



[Traduções]

O Estado de Direito

The Rule of Law

Cass R. Sunstein¹

¹ Universidade de Harvard, Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos da América. E-mail: csunstei@law.harvard.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4194-3008>.

Versão original: SUNSTEIN, Cass R. The Rule of Law. **SSRN Electronic Journal**, [S.l.], p. 1-32, 3 abr. 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4405238>. Acesso em: 3 jun. 2024.

Tradução recebida em 06/06/2024 e aceita em 07/06/2024.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.



Resumo

O conceito de Estado de Direito é invocado com propósitos numerosos e diversos, e frequentemente se afirma que este conceito transcende e demanda uma variedade de outras práticas e ideais, incluindo democracia, eleições livres, livre mercado, direitos de propriedade e liberdade de expressão. É mais apropriado compreender este conceito de maneira mais específica, ancorado em um compromisso com sete princípios fundamentais: (1) a clareza, generalidade e acessibilidade das regras ao público, estabelecidas de forma antecipada; (2) a prospectividade, em detrimento da retroatividade; (3) a coerência entre a lei nos registros legislativos e sua aplicação na prática; (4) a garantia dos direitos de audiência; (5) a presença de alguma forma de separação entre (a) a elaboração e a aplicação da lei e (b) a sua interpretação; (6) a moderação na implementação de mudanças na legislação; e (7) a ausência de contradições ou inconsistências flagrantes na lei. Esta delimitação conceitual do Estado de Direito diverge daquelas apresentadas por figuras como Friedrich Hayek e Morton Horwitz, que tendem a confundi-lo com outras ideias e práticas substancialmente distintas. Esses sete princípios podem ser delineados de várias maneiras, todas elas consistentes com a finalidade de descrever o Estado de Direito como um ideal distinto, e algumas dessas noções podem ser percebidas como mais fundamentais do que outras.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Estado de Direito; Livre mercado.

Abstract

The concept of the rule of law is invoked for purposes that are both numerous and diverse. That concept is often said to overlap with or to require, an assortment of other practices and ideals, including democracy, free elections, free markets, property rights, and freedom of speech. It is best to understand the concept in a more specific way, with a commitment to seven principles: 1) clear, general, publicly accessible rules laid down in advance; 2) prospectivity rather than retroactivity; 3) conformity between law on the books and law in the world; 4) hearing rights; 5) some degree of separation between law-making and law enforcement and interpretation of law; 6) no unduly rapid changes in the law; and 7) no contradictions or palpable inconsistency in the law. This account of the rule of law conflicts with those offered by Friedrich Hayek and Morton Horwitz, who conflate the idea with other, quite different ideas and practices. The seven principles can be specified in various ways,



broadly compatible to describe the rule of law as a distinct concept, and some of the seven principles might be understood to be more fundamental than others.

Keywords: Rule of Law; Free Markets; Constitutionalism.



1. Introdução

Muitas pessoas admiram a ideia do Estado de Direito, mas essa admiração mascara entendimentos muito diferentes do que é essa ideia e do que ela especificamente implica. Sugiro, aqui, que o Estado de Direito deve ter sete características.¹ Todas elas estão ligadas à visão tradicional, sinalizada por muitas representações da própria deusa, de que a justiça tem os olhos vendados, que é uma metáfora vívida e intrigante. A solução do problema está em determinar o que a cegueira da justiça representa.

2. O que é o Estado de Direito

2.1. Regras claras, gerais, inteligíveis, publicamente acessíveis e estabelecidas com antecedência

O Estado de Direito exige regras que sejam *claras*, no sentido de que as pessoas não precisem adivinhar seu significado, que sejam *inteligíveis* e que sejam *gerais*, no sentido de que se aplicam a classes e não a pessoas ou grupos específicos.² Uma ideia unificadora é a de *ampla divulgação* (*fair notice*). Considere a “regra do *in dubio pro reo*”³, seguida em muitos países, que estabelece que, em caso de ambiguidade, as leis penais serão interpretadas favoravelmente ao réu. Esse princípio é um desdobramento da exigência de que as leis devem ser claras para que as pessoas sejam informadas de forma justa. A proibição de projetos de lei de imputação⁴ – medidas que escolhem pessoas específicas para punição – é uma exigência tradicional de generalidade.

As leis devem ser acessíveis ao público, além de claras e gerais. Consequentemente, há uma proibição de “lei secreta”. Nos Estados Unidos, a Lei de Liberdade de Informação (*The*

¹ Não pretendo ser original aqui. Para discussões excelentes, pelas quais fui muito influenciado, ver: Fuller, 1964; Raz, 1979, p. 213-24; Tasioulas, 2020.

² Essa ideia requer atenção e esclarecimento; exploro algumas das complexidades abaixo.

³ A expressão utilizada pelo autor é “*rule of lenity*”, que não encontra correspondência exata em língua portuguesa. Optou-se por traduzir, aqui, como “*in dubio pro reo*”, considerando a preocupação com a correspondência e assimilação do(a) leitor(a), além de evitar a confusão com o conceito de “leniência”. (*Nota do tradutor*)

⁴ No original, o autor utiliza “*bills of attainder*”, que não encontra uma correspondência específica em língua portuguesa. A Constituição dos Estados Unidos da América estabelece proibição de edição desse tipo de lei e de leis *ex post facto* em seu artigo primeiro, seção 9, cláusula 3. Uma definição possível para a expressão norte-americana é a edição de leis que, desrespeitando o devido processo legal, estabelecem culpa de pessoas ou grupos específicos, assumindo um papel judicial. (*Nota do tradutor*)



Freedom of Information Act) às vezes é justificada, em parte, como uma barreira à lei secreta. Nesse aspecto, a Lei pode ser associada ao Estado de Direito. É claro que leis excessivamente vagas que proíbem, por exemplo, “má conduta” ou comportamento “excessivo” ou “irracional” são inaceitáveis, pelo menos no contexto criminal; elas são semelhantes à lei secreta no sentido de que é improvável que as pessoas saibam o que elas implicam, podendo até ser vistas como formas de lei secreta.

No mundo real do direito, muitas complexidades surgem em relação a esses aspectos. É uma ficção dizer que os possíveis criminosos geralmente consultam os códigos antes de cometerem seus crimes, uma vez que não sabemos até que ponto os estatutos penais são compreendidos pelo público em geral. Sem dúvida, a resposta varia de área para área e, em muitos casos, as pessoas não conseguem descrever a lei com muita precisão (por exemplo, “quanto de direito tributário você entende?”). Muitas leis, inclusive leis penais, possuem um grau de ambiguidade. Nenhum sistema jurídico pode eliminar totalmente a discricionariedade na aplicação da lei, o que significa que a clareza e a acessibilidade serão limitadas mesmo em sistemas jurídicos altamente comprometidos com o Estado de Direito. Em certa medida, isso representa uma falha do Estado de Direito, mas também é um reflexo das limitações da linguagem e da previsão humanas.

2.2. Prospectividade, sem retroatividade

Em um sistema de regras, a legislação retroativa é desestimulada e é totalmente vedada no contexto de proibições penais. Uma pessoa não pode ser punida por fazer algo que era legal ao tempo da ação. A proibição de leis *ex post facto* é a proibição mais clara da retroatividade, e é fundamental para o Estado de Direito e para toda a ideia de liberdade sob o Direito.

De forma mais modesta, a legislação dos EUA inclui um princípio interpretativo no sentido de que a administração pública geralmente entende que não tem autoridade para aplicar regulamentos retroativamente (Estados Unidos da América, 1988). Se o legislador quiser autorizar os órgãos a fazerem isso, deve fazê-lo sem ambiguidade e, se o fizer sem ambiguidade, pode haver um problema de acordo com a cláusula do devido processo legal – especialmente se as pessoas estiverem sendo penalizadas quando não sabiam, e não podiam razoavelmente prever, que sua conduta seria declarada ilegal.



2.3. Conformidade entre a lei na teoria e a lei na prática

Se a lei não funcionar na teoria como funciona na prática, o Estado de Direito estará comprometido. Se houver pouca ou nenhuma semelhança entre a lei promulgada e a lei real, o Estado de Direito não poderá existir. Se a lei real for significativamente diferente da lei promulgada, a generalidade, a clareza, a previsibilidade, a ampla divulgação e a acessibilidade pública serão sacrificadas. Isto porque as pessoas devem poder viver de acordo com a lei promulgada. Além disso, elas também devem ter a possibilidade de *monitorar a conduta oficial, testando-a em relação à lei promulgada*.

