

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**

**Faculdade De Direito**

**Programa de Pós-Graduação em Direito**

André Matos de Almeida Oliveira

**JULGANDO PARA AS MULTIDÕES: legitimidade judicial e argumentação jurídica  
em uma comunidade polarizada**

Belo Horizonte  
2023

André Matos de Almeida Oliveira

**JULGANDO PARA AS MULTIDÕES: legitimidade judicial e argumentação jurídica  
em uma comunidade polarizada**

Tese a ser apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, na Linha de Pesquisa: *História, Poder e Liberdade* e na Área de Estudo: *Direito e Interdisciplinaridade*, como requisito para a finalização do Doutorado.

Orientador: Prof. Dr. Renato César Cardoso

Coorientador: Prof. Dr. Thiago Lopes Decat

Belo Horizonte  
2023

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB-6/3167.

048j Oliveira, André Matos de Almeida  
Julgando para as multidões [manuscrito]: legitimidade  
judicial e argumentação jurídica em uma comunidade polarizada /  
André Matos de Almeida Oliveira.-- 2023.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

Inclui bibliografia.

1. Direito - Filosofia - Teses. 2. Poder judiciário - Teses.  
3. Processo decisório - Teses. 4. Princípios gerais do direito.  
5. Julgamento (Ética). 6. Comunidade - Teses. I. Cardoso, Renato  
César. II. Decat, Thiago Lopes. III. Universidade Federal de  
Minas Gerais - Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU: 340.12



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

UFMG

## ATA DA DEFESA DE TESE DO ALUNO ANDRÉ MATOS DE ALMEIDA OLIVEIRA

Aos vinte e dois dias do mês de agosto de dois mil e vinte e três, às quatorze horas, em sessão pública realizada em plataforma online, reuniu-se a Banca Examinadora composta pelos professores Dr. RENATO CÉSAR CARDOSO - Orientador (UFMG), Dr. THIAGO LOPES DECAT - Coorientador (UFMG), Dr. David Francisco Lopes Gomes (UFMG), Dr. Ricardo de Lins e Horta (IRBr), Dr. Sergio Nojiri (FDRP-USP) e Dr. Walter Valdevino Oliveira Silva (UFRRJ) para avaliar a defesa da tese intitulada "JULGANDO PARA AS MULTIDÕES: LEGITIMIDADE JUDICIAL E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA EM UMA COMUNIDADE POLARIZADA", apresentada pelo candidato ANDRÉ MATOS DE ALMEIDA OLIVEIRA, número de registro 2019666876, graduado no curso de DIREITO, servindo como requisito parcial para a obtenção do grau de DOUTOR EM DIREITO, em vínculo com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Cada examinador teve garantido o tempo de 30 minutos para arguir o candidato, que por sua vez teve garantido o tempo de 30 minutos para as respectivas respostas.

Finalizada a arguição, a Banca procedeu ao julgamento da tese, considerando-a:

- ( X ) Aprovada, com a nota: 100.  
( ) Reprovada.

Encerrados os trabalhos, lavrei a presente ata, que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Banca.

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2023.

*Renato C. Cardoso*

Prof. RENATO CÉSAR CARDOSO (Doutor). Nota: 100.

Documento assinado digitalmente  
THIAGO LOPES DECAT  
Data: 04/09/2023 12:18:39-0300  
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof. Thiago Lopes Decat (Doutor). Nota: 100.

*David Francisco Lopes Gomes*

Prof. David Francisco Lopes Gomes (Doutor). Nota: 100.

*Ricardo de Lins e Horta*

Prof. Ricardo de Lins e Horta (Doutor). Nota: 100.

*Sergio Nojiri*

Prof. Sergio Nojiri (Doutor). Nota: 100.

*Walter Valdevino Oliveira Silva*

Prof. Walter Valdevino Oliveira Silva (Doutor). Nota: 100.

*André Matos de Almeida Oliveira*

Ciente: André Matos de Almeida Oliveira.

## AGRADECIMENTOS

O doutorado foi um período de grande aprendizado para mim, não só o previsível (e real) aprendizado acadêmico, mas também o de vida. Lidei com frustrações, como a de ter que pesquisar durante uma pandemia global, que me fizeram compreender alguns de meus limites mentais e físicos. Descobertas assim se transformam em experiências valiosas, pois são os momentos em que o mundo te obriga a abandonar algumas presunções, mesmo que à força. Mais valioso ainda foi o papel das pessoas que me acompanharam nesse percurso e deram o suporte que possibilitou a finalização desta tese. Elaborar um texto de tese é um processo complexo e exaustivo, e eu jamais teria conseguido sozinho. Então, deixo registrada a minha profunda gratidão a todos que me ajudaram.

Em especial, agradeço a meus pais, Deusa e Lael, pelo amor incondicional, pelo apoio incessante, pela firmeza que vocês sempre me propiciaram. Não estaria aqui se não fosse por isso, e me orgulho de saber que sempre posso contar com vocês. Agradeço também a toda a minha família pelo acolhimento e pelo carinho. Amo todos vocês.

Agradeço ao prof. Renato, meu orientador neste doutorado, no mestrado e na graduação. Entrei no GENe exatamente 10 anos atrás, em 2013, e as reverberações dessa escolha certamente se estendem a muito desta tese, e continuarão depois dela. Obrigado pela constante transmissão de conhecimento nesse período, pelo incentivo e liberdade oferecidos e pela amizade. Agradeço ao prof. Decat, meu coorientador neste doutorado, por me apresentar novas perspectivas de pensamento, pelo rigor argumentativo exemplar e pela cortesia de seu trato.

Agradeço à comunidade da Faculdade de Direito da UFMG por ter me acolhido em todos esses anos e aos professores que tanto me ensinaram, particularmente ao prof. David, ao prof. Leandro e ao prof. Thomas, que tiveram influência direta e indireta na escrita desta tese. Também registro meu agradecimento aos colaboradores da pós-graduação, pela presteza com que me atenderam durante meu vínculo com a pós da faculdade.

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. Agradeço à CAPES pela concessão da bolsa de doutorado, que me deu as condições materiais para pesquisar e elaborar esta tese.

Não posso deixar de mencionar meus colegas de faculdade, com os quais tive o imenso prazer de conversar, discutir e desabafar sobre a vida. Todos tornaram o convívio no ambiente acadêmico agradável e prazeroso para mim. Agradeço aos amigos que estão comigo desde o início da graduação: Franklin e Stephanie; aos amigos que fiz no GENE, em especial à Isadora, ao Leonardo, ao Paulo e à Thaís; e aos amigos do Debates Avançados, principalmente à Lorena, ao Luiz, à Rafaela, ao Rodrigo e ao Vinícius, que se dispuseram a discutir textos prévios desta tese e a aplacar a ansiedade que às vezes ataca membros do grupo (entre eles, eu, claro).

Por fim, e sempre, agradeço à Pâmela, minha companheira, que está em todos os grupos mencionados acima, discutiu comigo toda a tese, todos os meus artigos, todas as minhas ideias. Obrigado por me permitir compartilhar tudo com você, desde o começo. Seria impossível fazer uma lista completa de gratidão neste parágrafo, então só vou dizer que sou grato por você estar *aqui*, comigo. Agora, preciso voltar a mexer na tese, porque falta resolver algumas correções que você fez.

*“Todos nós temos as fraquezas de nossos pontos fortes. Não é uma surpresa que pessoas que têm intelectos poderosos tendem a ter uma fé exagerada no poder do intelecto para resolver problemas sociais.”*

(Richard Posner)

## RESUMO

Esta tese trata da legitimidade judicial, focando em dois desafios que o Poder Judiciário enfrenta para protegê-la atualmente: em primeiro lugar, juízes frequentemente se deparam com casos de difícil solução, para os quais os recursos tradicionais de interpretação jurídica não se aplicam; em segundo lugar, eles precisam lidar com um ambiente social polarizado, marcado pela presença de desacordos morais. Os dois desafios, tomados em conjunto, tomam a forma de um dilema porque, ao mesmo tempo em que criam a necessidade de que se formule uma resposta jurídica substancial a esses casos complicados e conflituosos, também criam a necessidade de que os juízes passem para a comunidade o senso de que estão decidindo em nome de todos, como agentes do Estado. Uma solução adequada do dilema seria aquela que fornecesse critérios de interpretação aptos a mitigar a imprecisão jurídica e reforçasse a legitimidade da atuação judicial frente à comunidade. Abordagens “principiológicas” alegam oferecer uma solução precisamente desse tipo. Segundo elas, ao recorrerem aos princípios jurídicos e ao discurso moral para decidir os casos complicados, os juízes teriam condições de enfrentar o dilema. Tais abordagens são propostas por autores importantes, como Alexy e Dworkin, e têm grande influência na prática jurídica contemporânea. O objetivo desta tese é apresentar os fundamentos normativos das abordagens principiológicas e, em seguida, fazer uma avaliação crítica desses fundamentos, para investigar se elas oferecem a melhor solução para o dilema judicial. Propõe-se que as abordagens “principiológicas” têm dois pressupostos importantes: a noção de objetividade modesta e a ideia de convergência entre agentes racionais, que implicariam uma fundamentação não-metafísica para o discurso principiológico, capaz de criar tendências de aproximação moral entre os membros da comunidade. A questão é saber se o uso de tal estratégia para resolver o dilema judicial é o mais indicado. Afirma-se que as teorias principiológicas estão partindo de uma concepção tremendamente otimista sobre os poderes do discurso moral de melhorar a sociedade, que não é necessariamente compatível com tendências observáveis de comportamento tribal e raciocínio motivado das pessoas. O otimismo se torna problemático quando fomenta a aplicação jurídica em larga escala de teorias que, se por algum motivo se mostrarem incorretas ou mal orientadas, exacerbam os desacordos sociais, causando mais malefícios do que benefícios à legitimidade judicial. Ao final, recomenda-se a adoção de uma concepção alternativa de normatividade como base para

o discurso jurídico, que seria menos arriscada do que a das teorias principiológicas e que buscaria soluções pragmáticas, concretas e moderadas para o dilema judicial.

Palavras-chave: Legitimidade judicial; decisão judicial; argumentação jurídica; desacordos morais; direito e moralidade; Filosofia do Direito.

## ABSTRACT

This thesis discusses the matter of judicial legitimacy, focusing on two challenges currently faced by the judiciary to protect it: firstly, judges often have to deal with cases of difficult solution, for which the traditional resources of legal interpretation do not apply; second, they have to deal with a polarized society, marked by the presence of moral disagreements. The two challenges, taken together, assume the form of a dilemma: at the same time that they create for judges the need to formulate a substantive legal response to these complicated and conflicting cases, they also create the need for them to convey to the community the sense that they are deciding on behalf of everybody, as agents of the State. An adequate solution to the dilemma would be one that would provide interpretation criteria capable of mitigating legal imprecision and reinforcing the legitimacy of judicial action before the community. “Principled” approaches claim to offer a solution of precisely this kind. According to them, by resorting to legal principles and moral discourse to decide complicated cases, judges would be able to solve the dilemma. Those approaches are proposed by important authors, such as Alexy and Dworkin, and have great influence on contemporary legal practice. The aim of this thesis is to present the normative foundations of the “principled” approaches and then make a critical assessment of them, investigating whether they offer the best solution to the judicial dilemma. It is proposed that the “principled” approaches have two important assumptions: the notion of modest objectivity and the idea of convergence between rational agents, which would imply a non-metaphysical foundation for the “principled” discourse, capable of creating trends of moral approximation among community members. The question is whether the use of such a strategy to resolve the legal dilemma is the most appropriate. The thesis claims that the “principled” theories are departing from a tremendously optimistic conception of the powers of moral discourse to improve society, which is not necessarily compatible with observable trends in people's tribal behavior and motivated reasoning. Optimism becomes problematic when it fosters the large-scale legal application of theories that, if for some reason are shown to be incorrect or misguided, will exacerbate social disagreements, doing more harm than good to judicial legitimacy. In the end, the thesis recommends the adoption of an alternative conception of normativity as a basis for legal discourse, which would be less risky than that of the “principled” theories and would seek pragmatic, concrete and moderate solutions to the judicial dilemma.

Keywords: Judicial legitimacy; judicial decision making; legal argumentation; moral disagreement; law and morality; philosophy of law.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CDM – *Cheater Detection Module*

HC – Habeas Corpus

IAT - *Implicit Association Tests*

Lapop – *Latin American Public Opinion Project*

MI – Mandado de Injunção

PT – Partido dos Trabalhadores

SIM – *Social-Intuitionist Model*

STF – Supremo Tribunal Federal

TFT – *Tit for Tat*

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

WVS – *World Values Survey*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	15
<b>1 LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL</b> .....	22
<b>1.1. O Dilema judicial</b> .....	22
<i>1.1.1. Dois desafios</i> .....	23
<i>1.1.2. Primeiro desafio: esgotamento das vias tradicionais de interpretação jurídica</i> .....	24
<i>1.1.3. Segundo desafio: conflitos morais na comunidade</i> .....	30
<i>1.1.4. Os dois desafios em conjunto – o dilema judicial</i> .....	33
<b>1.2. A solução para o dilema</b> .....	39
<b>2 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS</b> .....	45
<b>2.1. Circunstâncias sociais: polarização e desacordos</b> .....	48
<i>2.1.1. Guerra cultural</i> .....	59
<i>2.1.2. Pânico moral</i> .....	60
<i>2.1.3. Grandstanding</i> .....	63
<i>2.1.4. Polarização e o Judiciário</i> .....	67
<i>2.1.5. Síntese</i> .....	73
<b>2.2. Circunstâncias psicológicas: grupos, moralidade, raciocínio moral</b> .....	73
<i>2.2.1. Moralidade e grupos</i> .....	74
<i>2.2.2. Raciocínio moral e grupos</i> .....	85
<i>2.2.3. Modelo Social-Intuicionista</i> .....	88
<i>2.2.4. O Judiciário e o raciocínio de grupo</i> .....	92
<i>2.2.5. Síntese: as circunstâncias judiciais</i> .....	93
<i>2.2.6. Um ponto de tensão</i> .....	94
<b>3 OBJETIVIDADE MODESTA E CONVERGÊNCIA ENTRE AGENTES RACIONAIS</b> .....	96
<b>3.1. “Discurso moral”</b> .....	97
<i>3.1.1. Os limites dos direitos</i> .....	98
<i>3.1.2. Moralidade superficial e moralidade profunda</i> .....	102

3.1.3. Normatividade.....	104
3.1.4. Breve definição de moralidade.....	107
<b>3.2. Objetividade da moral .....</b>	<b>107</b>
3.2.1. Objetividade metafísica e ceticismo .....	108
3.2.2. Objetividade modesta (ou procedimental) .....	113
<b>3.3. Filosofia da ação: Smith e Korsgaard.....</b>	<b>117</b>
3.3.1. A abordagem humeana de Smith.....	117
3.3.2. A abordagem kantiana de Korsgaard .....	119
<b>3.4. Objetividade modesta e convergência entre agentes racionais .....</b>	<b>122</b>
3.4.1. Generalizando .....	123
3.4.2. Etapas da convergência .....	124
3.4.3. Convergência entre agentes racionais e o dilema judicial .....	126
3.4.4. Convergência entre agentes racionais e as circunstâncias judiciais.....	128
3.4.5. Por que o sucesso das teorias principiológicas .....	129
<b>3.5. Alexy e Dworkin .....</b>	<b>132</b>
3.5.1. Alexy e a institucionalização da razão.....	133
3.5.2. Dworkin e a crítica aos “morons”.....	137
3.5.3. Dworkin, integridade e convergência .....	141
3.5.4. Conclusão do capítulo.....	144
<b>4 RACIONALIDADE PRÁTICA: ENTRE A CONVERGÊNCIA E A RELATIVIDADE .....</b>	<b>146</b>
<b>4.1. Objetividade modesta: dismantelando o ceticismo?.....</b>	<b>148</b>
4.1.1. Minimalismo e ceticismo .....	148
4.1.2. Ceticismo e inferencialismo .....	153
<b>4.2. Convergência ou relatividade das razões práticas .....</b>	<b>161</b>
4.2.1. A linha tênue da convergência moral.....	165
4.2.2. Alienação normativa .....	166
4.2.3. Relatividade normativa .....	167
4.2.4. Tentativas de manter o equilíbrio .....	167

4.2.5. Primeira resposta: convergência moral observável .....	169
4.2.6. Segunda resposta: falha moral como falha de racionalidade.....	172
4.2.7. Terceira resposta: Identidades práticas e comunicabilidade das razões .....	178
4.2.8. Uma concepção alternativa de normatividade.....	183
<b>4.3. Recaiáda no dilema .....</b>	<b>188</b>
4.3.1. Revisitando a distinção entre moralidade profunda e moralidade superficial .....	188
4.3.2. Ressalvas práticas às teorias da convergência.....	190
<b>5 O DILEMA JUDICIAL, NOVAMENTE.....</b>	<b>192</b>
<b>5.1. Duas histórias .....</b>	<b>192</b>
5.1.1. Primeira história: convergência .....	192
5.1.2. Segunda história: divergência .....	193
<b>5.2. Resolver o dilema judicial?.....</b>	<b>194</b>
5.2.1. Dissolução do dilema judicial.....	195
5.2.2. Contornar o dilema judicial.....	197
<b>5.3. Dilema judicial como problema institucional .....</b>	<b>200</b>
5.3.1. Autocontenção judicial.....	202
5.3.2. Controle de constitucionalidade .....	208
<b>5.4. O valor do Judiciário .....</b>	<b>210</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>212</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>216</b>

## INTRODUÇÃO

Esta tese trata da legitimidade da decisão judicial, ou dos critérios normativos que possibilitariam sua legitimação. Para protegê-la, as instituições judiciais precisam passar continuamente para a sociedade o senso de que as decisões de seus membros são imparciais e técnicas, o que não é tarefa fácil, pois é sabido que em muitos momentos os juízes precisam decidir questões controversas, que têm implicações morais e políticas. Tal desafio não é novidade, faz parte da própria prática judicial. Porém, em nosso momento atual, o desafio parece ter se tornado mais difícil, criando uma crise para as instituições judiciais no Brasil e em outras partes do mundo. Os membros do Judiciário se tornaram figuras midiáticas e as discussões sobre as implicações políticas das decisões judiciais destacam-se na esfera pública. Os juízes estão sendo submetidos a um grau inédito de escrutínio por parte da população, da imprensa e de agentes políticos. Ao mesmo tempo, parece estar encolhendo o vocabulário de “imparcialidade” e de “discurso público comum” à disposição dos juízes, que os blindariam das consequências negativas de tal escrutínio.

Assim, a crise parece surgir com a conjugação de dois fatores estruturais. Em primeiro lugar, os juízes se defrontam com um número crescente de casos judiciais complicados, interpretações constitucionais complexas e questões que envolvem valores e crenças morais dos membros da comunidade. Por outro lado, eles precisam anunciar suas decisões a uma sociedade que está politicamente polarizada e em que se deflagrou um conflito moral entre as pessoas. Quando envolvidas em conflito, as pessoas ficam pouco dispostas a levar a sério o conteúdo de argumentos jurídico-morais. Elas suspeitam de qualquer pretensão à imparcialidade e tendem a atribuir segundas intenções políticas a quem toma decisões, incluindo-as na dinâmica de conflito e polarização da sociedade. O trágico é que, se aqueles que tomam as decisões não forem cuidadosos, realmente correrão o risco de se ver envolvidos nesses conflitos. As desconfianças morais dos membros da comunidade se tornariam algo como uma profecia autorrealizável, ocasionando a corrosão da legitimidade judicial. No momento em que a instituição judiciária mais necessita da receptividade cooperativa dos cidadãos à argumentação, os cidadãos estão menos propensos a levar em conta as tecnicidades do discurso jurídico.

Uma solução influente para essa crise é a oferecida pelas “teorias principiológicas” do direito, que defendem o uso do discurso moral e de princípios fortemente normativos na argumentação jurídica. Segundo essas teorias, o discurso moral seria importante na resolução

da crise por dois motivos. Primeiro, porque permitiria ao juiz, por meio da investigação teórico-deliberativa dos princípios subjacentes ao direito e às práticas sociais, *encontrar* (ou *construir*) a resposta correta ao caso. Tais princípios serviriam como guias decisórios na prática judicial. Segundo, esses princípios também apelariam aos comprometimentos profundos das pessoas, ou aos valores constitutivos da comunidade em relação à qual se está decidindo. Dessa forma, a decisão teria a aptidão de interromper, ou ao menos mitigar, as dinâmicas de conflito moral da comunidade. De ambas as maneiras, o discurso moral teria papel fundamental na reafirmação da legitimidade judicial.

A tese tem dois objetivos principais. O primeiro objetivo é *explicitar* os pressupostos normativos das teorias principiológicas, mostrando as preocupações filosóficas que motivaram sua elaboração e a estratégia básica adotada por elas para resolver os problemas da legitimidade judicial. A ideia é articular os critérios de objetividade que essas teorias desenvolvem para guiar o uso do discurso moral na prática jurídica. Isso demandará um esforço de reconstrução dos pressupostos normativos básicos das teorias principiológicas.

O segundo objetivo é *avaliar* a concepção normativa desenvolvida por essas teorias, para dimensionar quão convincente ela é e se vale a pena adotá-la em larga escala na prática jurídica. É importante visualizar os riscos que podem ser criados na aplicação desses critérios normativos, como, por exemplo, o de crescimento dos conflitos morais na sociedade. Também é importante analisar se há compatibilidade ou tensão entre, por um lado, as diretrizes normativas das teorias principiológicas e, por outro lado, as melhores descrições que temos de circunstâncias sociais e das predisposições gerais das pessoas envolvidas nas controvérsias morais. Por último, cabe investigar a possibilidade de existirem concepções normativas alternativas às das teorias principiológicas, que seriam menos arriscadas do que elas e mais facilmente compatibilizadas com as descrições empíricas de nossas circunstâncias e predisposições comportamentais.

