibilidade acima citada exista, como pode a “regra de ouro” aqui referida ajudar-nos a distinguir o campo de atuação da legislação do campo da lei comum? Segundo esse modelo, quais são as fronteiras gerais dos domínios a serem distribuídos à legislação e ao direito comum, respectivamente?**
4. **Quem irá indicar os juízes, advogados ou outros *honorarios* desse tipo?**
5. **Se admitimos que a tendência geral da sociedade atual tem se mostrado mais contra a liberdade individual do que a seu favor, como poderiam os ditos *honorarios* escapar dessa tendência?**

Certamente, poderíamos levar em consideração muitas outras perguntas, mas essas parecem ser os pontos que se sobressaem de uma possível discussão sobre toda a questão.

1. **O que quero dizer quando afirmo — no capítulo 8 — que a opinião pública “não é tudo”?** No que concerne à primeira questão, sustento que a opinião pública não só pode estar enganada, mas também pode ser corrigida por uma argumentação razoável. É verdade que esse pode ser um processo longo. Foi preciso mais de um século para que as pessoas se inteirassem das ideias socialistas; certamente será necessário um tempo considerável para que rejeitem essas ideias, mas isso não é motivo para se desistir.

Enquanto a tendência contra a liberdade individual ainda prevalece em países comparativamente não desenvolvidos de acordo com os padrões ocidentais, já é possível se imaginar, a partir de vários sintomas, que as pessoas têm aprendido algumas lições nesses países do Ocidente, nos quais a limitação da liberdade individual pela correspondente expansão da lei promulgada, pregada de forma mais ou menos aberta por líderes socialistas, como condição necessária ao advento de um «mundo melhor», provou ser muito pouco compensada pelas supostas vantagens dessa legislação. Hoje já podemos observar, por exemplo, uma recessão do socialismo na Inglaterra, na Alemanha e possivelmente na França, no tocante à nacionalização da indústria. É óbvio que, como resultado dessa recessão, a iniciativa privada no campo econômico está sendo gradualmente liberada da ameaça de interferência por parte do governo. Livros recentes, como o de um ex-trabalhista na Inglaterra, o senhor R. Kelf-Cohen, são bastante esclarecedores a esse respeito.

O que é característico da solução socialista para o chamado problema social não é o objetivo de se promover o bem-estar público e eliminar ao máximo possível a pobreza, a ignorância e a sordidez, pois esse fim é não só perfeitamente compatível com a liberdade individual como também pode ser considerado como complementar a ela. O cerne da solução socialista é a maneira peculiar através da qual seus defensores se propõem a atingir esse fim, a saber, recorrendo a um grande número de funcionários que agem em nome do estado e limitam coerentemente a iniciativa privada, quando não a suprimem totalmente, na economia, assim como em outros vários campos inextrincavelmente relacionados ao domínio da economia.

Se o socialismo consistisse sobretudo, como muitas pessoas ainda acreditam, de seus objetivos declarados, provavelmente seria difícil convencê-las de abrir mão dele em um futuro próximo. É bastante possível, por outro lado, convencer as pessoas de que o que está errado com o socialismo não são os objetivos que professa, mas os meios supostamente necessários para atingi-los. A ingenuidade da visão socialista no que concerne aos meios é realmente surpreendente. Como o autor anteriormente citado sublinha:

Havia mágica nas expressões conselho estatal ou corporação pública. Elas deveriam ter em seu staff homens abnegados, de incrível capacidade, devotados ao interesse nacional. Vamos presumir que os homens desse tipo deveriam ser numerosos; naturalmente, não tinham chance alguma de ir além, na degenerada era capitalista na qual estávamos vivendo.

Vamos presumir, também, que os trabalhadores nas indústrias se modificariam com o Act of Nationalization e se dedicariam ao interesse nacional.