Em muitos sistemas jurídicos, é claro, há uma cisão ocasional entre o que a lei diz e o que a lei é e, às vezes, a cisão pode ser grave. Em todas as nações, a lei que está na teoria não é *idêntica* à lei no mundo. A frequência do fenômeno não deve desviar a atenção do fato, contudo, de que isso é uma falha do Estado de Direito que deve ser remediada.

2.4. Direitos de audiência

O Estado de Direito exige o direito à audiência na qual as pessoas possam contestar a alegação do governo de que sua conduta atende aos requisitos legais para a imposição de penalidades ou para a negação de benefícios. As pessoas acusadas de cometer um crime, ou aquelas que perderam direitos a benefícios da previdência social ou a uma carteira de motorista, por exemplo, têm direito a um espaço no qual possam alegar que, de fato, não violaram as normas legais. Normalmente, o principal objetivo da audiência é garantir que os fatos sejam apurados com precisão. Além disso, deve haver alguma forma de revisão por funcionários independentes, geralmente juízes com direito a um grau de independência de pressões políticas.

É claro que pessoas razoáveis podem contestar a natureza e a extensão da audiência e o processo de revisão judicial, mas à medida que a probabilidade de imprecisão diminui, torna-se menos necessário insistir em amplas salvaguardas processuais. No entanto, algumas dessas salvaguardas devem estar sempre em vigor para garantir a justiça e a conformidade com o Estado de Direito.



2.5. Separação entre (1) elaboração e aplicação da lei e (2) interpretação da lei

Muitos arranjos institucionais podem ser compatíveis com o Estado de Direito, mas é crucial assegurar que as pessoas que legislam e as que aplicam a lei não sejam as mesmas que interpretam a lei. Não se deve permitir que os legisladores determinem o significado de suas próprias leis, da mesma forma que não se deve permitir que delegados decidam o conteúdo da lei. Em geral, as leis penais devem ser suficientemente claras para que os policiais não tenham autoridade para decidir o que constitui crime. Podemos ter debates prolongados sobre o que constitui um "judiciário independente", mas o princípio fundamental deve ser claro: a função de julgamento deve ser separada da função de criar ou aplicar a lei.

2.6. Nenhuma mudança excessivamente rápida no conteúdo da lei

Se a lei mudar rapidamente, o Estado de Direito corre o risco de não poder existir, pois as pessoas não conseguirão adaptar sua conduta ao que é exigido pela lei. O problema da mudança rápida da lei foi o principal motivo por trás da adoção da Constituição Americana. Por isso, James Madison escreveu:

A mutabilidade das leis dos Estados é considerada um mal grave. A injustiça delas tem sido tão frequente e tão flagrante a ponto de alarmar os mais firmes amigos do republicanismo. Estou convencido de que não me engano ao dizer que os males provenientes dessas fontes contribuíram mais para a inquietação que gerou a Convenção e preparou a mente do público para uma reforma geral, do que aqueles que se acumularam em nosso caráter e interesse nacionais devido à inadequação da Confederação para seus objetivos imediatos (Madison, 1787).

Infelizmente, a instabilidade da legislação é uma característica presente em muitos sistemas jurídicos. Por vezes, a legislação que regula determinados atos muda rapidamente, dificultando o planejamento das pessoas.

2.7. Ausência de contradições ou de inconsistências na lei

Se a lei contiver inconsistências ou contradições, pode ser difícil, ou até mesmo impossível, determinar quais são as regras aplicáveis. As pessoas não devem ser sujeitas a obrigações incompatíveis entre si. Por vezes, a legislação que regula determinados atos impõe obrigações conflitantes, tornando difícil para as pessoas saberem o que devem fazer.



Essas são preocupações graves no contexto do direito moderno, que impõem um custo elevado tanto à liberdade quanto à prosperidade. Do ponto de vista do Estado de Direito, tais problemas são extremamente sérios.

3. Mal-entendido sobre o Estado de Direito

As ideias descritas aqui levantam dúvidas sobre muitas práticas reais e imagináveis, bem como sobre muitas iniciativas legislativas também reais e imagináveis. Elas apoiam a proibição de leis retroativas, leis vagas e leis secretas; elas ajudam a explicar a proibição de projetos de lei de imputação (*bills of attainder*). Essas ideias também defendem princípios de interpretação que favorecem a disponibilidade da revisão judicial, a adoção de legislação “apenas prospectiva” e a regra do *in dubio pro reo* para o direito penal, dando aos réus o benefício da dúvida justa.

No entanto, algumas pessoas vão além, entendendo o Estado de Direito de forma mais ampla. Por exemplo, podem pensar que os requisitos do Estado de Direito proporcionam um controle importante sobre o que consideram partidarismo ou seletividade, na medida em que isso se reflete na lei. Nessa visão, o requisito de generalidade proíbe que a lei imponha ônus seletivos, e essa noção é central para o debate sobre as ideias de imparcialidade e neutralidade no direito.

Uma discussão influente surge na opinião discordante do *Justice* Robert Jackson no caso *Railway Express* (Estados Unidos da América, 1949). A cidade de Nova York proibiu qualquer pessoa de operar um “veículo de propaganda” nas ruas, definido como um veículo que vende seu exterior para fins de publicidade. No entanto, a lei de Nova York isentava da proibição geral o uso de publicidade em veículos que estivessem envolvidos nas atividades comuns do proprietário e que não fossem utilizados principalmente, ou exclusivamente, para publicidade.

A *Railway Express*, uma empresa que opera quase dois mil caminhões para fins de publicidade, contestou a lei de Nova York com base nas cláusulas de devido processo legal e de proteção igualitária da Constituição dos Estados Unidos. A Suprema Corte dos Estados Unidos manteve a lei, enfatizando que os juízes devem respeitar o Poder Legislativo, e observou que as autoridades locais podem ter acreditado que as pessoas que anunciam seus próprios produtos em caminhões não apresentam os mesmos problemas de trânsito que as pessoas que trabalham com publicidade. A Suprema Corte acrescentou que “o fato de a cidade de Nova York considerar adequado eliminar do tráfego esse tipo de distração, mas não tocar naquelas que podem ser ainda maiores em uma categoria diferente, como as



exibições vívidas na Times Square, é irrelevante. Não é requisito da proteção igualitária que todos os males do mesmo gênero sejam erradicados ou que não haja nenhum”. Dessa forma, a Suprema Corte rejeitou a ideia de que o princípio da generalidade impunha sérios limites às classificações legais.

O *Justice* Robert Jackson viu as coisas de forma diferente: ele considerou este caso, aparentemente comum, como uma oportunidade para celebrar o uso da cláusula de proteção igualitária como uma garantia do Estado de Direito – entendida como uma proibição da seletividade. Para Jackson, a cláusula de proteção igualitária, como parte do Estado de Direito, “significa que a proibição, ou regulamentação, deve ter um impacto mais amplo”. A exigência de amplitude, por sua vez, desempenha uma função democrática.

Não há garantia prática mais eficaz contra um governo arbitrário ou irracional do que exigir que os princípios da lei que as autoridades impõem a uma minoria sejam impostos de forma geral. Por outro lado, nada abre a porta para a ação arbitrária de forma tão eficaz quanto permitir que esses funcionários escolham apenas algumas pessoas a quem aplicarão a legislação e, assim, escapem da retribuição política que poderia recair sobre eles se um número maior de pessoas fosse afetado. Os tribunais não podem tomar nenhuma medida melhor para garantir que as leis sejam justas do que exigir que as leis sejam iguais em sua aplicação. (Estados Unidos da América, 1949, *n.p.*)

Há muito bom senso aqui. Um sistema jurídico deve exigir justificativas de interesse público para a negação de benefícios ou para a imposição de ônus. Em uma democracia deliberativa, a pressão de grupos interessados, ou o interesse legislativo próprio, é uma base inadequada para a lei. A ideia de democracia deliberativa é, obviamente, separada da ideia de Estado de Direito. No entanto, o requisito de generalidade pode colocar em efeito controles políticos que, de outra forma, seriam fracos demais para impedir que uma legislação opressiva fosse aprovada.

Considere uma lei que exija que pessoas de determinada religião, ou nacionalidade, passem por procedimentos onerosos antes de obter alvarás de construção ou carteiras de motorista. Se os requisitos processuais fossem impostos de forma geral, talvez não fossem impostos de forma alguma. E se essas leis fossem impostas a todos, e conseguissem sobreviver ao processo político apesar desse fato, provavelmente teríamos uma garantia de que elas não fossem tão opressivas, afinal.

Em suma, esse é o argumento do *Justice* Jackson: aumentar a generalidade de um ônus, ao defender o princípio da igualdade de tratamento, é uma barreira à ação arbitrária, pois aumenta a probabilidade de retribuição política.