Como a tese lida com um tema essencialmente normativo (as bases da legitimidade judicial), ela se insere na área da Filosofia do Direito. Os capítulos que compõem o núcleo argumentativo do texto (capítulo 3 e 4) perpassam discussões essencialmente filosóficas sobre, entre outras coisas, o domínio da normatividade, racionalidade prática, razões para a ação e objetividade da moral. No entanto, o tratamento adequado do tema demanda uma ampliação significativa do escopo disciplinar. Se uma das preocupações centrais da tese é mostrar os riscos de decidir em uma sociedade profundamente polarizada e envolvida em conflitos morais, é preciso investigar a dinâmica e a extensão dessas divisões e conflitos. Por

isso, no capítulo 2, serão discutidas questões empíricas, como: as dinâmicas sociais que causam conflitos morais; os processos de polarização e conflitos identitários na política brasileira (e de outros países); as disposições humanas de pertencer a grupos, pensar de acordo com eles e competir com grupos rivais; e as ameaças e estratégias que se apresentam ao Judiciário, como ator institucional inserido em um ambiente conflituoso. Em outros momentos, será necessário fazer incursões por outras disciplinas e temas, como a Ciência Política e a análise institucional.

Assim, mesmo que a prioridade da investigação seja a busca por respostas às questões normativas sobre a legitimidade judicial, também é essencial que o empreendimento remeta a temas empíricos sobre a prática judicial e nosso ambiente social. Creio que não é por acaso que surge tal incentivo interdisciplinar. Ele decorre das próprias circunstâncias judiciais atuais, em que seus representantes têm a necessidade de sustentar um delicado equilíbrio com a sociedade. O Judiciário precisa reafirmar sua legitimidade frente à sociedade, mas deve evitar a tentação de realizar práticas populistas; precisa utilizar um discurso justificatório que demonstre a preocupação de seus membros com o interesse público, mas deve evitar recair na retórica francamente política ou ideológica; precisa estar atento às narrativas morais e identitárias que muitas vezes alimentam os casos que são levados à sua apreciação, mas deve evitar ser absorvido por essas narrativas, mantendo um distanciamento institucional saudável delas.

Tradicionalmente, juristas não ficam inteiramente confortáveis com a perspectiva de que juízes podem estar “julgando para as multidões” (como alego no título). O termo “multidão” possui a ambivalência da sugestão de legitimação pública (da “voz popular” legitimadora, do essencialmente democrático, da “vontade geral”) e da ameaça de se entrar em contato com algo não inteiramente compreendido ou controlável (a “turba”, o “irracional coletivo”, o “comportamento de manada”)<sup>1</sup>. Trata-se de uma relação perigosa, mas talvez inevitável. O Poder Judiciário está numa fronteira, pois deve manter o senso de autonomia e distanciamento característicos das instituições “técnicas”, mas ao mesmo tempo reafirmar sua legitimidade para a comunidade. Manter o equilíbrio não é tarefa fácil.

A preocupação com a legitimidade do discurso jurídico, objeto desta tese, é um desdobramento de minha pesquisa de mestrado, sobre ceticismo ético e direito (OLIVEIRA,

---

<sup>1</sup> Hardt e Negri, em outra perspectiva teórica e outro contexto de discussão, “jogam” de forma elegante com a ambiguidade do termo, nos livros “Império” e “Multidão”, falando sobre a ameaça, mas também atração, que a “multidão” representa para os que detêm poder. Eles necessitariam, inclusive, absorver os poderes criativos e produtivos da multidão para reafirmar sua posição (HARDT; NEGRI, 2005, 2006).

CARDOSO, 2019). À época, busquei defender uma visão jurídica informada pelo ceticismo moral, que recusaria a legitimidade do emprego de discurso moral no direito não por causa de incompatibilidades estruturais entre os dois discursos ou algo nesse sentido, mas porque o próprio discurso moral seria marcado por incoerências conceituais internas que, de saída, tornariam problemático seu emprego no direito. Aqui, porém, pretendo passar ao largo de argumentações conceituais desse tipo. Esta tese não é uma defesa do ceticismo moral. Por outro lado, no final deste texto, chegarei novamente a conclusões um tanto pessimistas sobre as perspectivas de uso do discurso moral no direito (se bem que não tanto quanto as da dissertação), mas por um caminho que, creio, não tem relação necessária com o ceticismo.

Eis o roteiro que pretendo seguir na tese.

No capítulo 1, tratarei do problema de legitimidade no Judiciário, apresentando a ideia de “dilema judicial”. O dilema judicial surge com a conjugação de dois elementos: (i) o juiz se defronta com casos jurídicos complicados, em que as vias tradicionais de aplicação e interpretação do direito se esgotaram (os chamados “casos difíceis”); (ii) os casos difíceis despertam fortes reações nas pessoas que os acompanham, contribuindo para as dinâmicas de polarização e conflito moral que estão em voga na sociedade. A conjugação dos dois elementos é problemática, porque bloqueia soluções que seriam de fácil execução caso cada um fosse enfrentado isoladamente. Também não é coincidência que ambos se apresentem em conjunto com mais frequência, porque são estimulados por causas comuns. Apresentarei também, nesse capítulo, a solução ao dilema que é formulada pelas “teorias principiológicas”: o uso do discurso moral no direito, fazendo referência a princípios, argumentação moral e considerações normativas sobre os valores da comunidade. Essa seria a forma de encontrar a solução para os casos difíceis e reforçar a legitimidade do juiz para a comunidade.

No capítulo 2, farei uma apresentação mais detalhada das “circunstâncias judiciais”, isto é, o ambiente que o juiz enfrenta quando lida com os casos polêmicos mencionados no capítulo anterior. Tais circunstâncias são marcadas por duas tendências: (i) as tendências sociais de larga escala que impactam a avaliação da atividade judicial nesses casos; (ii) as dinâmicas psicológicas que tendem a predispor as pessoas à polarização moral e ao conflito grupal. As pessoas se engajam porque tratam os casos de forma profundamente moralizada. Processos sociais moralizadores, como os pânicos morais, as guerras culturais e a sinalização de virtude explicam em boa medida as dinâmicas de conflito moral. Além disso, o engajamento das pessoas com os casos polêmicos segue os padrões de polarização da sociedade, tanto no que se refere às suas opiniões políticas (polarização das opiniões), a suas

identidades (polarização das identidades) ou a suas reações afetivas (polarização afetiva). Há evidências de que a atuação do Judiciário já foi incorporada na dinâmica social de polarização e conflitos morais, o que pode criar sérios riscos para a legitimidade judicial. Além disso, as dinâmicas psicológicas têm a ver com as predisposições de pensamento e reação das pessoas em situações de conflito de valores. Nessas situações, elas tendem a se aferrar mais à posição moral do grupo ao qual pertencem, reforçando sua identidade tribal. Isso influencia inclusive a forma como as pessoas *raciocinam*. Ou seja, a pressão social dos grupos tem influências mais profundas do que à primeira vista poderia se imaginar. Nesse contexto, argumentações morais e apelos à racionalidade ou à razoabilidade serão menos efetivos do que o esperado. As circunstâncias judiciais criam um ponto de tensão para as teorias principiológicas, que propõem o uso do discurso moral como solução para um problema social que, na verdade, parece ser agravado quando há moralização ocorrendo.

No capítulo 3, examinarei com mais detalhes a concepção normativa que fundamenta as teorias principiológicas e a forma como ela é usada para solucionar o dilema judicial e desfazer as tensões criadas pelas circunstâncias judiciais. Um primeiro passo importante nesse sentido é esclarecer o que se quer dizer com “normatividade” e a consequente distinção entre conceitos normativos e conceitos descritivos. Tais teorias são marcadamente normativas, e têm um conjunto de preocupações característico. Elas se baseiam em uma noção inovadora de objetividade (“objetividade modesta”), que substitui a noção tradicional de objetividade (“objetividade metafísica”), propondo um novo critério de correção normativa (“convergência entre agentes racionais”). A substituição seria proveitosa porque permitiria manter todas as vantagens que se tem ao alegar a objetividade de um discurso normativo ao mesmo tempo evitando alguns defeitos do modelo anterior, que estava exposto a ataques filosóficos e ao ceticismo. A ideia de convergência entre agentes racionais tem especial importância nesse contexto, porque ela auxiliaria o juiz a encontrar a solução para o dilema judicial e contornar as tendências sociais de desacordo e polarização, através do uso de discurso moral e do apelo a valores profundos dos membros da comunidade. No final do capítulo, pretendo fazer uma breve apresentação das teorias normativas de Alexy e Dworkin, dois eminentes teóricos principiológicos do direito, com a finalidade de mostrar o papel da noção de objetividade modesta e da ideia de convergência entre agentes racionais em suas teorias.

No capítulo 4, analisarei criticamente os pressupostos normativos das teorias principiológicas. Começarei discutindo se a concepção reformulada de objetividade realmente torna dispensáveis posturas alternativas, como alegam alguns propositores da teoria.

Discutirei o caso do ceticismo, que é uma grande preocupação no debate e uma das motivações para a reformulação dos critérios de objetividade. Em seguida, discutirei os riscos de se adotar a noção de objetividade das teorias principiológicas, e se é possível adotar uma concepção alternativa mais segura. Essa discussão levará a outra, sobre o status das razões normativas, se devemos concebê-las como absolutas (ou passíveis de serem absolutas) ou relativas. Alegarei que a concepção normativa relativista é no mínimo tão plausível quanto a anterior, e que faz presunções menos arriscadas do que ela. Além disso, faz previsões empíricas que se compatibilizam de forma mais confortável com os dados apresentados no capítulo 2. Um Judiciário em crise de legitimidade deveria estar sensível a esses riscos. Proponho que talvez seja mais vantajoso optar pela adoção de uma concepção menos ambiciosa de normatividade.

No capítulo 5, discutirei de forma mais breve como lidar com o dilema judicial partindo de uma teoria normativa relativista. Alegarei que a ênfase da discussão deve ser modificada, passando da argumentação moral, do otimismo com os poderes da razão e da força dos discursos normativos, para considerações mais práticas sobre os limites institucionais do Judiciário e formas estratégicas de evitar a corrosão da sua legitimidade. O dilema judicial, nessa concepção, não pode ser resolvido quando enfrentado de frente. O máximo que podemos fazer é evitá-lo ou contorná-lo, usando estratégias práticas que estiverem à disposição.

As pesquisas sobre argumentação jurídica e as formas de salvaguardar a legitimidade judicial em decisões complexas são tradicionais na Teoria e na Filosofia do Direito. O tópico tem implicações claras para a justificação de um aparato estatal coercitivo em uma sociedade que se pretende democrática e guiada pelos ditames do Estado de Direito. Trata-se de um tema sempre relevante. No entanto, o fato de que o Brasil (assim como outros países) passa por um momento de intensa polarização política e de profundos desacordos sociais, que gera tensão institucional e afeta o Judiciário, adiciona um tom de urgência ao tema. Fica (desconfortavelmente) claro que os efeitos sociais de uma decisão judicial não razoável podem ser desastrosos. Por outro lado, boas decisões judiciais podem ser decisivas para a atenuação de crises institucionais e a pacificação da sociedade.

O Poder Judiciário é essencial para a manutenção da estabilidade social e institucional da comunidade e para a aplicação efetiva das normas jurídicas, inclusive aquelas que impõem direitos e garantias às pessoas. Em momentos de crise, a proteção de sua legitimidade e

autoridade é ainda mais importante. Mas, para efetivar essa proteção, é necessário buscar as mais sólidas fundações normativas. Essa será a preocupação da tese.

# 1 LEGITIMIDADE DA DECISÃO JUDICIAL

## 1.1. O Dilema judicial

Quando um agente público que representa o Estado tem que decidir uma questão socialmente controversa, dá-se especial atenção a como sua atuação pode ser justificada frente à comunidade que o investiu de poderes. Sua decisão pode desagradar a alguns grupos sociais, provavelmente violando valores profundos desses grupos, mas, ao mesmo tempo, o agente precisa manter o senso de que está decidindo em nome de todos e no interesse de todos. Afinal, ele representa o *Estado* e está atuando como seu representante.

O problema é especialmente saliente para juízes, não só porque sua principal função é decisória, isto é, a de decidir conflitos jurídicos que lhes serão apresentados pelas partes em um processo (função jurisdicional), mas também porque eles frequentemente entram em contato com questões que dizem respeito a valores que os membros da comunidade consideram importantes. Uma das preocupações centrais da Teoria e da Filosofia do Direito é entender as possibilidades de fundamentação da decisão judicial nessas situações controvertidas.

É preciso levar em conta os motivos de os juízes se depararem com esses desafios. O Poder Judiciário é uma instituição social, isto é, uma estrutura criada socialmente para regular o comportamento dos indivíduos da comunidade (todos ou alguns) (MILLER, 2019). Instituições também se definem por ter objetivos ou metas constitutivas. Os objetivos mais amplos da instituição judiciária são “garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado” (TJSP, 2023). O Judiciário atua em nome de uma autoridade política soberana que impõe a seus subordinados a autoridade de suas normas – um Estado, basicamente. Os conflitos sociais ocorrem sob essa jurisdição, e precisam ser resolvidos de acordo com as diretrizes do soberano, para que ele ao mesmo tempo consiga gerar pacificação social e reafirmar sua autoridade. Se não houvesse Estado, não haveria necessidade de garantir sua autoridade. Se não houvesse conflitos sociais sob a jurisdição do Estado, não haveria necessidade da existência de funcionários públicos que resolveriam esses conflitos aplicando as diretrizes estatais – a pacificação social seria um dado, não algo a ser conquistado. Constitutivamente, a autoridade judicial desempenha a função de resolver conflitos, atuando como terceiro desinteressado que assume a competência de solução do conflito. Ela aplica as diretrizes normativas para conformar o resultado da disputa nos moldes definidos pelo Estado e reforçar sua autoridade (soberana) frente às partes

em conflito e frente à comunidade como um todo (MAXEINER, 2008; HODGE, 2021. LEAWOOD, 2000).

É claro que, em nossas sociedades contemporâneas, nós qualificamos essa noção de autoridade soberana. Há limites para o exercício do poder do Estado, que precisa obedecer a procedimentos e se adequar a padrões para poder ter ascendência política sobre os cidadãos. De fato, os cidadãos são a autoridade última nesse tema, porque eles darão o assentimento para o exercício da autoridade política. A autoridade do direito precisa ser justificada (RAZ, 1986). Outra função essencial do Estado é proteger os direitos e garantias dos membros da comunidade. Com a ideia de Estado Democrático de Direito, há exigência de que a formulação dessas normas seja feita de acordo com a vontade popular, seguindo os procedimentos democráticos, e que essas normas sejam abstratas, abrangentes e imparciais. Princípios democráticos regulam a produção de normas, e as leis são legítimas porque provêm da autoridade popular.

Tal discurso de legitimação não é novo, é usado na tradição (que podemos chamar, em um sentido amplo, de “tradição liberal”) que foi formada pelos pensadores políticos do iluminismo, como Locke, Hume, Montesquieu, Rousseau, Bentham, entre outros (BRISTOW, 2017; TODOROV, 2006; SCRUTON, 2019). Não pretendo fazer uma análise ou uma exposição histórica aqui. Quero somente apontar que temos uma ideia mais ou menos estável dos padrões de nossa comunidade política e sobre os limites de exercício de poder por representantes do Estado.

Essas ideias naturalmente valem para o Poder Judiciário e nos informam sobre suas “circunstâncias”. Em circunstâncias normais, o juiz aplica as leis criadas democraticamente e os precedentes judiciais, respeitando os padrões do Estado de Direito e os direitos consagrados na Constituição da comunidade. Mais do que isso, ele terá a *função* de zelar pelo bom cumprimento desses direitos e procedimentos; ele resolve conflitos e garante a paz social de uma forma específica, agindo de acordo com alguns padrões. Seu papel como representante do Estado é cumprido dessa forma e daí advém sua autoridade legítima.

### *1.1.1. Dois desafios*

Se esse modelo tradicional de governança é bem conhecido, também são bem conhecidos os desafios que são impostos a ele em diferentes momentos históricos e contextos sociais. Falando das circunstâncias políticas mais amplas, sabemos, por exemplo, dos problemas de representação política e da dificuldade de ocorrer a efetiva participação de

grupos historicamente oprimidos, como mulheres, negros, etc. (KLEIN, 2020). Esses desafios criam a necessidade de aprimoramento desses modelos para que eles respondam aos problemas atuais e para que tenhamos as condições sociais de superá-los. O mesmo vale para o Poder Judiciário.

Os juízes por vezes se deparam com situações especiais, que perturbam o funcionamento do modelo tradicional de legitimidade da atividade judicial. Pretendo apresentar dois desafios, que são de especial interesse para esta tese e fazem parte de seu tema-problema. O primeiro desafio é o do *esgotamento das vias tradicionais de interpretação jurídica*. O segundo desafio é o da prevalência *dos conflitos morais na comunidade*. Mais uma vez, esses problemas não são novos, são reconhecidos e abordados por teóricos do direito e acadêmicos em geral há algum tempo. Ainda assim, eles costumam ser tratados separadamente. Acredito, no entanto, que há uma tendência crescente de que eles apareçam em conjunto e que, quando isso acontece, podem se tornar um problema formidável para a legitimação da atuação judicial.

Outra questão é que esses dois desafios, além de tenderem a aparecer em conjunto, estão se estabilizando, aparecendo com mais frequência. Longe de serem meras perturbações incidentais à atuação judicial, eles são perturbações constantes. A ponto de termos que fazer um reexame do que consideramos “circunstâncias normais” e “circunstâncias anormais da atuação judicial”. Mas, antes de me aprofundar nessa discussão (que será tratada com mais ênfase no capítulo 2), discorrerei um pouco sobre cada um dos desafios isoladamente, para esclarecer o escopo de cada um, antes de tratá-los em conjunto. Começemos pelo primeiro.

### *1.1.2. Primeiro desafio: esgotamento das vias tradicionais de interpretação jurídica*

Já há algum tempo prevalece entre teóricos do direito o entendimento de que a atividade judicial não é uma atividade mecânica, mas uma atividade interpretativa em boa medida, que tem que superar diversos percalços, como a imprecisão da linguagem jurídica, contradições entre as normas, o aparente esgotamento das leis aplicáveis ao caso e, em algumas situações, a necessidade, percebida por uma avaliação sistêmica do direito, até de contrariar o que está textualmente escrito em lei (ALEXY, 2005, p. 17).

São conhecidas, na comunidade jurídica, as situações em que as diretrizes normativas provenientes da lei, da Constituição ou de qualquer outro documento jurídico não são suficientes e há a impressão de que o juiz já não tem mais recursos jurídicos disponíveis para auxiliá-lo a decidir os casos (HART, 2009; DWORKIN, 2008). É a isso que me refiro quando

menciono o “esgotamento das vias tradicionais de interpretação jurídica”. A discussão sobre o que fazer nesses momentos de aparente esgotamento jurídico, comumente chamados de casos difíceis (*hard cases*) (DWORKIN, 1978, pp. 81-130), é duradoura e complexa. Alguns alegam que o juiz terá poder discricionário, isto é, poderá *criar* novas normas que valerão para aquele caso (e possivelmente para os casos futuros que se assemelharem a ele) (KELSEN, 1996; HART, 2009; POSNER, 2009). Outros alegam que, mesmo que haja um esgotamento das vias *ordinárias* de interpretação (as regras claras que se aplicariam ao caso), disso não decorre o esgotamento de *todos* os recursos de interpretação jurídica. Alegam que, ainda que em um domínio ideal, sempre estará disponível ao juiz um arcabouço de princípios e valores jurídicos ao qual ele pode recorrer para dar uma solução ao caso. Nesses casos, apesar de a solução do juiz ser fortemente interpretativa, ainda assim podemos e devemos evitar torná-las mero exercício de poder discricionário. Ela poderá ser produto de fundamentação e argumentação que efetivamente usem recursos jurídicos, mesmo que não sejam os imediatamente aparentes (DWORKIN, 2008; 1986; ALEXY, 2008). Sem contar outras saídas possíveis.

Não pretendo abordar essa discussão de forma direta nesta tese. O que quero enfatizar por agora é que situações assim são tão discutidas e controvertidas porque expõem um *desafio* para a legitimidade judicial. O discurso tradicional de legitimação judicial é o da aplicação da lei, de que o juiz é um ator imparcial, que decide o caso aplicando e interpretando regras pré-existentes. Se tivermos razões para duvidar disso, um problema de legitimidade começa a rondar a atividade judicial. Por isso, é uma tendência comum entre juízes enfatizar que o que estão fazendo nada mais é do que aplicar a lei, sem a interferência de juízos pessoais, visões de mundo particulares, etc., mesmo que para os observadores externos pareça claro que nada disso está ocorrendo ou que estudos empíricos, como os sobre os modelos atitudinais ou os modelos estratégicos da decisão judicial há décadas indiquem que em muitos casos é exatamente o contrário que acontece (cf. SEGAL, SPAETH, 2002; EPSTEIN, LANDES, POSNER, 2013; ARAÚJO, FILGUEIRAS, 2017; OLIVEIRA, CARDOSO, 2020). É necessário que o juiz se aferre a esse discurso para que ele assegure a legitimidade de sua atividade.