Então, a combinação de uma administração abnegada e trabalhadores abnegados poria em prática o admirável mundo novo do socialismo — tão absolutamente diferente do capitalismo.⁸⁸

Uma ingenuidade analogamente incrível era típica de líderes sindicais famosos do movimento trabalhista, na Grã-Bretanha, como Sidney e Beatrice Webb, que tinham, como Kelf-Cohen diz, grande esperança nos «especialistas independentes e desinteressados» do novo estado socialista. Tinham, como afirma o mesmo autor,

grande fé no senso de justiça do ser humano, que sempre pode ser influenciado por fatos devidamente recolhidos e publicados. (...) Acreditavam, é claro, que, uma vez que o elemento pessoal representado pelos capitalistas desaparecesse, o caráter de todas as pessoas ligadas a essas indústrias se transformaria tão profundamente, que estas iriam representar, na realidade, uma nova forma de vida. (...) Como os Webbs tinham pouca compreensão da função de administração e da responsabilidade de tomar decisões, parte vital daquela função, fracassaram em perceber que um conglomerado de comitês e especialistas desinteressados teriam de deixar a uma administração responsável o trabalho. Eles se inclinavam a identificar, no fundo, a responsabilidade da gerência com a ganância do capitalismo.⁸⁹

Finalmente, Kelf-Cohen prova, de forma bastante conclusiva, que a mesma ingenuidade foi demonstrada pelos membros do Governo Trabalhista no período de 1945-50. Na realidade, os trabalhistas britânicos não estão sozinhos nessa atitude, comum a todos os defensores das empresas estatais a serem operadas em base comercial. A longo prazo, essa atitude não pode durar. As inúmeras falhas das empresas estatais estão sendo lenta mas certamente percebidas pelas pessoas em geral. A opinião pública será forçada a modificar-se de acordo com isso.

2. Existe alguma possibilidade de se aplicar o “modelo Leoni” à sociedade atual? O que disse anteriormente

⁸⁸ R. Kelf-Cohen, *Nationalization in Britain: The end of a dogma* (Londres: Macmillan, 1958), Prefácio.

⁸⁹ *Ibid.*, p.12.

oferece-me a oportunidade de responder a segunda pergunta relacionada com a possibilidade da aplicação, à sociedade atual, do que alguns de meus queridos amigos e ouvintes em Claremont chamaram, de forma bem humorada, de “modelo Leoni”. O deslocamento do centro de gravidade dos sistemas legais da legislação para outros tipos de processos de formulação de leis não pode ser atingido em pouco tempo. Pode, entretanto, ser resultado de uma mudança na opinião pública, no que se refere à extensão e à significância da legislação relativamente à liberdade individual. A História mostra outros exemplos de um processo semelhante. O direito grego clássico, baseado na legislação, deu lugar ao direito romano, baseado principalmente na autoridade dos juristas, dos costumes e da lei judiciária. Quando um imperador romano de descendência grega, Justiniano, tentou mais tarde recuperar a ideia grega de direito legislativo, fazendo vigorar, como se fosse um código, uma enorme coletânea de opiniões de juristas romanos clássicos, sua tentativa eventualmente sofreu um destino semelhante, tornando-se a base de uma lei feita por advogados que durou séculos, até os tempos modernos.

É verdade que a História nunca se repete da mesma forma, mas eu não iria ao ponto de dizer que não se repete de outras maneiras. Existem países, no presente, nos quais a função judiciária, desempenhada por juizes oficialmente indicados pelo governo e baseada na lei promulgada, é tão lenta e complicada, para não dizer cara, que as pessoas preferem recorrer a árbitros particulares para ajustarem suas disputas. Mais, sempre que a lei promulgada se mostra muito complicada, a arbitragem muitas vezes prefere abandonar suas bases e adotar outros padrões de julgamento. Por outro lado, os homens de negócios preferem, sempre que possível, recorrer à negociação, mais do que a julgamentos oficiais baseados na lei. Apesar de não termos estatísticas em relação à maioria dos países, parece razoável pensar que essa é uma tendência que está crescendo e que poderia ser vista como um sintoma de um novo desenvolvimento.

Outra indicação de uma tendência na mesma direção pode ser observada no comportamento das pessoas que de bom grado renunciam, em alguns países, pelo menos até certo ponto, a seus direitos de tirar vantagem de estatutos discriminatórios, como o Landlord Act e o Tenant Act, que autorizam uma das partes a violar acordos prévios, por exemplo, pela renovação ou não de arrendamentos, e possibilita que o proprietário aumente o aluguel etc. Nesses casos, a tentativa deliberada

dos legisladores de romperem, através de uma lei, compromissos prévios selados e mantidos livremente, revela-se um fracasso, não obstante o interesse óbvio que uma das partes poderia ter em invocar a lei.