Mas como podemos determinar se uma lei aparentemente restrita deve ser aplicada de forma geral? Muitas leis são menos abrangentes do que poderiam ser, e a justificativa para sua relativa estreiteza pode dispensar uma aplicação mais ampla. As crianças, por exemplo, não têm o direito de voto; veículos elétricos não estão sujeitos a determinados controles de poluição; e os sindicatos são exceções às leis antitrustes. São essas formas de



seletividade inadmissíveis? É ilegítimo, por exemplo, afirmar que pessoas cegas não podem obter carteiras de motorista?

Para determinar se a generalidade é necessária, é preciso avaliar se existem semelhanças e diferenças relevantes entre aqueles que são afetados pela legislação e aqueles que não são. Essa é uma questão normativa, e a ideia do Estado de Direito não fornece uma resposta direta. Não se pressupõe que a “generalidade” seja exigida quando existem diferenças relevantes. Por exemplo, não se considera que as leis de limite de velocidade sejam inaceitáveis se não se aplicarem a policiais e motoristas de ambulância em serviço.

Qualquer demanda por tratamento igualitário depende de um conjunto de princípios que estabeleçam se existem diferenças relevantes entre os casos aos quais uma lei se aplica e os casos aos quais não se aplica. Por si só, a ideia do Estado de Direito não oferece esses princípios. Se uma lei estipula que, para se candidatar a um emprego federal, pessoas não brancas devem preencher formulários adicionais e fazer testes extras, é fácil perceber que os fundamentos para tal distinção são ilegítimos. Da mesma forma, se uma lei exige que mulheres passem por testes de força para se tornarem policiais, enquanto homens não precisam, é possível concluir que a há insuficiente generalidade da lei. O motivo não reside no Estado de Direito, mas sim no princípio da igualdade.

No entanto, há situações em que a seletividade é legítima. Se uma lei determina que pessoas que ganham mais que um determinado montante de dinheiro não podem receber benefícios sociais, isso não viola o princípio de igualdade de tratamento. Ao questionar se a seletividade é permitida, não podemos confiar apenas em ideias sobre regras e Estado de Direito. Devemos fazer julgamentos sobre os princípios que justificam a distinção entre grupos de pessoas. Não estamos apenas exigindo generalidade, mas sim questionando quem é relevantemente similar a quem. O Estado de Direito não possui os recursos para resolver os debates resultantes disso (Raz, 1979, p. 219-23).

4. O Estado de Direito está associado ao livre mercado?

Esses pontos constituem motivos para questionar algumas ideias importantes acerca do Estado de Direito e suas implicações. Um exemplo influente é a discussão promovida por Friedrich Hayek (1960, p. 220-35). Hayek destacou-se como o principal crítico do socialismo no século XX, além de ter contribuído significativamente para o debate sobre o Estado de Direito e sua interconexão com a liberdade e o livre mercado. No contexto do mercado, Hayek salientou a dispersão generalizada das informações na sociedade, argumentando que, mesmo que os planejadores governamentais estejam bem-intencionados, eles não podem dispor do conhecimento que os indivíduos possuem (Hayek, 1945). Segundo ele, o sistema



de preços representa uma “maravilha”, pois condensa uma multiplicidade de informações - aquelas mantidas por diversos agentes que decidem comprar ou não bens e serviços. Os argumentos de Hayek acerca da dispersão informacional na sociedade possuem relevância duradoura, suscitando sérias indagações sobre certas formas de regulamentação atuais, as quais falham em virtude das autoridades não possuírem o conhecimento detido pela sociedade (Sunstein, 2018).

Hayek apresentou um argumento intimamente relacionado sobre o Estado de Direito, identificando-o com a ideia de “imparcialidade”. Na ótica do autor, seu antônimo é um sistema de “planejamento”, no qual o Estado seleciona vencedores e perdedores. Dado que o Estado de Direito não favorece vencedores e perdedores específicos, ele é imparcial nesse sentido. A princípio, isso parece plausível. Entretanto, o que exige a demanda de generalidade? Hayek não desaprova todas as ações realizadas em nome do estado regulador. Em sua visão, a prestação de serviços públicos pelo governo é inquestionável. Ele também não se opõe às leis de jornada máxima, às leis que proíbem produtos perigosos e às leis que protegem contra condições perigosas no local de trabalho.

Então, o que é proibido? Hayek preocupa-se com medidas que “envolvem discriminação arbitrária entre pessoas”. Essa categoria abrange, principalmente, “decisões sobre quem deve ser autorizado a fornecer diferentes serviços ou mercadorias, a que preços ou em que quantidades - em outras palavras, medidas destinadas a controlar o acesso a diferentes negócios e ocupações, os termos de venda e as quantidades a serem produzidas ou vendidas”. No entanto, como determinar se tais decisões, ou quaisquer outras, são arbitrárias? Certamente, não é inadmissível que o Estado exija que os motoristas de táxi demonstrem ter visão adequada, ou que proíba pessoas de praticar medicina sem atender a determinados requisitos de competência médica. Portanto, conclui-se que o Estado é proibido de impor qualificações somente quando estas são arbitrárias em seus méritos. No entanto, para decidir essa questão, é necessário um arcabouço teórico de qualificações apropriadas. O Estado de Direito, por si só, não fornece e não pode oferecer tal teoria. A objeção ao relato de Jackson sobre a igualdade de tratamento também se aplica ao relato de Hayek sobre o Estado de Direito. Ele compreendeu que o Estado de Direito veda a arbitrariedade, o que é positivo, mas reconheceu a necessidade de princípios para determinar o que é arbitrário, sendo que o Estado de Direito, por si só, não é capaz de suprir essa lacuna.

Quanto ao controle de preços, desde que sejam claros, transparentes e estáveis, os controles parecem ser consistentes com o Estado de Direito (embora isso não signifique, de forma alguma, que sejam uma boa política; geralmente não são). Hayek argumenta que, ao abandonarem a lei da oferta e da demanda, os preços fixados pelo governo “não serão os mesmos para todos os vendedores” e “discriminarão as pessoas por motivos essencialmente arbitrários”. Embora isso possa ser verdade na prática, em princípio, poderíamos imaginar facilmente um preço fixo para todos os vendedores de telefones celulares, sabonetes e



sapatos. Há, evidentemente, uma série de argumentos contrários aos controles governamentais de preços e quantidades, sendo grande parte destes fundamentados na sua contrariedade às leis de oferta e demanda. No entanto, o julgamento de que os controles de preços são “arbitrários” não deriva do Estado de Direito, mas sim da ideia de que os preços e as quantidades adequadas de bens e serviços são determinados pelo mercado. Embora seja um julgamento razoável, não faz parte do conceito de Estado de Direito.

Neste ponto, pode ser tentador sugerir que uma considerável parcela da argumentação de Hayek é potencialmente confusa, levando à conclusão de que o Estado de Direito não guarda relação alguma com o mercado. Essa conclusão, embora em grande medida acertada, é simplista demais (e contradizer Hayek sempre carrega certo risco). Há, no mínimo, três características compartilhadas entre o Estado de Direito e o livre mercado. Em primeiro lugar, o Estado de Direito não realiza ajustes *ex post facto*; suas normas operam de forma prospectiva, uma característica também observada no mercado. Em segundo lugar, existe uma dimensão na qual tanto as normas quanto o mercado se orientam por um princípio de não discriminação. Para os defensores do Estado de Direito, o governo, assim como a justiça, deve ser imparcial. O mercado também opera sob essa lógica de imparcialidade. Em terceiro lugar, tanto as normas quanto o mercado trabalham contra medidas que imponham demandas informacionais inadequadas ao governo. A fixação de preços é particularmente questionável nesse aspecto, pois exige que o governo execute algo para o qual não possui informações suficientes para ser eficaz. Este mesmo argumento pode ser invocado em favor de, pelo menos, muitas normas. Ao estabelecer regulamentações de trânsito ou requisitos para transações de propriedade, o governo pode, de forma adequada, compartilhar a carga informacional entre ele e os demais envolvidos.

Por outro lado, é prudente não exagerar na metáfora da “cegueira”. Em certo sentido, todas as leis acabam por selecionar vencedores e perdedores. Isso é especialmente verdadeiro no caso das leis que regulam a jornada de trabalho máxima, assim como na prestação de serviços pelo governo. E, embora o livre mercado não tome decisões explícitas sobre quem será beneficiado ou prejudicado, frequentemente é possível prever quem estará em vantagem ou desvantagem com base nas regras consagradas de propriedade, responsabilidade civil e contratos que regem o mercado. Por exemplo, é pouco provável que pessoas com deficiências graves obtenham sucesso em um sistema de mercado.