Esse desafio explica, em parte, o contínuo interesse pela justificação da decisão judicial. Diante de um caso jurídico controverso, é importante que fique claro para os envolvidos – mas não só para eles, porque a fundamentação judicial é sempre de interesse de toda a comunidade, por seu caráter público – os motivos que levaram o juiz a decidir o caso

em favor de um deles e não do outro (TARUFFO, 2015). A fundamentação da decisão é o momento em que o juiz reafirma esses fatores de legitimidade de sua atuação. Em caso de desafios a essa legitimidade (como o de esgotamento das vias tradicionais de interpretação), presume-se que será na fundamentação que ele resolverá o desafio, escolhendo a via interpretativa que considerar pertinente. Isso ficará claro para os participantes do processo e para a comunidade.

Considerações mais gerais desse tipo sobre o papel institucional da atuação judicial podem ser corroboradas pela observação do funcionamento interno de um sistema jurídico. No direito brasileiro, há várias disposições que mostram a especial importância que se atribui à fundamentação da decisão judicial. A fundamentação da decisão é vista como um dever judicial essencial. O art. 93, IX, da Constituição estabelece que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade[...]”, o que configura uma garantia constitucional aos participantes do processo (NERY JR., 1999). Ideia semelhante é exposta no art. 371 do CPC, segundo o qual: “O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento”. O CPP, no art. 155, estabelece igual diretiva à decisão judicial, inclusive condicionando os elementos que poderão ser usados na justificação: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”.

Em um estudo sistemático sobre o tema, Taruffo (2015, cap. 6) mostra que tal exigência é comum em muitos países, especialmente países da Europa Continental, como a Itália, a Alemanha, a Espanha, entre outros, e entre países da América Latina, como o Brasil e o México. Nos EUA, não há essa exigência (a Constituição americana não trata do tema), e juízes de primeira instância podem decidir alguns casos sem fundamentá-los; mesmo assim, há muito se entende entre os juristas e os juízes americanos que a fundamentação é muito importante para a decisão. As cortes superiores americanas, como os tribunais federais e a própria Suprema Corte têm preocupação especial em justificar as decisões.

A fundamentação é considerada essencial para a decisão judicial porque permite que o juiz exponha os elementos que determinam o seu convencimento. É o momento em que o juiz articula sua decisão, apresentando-a de forma racional e coerente. Como dizem Mendes e Branco: “A racionalidade e, dessa forma, a legitimidade da decisão perante os jurisdicionados decorrem da adequada fundamentação por meio das razões apropriadas” (MENDES,

BRANCO, 2015, p. 420). Segundo Didier et al., a justificação não deve ser: “meramente discricionária, subjetiva ou pessoal, senão adequada e ponderadamente motivada. O magistrado deve demonstrar que sua decisão [...] se funda em bases racionais, que a tornem minimamente aceitável socialmente, além de controlável” (DIDIER et al, 2016, p. 323-4).

Costuma-se dizer, especialmente no âmbito do processo civil, que a fundamentação das decisões judiciais tem duas funções: uma função intraprocessual e uma função extraprocessual (TARUFFO, 2015, pp. 20-1). A função intraprocessual (ou endoprocessual) da fundamentação é aquela de legitimação da decisão frente às partes do processo. É interna ao processo, e é por meio dela que as partes saberão se foi feita uma análise apurada da causa e se é possível identificar um nexos inferencial adequado entre as provas e a sentença. A função intraprocessual abre espaço ao controle da atuação judicial pelas partes, já que permite que as partes vislumbrem aspectos da decisão a serem impugnados, caso considerem que o raciocínio ou a técnica padeçam de quaisquer defeitos, incompletudes etc., fazendo uso da prerrogativa do duplo grau de jurisdição.

A função extraprocessual é aquela de legitimação da decisão fora do âmbito das relações processuais, frente à comunidade como um todo. A comunidade merece a prerrogativa de ser informada sobre como o direito que ela mesma criou por intermédio de seus representantes está sendo aplicado. Além disso, a fundamentação da decisão é a maneira pela qual o juiz presta contas à comunidade de sua atuação como agente público. Não é por acaso que no art. 93, IX, da CF, as exigências de fundamentação da decisão e *publicidade* do julgamento estão elencadas em conjunto (MITIDIERO, 2012). A função extraprocessual também permite o controle da decisão, se bem que de forma indireta e difusa. A comunidade pode fazer modificações e ajustes na atuação judicial modificando as leis e normas que a embasam, por mecanismos democráticos (MITIDIERO, 2013). A publicidade da decisão judicial e das razões que a motivam é importante, porque cria um ponto de contato entre a atuação do juiz e a arena pública e permite, ainda que de forma indireta, a operação de mecanismos de *feedback* e controle dessa atuação.

No estudo do direito, especialmente o processual, costuma-se dar mais ênfase à função intraprocessual da decisão, por causa dos impactos que ela tem na análise dos recursos e de algumas ações autônomas, como o mandado de segurança e o habeas corpus. Como salienta Taruffo (2015, 2012, 2010), porém, é um erro considerar que essa função seria de alguma forma mais importante ou protagonista frente à função extraprocessual. Para ele, se alguma coisa é verdadeira, é o contrário. Basta notar que existe uma exigência social e institucional

enfática para que juízes de cortes superiores, como o STF, o STJ e o TSE deem decisões bem fundamentadas, coesas, coerentes. Talvez essa exigência seja mais forte para essas cortes do que cortes tradicionais. A força dessa exigência não faz muito sentido levando em conta a função intraprocessual, porque frente a esses órgãos, que são a autoridade última de seus respectivos campos, as oportunidades de recurso, apesar de existirem pontualmente, são escassas, não muito relevantes. Nesses casos, só pode estar em jogo a função extraprocessual, e uma exigência de que essas cortes justifiquem sua atuação de forma transparente para a comunidade

Nessa linha, no sistema jurídico brasileiro os sistemas de controle para a legitimidade intraprocessual estão razoavelmente assentados. O participante do processo que estiver inconformado com algo que considere erro ou arbitrariedade da atuação judicial terá mecanismos do processo à sua disposição para registrar sua oposição e tentar corrigir o erro judicial. Ele poderá recorrer da decisão ou fazer uso de alguma ação autônoma de impugnação, por exemplo, para contestar a decisão judicial da qual discorda (DIDIER et al., 2016). A garantia do duplo grau de jurisdição deve ser invocada nessas situações. De qualquer forma, mesmo que haja problemas no funcionamento das vias de garantia da legitimidade intraprocessual, as soluções para esses problemas deverão ser alcançadas por meio de mudanças nas vias internas do direito, com a realização de reformas processuais, por exemplo, ou modificações no direito material.

Por outro lado, as coisas são menos claras e institucionalmente articuladas quando se fala sobre a legitimidade extraprocessual. Em tempos recentes, a tensão entre as cortes judiciais e a comunidade em decisões de interpretação difícil parece estar causando desgastes institucionais e para a imagem do Judiciário. Problemas que envolvem a função extraprocessual têm a ver não tanto com a atuação de um juiz ou uma corte específica, mas com a atuação do Judiciário como um todo, de forma sistêmica. Esse é o âmbito em que as crises de legitimidade ocorrem. Elas são especialmente sérias porque afetam a confiança social que é depositada nas instituições que estão resguardando as leis e os valores da comunidade. Mais do que isso, ao contrário do que acontece com os problemas intraprocessuais, as crises de legitimidade extraprocessuais geralmente ganharão uma escala mais ampla. Não serão apenas discussões jurídicas, mas discussões que envolverão e engajarão a comunidade politicamente, ideologicamente e moralmente. Dependendo das

respostas judiciais, também será difícil não enxergar as instituições judiciais como atores políticos, o que prejudica ainda mais as bases de seu discurso de legitimidade<sup>2</sup>.

A legitimidade judicial é essencial para o bom funcionamento do Judiciário. É verdade que toda instituição social, especialmente as que estão investidas de poderes políticos e constitucionais, devem ser legítimas. Mesmo assim, comparado às outras instituições (como o Executivo e o Legislativo), o Poder Judiciário tem uma especial vulnerabilidade e sensibilidade nesse ponto. Como argumentam Falcão e Oliveira (2013, pp. 433-4), “a posse de legitimidade pública é central para a manutenção do poder dos tribunais”. O Judiciário é “excepcionalmente dependente de legitimidade pública, porque tem poucos meios institucionais para assegurar o cumprimento de suas decisões”. A manutenção da legitimidade judicial é importante também para garantir que as cortes não sejam vistas pelo público como apenas “mais uma” instituição política, guiada por interesses e atores políticos, e ajuda a criar presunção de que as decisões judiciais “serão aceitas e respeitadas”. Isso se aplica sobretudo às cortes superiores, que constantemente estão na fronteira da política, e, em momentos, têm maior necessidade de projetar sua autoridade para a sociedade.

É importante distinguir as noções de “legitimidade” e de “popularidade”, nesse contexto. Em momentos cruciais, o Poder Judiciário poderá ser obrigado a exercer uma função contramajoritária, caso a atuação dos poderes políticos, mesmo que popular, viole as normas legais ou constitucionais e os direitos assegurados por elas. Tal atuação, é possível alegar, faz parte da própria essência da função jurisdicional (BARROSO, 2017). Ela pode desagradar aos atores políticos e à população em geral, mas tal fato não precisa ter qualquer impacto na legitimidade do órgão judicial. Pelo contrário, um Poder Judiciário visto como legítimo pela população terá “capital” para trafegar por seus momentos de impopularidade, porque conseguirá manter uma imagem de imparcialidade e tecnicidade, desvinculada dos conteúdos específicos das decisões impopulares.

Murphy e Tanenhaus (1968, p. 359) apresentam os contornos de uma definição para a legitimidade judicial (válida em especial para cortes superiores). Eles distinguem três condições. Primeiro, “visibilidade”: antes de ser tratada como legítima ou não, é necessário que a sociedade perceba e esteja ciente da atuação da corte; essa percepção pública da atuação judicial não precisa “ser sofisticada ou articulada em uma ideologia coerente”. Segundo, o “reconhecimento do papel constitucional do tribunal”: as pessoas estão cientes “de que a interpretação e a aplicação dos princípios fundamentais a serem aceitos na comunidade é uma

---

<sup>2</sup> Examinarei as evidências empíricas para essas afirmações nas seções 2.1 e 2.2, abaixo.

competência própria do Poder Judiciário, isto é, que os juízes são guardiões da integridade da Constituição”. Por último, o “reconhecimento de imparcialidade”: o público reconhece que o tribunal conduz “as suas responsabilidades de forma imparcial e competente”, e mesmo os que consideram “que decisões específicas estão erradas, ou até mal direcionadas, ou que individualmente um juiz seja indigno de seu cargo, ainda podem cumprir esse requisito se respeitarem o tribunal como uma instituição geralmente imparcial, justa e competente”<sup>3</sup>. Como dito, a legitimidade está relacionada à *instituição* judiciária, não a decisões específicas dos tribunais ou a juízes específicos.

Começamos esta seção falando de uma perspectiva institucional; depois, passamos a uma perspectiva interna, mais dogmático-jurídica. Mas, tanto de uma perspectiva quanto da outra, chega-se à mesma conclusão. Quando os juízes lidam com questões complicadas, para as quais os recursos ordinários de interpretação jurídica parecem ter se esgotado, é importante que a legitimidade da atuação judicial seja resguardada. É uma preocupação dos juristas e teóricos do direito encontrar elementos de fundamentação da decisão judicial que permitam aos juízes superar esse desafio.

### 1.1.3. Segundo desafio: conflitos morais na comunidade

É nesse ponto que quero introduzir o segundo desafio. As circunstâncias judiciais podem se tornar mais complicadas porque muitos dos casos que são avaliados pelo Judiciário se caracterizam por *gerar desacordos morais e conflitos de valores na sociedade*.

Chamar a atenção para isso nos remete ao fato de que o juiz tem responsabilidades funcionais frente à comunidade. As circunstâncias sociais atuais de polarização política e conflito moral, que ocorrem em muitos países, especialmente democracias pluralistas, como a brasileira e a americana, devem ser consideradas como um elemento importante da análise da atuação judicial. Já não é mais possível ignorar essas circunstâncias ou considerá-las mero detalhe a ser discutido por outras áreas, como a ciência política. Tais circunstâncias não são simples *eventos* esporádicos. Elas devem ser vistas mais como um *estado* de nossas comunidades, um cenário relativamente fixo que determina alguns acontecimentos sociais. Os

---

<sup>3</sup> Tradução livre de: “*The first condition is that the constitutional court be perceived. Major decisions cannot have a direct -though they may have an indirect-legitimizing impact if they are not visible. There is no necessity, of course, that public understanding be sophisticated or articulated into a coherent ideology. The second condition is a recognition that it is a proper judicial function to interpret and apply the fundamental principles underlying the polity-acceptance, that is, of judges as guardians of the chastity of the constitution. The third condition is that the court be regarded as carrying out its responsibilities in an impartial and competent manner. People who believe specific decisions are wrong, even wrongheaded, and individual judges unworthy of their office may still meet this last condition if they respect the court as an institution that is generally impartial, just, and competent*”.

conflitos e os profundos desacordos morais da comunidade devem ser vistos como fenômenos sociais estáveis (HAIDT, 2012). Portanto, o impacto que eles podem ter na atividade judicial deve ser objeto da mais séria atenção dos juristas e teóricos do direito. As circunstâncias atuais, de profundos desacordos, conflitos morais e polarização política, exigem um ajuste na atuação judicial. Denominarei tal situação de *casos de conflito moral na comunidade*. Eles têm uma dinâmica especial.

Os conflitos relevantes nesse contexto não são os individuais, mas os conflitos entre grupos. Comunidades pluralistas são marcadas pela diversidade de pessoas, que se identificam com grupos diferentes para diferentes questões: ideologia, política, religião, moralidade, sexualidade, gênero, raça, etc. Conflitos entre grupos podem iniciar processos sociais de larga escala, que não aconteceriam em razão de conflitos morais individuais ou difusos. Por exemplo, é comum que conflitos entre grupos causem polarização. Quando acontece entre grandes grupos, como na política, por exemplo, o processo de polarização pode deixar profundas marcas sociais. Processos de polarização provavelmente estão acontecendo no Brasil atualmente, e em outros países também, como os EUA<sup>4</sup>.

Pensemos em um juiz que tem que decidir um caso moralmente polarizado, isto é, um caso cujo desenlace interessa a dois grandes grupos sociais que estão moralmente polarizados entre si. Mais, podemos acrescentar que é impossível naquelas circunstâncias proferir uma decisão que analise o mérito do caso sem assumir um posicionamento sobre o assunto que anima o conflito entre os dois grupos. A consequência provável é que a decisão em um sentido irá agradar a um grupo, mas desagradar profundamente ao outro grupo, que provavelmente tomará essa decisão como uma afronta a seus valores profundos; e vice-versa, se a decisão favorecer o grupo rival.

O que torna a situação desafiadora para a autoridade judicial é que, seguindo seus deveres funcionais, ela deveria evitar se envolver no conflito. Ao decidir, deveria mostrar que está se guiando por razões jurídicas extraídas da lei, dos precedentes, das diretrizes da Constituição, etc. – e não por convicções políticas, ideológicas ou preferências pessoais. Se, em casos polarizadores, o Judiciário passa a impressão de que fatores políticos ou ideológicos constantemente guiam a decisão, as reações sociais podem ser graves.

Notadamente, os grupos “derrotados” do conflito moral poderão não ver mais razão para tomar a decisão como legítima. O raciocínio do grupo pode ser algo como: “se a pessoa

---

<sup>4</sup> Apresentarei as evidências para essas afirmações também nas seções 2.1 e 2.2, abaixo.

que está decidindo esse caso não está sendo guiada por nenhuma razão independente, mas é apenas um membro do grupo que tem a visão moral rival à minha, e está agindo como tal, por que eu tenho que levar essa decisão a sério? Essa decisão não tem nenhum caráter especial de autoridade jurídica, mas é política, tanto quanto todos os outros atos que estão acontecendo na arena política”. O senso de legitimidade que é pressuposto fundamental da atuação judicial está sendo corroído. Dizendo de outra forma, uma decisão assim poderá ser considerada *arbitrária* pelo grupo “derrotado” no conflito moral.

O termo “arbitrário” pode ter vários sentidos. Waldron fala sobre três: “(1) Às vezes ele significa ‘imprevisível’”; “(2) Às vezes ele significa ‘irracional’ (*unreasoned*), como quando a decisão é baseada em caprichos ou preconceitos-reflexos ao invés de baseada em argumentos”; por último:

(3) Um terceiro sentido de “arbitrariedade” é particularmente importante [...]. Alguns sentem que mesmo que juízes estejam tomando decisões da forma mais razoável e previsível possível, ainda assim suas decisões carecem de legitimidade política. É ao povo ou aos legisladores que ele elegeu que cabe tomar esse tipo de decisão; não cabe aos juízes tomar as determinações dos princípios sociais ou dos valores sociais em suas próprias mãos. Nesse sentido democrático, “arbitrário” significa algo como “sem autoridade ou legitimidade” (WALDRON, 1999, pp. 167-8)<sup>5</sup>.

O sentido que nos interessa nessa classificação é o sentido (3), mesmo que o sentido (2) também possa ser relevante nessas situações e que o sentido (1) possa ser invocado às vezes. A arbitrariedade no sentido (3) tem a ver com uma falha na legitimação judicial: existe uma arena para o confronto e o debate público das posições políticas. Essa é a arena da esfera pública e, notadamente, quando falamos sobre a tomada de decisão pública, é a arena das instituições democráticas, tanto para os representantes do Legislativo quanto para os representantes do Executivo. Nessas arenas, as “ordinárias” razões da política podem ser apresentadas de forma nua e crua; é aceitável que vença aquele que “grite mais alto”, etc., porque há procedimentos democráticos que irão regular e guiar sua aplicação. O problema está em transferir essas razões políticas “ordinárias” para a arena judicial, porque aqui, como não há regulação democrática ocorrendo, a decisão do juiz deve ser amparada em outros

---

<sup>5</sup> Tradução livre de: “*In modern jurisprudence, the word ‘arbitrary’ has at least three connotations, all of them bad. (1) Sometimes it means ‘unpredictable’, and that [...] was the charge that particularly worried Jeremy Bentham and other thinkers in the mainstream of British positivism. (2) Sometimes it means ‘unreasoned’, as when a decision is made on the basis of whim or reflex prejudice rather than on the basis of argument. [...] (3) A third sense of ‘arbitrariness’ is particularly important with regard to American constitutional law. Some feel that even if judges are making moral decisions as reasonably and as predictably as they can, still their decisions lack political legitimacy. It is for the people or the legislators they have elected to make that sort of decision; it is not for the judges to take the determination of social principle and social value into their own hands. In this democratic sense, ‘arbitrary’ means something like ‘without authority or legitimacy’.*”

elementos justificadores para ter legitimidade. Como vimos, esses elementos têm a ver com a aplicação das normas previamente estabelecidas pela comunidade e a adequada fundamentação da decisão judicial. Ao usar razões políticas na decisão judicial, o juiz estaria misturando as regras dos “jogos” institucionais (o jogo da democracia, por um lado, e o jogo da atuação judicial, por outro) de forma injusta, porque estaria desfrutando das vantagens de ambos (fazer triunfar sua visão política preferida, no primeiro caso; impor sua decisão usando a força e autoridade que lhe são conferidas por atuar como agente do Estado, no segundo caso), mas sem assumir os deveres e responsabilidades que vêm com eles (ser eleito ou ter seus projetos aprovados por um corpo representativo, no primeiro caso; basear sua decisão de forma estrita nas normas pré-existentes e de forma adequadamente fundamentada, no segundo caso). Essa forma de atuação judicial pode ser chamada de *arbitrária* (no sentido (3)) porque se baseia num uso ilegítimo de atribuições institucionais.

É sabido que Waldron usa essa estrutura conceitual para argumentar contra o controle judicial de constitucionalidade (ou o *judicial review*) (WALDRON, 2006). Trata-se de outra discussão antiga e complexa e, assim como na questão dos *hard cases*, esta tese não irá abordá-la de forma direta. O tema da legitimidade ou não do controle judicial de constitucionalidade não está no escopo desta tese.

#### 1.1.4. Os dois desafios em conjunto – o dilema judicial

Creio que a junção dos dois desafios que enumerei deixará claro o escopo desta tese. Em primeiro lugar, os juízes se deparam com casos que são complicados porque *aparentemente esgotaram os recursos tradicionais de interpretação jurídica* e, para resolvê-los será preciso usar outros argumentos, recorrer a princípios e valores do direito que não são claramente aplicáveis ao caso. Em segundo lugar, esses casos, por sua natureza, ocasionam *conflitos morais na comunidade*, geralmente entre grupos antagônicos que estão polarizados e entrincheirados um contra o outro. Quando esses dois fatores se juntam, então os juízes podem estar diante de um problema real de legitimidade. É difícil pensar numa saída que garanta a incolumidade da autoridade judicial sobre a comunidade.

Se cada um desses desafios aparecer isoladamente, talvez não haja grandes problemas para resolvê-los. Vejamos o primeiro desafio. Se um caso parece ter esgotado os recursos tradicionais, mas não está cercado por profundos desacordos morais, ele pode ser objeto de discussões técnicas, ou pode causar uma crise interna nos órgãos que tomam a decisão, mas, como não gera engajamento da comunidade mais ampla, não há motivos para pensar que criará crises de legitimidade social para os órgãos judiciais. A imagem do Judiciário não será

prejudicada, grupos influentes não terão interesse de alegar que os juízes estão atuando segundo razões políticas ou favorecendo um grupo social frente ao outro. As discussões permanecerão razoavelmente circunscritas à arena jurídica, e não haverá maiores ameaças à legitimidade judicial. Mesmo que a decisão do juiz em um caso difícil nesse sentido seja arbitrária (por exemplo, venha dos *gut feelings* de um juiz, ou não seja adequadamente justificada, etc.), ela será arbitrária apenas nos sentidos (1) e (2) de Waldron, mas não no sentido (3).