Um aspecto característico de algumas medidas legislativas a esse respeito, pelo menos em alguns países, é o fato de que as práticas discriminatórias introduzidas pelas leis promulgadas eram e/ou são obrigatórias, isto é, tinham ou têm de ser postas em prática, mesmo em face de acordos prévios entre as partes envolvidas; enquanto que em outros casos, acordos fechados mais tarde poderiam ser violados a despeito da lei, de acordo com esta, por uma das partes, ficando a outra indefesa. Em casos assim, os legisladores obviamente preocupavam-se com a possibilidade para eles próprios desagradável de a parte privilegiada renunciar a seus privilégios fazendo e mantendo outros acordos, não apenas por causa de suas ideias de honestidade ao firmar e manter um acordo, mas também porque a avaliação de seus próprios interesses poderia diferir daquela dos legisladores. Nessas situações, vemos exemplos aparentemente paradoxais de uma lei não legislativa prevalecendo sobre uma legislativa, como uma espécie de «lei comum» não reconhecida, mas mesmo assim efetiva.

Um fenômeno mais geral que deve ser levado em consideração a esse respeito, é a evasão da lei promulgada em todos os casos em que os evasores sentem que foram tratados injustamente por maiorias contingentes nas assembleias legislativas. Isso acontece notadamente em relação à taxação pesada e progressiva. Certo, é preciso distinguir um país de outro em relação a isso, mas há muitas razões para se pensar que o fenômeno da evasão dos impostos altamente progressivos é muito mais geral e difundida, nos países do Ocidente, do que se admite oficialmente ou do que se pode reconhecer. Quanto a isso, pode-se também fazer referência à crescente prática, nos Estados Unidos, da criação de fundações e outras organizações isentas de impostos, cujo propósito, dentre outros, é a transferência tanto de «capital como da renda anual de uma corporação».⁹⁰

Não menos interessante nessa relação é a real atitude das pessoas, em comparação com o direito legislativo, que proíbe hábitos e formas de comportamento que são em geral considerados, por outro lado, pertencentes ao campo da moralidade e deixados ao julgamento privado.

Como sinais de um possível retrocesso da legislação nesses campos, poder-se-ia citar, por exemplo, as restrições severas de alguns sociólogos americanos contra as tentativas de imposição da moral através de

⁹⁰ Consulte, em relação a isso, M. Friedman, *op. cit.*, p.290 em diante, e outras citações ali feitas.

lei — como ainda acontece em alguns estados, onde, por exemplo, as pessoas «pregam uma coisa e fazem outra»,⁹¹ ou as recomendações de um artigo inglês muito recente, no qual consta:

De nosso ponto de vista, não é função da lei intervir nas vidas privadas dos cidadãos ou procurar impor qualquer padrão específico de comportamento, mais do que o necessário para a execução dos propósitos que delineamos (...) de preservar a ordem pública e a disciplina, de modo a proteger o cidadão do que é ofensivo e injurioso e oferecer segurança suficiente contra a exploração e corrupção de outros. (...) ⁹²

Finalmente, a ignorância a respeito do que determinam os códigos, ou mesmo de sua própria existência, e uma correspondente negligência por parte do homem comum em conformar-se à lei promulgada — não obstante a regra clássica de que a ignorância da lei não constitui defesa —, também devem ser trazidas à cena, para se ter uma ideia adequada dos limites da legislação que está oficialmente «em vigor», apesar de em muitos casos não ser efetiva.

Quanto mais as pessoas tomarem consciência desses limites da legislação, mais elas se acostumarão à ideia de que a legislação atual, com sua pretensão de dar conta de todos os padrões de comportamento humano, é na realidade muito menos capaz de organizar a vida social do que seus defensores parecem crer.