Um sistema de planejamento poderia estar em conformidade com o Estado de Direito, se os “planos” fossem anunciados com antecedência e se as expectativas fossem firmemente protegidas? De certa forma, essa pergunta é o cerne da questão, pelo menos para as maiores reivindicações de Hayek. Para respondê-la, precisamos especificar o que o Estado de Direito exige. Já identificamos seus ingredientes essenciais, que incluem generalidade, clareza, transparência, não retroatividade, aplicação prática como na teoria e direitos de audiência. Por uma questão estritamente lógica, um sistema de planejamento poderia de fato atender a todos esses requisitos, já que o preço de determinados produtos



poderia ser anunciado para o próximo ano, assim como os salários. Nesse sentido, não há inconsistência necessária entre o planejamento e o Estado de Direito. Mas as preocupações reais de Hayek podem ser pragmáticas e empíricas, e podem não envolver necessidade lógica alguma. Os sistemas de planejamento de estilo socialista do mundo real podem mudar muito rapidamente para se adequar às exigências do Estado de Direito. Além disso, é muito provável que a prática real confunda os planos, garantindo que o que acontece na prática não se assemelhe ao que está escrito nos códigos. Esses pontos fazem parte do argumento duradouro contra os sistemas socialistas e também ajudam a explicar os esforços de Hayek para invocar o Estado de Direito como uma objeção à planificação econômica. Mas ele estava errado ao confundir o Estado de Direito com o compromisso com o livre mercado.

Esses pontos levantam dúvidas sobre a visão de Hayek e também, pelas mesmas razões, lançam dúvidas sobre os ataques de inspiração marxista ao Estado de Direito. Considere a sugestão de Morton Horwitz (1977, p. 566) de que

Não vejo como um homem de esquerda pode descrever o Estado de Direito como 'um bem humano irrestrito'! Sem dúvida, ele restringe o poder, mas também impede o exercício benevolente do poder. Ele cria a igualdade formal – uma virtude não desprezível – mas promove a desigualdade substantiva ao criar uma consciência que separa radicalmente a lei da política, os meios dos fins, os processos dos resultados. Ao promover a justiça processual, permite que os astutos, os calculistas e os ricos manipulem suas formas em benefício próprio. E ratifica e legitima uma concepção adversarial, competitiva e atomística das relações humanas.

Essa passagem considera que o Estado de Direito exige muito mais do que ele de fato exige. Será que o Estado de Direito proíbe a busca da igualdade substantiva por meio, por exemplo, de impostos de renda progressivos, programas de bem-estar e emprego, leis antidiscriminação e muito mais? Como Hayek, Horwitz parece identificar o Estado de Direito com (uma concepção particular de) livre mercado e essa identificação é injustificada.

Um questionamento comum às regras – de que elas estão ligadas à igualdade meramente “formal” – não é, portanto, persuasivo. As regras poderiam estabelecer que nenhuma pessoa pode ter mais de um dólar a mais do que qualquer outra, que a renda média de homens e mulheres deve ser a mesma, ou que todos os grupos raciais devem ter a mesma riqueza *per capita*. Não há associação entre o Estado de Direito, por um lado, e a desigualdade econômica, de outro. O Estado de Direito tem inúmeras vantagens, mas não devemos exagerar o que ele implica.

5. O caso das regras

Uma grande virtude das regras é que elas limitam as bases permitidas tanto para a ação quanto para a argumentação. Em uma sociedade heterogênea, com pessoas de tempo e



capacidade limitados, essa é uma enorme vantagem, pois economiza esforço, tempo e despesas. Ao truncar os tipos de disputas que podem surgir na lei, isso também garante que os desacordos ocorrerão em uma faixa restrita. Nesse aspecto, as regras têm enormes vantagens sobre as alternativas.

É muito difícil, por exemplo, decidir quem é pobre e quem, dentre a classe de pobres, tem direito a quê. Não faria muito sentido decidir quem é pobre por meio de julgamentos caso a caso, e seria ainda mais sem sentido tomar decisões sobre direitos sociais desse modo. Se o legislativo determina que as pessoas que ganham mais do que um determinado valor não podem se qualificar para determinados benefícios sociais, as autoridades não precisam decidir quando as pessoas são pobres ou quando merecem esses benefícios. Pessoas semelhantes serão tratadas de forma semelhante, e o tratamento igualitário será mais provável.

O caso do direito penal é ainda mais convincente. Se as pessoas que roubam dinheiro cometem um crime de um tipo específico, com uma punição específica, então as autoridades específicas não precisam decidir o quão ruim é roubar dinheiro. Eles não precisam comparar casos semelhantes em alguns aspectos e diferentes em outros; não precisam perguntar se a punição criminal foi projetada para impedir a conduta danosa, ser retributiva, servir para confinar pessoas perigosas ou qualquer outra coisa.

Às vezes, diz-se que as regras são um produto da “ponderação” de fatores relevantes, o que é verdade. Os legisladores podem criar regras contabilizando os custos e benefícios de diferentes abordagens e as regulamentações para a poluição do ar podem resultar do equilíbrio entre a saúde e outros ganhos, em face de custos variados. As regulamentações legais para ações de vigilância podem ser um produto do equilíbrio entre os possíveis ganhos de segurança nacional e os possíveis riscos à privacidade. Mas, em alguns casos, é mais preciso dizer que as regras são um produto de julgamentos sobre quais tipos de considerações são relevantes em diferentes contextos. Algumas regras são – e são produtos de – *razões excludentes*, no sentido de que certos fatores não devem ser relevantes em determinadas circunstâncias (Raz, 1990).

Considere um exemplo: podemos pensar que nunca é apropriado violar a confiança de um amigo para nos divertirmos fazendo fofoca com outros amigos. Se é isso que pensamos, então a diversão de fofocar é totalmente excluída como motivo para violar a confiança. Por outro lado, podemos considerar que a confiança deve ser quebrada se for necessário para salvar a vida de um amigo. A regra contra a quebra de confiança nos permite agir em situações de emergência. Esse é apenas um exemplo simples de como uma regra funciona nas relações pessoais. Ela não é o produto da ponderação, nem é a ocasião para isso.

Há muitos exemplos análogos no Direito. As regras jurídicas podem funcionar como motivos de exclusão e podem resultar de julgamentos sobre quais motivos devem ser



considerados em quais contextos. Por exemplo, pode-se concluir que o governo nunca deve se envolver em atividades de vigilância para punir pessoas por suas opiniões ou atividades políticas. É insuficiente, e também enganoso, dizer que o interesse nesse tipo de vigilância é superado por outros fatores. Em vez disso, esse interesse é ilegítimo e, portanto, considerado fora dos limites. De forma semelhante, a lei americana estabelece que a ofensa no conteúdo das ideias nunca é um motivo admissível para regular o discurso. O governo não pode regular o discurso simplesmente porque as pessoas detestam o que é dito. Os tribunais não consideram que a ofensa no conteúdo das ideias seja insuficientemente importante para regular o discurso; eles julgam que essa é uma justificativa ilegítima. Esse julgamento, por si só uma regra, reflete-se nas regras mais específicas que governam a regulação permissível do discurso.

Isso não significa que a liberdade de expressão seja absoluta. A liberdade de expressão pode ser regulada por razões justas e suficientemente importantes, mas essas razões não incluem a ofensa no conteúdo das ideias. Assim, a queima de bandeiras pode ser proibida se for uma forma de proteger os direitos de propriedade das pessoas sobre elas: o governo pode proibir seu vizinho de queimar sua bandeira. No entanto, a queima de bandeiras não pode ser proibida se isso for uma maneira de impedir uma forma específica de protesto político. Tudo depende do *motivo* pelo qual o governo está tentando proibir a queima de bandeiras.

Da mesma forma, um júri civil em um caso de contratos, ao decidir se o réu tinha motivos suficientes para violar o acordo, não pode considerar a cor da pele das partes ou suas opiniões políticas, embora os membros de um júri possam certamente considerar opiniões políticas e até mesmo a cor da pele ao escolher seus amigos. Similarmente, uma lei que permita exceções de emergência não permitirá que os líderes nacionais identifiquem, como casos de emergência, situações em que sua própria popularidade política esteja em risco.

O ponto principal é que as regras geralmente estabelecem que *considerações que são relevantes em muitas situações simplesmente não são relevantes em determinadas circunstâncias*. As regras especificam quais tipos de considerações são relevantes para quais questões e quais tipos de considerações não são. As regras decidem questões de papéis apropriados e determinam o que é relevante para pessoas em diferentes papéis sociais.