Vejam os o segundo desafio, pensando em casos que estão cercados por profundos desacordos morais, mas que contam com uma solução jurídica sólida e clara pré-determinada. Nesses casos, por mais que grupos da comunidade possam reagir negativamente a essas soluções, isso dificilmente causará uma crise institucional para o Judiciário. O mais provável é que as atenções sociais se voltem para os que criam as leis, e não para quem as aplica. Os debates serão sobre as possibilidades de mudanças na legislação ou sobre a criação de emendas constitucionais.

Um exemplo interessante dessa situação é o das disputas morais sobre a permissão ou proibição do aborto. No Brasil, a polarização e as reações morais ao aborto parecem ser tão fortes como nos EUA (ORTELLADO, RIBEIRO E ZEINE, 2022). No entanto, o envolvimento do Judiciário na questão, bem como os desgastes de imagem e de legitimidade e as reações sociais, são marcadamente diferentes nos dois países. No Brasil, o aborto é crime, tipificado no Código Penal (arts. 124 a 127), com vigência em todo o território nacional<sup>6</sup>. A matéria é de competência legislativa e está definida (concordemos ou não com a definição). Eventuais alterações, se ocorrerem, deverão ser efetuadas pelo Congresso Nacional. Nos EUA, inicialmente, as estipulações penais sobre o aborto eram de competência dos estados. Em 1973, a Suprema Corte se envolveu na questão, legalizando o aborto nacionalmente, no caso *Roe v. Wade*, alegando que ele envolve direitos protegidos pela Constituição americana. Recentemente, a Suprema Corte, com a nova maioria ultraconservadora formada por Trump, derrubou o precedente de *Roe* e devolveu a competência para a proibição ou não do aborto aos estados (caso *Dobbs v. Jackson*).

Sem avaliar os méritos da atuação do Judiciário nos dois casos, é notória a diferença de impacto institucional que os posicionamentos tiveram para as duas cortes. No Brasil,

---

<sup>6</sup> Mas vale mencionar que o art. 128 prevê duas hipóteses de descriminalização (aborto legal): o aborto necessário (quando não há outra maneira de salvar a vida da gestante) e o aborto decorrente de gravidez resultante de estupro. Tais exceções, servindo como amenizadoras da rigidez da proibição, corroboram a alegação de que a lei estabelece de forma clara as diretrizes para a decisão judicial sobre o tema.

quando o STF tratou do tema, ou se aproximou disso, o fez de forma comedida, esclarecendo os limites da decisão. Nos votos do caso sobre a interrupção de gravidez de fetos anencéfalos (ADPF 54), os ministros fizeram questão de enfatizar que não estavam decidindo sobre a legalização ou não do aborto, mas sobre uma questão interpretativa paralela, a do status jurídico dos fetos anencéfalos. Enfatizaram também a deferência à competência legislativa sobre o tema. O caso gerou comoção social, mas a decisão não parece ter criado grandes ou duradouras repercussões negativas sobre a legitimidade do STF. Dado o peso que a temática do aborto tem em discussões morais, religiosas, ideológicas no Brasil, a condução judicial da ADPF 54 parece um feito notável de preservação institucional. Ao mesmo tempo, não foi prejudicada a extensão da prestação jurisdicional às pessoas que estavam em situação vulnerável (gestantes que portavam fetos anencéfalos) e necessitavam de efetiva proteção a seus direitos e garantias individuais.

Nos EUA, no entanto, ambas as decisões, a que estabeleceu o precedente e a que o invalidou, lançaram tempestades políticas sobre o Judiciário, e prejudicaram sua imagem. Nos anos 1970, é possível dizer que o caso Roe foi visto como paradigmático pelos conservadores, que desde então se reorganizaram (no governo Reagan e em diante) e alimentam uma obsessão por estabelecer uma composição conservadora no Judiciário americano (KLEIN, 2020, cap. 8). Que eles estão tendo relativo sucesso nessa empreitada pode ser visto não só pela composição atual da Suprema Corte, mas também pela composição dos Tribunais Federais, que atualmente também têm maioria conservadora (SCHEINDLIN, 2022).

Outro indício são os acontecimentos de 2016. Após a morte do juiz ultraconservador Antonin Scalia, o então Presidente Barack Obama indicou seu candidato para preencher a vaga, Merrick Garland. Assim como no Brasil, a indicação de um juiz da Suprema Corte nos EUA deve ser avaliada e aprovada pelo Senado. Na época, os Republicanos tinham a maioria do Senado, e o líder da Maioria, Mitch McConnell, em uma manobra inédita, se recusou a sequer avaliar a indicação de Obama, declarando que toda indicação seria nula naquele ano, e que seria necessário esperar o resultado da próxima eleição (ELVING, 2018). Ele teve sucesso. Trump ganhou a eleição e indicou seu candidato, Neil Gorsuch, que foi aprovado pelo Senado (LIPTAK; FLEGENHEIMER, 2017). McConnell sempre deixou claro que a questão da indicação de juízes conservadores é sua grande prioridade política. Nas eleições de 2016, Trump em vários momentos simplesmente repetia as palavras “*Supreme. Court*” para motivar os eleitores a votarem e contribuir para que a vaga fosse ocupada por um

conservador, não por um liberal; e há indícios de que essa motivação foi decisiva para sua vitória (KLEIN, 2020, cap. 8)<sup>7</sup>.

Em 2022, com a invalidação do precedente de Roe, novamente o Judiciário americano sofreu fortes desgastes institucionais e foi alvo de protestos por todo o todo o país. Questionários e marcadores de opinião pública registraram forte queda na aprovação do tribunal entre os americanos. Em um relatório, o Gallup poll, famoso grupo de pesquisa de opiniões nos EUA, registrou que “58% dos americanos desaprovam o trabalho que a Suprema Corte está fazendo”, e “60% desaprovaram a invalidação de Roe”, concluindo que a confiança dos americanos na Suprema Corte está em “níveis historicamente baixos” (JONES, 2022; MONMOUTH POLL REPORTS, 2022). Além disso, “uma maioria substancial perdeu a fé na imparcialidade da Suprema Corte e acredita que ela é muito influenciada pela política”. Em outras pesquisas de opinião, 63% responderam que “acreditam que a Suprema Corte é motivada principalmente por política” e 74% responderam que ela é “muito politizada” (TAYLOR, 2023)<sup>8</sup>. O termo “*legitimacy crisis*” já é moeda corrente na imprensa americana, tornando-se um termo “ordinário” de discussão sobre a Suprema Corte (e.g. THE ECONOMIST, 2022; BEAUCHAMP, 2022; REYES, 2023; FELDMAN, 2023).

Veremos no capítulo 2 que o Judiciário brasileiro está exposto a uma boa quantidade de tempestades políticas, mas, especificamente em relação a *essa*, o Supremo conseguiu preservar sua legitimidade, em consequência de sua atuação contida e do amparo institucional das instituições legislativas, que já tinham diretrizes pré-estabelecidas para o caso. O mesmo não aconteceu nos EUA, e as consequências parecem problemáticas.

Em resumo, quando uma corte lida com uma questão controversa, mas tem apoio institucional, das leis e diretrizes constitucionais, sua exposição é menor. Quando isso não

---

<sup>7</sup> Ezra Klein (2020) narra uma ocasião posterior, em que McConnell é perguntado em um evento sobre o que faria se uma vaga abrisse em 2020 (ano da próxima eleição, com Trump no poder): “*Speaking at a Chamber of Commerce luncheon in Kentucky, he was asked what he’d do if a Supreme Court vacancy opened in 2020, the year of the next presidential election. CNN’s Ted Barrett reported what happened next: ‘The leader took a long sip of what appeared to be iced tea before announcing with a smile, ‘Oh, we’d fill it,’ triggering loud laughter from the audience.’ [...] ‘Everything else changes,’ McConnell said, but judges serve for life*”. De fato, isso veio mesmo a acontecer em 2020 Com a morte da juíza liberal Ruth Bader Ginsburg, uma nova vaga foi aberta. Obviamente, Trump não teve nenhum problema em indicar e aprovar sua candidata, Amy Coney Barrett.

<sup>8</sup> Tradução livre de: “*Favorable ratings of the Court have declined dramatically, according to numerous polls. This fall, a Gallup poll found that 58% of Americans “disapprove” of the job the Court is doing, which aligns with the 60% who disapproved of overruling Roe. A substantial majority have lost faith in the Court’s vaunted impartiality and believe it is too affected by “politics.” A Quinnipiac poll conducted after the Dobbs leak in May of last year found that 63% of Americans believe the Supreme Court is mainly motivated by politics. A Yahoo poll around the same time found that 74% believe the Court is “too politicized”.*”

acontece, no entanto, e o caso é de difícil interpretação, os dois desafios se apresentam em conjunto no mesmo caso, e então o órgão está exposto à “tempestade perfeita”.

Além disso, essa situação se transforma em uma armadilha, porque a saída de cada desafio é bloqueada pela presença de outro. O juiz se vê efetivamente frente a um dilema. É mais difícil encontrar uma solução juridicamente convincente para um caso difícil quando ele engaja e polariza a opinião pública; e é mais difícil contornar os conflitos morais e a polarização da opinião pública quando se está diante de um caso difícil.

*Os conflitos morais na sociedade bloqueiam soluções jurídicas convincentes para os casos difíceis.* Com o esgotamento dos elementos tradicionais de interpretação jurídica, o juiz terá que realizar raciocínios mais heterodoxos, talvez mais criativos, para encontrar uma decisão para o caso. É provável que tenha que recorrer a princípios e valores mais abstratos, ingressar na argumentação moral e que suas inclinações e preferências pessoais influenciem sua decisão (como não influenciariam?). Mas isso, em um caso que já capturou a atenção pública e alimenta os conflitos morais em curso na sociedade, será uma sinalização problemática. Valeria indagar, por exemplo, que razões os grupos envolvidos no conflito moral terão para crer que o juiz está se esforçando para decidir o caso juridicamente e de forma imparcial, sem a influência de inclinações políticas que favoreçam a algum dos envolvidos no conflito. O incentivo dos interessados em “ordinarizar” a atuação judicial, isto é, transformar a argumentação jurídica oferecida em apenas outra expressão de argumentação político-moral (talvez velada) será alto. Quando falamos sobre os comportamentos e as respostas a comportamentos em um ambiente social moralmente polarizado, estamos no reino das aparências: o que fica é a *sinalização* da instituição para a sociedade. Se a argumentação é heterodoxa e moralizada, facilmente os grupos sociais engajados encontrarão aberturas para enxergar motivações políticas na decisão (e eles estarão predispostos a fazer isso). Dificilmente a solução oferecida será levada a sério.

*O esgotamento dos elementos jurídicos tradicionais dificulta a pacificação dos conflitos morais (ou ao menos a desvinculação do Judiciário desses conflitos).* A recíproca é verdadeira. Como impedir que o juiz seja absorvido pela dinâmica de conflitos morais da sociedade? O ideal seria que ele conseguisse alguma forma de isolar essas narrativas, ao invés de ser absorvido por elas. Para isso, o juiz teria que passar de forma clara a mensagem de que a sua decisão é determinada por diretrizes institucionais pré-estabelecidas, que ele está decidindo como agente público, e não seguindo preferências pessoais. Isto é, nesses momentos, o juiz necessita de um forte apoio institucional – não das *pessoas* que ocupam

essas instituições, mas das *normas e diretrizes* que essas instituições impõem. Mas um caso difícil, quase que por definição, é precisamente aquele em que essas importantes normas e diretrizes *não* estão disponíveis para o juiz, e por isso ele é forçado a criar soluções e a buscar novos fundamentos para sua decisão. É claro que muitos elementos institucionais importantes ainda “protegem” o juiz nessas situações: a vitaliciedade do cargo, a inamovibilidade, seu status de funcionário público. Mas a ausência de normas e diretrizes institucionais prejudica a fundamentação da decisão, o momento em que o juiz se justifica e, portanto, formula a mensagem que quer passar para a comunidade. O juiz fica, portanto, em uma posição vulnerável, exposto à dinâmica de conflito moral da sociedade e às suas narrativas. São situações para as quais parece que não haver boas saídas, e o juiz se coloca diante de um dilema. Chamarei a situação em que o juiz tem que lidar com esses dois desafios de *dilema judicial*.

O capítulo se iniciou com a discussão sobre as “circunstâncias judiciais”. Abordamos a “visão tradicional”, por assim dizer, que explica a atuação judicial, seu ambiente e a motivação das pessoas para obedecê-la. As considerações feitas sobre os desafios à atuação judicial são formas importantes de atualizar esse cenário. As circunstâncias atuais do Poder Judiciário estão muito distantes da que é vislumbrada na visão tradicional. Os juízes frequentemente são desafiados pela dificuldade da questão que têm que resolver. Essa dificuldade não é só teórica, é também uma dificuldade prática, pois ele precisa passar uma mensagem à comunidade, uma mensagem sobre a legitimidade de sua atuação funcional. Mas a comunidade à qual essa mensagem é destinada também tem suas peculiaridades. Não é uma comunidade pacífica e não é composta por pessoas especialmente dispostas a interpretar de boa-fé a argumentação jurídica. É, ao contrário, uma comunidade marcada pelo conflito de visões de mundo, pelos desacordos morais e pela formação de grupos polarizados. A comunicação em um ambiente com essas características é problemática. E esse é o desafio que o juiz contemporâneo enfrenta.

Estou alegando que o dilema judicial faz parte das “circunstâncias judiciais”, porque ele envolve desafios que se fixaram na sociedade. Não há perspectivas de curto prazo para a diminuição dos conflitos morais na sociedade, e nem para a diminuição da frequência dos casos difíceis. Essa é a situação, e é necessário encará-la de frente.

Resumindo, *o juiz se defronta com o dilema judicial quando tem que decidir um caso que ao mesmo tempo é de difícil solução jurídica (as vias tradicionais de aplicação das normas do direito se esgotaram) e gera conflitos morais na comunidade. (as pessoas têm*

*fortes reações morais aos temas do caso e há grupos sociais polarizados em frequente conflito*). A situação de dilema judicial será o principal foco de nossa tese. O objetivo é investigar as principais soluções propostas esse dilema por teóricos do direito, e se as soluções realmente funcionam quando submetidas a uma análise crítica.

## **1.2. A solução para o dilema**

Na seção anterior, tentei enquadrar e contextualizar o problema que será o ponto de partida das investigações da tese. A ideia foi colocar em termos claros, e na medida do possível, o que se entende por dilema judicial. A preocupação com esse dilema não é fenômeno novo, aqueles que acompanham as discussões de Teoria e Filosofia do Direito, ou discussões sobre a atuação judicial em geral, provavelmente estarão familiarizados com eles (se bem que acredito que a questão dos conflitos morais ainda é subestimada nas discussões teóricas; voltarei a isso no capítulo 2). Há algum tempo os pesquisadores dessa linha já pensam sobre esses problemas e propõem soluções para eles. De fato, acredito que há uma linha de resposta contemporânea popular entre juristas e filósofos do direito, que pode ser formulada mais ou menos assim: a solução do dilema judicial passa pelo emprego, pelos juízes, na sua atividade de decisão e fundamentação, dos princípios, dos valores e do raciocínio moral que sejam adequados para justificar e resolver o caso complicado. Os valores e princípios morais são os melhores (talvez os únicos) recursos em que o juiz poderá encontrar razões que poderão ajudá-lo a superar o dilema em que se encontra.

Segundo os autores que propõem tal solução, o uso do discurso moral, além de garantir a legitimidade judicial, também explicita os critérios argumentativos para a melhor solução dos casos difíceis. O exercício de reconstrução racional dos princípios e das práticas da comunidade possibilitará a *correção* da decisão judicial. Considera-se que os princípios morais encontrados, ou reconstruídos, pelo juiz em sua argumentação têm forte força normativa (então servem como *razões*) e podem ser compartilhados por toda a comunidade e, de fato, muitas vezes são fundamentais para a comunidade (então podem gerar *consenso*). Pode-se definir, para fins da pesquisa, o uso do *discurso moral* na decisão judicial como o uso de conceitos valorativos que têm forte força normativa para a comunidade, normalmente princípios, para justificar a decisão judicial. Exemplos de princípios são as ideias de dignidade da pessoa humana, de igual respeito e consideração pelas pessoas, de respeito às liberdades básicas, entre outras.

Nessa perspectiva, a solução é *normativa*, do começo ao fim. O discurso moral resolveria o desafio da indeterminação das regras jurídicas porque disponibilizaria ao juiz o

acesso a princípios e linhas argumentativas que ele poderá usar para dar uma decisão bem fundamentada. Por outro lado, resolveria o desafio do conflito moral na comunidade porque permitiria que ele encontrasse um ponto comum de moralidade “profunda” entre os envolvidos no conflito, em que eventualmente os grupos em conflito poderiam vir a convergir. O processo pode não ser fácil ou até vir a ser uma aposta para o longo prazo. De qualquer forma, há um caminho para lidar com o desafio.

Resumindo, uma influente corrente jurídica contemporânea afirma que o uso do discurso moral é a solução para o dilema dos juízes nos casos difíceis. Tal corrente é representada por autores conhecidos de Teoria do Direito e juristas em geral, por juízes influentes na construção de precedentes e até por advogados ou outros profissionais da área.

Quão influente é essa corrente? Esse é um ponto de difícil discussão. No direito, há uma noção geral de que há uma corrente, denominada de pós-positivismo, ou neoconstitucionalismo (as nomenclaturas parecem sempre inadequadas, costuma-se admitir), que se contrapõe, por um lado, ao positivismo e, por outro, ao jusnaturalismo. Com as colocações feitas acima, é possível perceber que estou me referindo a algo mais ou menos parecido com essa terceira via. Que nas últimas décadas realmente há uma movimentação nova nas discussões jurídicas mais ou menos nesse sentido, é difícil negar, mas também devemos admitir que a caracterização dessa corrente contém mal-entendidos e confusões. Escolherei o termo (também não completamente satisfatório, seguindo a tradição) de “teorias principiológicas” para me referir aos autores e teorias que propõem essa solução ao dilema judicial. Com o decorrer da discussão, pretendo caracterizar adequadamente as bases normativas dessas correntes.

Os dois autores que talvez possam ser considerados símbolos dessa corrente, e são enormemente influentes no Brasil (inclusive nas cortes) são Ronald Dworkin e Robert Alexy. Talvez o que os torne facilmente identificáveis é a proposta, que ambos subscrevem, se bem que por caminhos diferentes, da separação entre regras e princípios como normas jurídicas e elementos da prática jurídica. Também é conhecida a oposição deles ao positivismo jurídico: os debates entre Hart e Dworkin, exatamente sobre a viabilidade teórica do positivismo, deixaram uma forte marca na Teoria do Direito na segunda metade do século XX (cf. SHAPIRO, 2017; LEITER, 2003).

Dworkin, em oposição a Hart e aos positivistas, alega que os princípios são indispensáveis na solução dos “*hard cases*”, que os recursos jurídicos, nessas situações,

nunca se esgotam propriamente, porque há sempre uma rede de valores à disposição do juiz<sup>9</sup>. Alega, por consequência, que a noção de discricionariedade forte (de que quando as regras se esgotam os juízes devem decidir de acordo com sua vontade) é inadequada. As regras podem se esgotar, mas não elas não são os únicos recursos jurídicos à disposição do juiz (DWORKIN, 2008; OLIVEIRA, CÔRTEZ, WYKROTA, 2018).

Os princípios, para Dworkin, têm função essencialmente argumentativa. Na atuação judicial, serão empregados precisamente no momento da fundamentação da decisão (DWORKIN, 1986). Em suas últimas obras, a confiança de Dworkin na interconexão entre direito e moralidade se consolidou em uma visão holística: “Para construir uma concepção do direito [...] temos de encontrar uma justificativa para essas práticas numa rede integrada maior de valores políticos”. E, ele continua: “Já nos livramos da antiga imagem que entende o direito e a moral como dois sistemas separados e busca então afirmar ou negar, em vão, possíveis interligações entre eles. Substituímo-la pela imagem de um só sistema: agora tratamos o direito como uma parte da moral política” (DWORKIN, 2014, pp. 61920).

Alexy articula os contatos entre direito e moralidade em vários momentos de sua obra. Três podem ser destacados: um primeiro, em que ele desenvolve uma teoria sobre o discurso jurídico, utilizando como base filosófica a teoria do discurso de Habermas (ALEXY, 2005); o segundo, em que ele desenvolve uma teoria sobre a aplicação dos princípios e direitos fundamentais no processo de decisão judicial (ALEXY, 2008); e o terceiro, em que ele desenvolve uma teoria do direito não positivista. Alexy inclui em sua definição do direito a afirmação “não-positivista” de que o conceito exclui injustiças extremas. Normas isoladas “extremamente injustas” não são normas válidas, a elas falta uma exigência da juridicidade. Quando assim identificadas, devem ser excluídas do sistema jurídico. Da mesma forma, se o sistema jurídico como um todo produzir injustiças extremas, ele perderá não apenas sua legitimidade, mas sua juridicidade. Assim, para Alexy: “os princípios, mesmo quando eles não podem ser identificados como princípios jurídicos de acordo com o critério de validade da Constituição, se tornam componentes do direito, assim como outros argumentos normativos” (ALEXY, 2002, p. 129)<sup>1011</sup>.