3. Supondo que essa possibilidade mencionada exista, como pode a “regra de ouro”, aqui referida, ajudar-nos a distinguir entre o campo de atuação da legislação e o campo da lei comum? Onde estão as fronteiras gerais dos domínios a serem respectivamente atribuídos à legislação e à lei comum, de acordo com o modelo? No que se refere à terceira questão, gostaria de responder que a “regra de ouro” mencionada nas páginas anteriores não pode ser transformada em uma norma prática em si suficiente para nos autorizar a dizer quando a legislação deve ser um recurso, em vez da lei comum. Obviamente, há outros requisitos para se decidir se a legislação é necessária ou não, em qualquer situação específica. A “regra de

⁹¹ Wolfenden Report, *The Committee on Homosexual Offences and Prostitution* (1959). Entretanto, como exemplo de um ponto de vista contrário e “reacionário”, podemos citar a conferência Maccabean, sobre jurisprudência, feita na Academia Britânica pelo hon. sir Patrick Devlin, em março de 1959, e publicada pela Oxford University Press sob o título *The enforcement of morals*.

⁹² Nota do tradutor: No original, *vote dry and drink wet*.

ouro” tem apenas um sentido negativo, uma vez que sua função não é a de organizar a sociedade, mas a de evitar o máximo possível a supressão da liberdade individual em sociedades organizadas. Ela nos permite, no entanto, esboçarmos algumas fronteiras, às quais me referi no capítulo introdutório, ao resumir de antemão alguns dos pontos a serem abordados nestas palestras, quando disse que deveríamos rejeitar a legislação sempre que: a. utilizada meramente como um meio de subjugar minorias tratando-as como perdedores, e b. os indivíduos puderem atingir seus próprios objetivos sem depender da decisão de um grupo e sem, na realidade, constrangerem quaisquer outras pessoas a fazerem o que jamais fariam, se não fossem coagidas.

Outro critério já antecipado no capítulo introdutório e resultado da “regra de ouro” é que o suposto proveito do processo legislativo, em comparação com outros processos de formulação de leis, deve ser avaliado com muito cuidado nos casos em que o processo legislativo não pode ser rejeitado pelas razões antes mencionadas. Todos os assuntos para os quais a necessidade da presença da legislação não seja positivamente comprovada devem ser deixados à lei comum.⁹³

Eu concordaria em que a tarefa de definir, nessas bases, as fronteiras entre as áreas a serem atribuídas respectivamente à legislação e à lei comum tende a ser muito árdua em muitos casos, mas as dificuldades não são uma boa razão para se desistir da tentativa.

Por outro lado, se fosse possível delinear de antemão todas as aplicações da “regra de ouro” para a definição das fronteiras entre o território da lei comum e o da legislação, e se, além disso, essas aplicações tivessem de ser incluídas neste livro, o objetivo de minha tese, em sua totalidade, seria simplesmente derrotado, uma vez que as próprias aplicações poderiam ser consideradas como cláusulas de um código. Seria de todo ridículo atacarmos a legislação e ao mesmo tempo apresentarmos um esboço de um código de nossa autoria. O que se deve ter sempre em mente é que, de acordo com o ponto de vista da lei

⁹³ Uma maneira prática de reduzir o alcance da legislação poderia estar no recurso à própria legislação — por exemplo, introduzindo-se uma cláusula, nas constituições escritas dos países em questão, com o objetivo de impedir que legislaturas sancionem leis relativas a certos tipos de questões, e/ou prescrevendo-se a unanimidade ou maioria qualificada para a efetivação de certas leis. A exigência de maioria qualificada em particular poderia impedir o suborno de uns grupos por outros, dentro da legislatura, de forma a prejudicar minorias dissidentes, tornando o consentimento destas indispensável para a aprovação da lei. Essa medida foi sugerida pelo professor James Buchanan na reunião da Sociedade Mont Pelerin, em Oxford, Inglaterra, em setembro de 1959.

comum ou da lei dos advogados, a aplicação de regras é um processo contínuo. Não há quem possa terminar o processo por si próprio e dentro de sua própria época. Devo acrescentar que, sob meu ponto de vista, todo mundo deveria prevenir outras pessoas para não fazerem exatamente isso.