6. Diferentes tipos de regras

As regras se enquadram em várias categorias diferentes. Aqui está um relato, longe de ser exaustivo e vinculado às nossas preocupações especiais:



1. Muitas vezes, as regras são um *resumo de decisões sábias*; elas são defendidas com base no fato de serem um bom resumo e de serem desejáveis como regras, em vez de meros conselhos ou regras práticas, de modo a economizar os custos de tomar decisões individualizadas. Se as pessoas com mais de setenta anos são proibidas de serem pilotos comerciais, é porque esse é um resumo bastante preciso das boas decisões individuais e algo menos dispendioso de administrar do que qualquer outra alternativa. Da mesma forma, se dissermos que pessoas com menos de dezesseis anos não podem dirigir, é por um motivo semelhante.

Muitas regras jurídicas são mais bem defendidas como generalizações, reconhecidamente um tanto grosseiras, que funcionam como um bom substituto para investigações individualizadas, mas que são muito menos dispendiosas e muito mais eficientes do que estas. Essas regras têm o objetivo de minimizar a soma dos custos de decisão e dos custos de erro. Talvez essas investigações sejam caras e não produzam muito em termos de precisão adicional, ou talvez essas investigações dessem errado devido à ignorância, à confusão, à parcialidade ou à venalidade de alguns ou muitos dos investigadores.

Vale a pena enfatizar, nesse sentido, que não temos regras se estas forem consideradas um resumo provisório e revisável de decisões sábias, e se os intérpretes se sentirem livres para desconsiderar esse resumo quando as razões substanciais assim o sugerirem. Em vez disso, temos orientação, presunções, conselhos ou máximas. Uma característica que define as regras é o fato de estarem arraigadas e de se aplicarem mesmo que o decisor, ao investigar o fundamento das regras, conclua que a regra não deve ser aplicada.

2. Muitas vezes, as regras estabelecem *convenções* ou permitem que as pessoas coordenem seu comportamento (Ullmann-Margalit, 1977). Isso é verdade, por exemplo, em relação às regras de trânsito. A regra de que as pessoas devem dirigir do lado direito da rua é valiosa porque indica às pessoas onde dirigir, e não porque é melhor do que o seu oposto. Não consideramos que as pessoas devam dirigir à direita porque isso é uma decisão sábia em casos individuais desacompanhados de regras. É claro que regras desse tipo podem ser muito ou pouco inclusivas. Exigir que as pessoas dirijam pelo lado direito da pista faz pouco sentido quando há pedras e árvores nesse lado, ou quando todo o tráfego está indo na mesma direção.

3. Muitas vezes, as regras oferecem soluções quando decisões racionais individuais podem levar a um problema de ação coletiva, especialmente na forma de um dilema do prisioneiro⁵, produzindo sérios danos sociais ou até mesmo desastres sociais. As regras que

⁵ O *dilema do prisioneiro* é um cenário hipotético onde dois indivíduos encarcerados, incapazes de se comunicar, enfrentam a escolha entre cooperar para benefício mútuo ou trair o outro para maximizar seu ganho pessoal. Embora a cooperação seja a opção racional para o melhor resultado global, a falta de confiança muitas vezes os leva a trair, resultando em prejuízo para ambos. Esse exercício busca destacar os desafios quando o interesse próprio imediato entra em conflito com o benefício coletivo. (Nota do tradutor)



regem a emissão de poluentes são um exemplo: se cada poluidor tomar uma decisão individualmente racional, haverá poluição em excesso, já que os custos totais da poluição não são suportados pelos poluidores e se cada poluidor se sentir livre para rever a justificativa da regra, o problema pode não ser resolvido. A melhor solução pode ser fixar uma regra e exigir que todos a cumpram. As normas sociais geralmente incorporam regras desse tipo e isso também se aplica às leis.

4. Algumas normas desempenham uma função expressiva, pois emitem declarações acerca dos valores e compromissos sociais vigentes. As normas que proíbem a discriminação com base em raça e sexo constituem exemplos evidentes dessa categoria; o mesmo pode ser afirmado em relação às normas que salvaguardam o direito à propriedade privada. As normas que regulam quais indivíduos podem contrair matrimônio refletem aspectos da instituição do casamento e das convicções sociais que determinam quem possui o direito ao reconhecimento público de um vínculo relacional. Por exemplo, é vedado o casamento entre três pessoas, assim como entre tios e sobrinhos. Tais normas não se reduzem a decisões individualmente sábias, mas expressam um juízo social acerca das relações apropriadas. Muitos defendem a existência de normas porque acreditam que a mensagem implícita nessas regras será uma declaração adequada ou acarretará boas consequências sociais, influenciando atitudes, preferências e normas sociais na direção considerada correta. Tome-se, por exemplo, a posição de que o governo deve proibir discursos de ódio racial, exigir práticas de reciclagem, proteger espécies em perigo de extinção ou instituir a pena capital.

5. Em certas ocasiões, as normas são *constitutivas* de práticas sociais (Searle, 1955). As normas constitutivas não regulam condutas que existem previamente às normas em questão, mas estabelecem práticas, entendimentos compartilhados e modos de comportamento. Por outro lado, uma lei que proíbe o homicídio é uma norma *reguladora*: o ato de homicídio existe antes da norma (mesmo que o termo e a categoria sejam construções normativas). Contraponha-se a isso com a norma que estipula que um *touchdown* no futebol americano vale seis pontos. A concepção de um *touchdown* não é anterior à norma; quando um jogador cruza a linha de gol, sua ação não tem significado sem as normas que definem o que constitui um *touchdown*. As normas constitutivas são características dos esportes: considere as normas que regulam o *par*, *birdie* e *bogey* no golfe, ou que determinam os *home runs* e *outs* no beisebol.

Às vezes, as normas jurídicas apresentam características semelhantes. Considerem-se as normas para a elaboração de testamentos, celebração de matrimônio, criação de moeda, promulgação de leis e celebração de contratos. Testamentos, casamento, moeda e leis existem unicamente em virtude dos entendimentos sociais estabelecidos pelo sistema jurídico. Pelo menos da maneira como os concebemos, eles não são anteriores à lei⁶. Quando

⁶ Estou colocando entre parênteses o fato de que, sem a lei, seria possível que as sociedades tivessem versões dessas coisas. Por exemplo, o dinheiro pode existir como resultado de normas sociais, e o mesmo se aplica à propriedade.



afirmamos que, nos Estados Unidos da América, uma lei existe somente se, e somente se, duas casas do Congresso agirem de acordo com determinados procedimentos e se o presidente concordar, não estamos tentando resumir decisões individualmente sábias sobre como promulgar leis. Em vez disso, estamos afirmando que *essas são as normas que determinam o processo de elaboração legislativa*. Se nos solicitarem a defender as normas pertinentes, podemos argumentar que o funcionamento legislativo da democracia opera de forma eficaz – ou mais eficazmente – se essas normas forem observadas. Essa alegação deve ser justificada com base em uma concepção bem fundamentada de democracia e o mesmo raciocínio se aplica às normas de contrato e testamento.

É evidente que algumas regras específicas nessas áreas gerais podem ser consideradas válidas ou inválidas com base em sua plausibilidade como uma síntese de decisões prudentes e, por esse motivo, podem surgir disputas internas sobre a possibilidade de alterar as regras para decisões caso a caso. Podemos estabelecer uma norma que exija duas testemunhas para a validade de um testamento, contudo, ao nos depararmos com situações específicas, podemos concluir que alguns testamentos contendo apenas uma testemunha são legítimos, pois, por exemplo, não há dúvida quanto à sua confiabilidade.

6. Algumas regras funcionam como uma *estratégia de pré-compromisso*. Suponha que sua conduta esteja prejudicando ou infligindo custos significativos ao seu eu futuro. Ou suponha que, para evitar esse dano ou para ter sucesso em seus planos, você precise se engajar em um comportamento consistente ao longo do tempo. Talvez um programa de exercícios exija que você se exercite por uma hora, e apenas uma hora, todos os dias. Ou talvez uma boa dieta exija que você coma as mesmas coisas, mais ou menos, no mesmo horário por um período. Talvez você precise tomar medidas específicas para parar de fumar. As pessoas podem desconsiderar indevidamente o futuro quando tomam decisões individuais; elas podem apresentar “viés do presente”. Nessas circunstâncias, uma regra que possa ser imposta por meio de algum mecanismo – talvez sanções sociais de seus amigos – pode ser a melhor maneira de proceder. Ou você pode adotar uma regra para suas finanças: você pagará a dívida do cartão de crédito integralmente todos os meses.