<sup>9</sup> Em obras posteriores, Dworkin qualifica a distinção entre casos “fáceis” e “difíceis”, alegando que não é possível saber a priori quando a situação será uma ou outra, e que não se trata de uma distinção absoluta (Cf. DWORKIN, 1986, pp. 351-4).

<sup>10</sup> Tradução livre de: “*principles, even when they cannot be identified as legal principles according to the validity criteria of the constitution, as well as other normative arguments justifying the decision become components of the law*”.

<sup>11</sup> O debate sobre esse tema é complexo, como seria de se esperar. Outros autores influentes defendem a conexão entre direito e moralidade por outros caminhos, como, em uma linha mais jusnaturalista, Finnis (1990), George

Abordarei novamente as teorias de Dworkin e Alexy no final do capítulo 3, no contexto de outra discussão, e em um momento, espero, em que já estejamos em um nível mais profundo de análise teórica. Por enquanto, a preocupação é com a influência das correntes principiológicas. Suas marcas podem ser vistas em praticamente todos os campos da atuação jurídica. Manuais jurídicos, que são a “base” da formação dos estudantes de direito no Brasil, fazem uso frequente do pensamento principiológico. Atualmente, praticamente todos começam com uma análise dos “princípios” de uma área do direito, normalmente envolvendo temas valorativos e constitucionais. Isso talvez seja mais evidente nos manuais de Direito Constitucional<sup>12</sup>.

O mesmo padrão existe na prática judicial no Brasil. Muitos juízes brasileiros têm afinidades teóricas com as correntes principiológicas, e utilizam os conceitos e o método desses autores na decisão judicial. É comum, inclusive em decisões de cortes superiores, encontrarmos termos como “leitura moral”, “princípios morais”, “teorias de justiça”, e Dworkin e Alexy estão entre os autores mais citados em decisões judiciais no Brasil (OLIVEIRA, CÔRTEZ, WYKROTA, 2018). No STF, essa forma de argumentar foi usada nos votos dos Ministros em diversos casos emblemáticos, como o caso Ellwanger (HC 82424/RS), o já citado caso da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (ADPF 54), o caso da união estável entre casais homoafetivos (ADI 4277 e ADPF 132), o caso da equiparação da homo e transfobia ao crime de racismo (ADO 26 e MI 4733), entre muitos outros. Ministros do STF como Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski<sup>13</sup> e Luiz Fux costumam adotar a linha de argumentação principiológica em decisões judiciais e em escritos acadêmicos não judiciais (BARROSO, 2017; MENDES, 2004; RECONDO, WEBER, 2019).

Em resumo, essa corrente (e forma de pensar) parece ser influente na prática jurídica contemporânea, a ponto de poder ter se tornado algo como uma “linguagem padrão” em alguns ambientes de atividade jurídica ou acadêmica. Esse *éthos* da nossa cultura jurídica em

---

(1999), Weinrib (2012), Greenberg (2013) e Moore (FERZAN, MORSE, 2016); na linha positivista inclusiva: Hart (2009) (COLEMAN, 2001), Waluchow (1994) e Coleman (2001); além de outros autores, como MacCormick (2006), Hurd (1999), Brink (1985), Simmonds (2007) e Rodriguez-Blanco (2012), para ficar em alguns exemplos. O foco desta tese é na análise de uma perspectiva, se bem que influente, da questão da conexão entre discurso jurídico e discurso moral. Não farei um grande esforço de adicionar ou excluir autores específicos. Meu objetivo é apenas apresentar uma questão que está em discussão e uma solução que é dada para ela, reconhecendo que ela é influente e amplamente discutida no direito.

<sup>12</sup> Exemplos são os seguintes manuais, que fazem essa ênfase mais principiológica: (MENDES e BRANCO, 2012); (LENZA, 2010); (FERNANDES; PEDRO, 2011); (BARROSO, 2012).

<sup>13</sup> Agora ex-ministro.

muitos casos não precisa ser articulado explicitamente, mas está de alguma forma lá, como premissa prática, e determina a atuação desses profissionais e sua visão sobre o direito.

Boa parte da discussão que se seguirá será devotada à análise da solução principiológica. Meu objetivo será, em primeiro lugar, entendê-la melhor e, em segundo lugar, saber se essa solução realmente funciona – se ela realmente é suficiente para superar o dilema judicial. Esses dois objetivos podem ser colocados como os objetivos centrais desta tese. Trata-se de uma discussão complexa. Argumentarei que, para entender corretamente a escala e o escopo das soluções principiológicas, será preciso abordá-las de uma perspectiva filosófica. Somente por tal abordagem poderemos compreender os problemas profundos de normatividade e justificação racional que foram percebidos pelos autores mencionados e em relação aos quais elaboraram suas teorias como resposta. No final das contas, creio que essas teorias, antes de serem jurídicas, são filosóficas (se for necessário fazer uma separação estanque, o que é duvidoso), no sentido de que carregam uma série de pressupostos filosóficos sobre natureza humana, sobre a forma como reagimos a razões, sobre o que são valores e como eles podem direcionar a conduta humana, sobre a objetividade da moral e a influência que os valores morais podem ter na comunidade, entre outras coisas. O capítulo 3 será direcionado a esse esforço de compreensão.

Passada a tentativa de compreensão, vem a tentativa de avaliação. O capítulo 4 será dedicado à discussão crítica dessas correntes. É claro que algo como uma avaliação abrangente de uma corrente tão rica e complexa como a que está sendo abordada é impossível. A discussão do capítulo 4 será condicionada pelos rumos traçados na discussão do capítulo 3. Continuará a ser uma discussão filosófica, mas mais em um sentido crítico do que em um sentido explicativo.

Mas antes de ingressarmos nessas discussões, ainda é necessário entender melhor nossa situação. Muito do percurso da tese depende de como compreendemos o cenário de conflito moral e polarização em nossa sociedade. Acredito que poucos contestarão o fato de que o conflito existe e de que estamos em um cenário de desacordos e polarização. Ainda assim, pode haver discussões interessantes sobre a profundidade, duração e abrangência desse conflito. Argumentarei que é importante que os defensores das teorias principiológicas proponham soluções normativas que nos ajudem a lidar com os conflitos morais da sociedade. É preciso que o discurso moral crie possibilidades de convergência entre as pessoas, mesmo que de longo prazo e não definitiva.

Assim, antes de analisar as propostas para convergência, precisamos ter um diagnóstico mais claro sobre a situação de conflito moral atual, sobre suas causas e, se possível, sobre os prognósticos de sua duração e abrangência. Tratarei desse tema no próximo capítulo (capítulo 2). Pretendo que ele cumpra uma função mais “sociológica” e “psicológica”. É certo que essas pretensões, no caso desta tese, só podem ser minimamente concretizáveis com o aproveitamento de dados e teorias de outros autores, que investigam esses temas de forma mais profunda do que é possível fazer no âmbito desta pesquisa. Mesmo assim, acredito que as explicações sobre as questões de conflitos e desacordos morais disponíveis em áreas como a sociologia, a psicologia e a ciência política podem ser muito esclarecedoras.

## 2 AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Iniciamos o capítulo anterior discutindo a função social da instituição que é o Poder Judiciário. Voltando a visualizar sua atuação de uma perspectiva mais ampla, talvez seja possível pensar nas “circunstâncias judiciais”, em um sentido similar ao que David Hume usou quando tratou das “circunstâncias da justiça” (no sentido de virtude pessoal ou social)<sup>14</sup>.

Para Hume, a *necessidade* de justiça surge quando há uma conjunção de circunstâncias sociais e psicológicas, notadamente duas: escassez moderada de recursos e altruísmo limitado dos indivíduos. Essas duas circunstâncias colocam a sociedade em uma posição intermediária, entre dois extremos. Se, por um lado, houvesse uma sociedade em que os recursos fossem abundantes, não haveria a necessidade de controle sobre a divisão de recursos e, portanto, de justiça; o mesmo aconteceria se os indivíduos fossem completamente altruístas, colocando o interesse da coletividade sempre à frente do interesse próprio. Como diz Hume: “[S]e todo homem tivesse uma afetuosa consideração pelos demais, ou se a natureza satisfizesse abundantemente todas as nossas necessidades e desejos, os conflitos de interesse, que a justiça pressupõe, não poderiam mais ocorrer”. Com ajustes nas predisposições psicológicas das pessoas ou em suas condições sociais, as demandas institucionais se tornam completamente diferentes: “Aumentai até um grau suficiente a benevolência dos homens ou a generosidade da natureza, e tornareis a justiça inútil, preenchendo seu lugar com virtudes muito mais nobres e bênçãos mais valiosas” (HUME, 2009, p. 535)<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Rawls, futuramente, aproveitou a conceituação de Hume de forma notável (RAWLS, 2008; 2011).

<sup>15</sup> Da mesma forma, se as sociedades fossem completamente miseráveis ou se seres humanos fossem seres absolutamente egoístas, as possibilidades de justiça também estariam aniquiladas: “[V]amos inverter as suposições anteriores e, levando tudo para o extremo oposto, considerar qual seria o efeito dessas novas situações. Suponha-se que uma sociedade tombe em uma carência tão grande de todas as coisas comumente necessárias para se viver a ponto de o máximo esforço e frugalidade não serem capazes de impedir a morte da maioria das pessoas e a extrema miséria de todas elas. Numa tal emergência, creio que se admitira prontamente que as leis estritas da justiça estarão suspensas, em favor dos motivos mais fortes da necessidade e da autopreservação. [...] Suponha-se, analogamente, que a sina de um homem virtuoso levou-o a cair em meio a uma sociedade de bandidos, distante da proteção da lei e do governo – que comportamento deveria ele adotar nessa triste situação? Por toda parte ele vê uma voracidade desesperada, um descaso pela equidade, um desprezo pela ordem, uma cegueira estúpida ante as consequências futuras, e tudo isso em um tal grau que deve levar prontamente ao mais trágico desfecho, culminando com a destruição da maioria e a completa dissolução da sociedade dos demais. Durante esse tempo, ele não tem outro recurso senão armar-se, seja a quem for que pertença a espada ou o escudo que toma, e prover-se de todos os meios para sua defesa e segurança. E, já que sua consideração pessoal pela justiça não tem mais utilidade para sua segurança ou a dos demais, ele deve seguir exclusivamente os ditames da autopreservação, sem preocupar-se com aqueles que não mais merecem seu cuidado e atenção” (HUME, 2004, p. 245-6).

Filósofos pensaram em outras circunstâncias, análogas. Rawls (2008) propõe a noção similar de “circunstâncias da política”<sup>16</sup>. As circunstâncias da política são a conjugação, em primeiro lugar, da existência de desacordos da comunidade e, em segundo lugar, da necessidade de a comunidade tomar uma decisão de forma conjunta (MASON, 2010). Waldron (1999) nota que as circunstâncias da política surgem como um par, assim como as circunstâncias da justiça, que surgem do par da escassez moderada e do altruísmo limitado. O par que Waldron enumera para as circunstâncias da política é, por um lado, o da existência de desacordos políticos e morais na sociedade, e por outro, a necessidade de um curso comum de ação coordenada (LATHAM-GAMBI, 2021). Os “desacordos não importariam se não houvesse a necessidade de um curso de ação concertado; e a necessidade de um curso de ação comum não daria origem à política como a conhecemos se não existisse o mínimo de potencial desacordo sobre quais deveriam ser os cursos de ação”, diz ele (WALDRON, 1999, p. 102-3)<sup>17</sup>. Mais uma vez, há uma mistura de condições e necessidades sociais (conflitos sociais; necessidade curso de ação coordenado na comunidade) e predisposições psicológicas das pessoas (visões de mundo conflitantes sobre política e moralidade) que condicionam a forma de nossas instituições – nesse caso, as instituições políticas.

O exercício de abstração é interessante porque auxilia o teórico a ter mais clareza acerca do cenário sobre o qual está teorizando. Ele deve postular essas circunstâncias básicas para encontrar um ponto de partida mais concreto, e ter clareza sobre as limitações e condicionantes do ambiente e sobre as pessoas dos quais está tratando. Falar sobre as circunstâncias de um fenômeno social (como a justiça e a política), nessa estrutura mais abstrata, é como preparar o terreno para a teoria substancial que virá depois.

Neste capítulo, pretendo aproveitar esse modelo abstrato e falar um pouco mais sobre as “circunstâncias judiciais” atuais. Pode-se dizer que no capítulo 1 já foi feito um breve panorama sobre essas circunstâncias, quando foi abordado o tema das funções judiciais em um sistema estatal<sup>18</sup>. Mas pretendo aqui adotar outra perspectiva, uma que seja direcionada aos fatores que compõem o chamado “dilema judicial”, que apresentamos no capítulo anterior. As “circunstâncias” da atuação judicial que pretendo examinar neste capítulo são os fatores que influenciam indiretamente a atuação judicial. Antes de falar sobre a argumentação

<sup>16</sup> “Que, a seu turno foi aproveitada futuramente, também de forma notável, por Waldron (2009).

<sup>17</sup> Tradução livre de: “*Like scarcity and limited altruism in the case of justice, the circumstances of politics come as a pair. Disagreement would not matter if there did not need to be a concerted course of action; and the need for a common course of action would not give rise to politics as we know it if there was not at least the potential for disagreement about what the concerted course of action should be.*”.

<sup>18</sup> Cf. Seção 1.1, acima.

judicial, propriamente, ou sobre o raciocínio do juiz, ou sobre as inclinações do tomador de decisão, é interessante falar sobre o ambiente em que essa decisão é tomada, as coisas que circundam a decisão (*circumstare*: “estar por perto”): o ambiente social em que o juiz está atuando, a avaliação da população sobre o Judiciário, as predisposições de reação das pessoas que são impactadas ou têm interesse nas decisões judiciais.

A investigação pode ser posta também desta forma: quando o juiz se depara com o dilema judicial e precisa oferecer uma solução razoável (ou justificável), ela é razoável para quem? É claro que essa pergunta é altamente contextual. A resposta será diferente a depender do lugar e da época. Por outro lado, pretendo mostrar abaixo que vários países que adotaram a estrutura institucional mais ampla em que o Poder Judiciário atua (aquela descrita no capítulo 1) estão se deparando com desafios notavelmente parecidos, que parecem oriundos de condições sociais análogas e reações humanas semelhantes. Acredito que é possível extrair algumas conclusões razoavelmente gerais sobre as “circunstâncias judiciais”, nesse cenário. Suspeito, também, em consonância com outros autores (WALDRON, 1999; POSNER, 2003, 2012), que talvez haja um déficit, entre os proponentes das soluções principiológicas ao dilema judicial, na consideração dessas circunstâncias. Mas precisamos apresentá-las primeiro antes de tirar conclusões sobre elas.

Vimos que os autores que falam sobre as “circunstâncias” de um fenômeno social focam em dois elementos condicionantes: o contexto social e as predisposições psicológicas das pessoas que integram a sociedade. Seguirei essa estrutura neste capítulo, dividindo-o em duas seções.

Na primeira seção, tratarei das circunstâncias sociais que podem afetar a atuação do juiz. Em especial, argumentarei que há claras evidências, inclusive empíricas, de que estamos em um cenário de profundo desacordo moral, no Brasil e em outros países. A polarização política e ideológica que está acontecendo no Brasil só pode ser entendida tendo em vista os temas morais que motivam as atitudes agressivas dos membros de cada grupo. O discurso moral está essencialmente vinculado ao cenário de conflito moral deflagrado em nossa comunidade. E o conflito normalmente é extravasado nas disputas político-eleitorais atuais. Claramente os atores políticos envolvidos encampam retóricas moralizadas para responder aos anseios de suas bases eleitorais e ganhar apoio. Falarei um pouco sobre a sensação (anedótica) de que esse conflito social está se intensificando e sobre a noção de guerra cultural, que estaria alimentando nossa política. Depois, sobre as evidências empíricas da polarização e da intensidade dos desacordos políticos no Brasil. Por fim, tentarei mostrar

como as questões morais e políticas da esfera pública também estão se refletindo sobre o Poder Judiciário brasileiro.

Na segunda seção, falarei sobre as predisposições psicológicas das pessoas de nossa sociedade. Argumentarei que o pressuposto comum de que as pessoas estruturam suas opiniões de forma informacional, isto é, que as pessoas sempre buscam as melhores informações e evidências para ampará-las, está em descompasso com as evidências na literatura de psicologia moral e social. Especialmente quando as questões envolvem valores, as pessoas têm outras motivações para o raciocínio, muitas vezes até inconscientes: proteção de suas identidades, manutenção de seu status, conexão com outras pessoas do grupo.

Ao final, buscarei fazer uma síntese das conclusões do capítulo sobre as circunstâncias judiciais e sobre como elas condicionam a atuação judicial atualmente; discutirei também quão bem preparadas estão as teorias principiológicas para lidar com elas.

### **2.1. Circunstâncias sociais: polarização e desacordos**

Com os acontecimentos públicos recentes no Brasil, a crença de que o país chegou a uma nova escala de intensidade nos conflitos morais, nos desacordos e na polarização política parece ter se tornado senso comum. Há uma sensação, advinda de experiências mais anedóticas e compartilhada entre participantes da esfera pública, como jornalistas, analistas políticos e acadêmicos, de que a situação atual de conflito é diferente, mais grave do que o normal (PAIXÃO, 2023; ROMANO, 2022;). As pessoas estariam se distanciando umas das outras, o diálogo civilizado e a tolerância, a argumentação construtiva, estariam se tornando escassos. Por outro lado, a intolerância, a retórica exacerbada e a indisponibilidade para o diálogo estariam se tornando mais comuns (PRAZERES, 2022).

Uma sensação desse tipo parece ser corroborada quando observamos os eventos político-eleitorais do país. A política brasileira estaria estimulando os conflitos morais, alimentando-os e sendo alimentada por eles. Em tempos recentes, com a ascensão de Bolsonaro (ou candidatos apoiados por Bolsonaro) na política e sua contraposição com Lula (ou candidatos apoiados por Lula), as questões que envolvem conflitos morais – a chamada guerra cultural, ou pauta de costumes, etc. – teriam ganhado uma influência política sem precedentes. Seria também inédita a clareza com a qual esses atores políticos teriam aglutinado as questões morais em torno de si. Apesar de poder haver algumas sutilezas, são

muito claras as pautas morais que o “bolsonarismo”<sup>19</sup> ou o “lulismo” (ou petismo)<sup>20</sup> manifestam.

Talvez seja possível, no entanto, apoiar tal entendimento em elementos mais concretos de evidência, dados empíricos sistemáticos que corroborem essa percepção. O processo que gera preocupação pode ser relacionado ao de “polarização social”, estudado por cientistas sociais (especialmente sociólogos e cientistas políticos). Podemos definir polarização como o processo de conflito moral que cria dois grupos de opiniões rivais marcadamente definidos (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022). É uma tendência também que a polarização crie um processo de distanciamento nas opiniões desses grupos, ou seja, ela pode ser vista de maneira estática (dois grandes grupos sociais em conflito) ou dinâmica (os grupos se distanciam um do outro progressivamente).

A percepção de polarização parece ter se disseminado entre brasileiros. Um relatório de pesquisa de opinião do Edelman Trust Barometer, realizada com mais de 32 mil pessoas no mundo todo, concluiu que o Brasil “está a poucos passos de uma severa polarização — um estado em que cidadãos veem profundas divisões e não acham que é possível superá-las”. De forma correspondente, os brasileiros estariam pessimistas com os prognósticos futuros de coesão social. Na resposta ao questionário, 80% dos brasileiros concordam que “nunca antes foi vista tamanha falta de civilidade e respeito mútuo como no cenário observado atualmente. A média global [dos que concordam] é de 65%” (PAIXÃO, 2023).

Para aferir a percepção de polarização, a pesquisa colocou duas questões aos participantes: (1) se eles sentem que o país está muito ou extremamente dividido (divisão); (2) se eles sentem que essa divisão pode ser superada (entrincheiramento). O Brasil pontua alto nas duas respostas, se juntando a outros oito países que “estão em risco de polarização severa”: Coreia do Sul, México, França, Reino Unido, Japão, Holanda, Alemanha e Itália. A

---

<sup>19</sup> Trata-se de um posicionamento conservador, localizado à extrema direita do espectro político, com defesa das seguintes opiniões: oposição ao aborto, oposição às pautas de sexualidade e gênero, defesa da liberação das armas, oposição a pautas ambientais, retórica de combate à corrupção, retórica de patriotismo, associação à religiosidade (e ênfase na “ameaça” que grupos políticos opostos trariam a ela), valorização dos militares (inclusive historicamente, com leituras revisionistas do golpe militar de 1964 e dos impactos da ditadura no Brasil), valorização da família “tradicional”; mais recentemente, oposição à obrigatoriedade da vacinação, do distanciamento social e do uso de máscaras, no contexto da pandemia; etc.

<sup>20</sup> Uma posição política à esquerda, ou progressista, marcada pelas seguintes opiniões: defesa dos direitos das mulheres e dos grupos LGBTQIA+, ênfase no combate a questões sistêmicas de desigualdade, como a pobreza e racismo, responsabilidade ambiental, especialmente no combate ao desmatamento da Amazônia, oposição às armas, valorização e defesa dos direitos humanos, especialmente em questões penais e de cumprimento de pena ou da atuação da polícia; mais recentemente, defesa das vacinas, do uso de máscaras e do distanciamento social, no contexto da pandemia; etc.

pesquisa considera que seis países já “atingiram esse estágio”: Argentina, Colômbia, EUA, África do Sul, Espanha e Suécia (EDELMAN, 2023, p. 16).