4. Quem irá indicar os juízes, ou advogados, ou outros *honoratiores* desse tipo? A quarta questão — “Quem irá indicar os juízes, ou advogados, ou outros *honoratiores*, permitindo-lhes desempenhar a função de definição da lei?” — dá margem, como as anteriores, a uma implicação enganosa. Mais uma vez parece implícito que o processo de indicação de juízes e semelhantes, assim como o de definição das fronteiras entre os respectivos territórios da legislação e do direito comum, deve ser desempenhado por certas pessoas definidas, no momento certo. Na verdade, é secundário estabelecer de antemão quem irá indicar os juízes, pois, em um certo sentido, todos poderiam fazê-lo, como acontece em certa medida quando as pessoas recorrem a árbitros privados para ajustarem suas próprias querelas. A indicação de juízes por parte das autoridades é operada, de um modo geral, de acordo com os mesmos critérios que seriam utilizados pelo homem comum. Pois a indicação dos juízes não é um problema assim tão especial como seria, por exemplo, o de “indicar” físicos ou médicos, ou outros tipos de pessoas formadas e experientes. A emergência de bons profissionais em qualquer sociedade é apenas aparentemente devida a indicações oficiais. É com efeito baseada em um consenso difundido por parte dos clientes, colegas e do público em geral — um consenso sem o qual nenhuma indicação é realmente efetiva. É claro que as pessoas podem se enganar quanto ao verdadeiro valor, mas essas dificuldades são inevitáveis em qualquer tipo de escolha. Afinal, o que importa não é quem indica os juízes, mas como eles irão funcionar.

Já mencionei, no capítulo introdutório, a possibilidade do direito judiciário sofrer alguns desvios cujos efeitos podem ser a reintrodução do processo legislativo sob uma máscara judiciária. Isso tende a acontecer, antes de tudo, quando os tribunais superiores estão incumbidos de dar a última palavra na resolução de casos previamente examinados por tribunais inferiores, e quando, ainda, as decisões dos tribunais superiores são tomadas como jurisprudência para qualquer decisão análoga por parte de todos os outros juízes no futuro. Sempre que isso acontecer, a posição dos membros dos tribunais superiores

será, de alguma forma, semelhante à dos legisladores, embora de nenhuma forma idêntica.

Na realidade, o poder dos tribunais superiores é normalmente mais importante sob um sistema de direito consuetudinário do que sob outros sistemas legais centrados na legislação. Estes tentam chegar à «consistência da decisão judicial» através da força de regras precisamente formuladas. Aquele normalmente desempenha a tarefa de introduzir e manter essa consistência através do princípio de jurisprudência, sempre que um consenso entre os juízes ou advogados mostra-se improvável. Na realidade, todos os sistemas de direito consuetudinário provavelmente eram e são baseados de alguma forma no princípio da jurisprudência — ou de «presidência», como os advogados ingleses da Idade Média costumavam dizer —, embora esse princípio não deva ser simplesmente confundido com o do precedente obrigatório, nos sistemas de direito consuetudinário dos países anglo-saxões no presente.

Hoje, tanto os legisladores quanto os juízes dos tribunais superiores desempenham a função de manter o sistema legal em algum tipo de trilhos, e precisamente por isso tanto os legisladores como os juízes dos tribunais superiores podem ficar em uma posição de imporem sua própria vontade pessoal a um grande número de dissidentes. Agora, se admitimos que temos de reduzir os poderes dos legisladores para restaurar ao máximo a liberdade individual, compreendida como ausência de coerção, e se concordamos também em que a «consistência da decisão judicial» deve ser reservada ao próprio propósito de possibilitar aos indivíduos traçarem seus próprios planos para o futuro, não podemos deixar de suspeitar de que o estabelecimento de um sistema legal que pudesse resultar na ênfase dos poderes de indivíduos específicos, como juízes das cortes supremas, pode ser uma alternativa decepcionante.

Felizmente, mesmo as cortes supremas não estão absolutamente na mesma posição prática dos legisladores. Afinal, não só os tribunais inferiores como também os tribunais superiores somente podem emitir decisões se forem chamados a fazê-lo pelas partes envolvidas; e embora os tribunais superiores estejam, a esse respeito, em uma posição diferente dos tribunais inferiores, estão ainda assim limitados a «interpretar» a lei, e não a decretá-la. É verdade que a interpretação pode resultar em legislação, ou, melhor dizendo, em uma legislação disfarçada, sempre que os juízes torcerem o sentido das leis escritas existentes de forma a alcançarem um significado completamente novo, ou quando reverterem sua própria jurisprudência de forma um tanto abrupta. Mas isso, com certeza, não ga-

rante a conclusão de que os tribunais superiores estejam na mesma posição em que os legisladores, que podem, como diria sir Carleton Kemp Allen, “formular novas leis em um sentido que é decididamente vedado ao juiz”.⁹⁴