As sociedades podem enfrentar problemas semelhantes. Talvez o Departamento de Justiça dos Estados Unidos precise anunciar um plano específico e cumpri-lo, se quiser evitar certos tipos de crimes. Talvez o Congresso precise adotar regras gerais e encontrar alguma forma de se comprometer com elas, se quiser evitar danos econômicos graves (como, por exemplo, comprometer-se a facilitar o aumento do teto da dívida, para que uma nação não deixe de pagar suas dívidas). Talvez uma boa política monetária exija que o Banco Central dos Estados Unidos (*Federal Reserve System*) faça praticamente a mesma coisa todos os meses durante o próximo ano; suponha também que, sem uma regra e com julgamentos específicos sobre o que fazer a cada mês, o Banco Central faria coisas prejudiciais ou inconsistentes. A adoção de uma regra pode garantir a consistência necessária, talvez superando o desconto excessivo do futuro, ou talvez garantindo que não haja



comportamento estratégico por parte dos políticos. Dessa forma, uma regra pode ser uma estratégia de pré-compromisso que supera os problemas previsíveis das decisões sem regras.

7. Defesa das regras enquanto regras

As regras podem produzir acordos com teorização incompleta, entendidos como acordos entre pessoas que discordam sobre valores fundamentais ou que não têm certeza do que pensam sobre esses valores. Elas podem fazer isso de duas maneiras diferentes. Em primeiro lugar, as pessoas podem concordar que uma regra é obrigatória ou autoritária sem concordar com uma teoria sobre o porquê de ela ser obrigatória e sem concordar que a regra é boa. Isso pode ser uma grande vantagem, pois simplifica muito a vida e evita que surjam controvérsias sobre a aplicação da regra. Podemos concordar: “essa é a regra, quer gostemos dela ou não”. As teorias sobre autoridade legítima são variadas e pluralistas, e a aceitação das regras pode partir de diversos fundamentos.

Em segundo lugar, as pessoas muitas vezes podem julgar que uma determinada regra é razoável sem se posicionar sobre grandes questões de certo ou errado. As pessoas podem apoiar um limite de velocidade de 105 quilômetros por hora, a proibição de trazer elefantes para restaurantes, uma sentença mínima de dez anos para tentativa de estupro, e muito mais, sem se posicionar em debates entre kantianos e utilitaristas, e sem dizer uma palavra sobre suas convicções religiosas. Dessa forma, as regras diminuem drasticamente o nível de discordância entre as pessoas que estão sujeitas a elas e entre aquelas que devem interpretá-las e aplicá-las. Quando as regras estão em vigor, as teorias de alto nível não precisam ser invocadas para que saibamos o que as regras significam e se elas são obrigatórias. Além de sua relação com acordos incompletamente teorizados, as regras podem ser defendidas de várias outras maneiras.

1. As regras minimizam os custos informativos e políticos da tomada de decisões em casos específicos. Sem regras, a tomada de decisões pode ser extremamente cara; as regras produzem enormes ganhos de eficiência. Elas podem ser vistas como uma espécie de “decisão de segunda ordem”, escolhida para eliminar os ônus associados às decisões caso a caso (Ullmann-Margalit, 2017). Presunções e padrões também são decisões de segunda ordem, mas se quisermos simplificar os julgamentos no ponto, e tentar torná-los mecânicos, as regras são melhores. As pessoas entendem esse ponto e adotam regras – por exemplo, pagamento automático de contas de cartão de crédito, ou jantar em família todo domingo à noite, ou não enviar mensagens de texto enquanto dirige.



Todos os dias agimos como agimos em função de regras, legais e não legais, e muitas vezes as regras são tão internalizadas que se tornam uma segunda natureza, facilitando muito os custos das decisões e possibilitando que dediquemos nossa atenção a outros assuntos. Com uma lei de limite de velocidade, por exemplo, não precisamos decidir a que velocidade devemos dirigir. Com as regras, a questão complexa e, às vezes, moralmente carregada, de *quais questões são relevantes*, já foi decidida de antemão.

As regras são incapacitantes exatamente por esse motivo; elas nos restringem, mas também são facilitadoras e até mesmo libertadoras (Holmes, 1955). É fácil ignorar esse ponto, mas, assim como as regras gramaticais, elas ajudam a tornar a vida social possível. Se soubermos que haverá um e somente um presidente, não precisaremos decidir quantos presidentes haverá. As constituições são facilitadoras por esse motivo, e isso se aplica a muitas regras jurídicas. Se sabemos que um testamento deve ter duas testemunhas, não precisamos decidir, em cada caso, quantas testemunhas um testamento deve ter. As regras liberam tempo para outros assuntos e facilitam as decisões públicas e privadas ao estabelecerem as estruturas dentro das quais elas podem ser tomadas.

Ao adotar regras, as pessoas também podem superar sua própria miopia, fraqueza de vontade, confusão, venalidade ou preconceito em casos individuais. Isso é válido tanto para indivíduos quanto para sociedades. As sociedades e seus representantes também podem estar sujeitos à miopia, fraqueza de vontade, confusão, venalidade ou parcialidade, e as regras protegem contra todos esses problemas. A ciência comportamental tem apontado uma série de desvios da racionalidade perfeita (Kahneman, 2010) e os vieses comportamentais afetam sistemas jurídicos, bem como indivíduos e organizações. As regras geralmente funcionam para superar esses vieses.

Essas ideias justificam a ideia geral de que as regras devem ser enraizadas, no sentido de que devem ser aplicadas mesmo que sua racionalidade não o seja. Se substituirmos as regras por uma investigação sobre a aplicação da sua justificativa em cada instância, estaremos nos envolvendo em uma forma de tomada de decisão caso a caso, e é fácil subestimar os custos dessa maneira de proceder. As autoridades podem ser pressionadas pelas exigências de um caso específico a buscarem uma justiça individualizada sem perceber o custo, e o risco de injustiça, dessa meta. É notável que, nas décadas de 1960 e 1970, os órgãos administrativos americanos mudaram radicalmente da adjudicação para a criação de regras, em grande parte devido ao entendimento de que, por meio da emissão de regras, poderiam decidir centenas ou até milhares de casos de uma só vez e, assim, eliminar as várias despesas das decisões caso a caso.⁷ Essa mudança persiste até os dias de hoje e produziu benefícios significativos.

⁷ Considere também as evidências de que os tribunais americanos tendem, na área de bem-estar social, a insistir em avaliações individualizadas dos requerentes e, portanto, a invalidar regulamentos que fazem julgamentos categóricos sobre quando a renda está realmente disponível para os beneficiários. Talvez aqueles que emitiram as regulamentações não estivessem suficientemente sintonizados com a rigidez e a imprecisão das regras. Mas talvez os tribunais, ao se depararem com um caso específico que confundiu as regras, não estejam



Alguns dos custos da ausência de regras, ou de desvios da justiça vinculada a regras, são simplesmente uma questão de compilação de informações. Para saber se um determinado piloto é capaz de voar com competência, precisamos saber muitos detalhes. Mas alguns dos custos têm um caráter diferente. Eles envolvem valores e políticas, além de fatos. Suponha que estejamos decidindo sobre os padrões de qualidade do ar para poluentes atmosféricos que produzem efeitos adversos à saúde, ou que estejamos pensando sobre quando é possível avançar com projetos que ameçam espécies em extinção, ou que estejamos tentando decidir como reduzir as mortes nas rodovias. A informação é importante aqui, mas também é necessário que várias pessoas cheguem a uma conclusão sobre assuntos difíceis e até mesmo trágicos. Por esse motivo, pode haver, para os legisladores, altos custos políticos ou grande dificuldade em produzir uma regra. Porém, uma vez que a regra esteja em vigor, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei podem se concentrar nessas questões e tomar a decisão como algo dado.

Os altos custos – informativos e políticos – das decisões sem regras geralmente não são visíveis para aqueles que estão decidindo se devem estabelecer regras em primeira instância. A Suprema Corte, por exemplo, pode ver que as regras vincularão seus membros, talvez infelizmente, em casos subsequentes e, portanto, a Corte pode evitar a criação de regras com o interesse em manter a flexibilidade para o futuro. A Suprema Corte pode decidir dessa forma sem perceber facilmente que a ausência de regras forçará os litigantes e os tribunais inferiores a pensarem muito, possivelmente por uma geração ou mais, sobre o conteúdo real da lei. Dessa forma, a Suprema Corte pode internalizar os benefícios da flexibilidade e, ao mesmo tempo, “exportar” para outros os custos da ausência de regras. Da mesma forma, os legisladores podem perceber que as regras conteriam erros graves ou que não podem ser compiladas sem grandes custos políticos e de informação – sem, talvez, entender completamente que a ausência de regras forçará os órgãos administrativos e os cidadãos a dedicarem um enorme esforço para dar à lei algum conteúdo concreto.