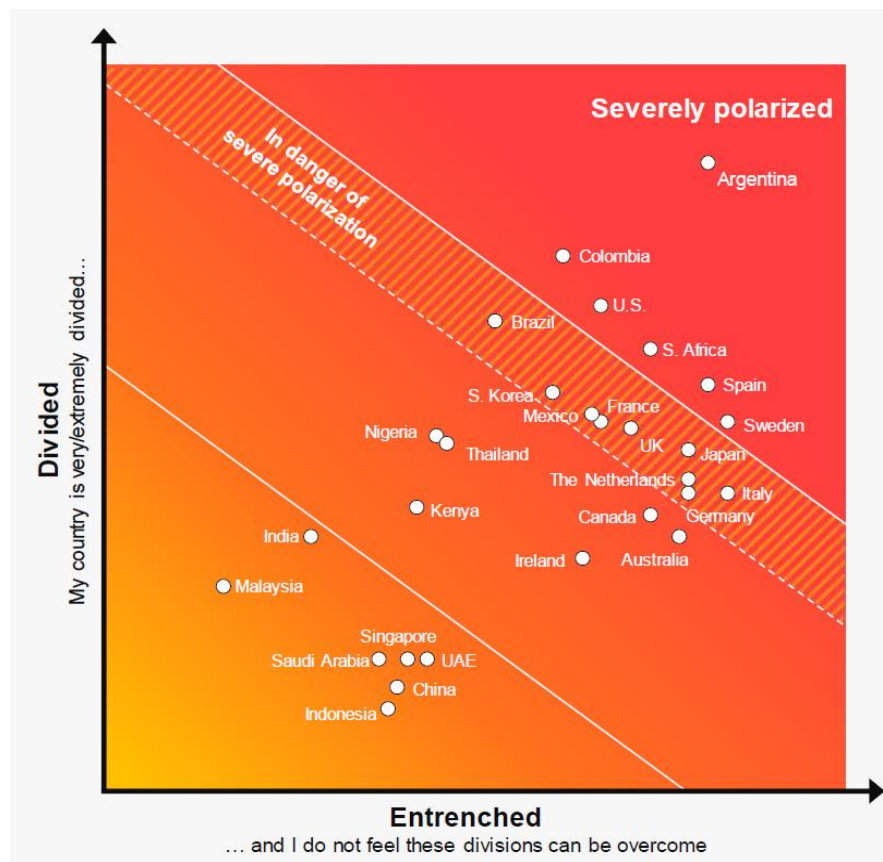


Figura 1. Percepção de polarização em países do mundo. Fonte: Edelman Trust Barometer (2023).

Nos EUA, a temática da polarização é estudada de forma sistemática há algum tempo por cientistas políticos e outros pesquisadores. Há muitas evidências de que há um processo de polarização acontecendo no país desde pelo menos o final dos anos 1960 (HARTMAN, 2016). Por exemplo, nesse período, no país, a porcentagem de pessoas que se declaram ou como liberais ou como conservadoras “aumentou consistentemente”, enquanto a proporção das pessoas que se declaram como ideologicamente moderadas diminuiu (TOSI, WARMKE, 2020, p. 19). A atuação política dos dois principais partidos do país polarizou: “as políticas dos democratas moveram-se para a esquerda e as republicanas para a direita do votante médio”. Além disso, as “atitudes negativas tanto de democratas quanto de republicanos ao outro partido aumentaram dramaticamente [...], mais de 40 por cento das pessoas de cada partido agora considera o outro lado como absolutamente mau”. Mais do que isso, 20 por cento dos democratas e 16 por cento dos republicanos alegam que “estariamos melhores como país se muitos membros do partido rival ‘simplesmente morressem””, e 18 por cento

dos democratas e 14 por cento dos republicanos disseram “sentir que a violência seria justificada se o outro lado ganhasse a eleição presidencial” (TOSI, WARMKE, 2020, p. 69)<sup>21</sup>.

No Brasil, os estudos sobre polarização são mais recentes (FUKS, MARQUES, 2023). De fato, na escala que está tomando, há razões para crer que o fenômeno de polarização é mais recente no Brasil. Comparações entre países são valiosas, especialmente com os EUA, que fornecem um cenário político interessante e muitos dados para o estudioso brasileiro interessado no tema. Como alegam Fuks e Marques, no entanto, é importante perceber que “a polarização política brasileira segue um padrão próprio e só é mensurável de forma adequada quando adicionamos às medidas convencionais, centradas nos partidos e nos partidários, as lideranças políticas e os eleitores em geral”. Como mencionado acima, a polarização americana é um fenômeno que parece ter décadas de duração. No Brasil, no entanto, a polarização política é recente. Uma diferença de configuração é que no Brasil ela foi impulsionada por grupos específicos da direita política, por isso ocorre no país uma “polarização assimétrica”: “o antagonismo entre grupos políticos no Brasil é assimétrico, acompanhando a recente reorganização da direita e, desde 2006, a moderação do principal partido de esquerda do país”. Além disso, “as lideranças políticas são referências mais claras do que os partidos no caso brasileiro, como se esperaria em um sistema partidário fragmentado, instável e com uma frágil base social”. É por isso que o bolsonarismo, ligado a um nome, uma figura política, parece ser impulsionador maior de polarização do que qualquer movimento partidário (inclusive o petismo) (FUKS, MARQUES, 2023, p. 579).

Mesmo com essas diferenças e a relativa escassez de dados, já há valiosos esforços de análise por parte de alguns autores brasileiros, especialmente na ciência política. Ortellado, Ribeiro e Zeine (2022) utilizam as bases de dados e as séries históricas dos tradicionais questionários internacionais *World Values Survey (WVS)*, que vão de 1991 a 2018, e *Latin*

---

<sup>21</sup> Tradução livre de: “Over the course of the last seventy years, the percentage of people claiming to be either liberal or conservative has consistently risen, while the percentage of people claiming to be ideologically moderate has consistently declined. Political polarization clears out the middle of the political spectrum, just like the balls were cleared from the middle of the room. Furthermore, the policies of the two major political parties have polarized. Democratic policies have moved to the left and Republican policies have moved to the right of the median voter. Polarization has also affected how we feel about and treat one another. So-called affective polarization refers to the increasing antipathy to those on the “other side.” Both Republicans’ and Democrats’ negative attitudes toward the other party have dramatically increased.<sup>5</sup> According to one recent study, over 40 percent of people from each party now regard the other side as “downright evil.”<sup>6</sup> The same study found that 20 percent of Democrats and 16 percent of Republicans report thinking that “we’d be better off as a country” if many members of the opposing party “just died.” Perhaps most worryingly, 18 percent of Democrats and 14 percent of Republicans reported feeling that violence would be justified if the other side wins the 2020 presidential election”.

*American Public Opinion Project (Lapop)*, que vão de 2006 a 2018, para extrair algumas conclusões sobre essas questões.

Eles dividem a análise em tópicos: (i) a polarização das opiniões sobre temas políticos; (ii) a polarização das identidades políticas; (iii) o alinhamento entre identidades e opiniões sobre temas políticos; (iv) a polarização afetiva. A seguir, falarei um pouco sobre cada um desses tópicos, porque eles parecem ser a melhor forma de entender e organizar teoricamente nossa situação de conflito moral e polarização.

(i) *Polarização das opiniões sobre temas políticos*. Envolve as opiniões que as pessoas têm sobre questões políticas relevantes, como temas moralmente controversos (aborto, casamento gay, posse de armas, corrupção) ou temas socioeconômicos relevantes (redistribuição econômica, interferência estatal, meritocracia). O objetivo é observar se há padrões da resposta das pessoas a essas questões. Se dois grandes grupos de pessoas tendem a ter opiniões opostas sobre as mesmas questões morais, então se está diante do processo de polarização de opiniões<sup>22</sup>. Ortellado, Ribeiro e Zeine (2022) alegam que há tendências observáveis de polarização das opiniões políticas no Brasil, especialmente em temas moralizados, como corrupção, autonomia sexual e reprodutiva, suicídio e eutanásia e direitos da população LGBT: “[N]o Brasil, assim como nos Estados Unidos, há alguma polarização das opiniões, e essa polarização se concentra nas questões sobre temas morais como divórcio

---

<sup>22</sup> É interessante a divisão entre questões socioeconômicas e questões morais, porque, por exemplo, nos EUA, vem se notando que as questões morais têm sido o principal fator de polarização, sobrepujando questões ligadas a crescimento econômico, impostos, etc. Até meados dos anos 1990, era opinião consolidada entre analistas políticos que a situação da economia americana era o fator determinante para o desempenho eleitoral e para a aprovação pública de um Presidente, como ficou marcado na famosa frase “é a economia, estúpido!” usada na campanha de Bill Clinton. A ideia era que focar a campanha na economia seria a forma mais eficaz de derrotar o candidato à reeleição, H.W. Bush. Clinton teve sucesso e foi eleito. De lá para cá, no entanto, vem se notando que o cenário mudou: (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 73).

Agora, um bom desempenho na economia para esses Presidentes não necessariamente reflete positivamente na sua popularidade ou nas suas chances de eleição. O tema que tem mais impacto é o tema moral – isto é, os que envolvem as “guerras culturais”. Nos EUA, especialmente os temas que envolvem aborto, imigração e armamentos. Foi nessa dinâmica que seguiu o governo Trump, por exemplo. Assim, o eleitorado está mais engajado com as pautas morais, e respondendo menos aos temas socioeconômicos, que foram relegados ao segundo plano. De fato, o discurso de Trump para as eleições de 2016 foi peculiar em relação ao aspecto socioeconômico. Por exemplo, ele chegou a defender o corte de impostos para a classe média americana e o aumento de impostos para os mais ricos, algo que não segue a pauta tradicional do Partido Republicano e dos doadores do partido. Depois que Trump foi eleito, no entanto, ele rapidamente se conformou à pauta tradicional do partido, aprovando legislação que cortava os impostos dos mais ricos, entre outras medidas. Analistas políticos notaram que o eleitorado de massa do Partido Republicano estava receptivo a essa pauta socioeconômica heterodoxa, e que talvez Trump tenha perdido uma chance de aumentar sua aprovação bipartidária ao se render às pressões do establishment do partido. Mas está claro agora que, para Trump, a pauta econômica não importou muito, porque o que tinha centralidade na sua atuação política eram as questões morais, especialmente as ligadas à migração, como a construção do muro na fronteira com o México (SIDES, TAUSANOVITCH, VAVRECK, 2022). O mesmo processo parece ocorrer no Brasil. A polarização de opiniões é observável em temas morais, mas não tanto em temas socioeconômicos (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 64; 72-3).

e direitos da população LGBT”. Essa polarização ainda não teria a mesma escala que a americana, mas “a questão é que, quando ocorre essa polarização, ela é sobre temas morais” (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 64).

(ii) *Polarização das identidades políticas.* As pessoas podem divergir sobre *opiniões* políticas ou nas suas *identidades* políticas. A primeira envolve *juízos* sobre temas morais e políticos substanciais (como a permissibilidade ou não do aborto), a segunda tem a ver com a *filiação* das pessoas a grupos ou sistemas de ideias. De fato, a identidade política pode ser dividida em dois tipos: a identidade partidária e a identidade ideológica. No Brasil, que adota sistema multipartidário, a observação das tendências de identidade partidária é mais difícil. A única clara identidade partidária reconhecível e estável nos últimos anos parece ser a do petismo<sup>23</sup>. Por isso, no Brasil, a tendência é que se façam análises de identidades ideológicas, usando o espectro direita-esquerda<sup>24</sup>. E, de fato, parece haver uma tendência de aumento, nos últimos anos, da polarização das identidades de esquerda e direita no Brasil: “a polarização da identidade como esquerda e direita no Brasil aumenta nos anos 2010 depois de uma redução no período 1990-2010” (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 64). Uma observação é necessária: os dados que os pesquisadores estão usando para a análise vão apenas até 2018, antes, portanto, da eleição de Bolsonaro, do período de todo o seu mandato, da derrota para Lula em 2022 e do atual mandato de Lula, na data da escrita desta tese, em 2023. É preciso esperar por pesquisas futuras, mas faz sentido prever que a tendência de aumento na polarização das identidades esquerda-direita terá acelerado nesse período, tendo em vista as novas e radicais formas em que ela moldou o debate público no período.

(iii) *Alinhamento entre opiniões políticas e identidades políticas.* A questão do alinhamento é a questão sobre a relação (correlação) entre os elementos apresentados anteriormente: as opiniões políticas e as identidades políticas. Ocorre alinhamento quando uma opinião é acompanhada de uma identidade, isto é, “quando pessoas com uma mesma identidade possuem opiniões similares e pessoas com identidades distintas possuem opiniões divergentes, ou seja, quando as opiniões sobre temas políticos se alinham com as identidades políticas, tipicamente de forma ideologicamente coerente” (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 79). Nos EUA, é patente a ocorrência de alinhamento. Por exemplo, se um

<sup>23</sup> Nos EUA, esse cenário é diferente, porque lá prevalece o modelo bipartidário, e os partidos Democrata e Republicano se entrincheiraram há muito tempo.

<sup>24</sup> Ainda assim, a análise é complicada, por vários motivos, mas vale destacar dois. Primeiro, o fato de que não é tão fácil identificar o que é propriamente uma posição de esquerda ou de direita no Brasil. Segundo, que a principal forma que se tem de acessar a identificação partidária é a autoidentificação dos respondentes dos questionários, mas há sempre dúvidas sobre a confiabilidade desse método (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 76).

americano é contra o aborto ou pró-armas ou contra a imigração, há uma chance alta de acerto da previsão de que ele é um conservador e apoiador do Partido Republicano<sup>2526</sup>. Esse processo está ocorrendo no Brasil? Parece haver um leve alinhamento entre temas *morais*: “não encontramos alinhamento entre as identidades esquerda e direita e as opiniões sobre temas socioeconômicos, mas encontramos alinhamento entre identidades e opiniões sobre temas morais.” (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 65). Vale, mais uma vez, a lembrança de que esses dados pré-datam 2018. Provavelmente o alinhamento entre opiniões políticas e identidades se intensificou no Brasil nos últimos anos.

(iv) *Polarização afetiva*. Talvez exista uma conexão entre o fato de uma sociedade estar polarizada nas opiniões ou nas identidades dos cidadãos e o fato de que há um conflito moral deflagrado na comunidade. Mas é preciso notar que essa conexão não é necessária. É possível imaginar uma sociedade em que dois grandes partidos se formem, que dividam de forma correspondente a população em dois polos de opiniões e identidades políticas, mas mesmo assim as pessoas de cada polo debatam com a do polo oposto de forma civilizada, discordando, mas ouvindo o outro lado e reconhecendo a legitimidade do oponente<sup>27</sup>. Por outro lado, é possível que uma sociedade não seja polarizada, mas mesmo assim o ambiente público seja extremamente tóxico, e que conflitos morais sejam deflagrados a todo o momento, algo como uma guerra de todos contra todos hobbesiana (BINMORE, 1994). Em *nossas* sociedades, de fato parece que a polarização política vem acompanhada de um aumento nos conflitos morais (na próxima seção, veremos que isso não é por acaso, que algo na psicologia humana nos motiva a preencher a formação de grupos com conflito e o conflito com a formação de grupos), mas talvez seja interessante dar um novo passo na análise do processo de polarização. As discussões sobre opiniões políticas, identidade política e alinhamento estão estabelecidas há algum tempo na literatura da ciência política, pelo menos desde o começo dos anos 1990 há estudos sobre o tema (HUNTER, 1991; DIMAGGIO et al, 1996; EVANS, 2003). Mas uma nova e interessante perspectiva vem se desenvolvendo,

---

<sup>25</sup> Se outra pessoa tem opiniões exatamente opostas a essas: pró-aborto, contra as armas e pró-imigração, teremos uma chance alta de acertar se prevermos que ela é liberal (progressista) que apoia o Partido Democrata.

<sup>26</sup> O processo de alinhamento é comumente chamado pelos cientistas políticos de *sorting*.

<sup>27</sup> Além disso, temas que são aceitos com facilidade e tidos como moderados hoje seriam vistos como altamente polarizantes ou extremos cinquenta anos atrás, como, por exemplo, o casamento entre pessoas do mesmo sexo ou a possibilidade de mulheres terem iguais direitos e oportunidades (como direito ao divórcio, que só foi reconhecido no Brasil em 1977). Por outro lado, outros temas eram recebidos com uma tolerância e uma aceitação “moderada” que, a nosso ver atualmente, são absurdos. Um exemplo é a doutrina de segregação racial nos EUA (ou “separados, mas iguais”) que vigorou até o meio do século XX e era vista como razoavelmente aceitável tanto por Democratas quanto por Republicanos (KLEIN, 2020). A noção de que uma posição moral é “extrema” ou de que é “moderada” é ela mesma dependente de valoração moral, ou seja, está longe de ser incontroversa ou automaticamente imparcial.

formada precisamente para detectar as *animosidades* que surgem com a polarização. Trata-se da perspectiva da *polarização afetiva*, proposta, sobretudo, pelo cientista político Shanto Iyengar (IYENGAR, 2012, 2015, 2019).

No contexto americano, a polarização afetiva é definida como “a tendência das pessoas que identificam como republicanas ou democratas a ver os oponentes partidários negativamente e os companheiros partidários positivamente”<sup>28</sup> (IYENGAR, 2015, p. 691). A oposição ao grupo político oposto acontece não em função de opiniões ou ideologias diferentes, mas dos *sentimentos* que um grupo tem pelo outro – sendo direto, um grupo *não gosta* do outro. A polarização afetiva é paralela à polarização de opiniões porque ela não precisa de *coerência* argumentativa para acontecer. Por exemplo, pode ser que em algumas situações um republicano até concorde com o conteúdo do que diz um democrata, mas mesmo assim se oponha à posição dele, simplesmente porque ele é um democrata. E vice-versa. Já há evidências de que a polarização afetiva foi um fator atuante na diferença de atitudes dos americanos sobre a pandemia da Covid-19 (DRUCKMAN et al, 2021).

O substrato da ideia de polarização afetiva é a perspectiva teórica da psicologia social sobre a relação dos indivíduos com os grupos com os quais se identificam, especialmente como eles veem aqueles de fora do grupo. Costuma-se chamar isso de oposição *in-group/out-group*. Os estudos sobre os efeitos do pertencimento ao grupo na psicologia social americana são clássicos. Já se constatou repetidas vezes, por exemplo, que diferenças arbitrárias ou insignificantes entre grupos podem ser tomadas pelos membros de cada grupo como referência para atitudes extremamente negativas frente aos grupos opostos<sup>29</sup>: “Indivíduos instintivamente pensam em si mesmos como representantes de categorias socioculturais e culturais mais amplas, ao invés de pacotes específicos de traços”. Por decorrência, Iyengar alega que uma série de consequências comportamentais pode ser observável dessa predisposição humana: “qualquer distinção *in-group/out-group*, mesmo aquela baseada nas características compartilhadas mais triviais, desencadeia sentimentos positivos para o *in-group* e avaliações negativas do *out-group*. Quanto mais saliente o grupo para o senso de identidade pessoal, mais fortes são essas divisões intergrupais”<sup>30</sup> (IYENGAR et al, 2019, p. 130).

---

<sup>28</sup> Tradução livre de: “*the tendency of people identifying as Republicans or Democrats to view opposing partisans negatively and copartisans positively*”.

<sup>29</sup> Cf. esp. TAJFEL, 1974, 1979, 1982, 2010. Mais sobre isso na próxima seção, abaixo.

<sup>30</sup> Tradução livre de: “*Homo sapiens is a social species; group affiliation is essential to our sense of self. Individuals instinctively think of themselves as representing broad socioeconomic and cultural categories rather*

Na perspectiva da polarização afetiva, a divisão entre Democratas e Republicanos nos EUA é vista como o grande fator de diferenciação de identidade de grupos atualmente, e ela é movida por mecanismos afetivos. Isso se estende a outras avaliações valorativas: “Além de polarizadas segundo as linhas partidárias, as avaliações de grupo também influenciam o conteúdo específico dos estereótipos do *out-group*”. Assim, os republicanos “veem os companheiros partidários como patriotas, bem-informados e altruístas”, mas veem os democratas “como tendo precisamente os traços opostos”<sup>31</sup> (IYENGAR et al, 2015, 691).

Outra característica da polarização afetiva é que ela parece ocorrer em um ritmo mais acelerado do que as outras, tradicionalmente estudadas (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 83). Isso pode fazer sentido, porque mobilizar a reatividade emocional das pessoas frente aos grupos políticos antagônicos parece ser mais simples do que modificar crenças pessoais (apesar disso também estar acontecendo). Sociólogos e pesquisadores da tecnologia notam que, em redes sociais, posts que causam emoções reativas, como a raiva ou a indignação, geram mais engajamento do que posts que causam emoções mais passivas, como a tristeza (ou a alegria) (BERGER, 2014)<sup>32</sup>.