Por outro lado, sob o sistema de jurisprudência, as cortes supremas também podem ficar limitadas, como a Câmara dos Lordes, na Grã-Bretanha, por sua própria jurisprudência, e enquanto os tribunais inferiores ficam oficialmente limitados pelas decisões dos tribunais mais elevados, “o mais humilde dos oficiais de justiça” — como o autor antes citado acertadamente disse — “tem de decidir, por si próprio, se sente-se limitado ou não, nas circunstâncias específicas, por qualquer decisão dada” dos tribunais mais elevados, ou mesmo dos tribunais superiores.⁹⁵ Obviamente isso contribui para uma diferença considerável entre juízes de tribunais superiores e legisladores, na medida em que envolve a nada aceitável imposição de suas respectivas vontades a um número possivelmente grande de outras pessoas em desacordo. É claro que pode haver uma grande diferença entre um tribunal superior e outro, com referência a isso. Todo mundo sabe, por exemplo, que o poder da Suprema Corte dos Estados Unidos é muito mais abrangente do que o da correspondente corte suprema da Grã-Bretanha, isto é, a Câmara dos Lordes. A diferença mais óbvia entre os dois sistemas anglo-saxões é a existência de uma constituição por escrito no sistema americano da qual não há equivalente no sistema britânico. Alguns teóricos americanos já afirmaram, recentemente,⁹⁶ que o problema dos precedentes, onde uma constituição escrita está envolvida, é uma questão inteiramente diferente da que se apresenta em relação a uma lei criada por jurisprudência.

Além do problema da ambiguidade — isto é, nas palavras da Constituição — e do fato de que os — seus — autores pudessem ter a intenção de criar um instrumento crescente, existe a influência do culto à Constituição. Essa influência oferece grande liberdade à corte. Ela sempre pode abandonar o que foi dito para voltar ao documento escrito. É uma liberdade maior do que seria, se esse documento não existisse. (...) Na realidade, ao admitir que possa apelar para a Constituição, o arbítrio do tribunal se vê aumentado. (...) O possível resultado disso, em alguns campos, pode parecer alarmante.⁹⁷

⁹⁴ Carleton Kemp Allen, *Law in the making* (5^a edição; Oxford: em Clarendon Press, 1951), p.287.

⁹⁵ *Ibid.*, p.269.

⁹⁶ Consulte, por exemplo, F. H. Levi, *An introduction to legal reasoning* (4^a edição; University of Chicago Press, 1955), p.41 em diante.

⁹⁷ *Ibid.*, p.41-3.

Nesses casos, como o autor sabiamente acrescenta — citando o magistrado Frankfurter, da Corte Suprema dos Estados Unidos —, «a proteção definitiva deve ser encontrada nas próprias pessoas».

Com efeito, um sistema de mecanismos de controle sobre o exercício do poder poderia ser facilmente desenvolvido dentro do Judiciário a esse respeito da mesma forma em que um sistema correspondente foi desenvolvido, notadamente nos Estados Unidos, entre as diferentes funções ou «poderes» dentro da organização política. Se a posição de um tribunal superior como o da Grã-Bretanha, que é limitado por sua jurisprudência, parece inadequada para conciliar mudanças e novas exigências, e se se assume, pelo contrário, que ao tribunal superior deve ser permitido reverter sua jurisprudência ou alterar suas interpretações prévias da lei escrita, isto é, da constituição escrita, como a Corte Suprema dos Estados Unidos, dispositivos especiais poderiam ainda ser introduzidos para limitar o poder desses tribunais no tocante ao caráter de compromisso de suas decisões. Por exemplo, poderia ser exigida unanimidade para as decisões que revertam precedentes há muito estabelecidos, ou que modifiquem substancialmente interpretações prévias da constituição. Outros mecanismos também poderiam ser criados, mas não é minha tarefa sugeri-los aqui.