2. As regras são impessoais e cegas, promovem a igualdade de tratamento e reduzem a probabilidade de vieses e de arbitrariedade. As regras estão associadas à imparcialidade. Sua imparcialidade é capturada na noção de que a Deusa da Justiça tem os olhos vendados. As regras são cegas para muitas características de um caso que, de outra forma, poderiam ser relevantes e que são relevantes em alguns contextos sociais – religião, classe social, boa aparência, altura, orientação sexual e assim por diante – e também para muitas outras coisas.

Uma desvantagem comparativa das decisões sem regras é que elas aumentam o risco de que considerações ilegítimas influenciem as decisões. O juiz de direito administrativo que concede benefícios por invalidez com base em fatores ou padrões pode muito bem ser afetado por seus sentimentos em relação ao requerente em particular, questões de raça, sua opinião sobre o programa de seguridade social em geral ou até mesmo seu humor no dia da

suficientemente sintonizados com os custos da individualização e, portanto, com os benefícios agregados da governabilidade, apesar da existência de erros em casos específicos. Ver: Melnick, 1994.



decisão. Com regras, as pessoas que estão em situação semelhante têm maior probabilidade de sejam tratadas da mesma forma. As regras podem reduzir tanto os vieses quanto o puro “ruído” (Kahneman *et al.*, 2016).

Muitos debates sobre a doutrina constitucional estão relacionados a essa alegação. Por um período, a lei que rege a Primeira Emenda não consistia em regras, mas em um conjunto de fatores: o interesse do governo, o valor do discurso e a probabilidade de dano (Estados Unidos da América, 1951). Mas, ao longo das décadas, a Suprema Corte mudou na direção do “equilíbrio categórico”, que consiste em regras que determinam como diferentes formas de discurso serão tratadas e também de distinções entre diferentes categorias de restrições ao discurso. Por exemplo, a lei proíbe terminantemente qualquer restrição ao discurso que discrimine com base no ponto de vista (como em uma proibição de discurso que se oponha ao atual presidente). As categorias são um tanto grosseiras e podem, em casos específicos, produzir resultados inferiores a uma abordagem mais refinada. Porém, a própria existência das categorias disciplina os juízes em casos delicados e difíceis de liberdade de expressão.

A afirmação de que as regras promovem a generalidade e a igualdade de tratamento – e, nesse sentido, a equidade –, requer uma qualificação importante. De certa forma, as regras podem *reduzir* a equidade. É claro que as regras suprimem muitas diferenças entre os casos; elas destacam uma característica específica de uma série de casos e incluem todos esses casos em um único guarda-chuva. Nesse sentido, as regras tornam irrelevantes características de casos que, após reflexão das pessoas que fazem julgamentos específicos, podem se tornar de fato relevantes.

Todas as pessoas que excederam 105 quilômetros por hora devem ser tratadas da mesma forma? Suponha que você estava em excesso de velocidade porque estava tentando levar sua filha ao hospital, onde ela precisava de tratamento médico imediato. Todos os que se enquadram em um determinado ponto infeliz em uma grade de invalidez da previdência social devem ter seus benefícios negados? Suponha que você esteja subsumido na regra, mas que, em vista das particularidades da sua situação, você realmente não pode trabalhar e, portanto, deve receber benefícios. Se a igualdade exige que as pessoas em situação semelhante sejam tratadas da mesma forma, a questão é se as pessoas estão em situação semelhante, e as regras não permitem uma investigação particularizada e talvez mais precisa a esse respeito. Dessa forma, as regras podem, na verdade, não promover a equidade em comparação com a ausência de regras na forma de padrões ou algum tipo de tomada de decisão caso a caso (Schauer, 1991, p. 136-7).

3. *As regras servem adequadamente tanto para encorajar quanto para restringir os decisores em casos específicos* (Scalia, 1989). Uma vantagem especial das regras é que os juízes (e outros) podem ser encorajados a aplicá-las mesmo quando os riscos específicos e os custos políticos específicos são altos. As regras podem fornecer a base para decisões corajosas que, de outra forma, poderiam ser difíceis de alcançar e legitimar.



Suponha, por exemplo, que a Suprema Corte tenha estabelecido as *Regras de Miranda*⁸ e que todos saibam que elas serão aplicadas mecanicamente a todos os réus criminais, mesmo os acusados de cometer assassinatos horríveis. Se assim for, os juízes podem se referir a essas regras e, de certa forma, se esconder atrás delas, mesmo que o réu seja especialmente desprezado, e mesmo que seja tentador dizer que as regras deveriam ceder no caso específico; ou, se a regra que proíbe a discriminação de pensamento estiver bem arraigada na lei da liberdade de expressão, os juízes podem se referir a essa regra ao invalidar leis que proíbem a queima de bandeiras, mesmo diante de uma pressão pública severa e irresistível. Podemos supor, ainda, que a proibição de buscas e apreensões sem embasamento seja implementada por meio de regras claras, proibindo os policiais de invadirem as casas das pessoas (ou de ouvir suas ligações, ou ler seus e-mails). Se assim for, os tribunais podem invocar essas regras e insistir nelas, mesmo que supostos subversivos, ou até mesmo terroristas, estejam envolvidos.

A principal vantagem aqui (que também pode ser uma desvantagem) é que as regras tornam desnecessário, e até ilegítimo, o retorno aos primeiros princípios. Se os juízes decidissem sobre o conteúdo da lei no momento da aplicação (moral e politicamente carregados), e se tivessem que voltar aos primeiros princípios, talvez não aderissem a esses princípios quando os riscos fossem altos e a pressão fosse intensa. Esse é o sentido em que as *regras criam coragem*. É claro que é verdade que, se os riscos forem suficientemente altos e a pressão suficientemente intensa, os juízes poderão qualificar ou abandonar as regras preexistentes – para o bem ou para o mal. Mas, se as regras estiverem vigentes e se forem compreendidas como tal, a probabilidade de qualificação ou abandono injustificados é muito menor.

Em um sentido, as regras reduzem a responsabilidade por casos específicos, permitindo que as autoridades afirmem que não é sua escolha, mas a escolha quem estabeleceu a regra. Os funcionários públicos podem alegar que não fazem a escolha prévia, apenas a seguem. Quando a regra é ambígua, essa alegação é fraudulenta, mas é verdadeira quando a regra é clara. Em um sistema no qual as regras são obrigatórias e são vistas como obrigatórias, a lei pode ser útil para endurecer a coluna vertebral do Judiciário especialmente nos casos em que é uma garantia valiosa da liberdade individual contra ataques públicos.

4. *As regras promovem a previsibilidade e o planejamento para agentes privados, legisladores e outros.* Do ponto de vista das pessoas que estão sujeitas a restrições legais, é especialmente importante saber qual é a lei antes do ponto de aplicação. Dentro dos limites, pode ser mais importante saber o que é a lei do que ter uma lei de qualquer tipo específico. Quando os casos são resolvidos com antecedência, as pessoas podem planejar seus negócios

⁸ O “*Miranda Rights*”, ou “*Miranda Warning*”, foi estabelecido pela Suprema Corte americana no caso *Miranda v. Arizona*, em 1966, e prevê que o imputado deve ser advertido sobre o seu direito constitucional à não autoincriminação, em conformidade com a Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América. (Nota do tradutor)



e fazer isso com conhecimento do que o governo pode ou não pode fazer. Trabalhei no Gabinete Executivo do Presidente de 2009 a 2012, ajudando a supervisionar a regulamentação e, do setor privado, ouvi essa reclamação tanto quanto qualquer outra: *não sabemos o que você quer que façamos; por favor, seja mais claro*.

Na regulamentação moderna, um problema generalizado é que os membros das classes regulamentadas às vezes se deparam com diretrizes ambíguas e conflitantes, de modo que não sabem como se planejar. Sob um padrão ou um conjunto de fatores, nem o governo nem os cidadãos afetados podem saber quais são suas obrigações. Voltemos, por exemplo, às Regras de Miranda, que instruem os policiais sobre como lidar com as pessoas acusadas de um crime. Uma virtude especial dessas regras é que elas dizem à polícia o que deve ser feito e, portanto, eliminam os jogos de adivinhação que podem ser tão destrutivos para o planejamento. Isso também ocorre na área ambiental, em que as regras geralmente são muito melhores do que a busca aberta por “razoabilidade” característica da lei comum.