No Brasil, o fenômeno da polarização afetiva também parece estar ocorrendo, se bem que não de forma tão claramente observável como o americano, especialmente, mais uma vez, quanto à divisão partidária:

Possivelmente, há no Brasil, como nos Estados Unidos, uma concentração da polarização afetiva entre uma certa elite política. Enquanto naquele país esse fenômeno é mais facilmente perceptível quando olhamos para subgrupos com identidades partidárias fortes (como republicanos ou democratas), no Brasil, devido ao nosso sistema multipartidário fragmentado, as identidades partidárias são fracas e só conseguimos capturar esse fenômeno de elite

---

*than as distinctive packages of traits. [...] A host of behavioral consequences flow from that identification. A vast literature in social psychology demonstrates that any such in-group/out-group distinction, even one based on the most trivial of shared characteristics, triggers both positive feelings for the in group and negative evaluations of the out group. The more salient the group to the sense of personal identity, the stronger these intergroup divisions”.*

<sup>31</sup> Tradução livre de: “*Not only are group evaluations polarized along party lines, but the specific content of outgroup stereotypes has also followed suit. While Republicans view fellow partisans as patriotic, well informed, and altruistic, Democrats are judged to exhibit precisely the opposite traits. Citizens are also more dubious of the motivations and ulterior motives of politicians from opposing parties than copartisans”.*

<sup>32</sup> Estou ciente de que há uma literatura pujante de estudo sobre as relações entre redes sociais digitais e polarização. É preciso registrar então que uma das limitações deste capítulo é não abordar essa temática. Por ser tão abrangente, temo que a discussão sobre redes sociais acabaria atraindo para si os rumos do capítulo e me impediria de desenvolver satisfatoriamente as ideias que são necessárias ao escopo geral da tese. De qualquer forma, creio não haver nenhuma incompatibilidade entre a presente discussão e os conceitos da discussão abrangente sobre redes sociais. Além disso, estou convicto de que as ideias sobre desacordo e polarização que são desenvolvidas aqui se aplicam igualmente para as interações humanas *on* e *off-line*. Para um panorama sobre o tema, cf. (SUNSTEIN, 2017).

quando olhamos para as pessoas engajadas em atividades políticas (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022, p. 85).

Parece que o único fenômeno de polarização afetiva brasileiro claramente identificável é o do petismo. O Lapop é o único questionário, dentre os dois analisados, que incluiu perguntas referentes à polarização afetiva. A que envolve o petismo encontra marcada diferença de postura entre os politicamente engajados que se identificam como de esquerda ou de direita. Na figura 2 (esq.), isso é perceptível.

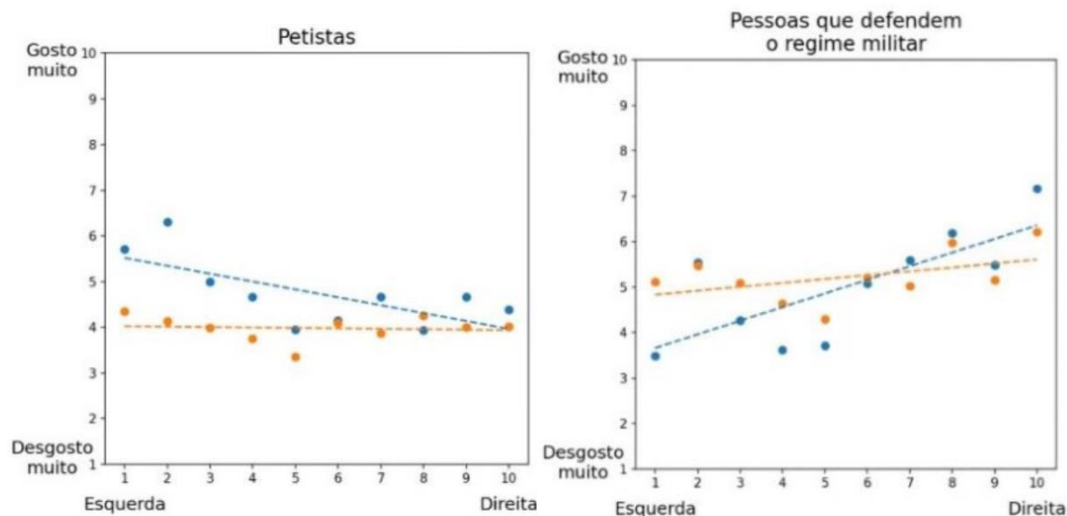


Figura 2. (esq.) Reação afetiva dos respondentes de esquerda e de direita a “petistas”. E (dir.) reação afetiva dos respondentes de esquerda e de direita a “Pessoas que defendem o regime militar”. Curva azul representa os politicamente engajados. Fonte: LAPOP 2018. Consultado em (ORTELLADO, RIBEIRO, ZEINE, 2022).

Também há marcada diferenciação na reação aos que defendem o regime militar. Nesse caso, a diferenciação ocorre não só na população engajada, mas também na população em geral (Figura 2 dir.). Como a temática militar foi assimilada pelo Bolsonarismo de forma muito mais explícita do que qualquer outro grande movimento de direita dos tempos recentes, acredito que é possível prever uma tendência de alinhamento entre a polarização afetiva em temática militar e a polarização entre bolsonaristas e não-bolsonaristas<sup>33</sup>.

O fenômeno da polarização afetiva, sua ocorrência nos EUA e em outros países, inclusive o Brasil, é uma constatação empírica cara a esta tese, porque mostra em termos diretos e empiricamente observáveis a velocidade e a facilidade com a qual grupos que se

<sup>33</sup> Talvez também seja razoável presumir que nos anos subsequentes a 2018 a polarização afetiva tenha ficado mais definida, e talvez acelerado, entre dois grandes grupos, que estão aglutinando as questões moralizadas: o bolsonarismo (e o anti-bolsonarismo) e o petismo (e o anti-petismo). Será interessante a disponibilização de novos dados, que esclarecerão a real plausibilidade dessas hipóteses.

opõem podem divergir entre si. É também uma demonstração de como as disposições e sentimentos presentes nas relações humanas podem gerar escaladas de conflito moral. Temos a impressão de que há um conflito moral deflagrado em nossa sociedade, e isso de fato está ocorrendo.

Outra preocupação é sobre a perspectiva de duração da polarização e dos conflitos morais. No relatório do Edelman Trust Barometer mencionado acima, vimos que uma das questões usadas para aferir o risco de “graves” divisões sociais diz respeito à sensação das pessoas de que as divisões sociais são incontornáveis (entrincheiramento). À parte as sensações das pessoas, alguns autores alegam que esse entrincheiramento já pode ser observado como ocorrência social, e que não há perspectivas otimistas de retorno. Em relação aos EUA, os cientistas políticos John Sides, Chris Tausanovitch e Lynn Vavreck alegam, no livro *“The Bitter End: The 2020 presidential campaign and the challenge to American democracy”*, que está em curso um processo de “calcificação da política”. Analogamente à calcificação corporal, a calcificação social “produz endurecimento e rigidez: as pessoas se postam mais firmemente no lugar e é mais difícil afastá-las de suas predisposições”. Apesar da calcificação crescente ser “uma consequência lógica de uma polarização crescente”, os fenômenos são diferentes. “Polarização significa mais distância entre os eleitores dos partidos opostos em termos de seus valores, ideias e pontos de vista sobre a política. Calcificação significa menos disposição para desertar do partido, como romper com o presidente do partido ou até mesmo votar no partido oposto”. Em uma sociedade calcificada, as mudanças políticas se tornam mínimas. “Há [...] menos chance de eventos novos e até dramáticos mudarem as escolhas das pessoas nas urnas. Novos eventos tendem a ser absorvidos em um eixo de conflito no qual a identidade desempenha o papel central. E isso significa flutuações menores de ano para ano nos resultados eleitorais” (SIDES, TAUSANOVITCH, VAVRECK, 2022. Cap. 1) <sup>34</sup>. Talvez esse seja o “amargo fim” da política americana. Resta saber se a “calcificação” também ocorrerá no Brasil. São necessários mais tempo e mais dados, mas é difícil, neste momento, ter uma perspectiva otimista sobre a escalada de conflitos.

---

<sup>34</sup> Tradução livre de: *“As it does in the body, calcification produces hardening and rigidity: people are more firmly in place and harder to move away from their predispositions. Growing calcification is a logical consequence of growing polarization, but the concepts are not identical. Polarization means more distance between voters in opposing parties in terms of their values, ideas, and views on policy. Calcification means less willingness to defect from their party, such as by breaking with their party’s president or even voting for the opposite party. There is thus less chance for new and even dramatic events to change people’s choices at the ballot box. New events tend to be absorbed into an axis of conflict in which identity plays the central role. And this means smaller fluctuations from year to year in election outcomes”*.

O que nos leva à questão do “como”. Sabemos que os conflitos e a polarização estão ocorrendo, mas *como*? Talvez seja possível identificar alguns mecanismos que intensificam ou ao menos explicam as formas de propagação desses conflitos. Trata-se de uma investigação com um toque sociológico. Tentarei apresentar (de forma resumida) algumas abordagens que explicam a maneira como ocorrem os conflitos sociais moralizados.

### 2.1.1. Guerra cultural

A “guerra cultural” é uma disputa social entre grupos com valores opostos e conflitantes entre si pela dominância desses valores na esfera pública, na política, no direito e nas instituições em geral (HUNTER, 1991; HARTMAN, 2016)<sup>35</sup>. Guerras culturais recentes costumam girar em torno de “temas polêmicos”. Como afirma Hartman: “Seja sobre aborto, ação afirmativa, arte, censura, evolução, valores familiares, feminismo, homossexualidade, teste de inteligência, mídia, multiculturalismo, padrões de história nacional, pornografia, oração escolar, educação sexual, o cânone ocidental”, os temas que geram divisões morais vão se acumulando sem parar (HARTMAN, 2016, p. 1)<sup>36</sup>.

No Brasil, o pensamento de guerra cultural parece ter sido importado com toda a força pela “nova direita” e, em seguida, pelo bolsonarismo – em consonância com a alegação de Fuks e Marques (2023) de que o fenômeno de polarização no Brasil é assimétrico. Bolsonaro colocou esse tema no centro de sua campanha eleitoral em 2018, muitas vezes enfatizando sua proximidade com as “teorias” de Olavo de Carvalho, tido como o guru da “nova direita”<sup>37</sup>. João Cezar de Castro Rocha afirma que: “O sistema de crenças Olavo de Carvalho foi fundamental para a articulação da nova direita e do próprio bolsonarismo”, e faz menção às diversas ocasiões em que “Eduardo Bolsonaro celebrou o papel de precursor da pregação de Olavo de Carvalho: ‘uma inspiração, e sem ele Jair Bolsonaro não existiria’. (Parece que tinha alguma razão.)” (ROCHA, 2021, cap. 1).

<sup>35</sup> O termo “guerra cultural” foi popularizado em um discurso proferido pelo candidato republicano à eleição de 1992, Pat Buchanan, quando, depois de tentar derrotar o candidato à reeleição George H. W. Bush nas primárias do Partido Republicano apelando a um discurso radicalmente moralista e reacionário, e sair derrotado, foi à convenção nacional apoiá-lo contra o candidato Democrata, Bill Clinton. Continuando a toada moralista, ele afirmou: “[T]his election is about more than who gets what. It is about who we are. It is about what we believe, and what we stand for as Americans. There is a religious war going on in this country. It is a cultural war, as critical to the kind of nation we shall be as was the Cold War itself, for this war is for the soul of America. And in that struggle for the soul of America, Clinton & Clinton are on the other side, and George Bush is on our side” (BUCHANAN, 1992, § 39).

<sup>36</sup> Tradução livre de: “Whether over abortion, affirmative action, art, censorship, evolution, family values, feminism, homosexuality, intelligence testing, media, multiculturalism, national history standards, pornography, school prayer, sex education, the Western canon—the list of such divisive issues goes on and on”.

<sup>37</sup> Quando foi visitar os EUA, Bolsonaro, em um jantar em Washington, teve Olavo de Carvalho sentado a um de seus lados e Steve Bannon – que foi estrategista da campanha de Trump e é outro “guerreiro cultural” que tem visões tidas como radicais e afins à extrema direita – do outro (CARNEIRO, 2019).

É difícil colocar em termos coerentes (racionais) o conteúdo preciso da retórica de guerra cultural desenvolvida por Olavo de Carvalho e seus seguidores. Parece algo como o seguinte: há uma batalha cultural ocorrendo no Brasil e no ocidente; os defensores dos valores ocidentais “tradicionais” estão perdendo a batalha, sem nem perceber isso. A esquerda (ou os “comunistas”, “marxistas”, “feministas radicais”, “ateus” – os termos são intercambiáveis aqui, o que importa, presumo, é que todos são “antiocidentais”, de algum modo) não conseguiram vencer a guerra fria, eles falharam em dominar o ocidente com o uso das armas. Em resposta, optaram por uma mudança de estratégia: buscar, ao invés disso, a dominação ideológica, ou cultural. É nesse contexto que as pautas de esquerda (já mencionadas acima) estariam sendo incorporadas na sociedade. É um resgate da retórica da guerra fria, mas dessa vez para temas culturais. “É onipresente, obsessivo até, o recurso retórico ao fantasma da hegemonia cultural da esquerda”. A ascensão de Bolsonaro, então, é um esforço de “defesa” ou “reação” ou “combate”, agora consciente: “Guerra cultural é o grito de guerra bolsonarista — e aqui a redundância se impõe, pois se trata do verdadeiro eixo do projeto [...] de poder encabeçado por [...] Bolsonaro”. (ROCHA, 2021, cap. 2)<sup>38</sup>.

Inicialmente, a população não-bolsonarista (inclusive a esquerda) brasileira parece não ter compartilhado a mentalidade e retórica agressiva da nova direita (mais do que isso: de forma geral, foram pegos de surpresa por ela, o que configurou um de seus trunfos). Hoje, no entanto, as coisas parecem ter mudado. Uma polarização assimétrica ainda é *polarização*, e os outros grupos sociais são forçados a se conformar a ela. A esquerda brasileira hoje parece conscientemente posicionada na guerra cultural, e definiu mais claramente sua oposição ao bolsonarismo (não só a esquerda, mas sem dúvida esse se tornou um foco central desse movimento). A guerra cultural parece estar em curso no Brasil, com todas as partes devidamente posicionadas no conflito.

### 2.1.2. Pânico moral

Outra ideia comumente mencionada quando se fala dos conflitos morais atuais, e que guarda semelhanças com a noção de guerra cultural, é a de “pânico moral”. O pânico moral

---

<sup>38</sup> Rocha também menciona uma postagem de Olavo de Carvalho no facebook em 2016, que reproduzirei aqui. Abram-se as aspas (grifos meus): “Tantos, hoje, dizem querer o Brasil de volta, e em vista disso gritam: “Bolsonaro 2018”. Não quero ser estraga-prazeres, mas os *comunistas* não começaram a *nos tomar* o Brasil pela Presidência da República. *Tomaram* primeiro as universidades, depois a Igreja Católica e várias das protestantes, depois os sindicatos, especialmente de funcionários públicos, depois a grande mídia, depois o sistema nacional de ensino, depois o sistema judiciário, depois os partidos políticos todos, e por fim, depois de quarenta anos de esforços, a cereja do bolo: a Presidência da República. Vocês acham REALMENTE que *tomando* a cereja de volta o bolo inteiro virá junto?” (ROCHA, 2021, cap. 2, op. cit.). A postagem não tem nada de especial quanto ao conteúdo, mas deixa clara a ideia de guerra cultural que motiva ideologicamente o projeto bolsonarista.

pode ser definido como a sensação que se difunde publicamente de que uma pessoa, um grupo de pessoas ou alguma coisa constitui uma ameaça aos valores, integridade ou funcionamento da comunidade<sup>39</sup>. Esse sentimento também se caracteriza por ter um elemento de irracionalidade<sup>40</sup>. Assim, o pânico moral é marcado pelo *exagero* na sensibilidade das pessoas às possíveis ameaças, que podem ocasionar também uma reação desproporcional contra quem eles consideram responsáveis por elas (COHEN, 2011, p. 9).

Há muitos exemplos de pânico moral no século XX e no século XXI. Alguns padrões de pânico moral são comuns, como: os relacionados a ameaças a crianças, como o medo de algo como uma rede secreta de pedófilos sequestradores de crianças, ladrões de órgãos, etc.; os relacionados a cultos satanistas ou malignos, que usariam mulheres e crianças em rituais macabros; os relacionados a elementos culturais, como gêneros musicais, letras de músicas, jogos ou séries literárias que corromperiam as crianças, levariam mensagens malignas ocultas, entre outros (GOODE, BEN-YEHUDA, 2010, pp. 57-65). Também é comum que o pânico moral influencie o discurso político. Casos notáveis de politização do pânico moral são: o medo da “ameaça comunista” de meados do século XX, que gerou reações como o macarthismo nos EUA e os fortes discursos anticomunistas no Brasil antes e durante o período da ditadura militar; o da ameaça do terrorismo, especialmente depois dos ataques de 11 de setembro de 2001; o medo das “turbas” imigrantes, que seriam imorais, criminosas e deflagrariam o caos público (DEBNEY, 2020, pp. 149-229). Cohen acredita que há um padrão na ocorrência dos pânicos morais, que ele divide em cinco fases: Primeiro (1) “Um evento, condição, episódio ou alguém é definido como uma ameaça aos valores, segurança e interesse da sociedade em geral”; depois, (2) há participação da mídia, que “amplifica essas

<sup>39</sup> O termo, em sua significação corrente, se originou na sociologia, em especial no livro *Folk Devils and Moral Panics*, de Stanley Cohen, escrito entre os anos 1960 e 1970. Cohen discute o fenômeno ao narrar a reação do público aos confrontos entre os “mods” e os “rockers”, dois grupos da subcultura inglesa dos anos 1960 que se encontraram nas praias do sul da Inglaterra em feriados (COHEN, 2011). Nesse processo, no entanto, o autor notou que o termo poderia ter aplicações mais amplas, e o usou para explicar outras reações sociais (MANNION, SMALL, 2019).

<sup>40</sup> A definição de “pânico moral” do Online Dictionary of the Social Sciences, organizado pela Canada’s Open University, reforça esse caráter de irracionalidade: “[Um] pânico ou reação exagerada a formas de desvio ou delitos considerados ameaças à ordem moral. Os pânicos morais geralmente são enquadrados pela mídia e conduzidos por líderes comunitários ou grupos que pretendem mudar leis ou práticas. Os sociólogos estão menos interessados na validade das reivindicações feitas durante os pânicos morais do que na dinâmica da mudança social e nas estratégias organizacionais dos empreendedores morais. Os pânicos morais atraem convertidos porque tocam nos medos das pessoas e também porque usam eventos ou problemas específicos como símbolos do que muitas pessoas sentem representar ‘tudo o que há de errado com a nação’”. Tradução livre de: “[A] panic or overreaction to forms of deviance or wrong doing believed to be threats to the moral order. Moral panics are usually framed by the media and led by community leaders or groups intent on changing laws or practices. Sociologists are less interested in the validity of the claims made during moral panics than they are in the dynamics of social change and the organizational strategies of moral entrepreneurs. Moral panics gather converts because they touch on people’s fears and because they also use specific events or problems as symbols of what many feel to represent ‘all that is wrong with the nation’”. (DRISLANE; PARKINSON, 2016)

ameaças aparentes com uso de retórica inflamada”, apelando “aos preconceitos públicos, criando vilões que necessitam de controle social (demônios folclóricos) e vítimas (a maioria moral)”; a publicidade da ameaça percebida (3) “cria um sentimento de ansiedade social que leva a uma manifestação pública de preocupação”; (4) o governo se envolve na questão, respondendo “ao clamor público e enquadrando a alegada ameaça como sendo sintomática de um mal-estar social mais amplo que deve ser enfrentado”; por último, (5) “O pânico moral e as respostas a ele transformam a regulação da economia e da sociedade com o objetivo de moderar a indignação pública” (MANNION; SMALL, 2019)<sup>41</sup>.

Como causa intensa reação nos afetados, e como se baseia em uma descrição exagerada dos fatos ou em uma narrativa irracional, há uma tensão no fenômeno dos pânicos morais (CRITCHER, 2017). Por isso, o fenômeno, quando observado por pessoas não engajadas, pode se mostrar incompreensível, e o comportamento dos envolvidos pode parecer absurdo ou até ridículo.

No Brasil, muitos dos elementos que caracterizam os pânicos morais aparecem nos conflitos de valores de nossa sociedade. Mais uma vez, eles são especialmente aparentes quando envolvem questões políticas. Mencionamos acima a preocupação da direita, articulada por ideólogos como Olavo de Carvalho, com a ameaça do marxismo cultural, o suposto projeto de dominação do ocidente por movimentos de esquerda, que querem subverter os valores tradicionais da família, do cristianismo, do patriotismo e da liberdade. Parece haver um elemento de mistério na forma como a ameaça é retratada: por exemplo, haveria supostas reuniões secretas (foro de São Paulo; URSAL, etc.) e uma rede internacional de manipulação cultural, que envolveria a mídia, milionários (George Soros), elites políticas, etc. A coisa vai longe. Reações da “nova direita” frequentemente tomam a forma de pânico moral. Há um inimigo definido (“comunistas”); envolvimento da mídia (hoje, especialmente as “mídias paralelas”, mas há também envolvimento da “grande mídia”); cria-se, nos membros desses grupos, uma sensação de ansiedade generalizada, de que há um ataque iminente do “inimigo”; há movimentação eleitoral para resposta a essas ameaças e tentativas de criação de leis ou de políticas para combater a essas “ameaças”; toda essa movimentação causa transformações

---

<sup>41</sup> Tradução livre de: “1. An event, condition, episode or someone is defined as a threat to the values, safety and interest of the wider society. 2. The media then amplifies these apparent threats through inflammatory rhetoric. These portrayals appeal to public prejudices, creating villains in need of social control (folk devils) and victims (the moral majority). 3. The publicity surrounding the threat creates a sense of social anxiety leading to a public outpouring of concern. 4. Government then responds to the public outcry and frames the alleged threat as being symptomatic of a wider social malaise that must be addressed. 5. The moral panic and the responses to it transform the regulation of economy and society with the aim of tempering public outrage”.

sociais, como, por exemplo, o surgimento de um novo grupo político ou de um novo discurso político.