O que foi dito com relação à posição dos tribunais superiores em comparação com a dos legisladores é uma verdade ainda mais óbvia em relação aos tribunais inferiores e juízes comuns em geral. Não podem ser considerados como legisladores, não apenas em razão de sua atitude psicológica, no que diz respeito à lei, que eles normalmente pretendem «descobrir» em vez de «criar»⁹⁸, mas também, e acima de tudo, por causa de sua fundamental dependência das partes envolvidas em seu processo de “formulação” da lei. Nenhuma insistência na interferência dos fatores pessoais, nesse processo de formulação da lei, pode nos fazer esquecer esse fato básico. Tem havido bastante agitação, por parte de algumas pessoas, em cima do fato de que os sentimentos particulares e as situações pessoais dos juízes possivelmente podem interferir em suas funções judiciárias. Mas a questão é por que essas pessoas parecem não ter dado qualquer atenção ao fato correspondente, e muito mais importante, de que os sentimentos particulares e as situações pessoais podem interferir também na

⁹⁸ Como Carleton Kemp Allen diria, os juízes “fazem” leis somente em um sentido secundário, assim como “um homem que parte uma árvore em achas fez, em certo sentido, as achas. (...) A humanidade, com todos seus recursos e engenhosidade, é limitada, em seu poder de criar, pelo material físico com o qual é agraciada para tanto. De modo similar, o poder de criar dos tribunais é limitado pelo material legal existente sob seu comando. Eles encontram o material e o modelam. A legislatura pode manufaturar material totalmente novo». (*Op. cit.*, p.288)

atividade dos legisladores e, através dela, muito mais profundamente na atividade de todos os membros da sociedade em questão. Se essas interferências não puderem ser evitadas, e se tivermos escolha, parece muito melhor preferirmos aquelas de menor alcance e menos decisivas em seus efeitos.

5. Se admitimos que a tendência geral da sociedade atual tem se mostrado mais contra a liberdade individual do que a seu favor, como poderiam os ditos *honorarios* escapar dessa tendência? Uma resposta pode ser dada, em relação a isso, à quinta pergunta: como é que os juízes poderiam, com mais facilidade do que os legisladores, escapar à tendência contemporânea contra a liberdade individual?

Para dar uma resposta sensível a essa questão, devemos antes discriminar entre os juízes de tribunais ou cortes inferiores e os de uma corte suprema. Além disso, devemos distinguir entre juízes da corte suprema que estejam em posição de modificar a lei, revertendo os precedentes por eles próprios estabelecidos, e juízes de tribunais superiores que não estejam nessa posição. É óbvio que qualquer que seja a atitude pessoal de um juiz em relação a essa tendência mencionada, os juízes de tribunais inferiores têm limitadas possibilidades de se entregarem a ela, caso a mesma entre em conflito com a opinião dos tribunais superiores. Os juízes pertencentes aos tribunais superiores ficam limitados, por sua vez, a seguir essa tendência, caso não consigam reverter à vontade seus precedentes, ou se houver algum dispositivo, como a exigência de unanimidade, para limitar os efeitos de suas decisões sobre o sistema legal como um todo.

Além disso, mesmo se admitimos que os juízes não têm como escapar à tendência contemporânea contra a liberdade individual, devemos admitir também que faz parte da própria natureza de sua posição, em relação às partes envolvidas, pesar os argumentos destas uns contra os outros. Qualquer recusa *a priori* em admitir e pesar os argumentos, evidências etc., seria inconcebível, segundo os procedimentos usuais de todas as cortes, pelo menos no mundo ocidental. As partes são iguais para o juiz, no sentido de que são livres para produzir argumentos e evidências. Não constituem um grupo no qual minorias dissidentes dão lugar a maiorias triunfantes; nem se pode dizer que todas as partes envolvidas em casos mais ou menos parecidos, decididos em momentos diferentes por juízes diferentes, constituam um grupo no qual as maiorias prevalecem, e as minorias têm de ceder. É claro que os argumentos podem ser mais fortes ou mais fracos, da mesma forma que podem ser mais fortes ou mais fracos, no mercado, os compradores e

os vendedores; mas o fato de que todas as partes podem produzi-los é comparável ao fato de que todo mundo pode competir individualmente com todo mundo, no mercado, a fim de comprar ou vender. O processo todo implica a possibilidade básica de um equilíbrio em um sentido muito semelhante ao do mercado, e sobretudo de um mercado no qual os preços podem ser fixados por árbitros livremente autorizados a isso pelas partes envolvidas. Para ser exato, existem diferenças entre este último tipo de mercado e o comum. Uma vez que as partes tenham autorizado o árbitro a finalizar a negociação fixando os preços, comprometeram-se de antemão a comprar ou a vender por aqueles preços, enquanto que em um mercado comum não há compromisso até que o preço não tenha sido acertado entre as partes.