5. *As regras aumentam a visibilidade e a responsabilidade (accountability)*. Quando as regras funcionam, fica claro quem é responsável e quem deve ser responsabilizado se as coisas derem errado. Isso é especialmente valioso quando o legislador tem alto grau de responsabilidade e legitimidade. Um grande problema com um sistema baseado em padrões, ou fatores, é que ninguém sabe quem é o verdadeiro responsável se, por exemplo, o ar continuar poluído ou se o índice de criminalidade aumentar. Se as Regras de Miranda criam um problema, a Suprema Corte é obviamente o problema. Mas se a Suprema Corte não estabelecer regras, mas apenas um teste baseado em fatores, e se esse teste produzir erros de vários tipos, a Suprema Corte poderá escapar do escrutínio público que merece. Se o Congresso estabelecer regras claras na Lei do Ar Limpo (*Clean Air Act*), e se as coisas correrem muito bem ou muito mal, saberemos qual instituição merece o crédito ou a culpa. Mas se o Congresso estabelecer padrões abertos e essencialmente disser à Agência de Proteção Ambiental para fazer o que quiser, a responsabilidade é significativamente reduzida, porque os cidadãos precisarão se esforçar um pouco para saber a quem culpar.

Um ponto intimamente relacionado é que, sem regras, o exercício da discricionariedade pode ser invisível ou, pelo menos, muito opaco. Por outro lado, as regras permitem que o público monitore mais facilmente a conformidade com a lei. A pergunta é relativamente simples: *eles seguiram as regras?*

6. Além disso, *as regras evitam a humilhação de submeter as pessoas a exercícios de discricionariedade em seus casos específicos*. Uma vantagem especial das regras é que, devido à sua fixidez e generalidade, tornam desnecessário que os cidadãos peçam permissão a um funcionário para se adotar determinada conduta. As regras transformam os cidadãos em detentores de direitos, enquanto a discricionariedade, os padrões ou os fatores transformam os cidadãos em suplicantes. É importante ressaltar que fatores e padrões permitem a clemência como liberação de regras rígidas. No entanto, as regras têm a



vantagem comparativa de proibir que os funcionários sejam punitivos ou não se comovam, por motivos irrelevantes, cruéis ou injustos, com a solicitação de um determinado candidato.

Comparando, por exemplo, uma aposentadoria compulsória para pessoas com mais de setenta anos com uma lei que permite que os empregadores dispensem os funcionários que, devido à idade, não são mais capazes de realizar seu trabalho adequadamente, podemos observar diferentes implicações. Para o empregado, é especialmente humilhante e estigmatizante ter os empregadores decidindo se ele se tornou incompetente devido à idade. A regra de aposentadoria compulsória evita completamente essa investigação e pode ser favorecida por esse motivo, mesmo que seja excessiva ou insuficientemente inclusiva. Embora não seja exatamente agradável receber a notícia de que terá que se aposentar devido à idade, uma regra que despersonalize a situação pode ter vantagens significativas.

Outro exemplo é a comparação entre uma situação em que os funcionários públicos podem dar empregos a seu critério e uma situação em que devem contratar e demitir de acordo com regras estabelecidas antecipadamente. No primeiro sistema, os empregados estão na posição humilhante de pedir favor.

Todas essas considerações destacam a importância da defesa das regras, especialmente em um mundo onde nem sempre se pode confiar nos funcionários públicos e nos cidadãos. As regras têm significativos efeitos simplificadores para pessoas ocupadas, reduzindo os custos de decisão, muitas vezes para zero ou quase isso, no momento da aplicação. Além disso, se as regras forem bem elaboradas, podem reduzir os custos de erro, uma vez que aqueles que tomam decisões caso a caso podem cometer erros por falta de informações, de competência, de incentivos adequados ou de motivos puros. Um ponto frequentemente negligenciado é que *as regras e o Estado de Direito reduzem ou eliminam o ruído*⁹.

Embora possa parecer um tanto complexo, esse ponto está relacionado à afirmação geral de que um governo pode respeitar o Estado de Direito e, ao mesmo tempo, violar a liberdade e a igualdade. Mesmo um governo não democrático pode respeitar o Estado de Direito. É essencial separar as virtudes do Estado de Direito de outros ideais. No entanto, esses pontos não devem ser desanimadores. Agora, assim como há cinquenta ou cem anos, e possivelmente daqui a cinquenta ou cem anos, uma celebração entusiástica do Estado de Direito permanece altamente relevante.

Tradutor

Gilson Santiago Macedo Júnior, Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil. E-mail: gilsonmacedo@ufba.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4661-9082>.

⁹ Ver: Kahneman *et. al.*, 2016.



Referências bibliográficas

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Bowen v. Georgetown Univ. Hosp.**, **488 U.S. 204**. Julgado em: 12 dez. 1988. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/488/204/>. Acesso em: 3 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Dennis v. United States**, **341 U.S. 494**. Julgado em: 4 jun. 1951. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/341/494/>. Acesso em: 3 jun. 2024.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Railway Express Agency, Inc. v. New York**, **336 U.S. 106**. Julgado em: 31 jan. 1949. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/336/106/>. Acesso em: 3 jun. 2024.

FULLER, Lon L. **The Morality of Law**. New Haven: Yale University Press, 1964.

HAYEK, Friedrich A. von. **The Constitution of Liberty**. Chicago: University of Chicago Press, 1960.

HAYEK, Friedrich A. von. The Use of Knowledge in Society. **The American Economic Review**, [S.l.], v. 35, n. 4, p. 519-530, set./1945. Disponível em: <https://assets.aeaweb.org/asset-server/journals/aer/top20/35.4.519-530.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2024.

HOLMES, Stephen. **Passions and Constraint: Essays on the Theory of Liberal Democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 1995.

HORWITZ, Morton. The Rule of Law: An Unqualified Human Good? **The Yale Law Journal**, [S.l.], v. 86, n. 3, p. 561-566, jan./1977. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/795801>. Acesso em: 3 jun. 2024.

KAHNEMAN, Daniel *et al.* Noise: How to Overcome the High, Hidden Cost of Inconsistent Decision Making. **Harvard Business Review**, [S.l.], p. 36-43, out. 2016. Disponível em: <https://hbr.org/2016/10/noise>. Acesso em: 3 jun. 2024.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking, Fast and Slow**. New York: Knopf, 2010.

MADISON, James. From James Madison to Thomas Jefferson, 24 October 1787. **Founders Online**, National Archives. 1987. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-10-02-0151>. Acesso em: 3 jun. 2024.

MELNICK, R. Shep. **Between the Lines: Interpreting Welfare Rights**. Washington: Brookings Institution, 1994.

RAWLS, John. Two Concepts of Rules. **The Philosophical Review**, [S.l.], v. 64, n. 1, p. 3-32, jan./1955. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2182230>. Acesso em: 3 jun. 2024.

RAZ, Joseph. **Practical Reason and Norms**. 2. ed. Princeton: Princeton University Press, 1990.



RAZ, Joseph. **The Authority of Law: Essays on Law and Morality**. Nova Iorque: Oxford, University Press, 1979.

SCALIA, Antonin. The Rule of Law Is a Law of Rules. **The University of Chicago Law Review**, [S.l.], v. 56, n. 4, p. 1176-1188, 1989. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4632&context=uclrev>. Acesso em: 3 jun. 2024.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision Making in Law and in Life**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1991.

SEARLE, John. **The Construction of Social Reality**. Nova Iorque: Free Press, 1995.

SUNSTEIN, Cass R. **The Cost-Benefit Revolution**. Cambridge: MIT Press, 2018.

TASIOULAS, John. The Rule of Law. In: TASIOULAS, John (ed.). **The Cambridge Companion to the Philosophy of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 117-34. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-the-philosophy-of-law/rule-of-law/FEE1AA8CBEF23D4B0D5143B4E705EEAC>. Acesso em: 3 jun. 2024.

ULLMANN-MARGALIT, Edna. **The Emergence of Norms**. Nova Iorque: Oxford, University Press, 1977.

Sobre o autor

Cass R. Sunstein, é Cátedra *Robert Walmsley University Professor* na Faculdade de Direito de Harvard. Fundador e diretor do Programa de Economia Comportamental e Políticas Públicas da Faculdade de Direito de Harvard. Foi Administrador do Escritório de Informação e Assuntos Regulatórios da Casa Branca e, depois disso, atuou no Conselho de Revisão do Presidente em Tecnologias de Inteligência e Comunicações e no Conselho de Inovação em Defesa do Pentágono. E-mail: csunstei@law.harvard.edu. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4194-3008>.

O autor é o único responsável pela redação do artigo.

Sobre o tradutor

Gilson Santiago Macedo Júnior, é Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pelo Centro Universitário FG (UniFG). Professor adjunto do curso de Direito da Faculdade Independente do Nordeste (Fainor). E-mail: gilsonmacedo@ufba.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4661-9082>.