A esse respeito, a posição das partes diante de um juiz é, até certo ponto, semelhante à dos indivíduos pertencentes a um grupo. Nem a parte perdedora em um julgamento, nem a minoria dissidente em um grupo, estão em posição de se recusar a acatar a decisão final. Por outro lado, entretanto, o compromisso das partes perante um juiz tem limites muito definidos, não só no que concerne à decisão final, mas também no que diz respeito ao processo pelo qual se chega àquela decisão. Apesar de todas as formalidades e regras artificiais de procedimento, o princípio subjacente a um julgamento é determinar qual das partes está certa e qual está errada, sem qualquer discriminação automática do tipo presente nos grupos de decisão, como, por exemplo, a regra da maioria.

Mais uma vez a História tem algo a nos ensinar a esse respeito. A imposição compulsória de decisões judiciais é um desenvolvimento relativamente tardio do processo de formulação da lei por juízes, advogados e pessoas do tipo.

Na verdade, a imposição de uma decisão tomada com base fundamentalmente teórica — isto é, que estipula qual das partes está certa de acordo com alguns padrões reconhecíveis — foi por muito tempo tida como incompatível com qualquer imposição dessa decisão através de algum tipo de intervenção coerciva contra a parte perdedora. Isso explica, por exemplo, por que, segundo o antigo procedimento judicial grego, o cumprimento de decisões judiciais era deixado às partes, que previamente se comprometiam, sob juramento, a acatar e executar a decisão do juiz; e por que, em todo o mundo clássico, reis e outros chefes militares costumavam deixar de lado os emblemas de seu poder, quando chamados por certas partes a decidir um caso.

A mesma ideia de uma diferença de tipo entre as decisões judiciais e outras decisões relativas a questões militares ou políticas está implí-

cita na distinção fundamental entre poder governamental — *gubernaculum* — e função judicial — *jurisdictio* —, que o famoso advogado inglês da Idade Média Bracton costumava enfatizar tanto. Embora essa distinção tenha estado e esteja novamente correndo o risco de se perder entre os recentes desenvolvimentos na história constitucional da Inglaterra, sua importância para a preservação da liberdade individual contra o poder do governo, naquele país e, em certa medida, em outros países que imitaram a Inglaterra nos tempos modernos, não pode ser superenfaticada por todos aqueles que conhecem a História.⁹⁹ Infelizmente, hoje o poder opressivo dos parlamentos e dos governos tende a obliterar a distinção entre o Poder Executivo ou Legislativo, por um lado, e o Poder Judiciário, por outro, este considerado uma das glórias da constituição inglesa, desde os tempos de Montesquieu. Essa distinção, entretanto, é baseada em uma ideia, que as pessoas atualmente parecem ter perdido de vista, de que: **a formulação de leis é muito mais um processo teórico do que um ato de determinação e, enquanto um processo teórico, não pode ser resultado de decisões emitidas por grupos de poder, às custas de minorias dissidentes.**

Se a importância básica dessa ideia for, em nossa época, novamente compreendida, a função judicial irá recobrar sua verdadeira significância, e as assembleias legislativas ou os comitês quase legislativos perderão seu domínio sobre o homem comum. Por outro lado, nenhum juiz terá, individualmente, poder suficiente para deturpar, com sua atitude pessoal, o processo através do qual todos os argumentos, de todas as partes, poderão competir uns com os outros, ou para dominar a sua vontade uma situação semelhante à descrita nas linhas de Tennyson:

*Where Freedom slowly broadens down from precedent to precedent*¹⁰⁰

⁹⁹ O mais acurado e brilhante tratamento desse tema que conheço encontra-se em *Constitutionalism: Ancient and modern*, de Charles Howard Mellswain (Cornell University Press, originalmente publicado em 1940 e reeditado, desde então).

¹⁰⁰ Nota do tradutor: Onde a liberdade estreita-se, de precedente em precedente.