A esquerda não está imune aos pânicos morais. De fato, até recentemente ela tinha uma postura muito mais vacilante em relação à ciência do que parece ter agora. Por exemplo, são famosos os pânicos morais envolvendo os alimentos geneticamente modificados ou transgênicos por parte de grupos normalmente vinculados à esquerda (SCHWÖRER, VIDAL, VALLEJO, 2023). Repetidamente se mostrou que as alegações de risco não tinham nenhum respaldo empírico e que os alimentos são seguros para o consumo (BLANCKE, 2015). A chamada “cultura do cancelamento”, muito discutida atualmente, pode ser classificada como uma forma de pânico moral fomentada especialmente nos grupos de esquerda. Já é bem conhecido o debate sobre a possibilidade de a cultura do cancelamento causar danos psicológicos às pessoas, muitas vezes por motivos insignificantes, como um comentário ou um tweet antigo; há também a discussão de seu impacto negativo no debate público (HAIDT, LUKIANOFF, 2018).

### 2.1.3. *Grandstanding*

Outro fenômeno social que ganhou notoriedade recente nas discussões sobre temas políticos e morais é o do “*grandstanding*<sup>42</sup> moral”, ou “virtuosismo moral”, que pode ser caracterizado como o uso de discurso moral por uma pessoa com a intenção de causar uma boa impressão, para ser vista como respeitável, admirável. Nesse caso, recorre-se ao discurso moral de forma insincera ou com segundas intenções (que talvez não sejam nem conscientes), e ele é proferido não com a meta de resolver a questão moral em si, mas de melhorar a imagem do falante frente às outras pessoas. Como Tosi e Warmke (2020) afirmam: “*Grandstanding* é o uso da conversa moral para a autopromoção. Ele envolve o desejo de que os outros pensem bem de suas qualidades morais, assim como uma contribuição para o discurso público desenhada para satisfazer esse desejo. Você não precisa saber que está se mostrando para se mostrar, e nem precisa dizer nada falso” (TOSI, WARMKE, 2020, p. 40)<sup>43</sup>.

<sup>42</sup> O termo é intraduzível, mas uma aproximação de tradução talvez seja “exibicionismo moral”. O termo se originou no baseball; era usado por narradores ou comentaristas para indicar que um jogador estava fazendo uma jogada “performática”, para se exibir para o público na arquibancada (*grandstanders*). Portanto, carrega também o sentido de “jogar para a plateia”. Atualmente é muito usado no contexto da política americana, para indicar que alguém está apenas se exibindo e não está se comprometendo sinceramente com o tom moral da conversa.

<sup>43</sup> Tradução livre de: “*Grandstanding is the use of moral talk for self-promotion. [I]t involves a desire (of a certain strength) that others think well of you for your moral qualities, and a contribution to public discourse designed to satisfy that desire. You don't have to know you're grandstanding in order to grandstand, nor do you have to say anything false*”.

“Sinalizações de virtude” (LEVY, 2021) desse feitio podem acontecer em vários contextos, como em conversas privadas ou no ambiente da empresa. Mas o contexto que mais chama atenção atualmente e que parece ter mais repercussões sociais é o da esfera pública, especialmente quando há envolvimento de agentes políticos. É fácil entender a motivação de atores políticos para sinalizarem. Eles querem aumentar seu prestígio frente a sua base eleitoral, aumentar sua aprovação, ser vistos como pessoas que lutam pelos valores do seu grupo político.

A acusação de virtuosismo moral é, na maioria das vezes, levantada contra grupos da esquerda, que estariam sempre buscando oportunidades para “problematizar” o discurso ou a conduta dos outros e impor sua moral “politicamente correta”, como forma de exibicionismo social:

Não é difícil encontrar, nas conversas entre os progressistas, um revirar de olhos generalizado sobre certo tipo de pessoa: aquele que assumirá uma postura heroica em quase qualquer assunto – indignação furiosa com o elenco de um filme *live-action* de “Aladim”, defesa veemente das escolhas de moda de Hillary Clinton, investimento emocional extravagante na situação de um grupo ao qual o orador não pertence – no que parece uma tentativa transparente de obter elogios, curtidas e aura de retidão como reação<sup>44</sup> (COASTON, 2017; op. cit. TOSI, WARMKE, 2020, p. 33).

Por outro lado, pessoas de direita também expressam virtuosismo moral. Os valores propagados serão diferentes, é verdade, mas o padrão de exibicionismo será o mesmo. “Um breve passeio pela história política [americana] confirma que o *grandstanding* não se limita à esquerda contemporânea”, afirmam Tosi e Warmke, citando, como exemplos: “o alarde sobre a segurança nacional após os ataques de 11 de setembro e durante a Guerra do Iraque, em que políticos americanos aproveitavam todas as oportunidades para mostrar que não ‘pegavam leve’ com o terror”; antes disso, “o escândalo sexual de Clinton, que gerou inúmeras exposições e moralizações da direita sobre a moralidade sexual e sua aptidão para liderar”; a composição da “Maioria Moral” (*Moral Majority*) nos anos 1970 e 80, “talvez o ponto alto da ostentação da direita em época [...], cujas principais figuras construíram reputações nacionais por suas demonstrações públicas de piedade moral”; e “claro, antes de tudo isso veio a *Red Scare* (Ameaça Vermelha), durante a qual aqueles sob escrutínio público competiam pelo

---

<sup>44</sup> Tradução livre de: “*It’s not difficult to find, in conversations among progressives, widespread eye-rolling over a certain type of person: the one who will take a heroic stance on almost any issue— furious indignation over the casting of a live-action “Aladdin” film, vehement defense of Hillary Clinton’s fashion choices, extravagant emotional investment in the plight of a group to which the speaker does not belong— in what feels like a transparent bid for the praise, likes and aura of righteousness that follows*”.

título de anticomunista mais fervoroso e intimidavam os outros a jogar junto” (TOSI, WARMKE, 2020, pp. 34-5)<sup>45</sup>.

A hipocrisia do uso do discurso moral para autopromoção, apesar de saliente, não parece ser o grande problema do virtuosismo moral. Tosi e Warmke (2020) alegam que esses comportamentos deterioram a qualidade das discussões públicas, especialmente por gerarem três consequências: cinismo moral, exaustão da raiva e polarização. O *cinismo moral* ocorreria porque em uma sociedade em que muitos agem por virtuosismo moral há menos incentivos para acreditar na sinceridade das demonstrações morais. Pelo contrário, nosso ceticismo e desilusão seriam intensificados (TOSI, WARMKE, 2020, p. 78). A *exaustão da raiva* ocorreria porque as demonstrações de raiva moral estariam ficando tão constantes e comuns, e para temas tão pouco relevantes, que haveria uma saturação desse sentimento; ele começaria a perder sentido e sua eficiência motivacional (TOSI, WARMKE, 2020, p. 86).

Já a *polarização* seria causada pelas dinâmicas de relação com o grupo das pessoas que estão exibindo virtuosismo moral. O *grandstanding* é uma forma de ganho reputacional e de status em relação aos pares. Esse comportamento, se instalado em um grupo, pode criar ciclos de *feedback*, podendo causar, segundo Tosi e Warmke (2020), polarização intragrupo e polarização intergrupo. A polarização intragrupo ocorreria porque “os membros [do grupo] mudam [de opinião] para reafirmar as concepções que têm de si mesmos ao expressar visões mais fortes do que a de outros em seu grupo”. Por outro lado, a polarização intergrupo ocorre quando “membros de ambos os grupos mudam suas opiniões para se mover para mais longe do grupo oposto” (TOSI, WARMKE, 2020, p. 71-2)<sup>46</sup>. Há muitas evidências da ocorrência da polarização intragrupo e da polarização intergrupos (SUNSTEIN, 2017, p. 74).

---

<sup>45</sup> Tradução livre de: “A brief tour of political history confirms that grandstanding is not limited to the contemporary left. Thinking just of the United States, before this apparent awakening of grandstanding on the left, there was grandstanding about national security after the 9/ 11 attacks and during the Iraq War, as American politicians took every opportunity to show that they were not “soft on terror.” The low point for ridiculous grandstanding in this phase came when Republican congressperson Bob Ney had congressional cafeterias change the name of French fries to “freedom fries” in response to France’s opposition to the invasion of Iraq. Before this came the Clinton sex scandal, which prompted endless grandstanding and moralizing from the right about sexual morality and fitness to lead. Earlier in that decade the left renewed its interest in political correctness, a movement that began under that name in America in the 1970s. Perhaps the highwatermark for grandstanding from the right in our lifetimes came during the reign of the Moral Majority, the major figures of which built national reputations for their public displays of moral piety. And of course, before all of this came the Red Scare, during which those in the public eye competed for the title of most fervid anti-Communist, and bullied others into playing along”.

<sup>46</sup> Tradução livre de: “Let’s first think about how grandstanding could cause intragroup polarization. In this case, group members change their views to reaffirm their self-conceptions by expressing stronger views than others in their group. Suppose you are chatting with like-minded progressives, each of whom thinks of herself as caring deeply for the poor. If someone argues that morality demands a \$15 per hour minimum wage, why not respond that it is even more caring to institute a \$20 per hour minimum wage?”

Sobre a polarização dentro do grupo, Noelle-Neumann (1993) discorre sobre as “espirais de silêncio”, a tendência de pessoas com visões minoritárias se silenciarem, até que a visão delas desapareça com o tempo. Em vários experimentos, viu-se que, depois da deliberação, pessoas do grupo terminavam com opiniões mais extremas do que tinham começado. Nos Estados Unidos, um experimento no Colorado colocou um grupo conservador e um grupo liberal para discutir internamente questões polêmicas, tipicamente relacionadas a partidos, como aborto e ações afirmativas. Antes das discussões, vários membros dos dois grupos tinham opiniões moderadas sobre o tema. Mas, após a discussão, os dois grupos se moveram para os extremos. Além disso, os grupos se tornaram mais homogêneos, reprimindo tendências à diversidade (SCHKADE, 2007). Há experimentos em que grupos moderadamente feministas se tornaram mais fortemente feministas após a discussão (MYERS, 1975); ou em que, após discussão, cidadãos que já eram críticos às políticas de um país visto como rival se tornaram ainda mais críticos a ele (BROWN, 1986, p. 224); em que pessoas com tendências racistas tenderam a exacerbar suas opiniões, após discussões internas (MYERS, BISHOP, 1971). Nos Estados Unidos, juízes apontados por republicanos têm tendência mais conservadora quando deliberam em painéis compostos somente por juízes apontados por republicanos. Quando integram painéis mistos, tornam-se mais moderados. O mesmo vale para juízes apontados por democratas, que decidem de forma mais liberal quando integram painéis compostos apenas por juízes indicados por democratas e de forma mais moderada quando integram painéis mistos (SUNSTEIN, 2007).

Sobre a polarização intergrupos, há evidências de correlação entre *atitudes* negativas entre membros de grupos rivais e *associações* negativas entre membros de grupos rivais (TAJFEL, 2010). Como vimos (quando tratamos da polarização afetiva), uma atitude negativa tem a ver com um sentimento de hostilidade em relação a uma pessoa de outro grupo; por outro lado, as associações negativas começam a incorporar crenças generalizadoras (como a de que as pessoas de grupos rivais seriam todas: estúpidas, perigosas, violentas, abusadoras, covardes, etc.). Associações negativas podem funcionar tanto consciente quanto inconscientemente, e são nascedouro de preconceitos sociais, como racismo, sexismo, homo e transfobia e xenofobia. Os Testes de Associação Implícita (*Implicit Association Tests – IAT*) exemplificam a ocorrência de associações inconscientes e automáticas (GREENWALD,

---

*Grandstanding can also cause inter-group polarization as members from both groups change their views to move further from the opposition. Perhaps they will engage in a kind of competition within their own group to see who despises the views of the out-group the most, with the winner holding the strongest contrary view. Naturally, these kinds of competitions could happen in both groups at once”.*

1998). Os *IAT* são desenhados para detectar as associações automáticas que as pessoas fazem, e a força dessas associações. Ganham alguma notoriedade os resultados que revelam que as pessoas têm associações negativas automáticas em relação a negros, mulheres, homossexuais e até idosos, apesar de conscientemente a maioria negar (com sinceridade, tudo leva a crer) que tenha qualquer disposição preconceituosa (MCCONNELL, LEIBOLD, 2001). O mais provável é que essas associações negativas são estabelecidas, reforçadas e externalizadas inconscientemente, por mecanismos de grupo que as pessoas não notam.

Guerra cultural, pânico e virtuosismo moral parecem três mecanismos de propagação da polarização na sociedade. Todos eles envolvem um profundo engajamento moral dos envolvidos.

#### *2.1.4. Polarização e o Judiciário*

Estamos falando sobre os processos de divisão moral e polarização que atingem a comunidade em geral. Uma última questão que merece tratamento nesta seção diz respeito ao Poder Judiciário: em que medida esses processos estariam atingindo o Poder Judiciário? A questão é saber se órgãos do Judiciário são vistos como tendo atuação política e se eles são absorvidos no processo de polarização, isto é, se cada grupo polarizado reagirá de forma diferente à atuação judicial, de acordo com a forma que eles interpretam essa atuação, se favorável ou desfavorável aos valores do grupo.

No Brasil, o órgão judicial que, por sua própria natureza, mais se expõe ao escrutínio público é o Supremo Tribunal Federal. O STF tem a competência de decidir questões que envolvam interpretação constitucional e de adequar as normas do sistema jurídico às diretrizes da Constituição (MENDES, 2017; BARROSO, 2017). É comum, assim, que o STF se depare com casos que têm difícil interpretação e são altamente valorativos, envolvendo a interpretação de princípios constitucionais, direitos, garantias e valores. Pela importância desses temas, é natural que eles também chamem a atenção da opinião pública, gerando engajamento e fortes reações morais.

Muito se discute na literatura de ciência política e nas ciências sociais em geral, no Brasil, os fenômenos do ativismo judicial, da judicialização da política e da politização da justiça (VIANNA, 1999, 2007; MACIEL, KOERNER, 2002)<sup>47</sup>. Não é meu objetivo

---

<sup>47</sup> Oliveira (2012, p. 1) define *judicialização da política* como o “fenômeno que aponta para avanço da lógica técnico-jurídica no campo da política”; *politização da justiça* como o “fenômeno que aponta para a expansão da lógica político-partidária no campo da justiça”; e fala também sobre a *judicialização das relações sociais*, que é

aprofundar-me nessa discussão. O ponto é que de forma geral se concorda, na discussão desses fenômenos, que no passado recente do Brasil houve uma mudança no padrão de decisão do STF. Antigamente (antes da promulgação da Constituição e até depois disso, mais ou menos até o final dos anos 1990 e começo dos anos 2000), imperava uma postura mais contida do STF (RECONDO, WEBER, 2019). Nos anos 1990, por exemplo, a Corte se envolvia pouco em casos de notoriedade e os ministros não eram tão conhecidos pelo público. Em questões que envolvessem ações criminais de membros do Legislativo, por exemplo, a praxe do STF era deixar a questão para o julgamento do Poder Legislativo, na Câmara ou no Senado. Nesse período, o principal ponto de conflito e de análise de estudiosos era a relação do STF com o Poder Executivo, para avaliar se o STF daria decisões pró ou contra o governo ou se apoiaria mais a União ou os Estados em temas de conflitos internos de competência. Isso tinha a ver, sobretudo, com preocupações econômicas do governo (especialmente o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso), em temas que envolviam tributos, previdência social e gastos com saúde pública. (FERREIRA, MUELLER, 2014; SILVA, 2018).

No entanto, a partir do começo dos anos 2000 as coisas começaram a mudar. O STF começou a adotar uma postura mais ativa, a decidir questões moralmente salientes, a basear a fundamentação das decisões em princípios constitucionais mais abstratos e em considerações mais valorativas (RECONDO, WEBER, 2019). A sociedade passou a se tornar mais engajada moralmente com as decisões do STF e os ministros ganharam inédita notoriedade pública. As decisões passaram a ter impacto político e eleitoral.

Selecionarei dois julgamentos que considero que ilustram essa mudança de postura<sup>48</sup>. Primeiro, o julgamento do caso Ellwanger (HC 82424/RS) pelo STF, que ocorreu entre 2002 e 2003. No caso, o referido personagem foi condenado pelo crime de racismo, nos anos 1980, porque era dono de uma editora e publicava livros de conteúdo antissemita e negacionista. A alegação da defesa é que o caso não se enquadrava no crime de racismo, porque o grupo alvo das investidas de Ellwanger eram os judeus, que não seriam uma “raça”, em termos estritos. Essa descaracterização facilitaria a prescrição do crime, já que o racismo é crime imprescritível no Brasil. Além disso, a defesa também alegou a prevalência do direito à liberdade de expressão. O STF, no entanto, rejeitou ambos os argumentos e manteve a condenação de Ellwanger. A decisão é marcante porque parece um momento de consolidação

---

o “fenômeno que indica o avanço da lógica técnico-jurídica na organização e regulação da sociabilidade e das práticas sociais”.

<sup>48</sup> Seguindo Recondo e Weber (2019).

de uma postura do STF ao lidar com questões principiológicas e valorativas. Dois elementos da argumentação do STF se destacam, indicando essa nova postura. Primeiro, em relação à categorização dos judeus como “raça”. O STF estabeleceu uma interpretação mais complexa do termo “racismo”, que, segundo a decisão, tem seu conteúdo fixado no contexto histórico-social em que é usado<sup>49</sup>. Dessa forma, pelo contexto em que o termo “judeu” e outros termos conexos são usados, eles poderiam ser interpretados como se referindo a uma raça e, por consequência, alvo de racismo. O segundo aspecto relevante da decisão foi a “ponderação de princípios” que o STF teve que fazer entre, por um lado, “liberdade de expressão” e, por outro, outros princípios importantes, como “igualdade” e “dignidade da pessoa humana”. O STF decidiu pela prevalência dos últimos, concluindo que a liberdade de expressão, como toda garantia, tem limites<sup>50</sup>. Vemos, nesse caso, o STF recorrendo a argumentação principiológica, à ponderação de princípios, ao uso de justificação com conteúdo fortemente valorativo e moralizado. Em casos futuros, esse padrão irá se repetir. Exemplos são: o caso da interrupção de gravidez de fetos anencéfalos; união estável entre casais homoafetivos; prisão após condenação em segunda instância, entre muitos outros (cf. MENDES, 2011; BARROSO, 2017).

O segundo caso que selecionarei é o do julgamento dos crimes do mensalão<sup>51</sup> (Ação Penal nº 470). O mensalão foi julgado em 2012, mas o caso veio à tona em 2005 e as investigações prosseguiram por esses sete anos. O caso colocou definitivamente o STF no centro do debate público brasileiro (FALCÃO, OLIVEIRA, 2013; RECONDO, WEBER,

---

<sup>49</sup> Os ministros adotaram um parecer de Celso Lafer, prestigiado jurista e ex-ministro das Relações Internacionais no Brasil. Ele diz, no parecer: “Só existe uma ‘raça’ – a espécie humana – e, portanto, do ponto de vista biológico, não apenas os judeus, como também os negros, os indígenas, os ciganos ou quaisquer outros grupos, religiões ou nacionalidades não formam uma raça, o que não exclui, ressalvo, o direito à diversidade. No entanto, todos são passíveis de sofrer a prática do racismo. É essa prática que o direito brasileiro condena e reprime [...]. Se o racismo não pode ser justificado por fundamentos biológicos, ele, no entanto, persiste como fenômeno social. É esse fenômeno social, e não a ‘raça’, o destinatário jurídico da repressão prevista pelo art. 5º, LXII, da Constituição de 1988, e sua correspondente legislação infraconstitucional” (LAFER, 2004, pp. 64, 70).

<sup>50</sup> Como argumentou Celso Lafer: “Arguiram os opositores do art. 4º que ele limitaria a liberdade de expressão. O entendimento que prevaleceu foi o de que essa limitação era amplamente justificada pela experiência histórica já discutida neste parecer. [...] Aponto que, no caso sobre o que versa este parecer, não se trata de censura prévia, mas da responsabilidade penal de quem, como Siegfried Ellwanger, exerceu a sua liberdade com finalidades ilícitas” (LAFER, 2004, pp.75-6). E como ele disse sobre o caso em uma entrevista recente: “É um caso muito interessante porque envolve como você lida com princípios constitucionais conflitantes (o preceito da igualdade e da dignidade da pessoa humana versus o direito à livre manifestação do pensamento). O que o STF faz é uma ponderação, ou seja, avalia os pesos a serem atribuídos a esses princípios em um caso concreto. O Supremo ponderou que havia, entre o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdades de expressão, limites que estavam impostos pela legislação” (MORI, 2022).

<sup>51</sup> Escândalo de compra de votos que ocorreu em 2005, durante o primeiro governo Lula, e criou uma grave crise política para o Presidente e seus aliados. O termo “mensalão” é um neologismo, uma variação do termo “mensalidade”, criado para denominar as mesadas pagas a deputados para que eles votassem a favor de projetos de interesse do Poder Executivo (MEMÓRIA GLOBO, 2021).

2019). A cobertura midiática do caso foi extensa. O ministro relator do caso, Joaquim Barbosa, ganhou grande reconhecimento social, sendo, inclusive, considerado “presidenciável” depois do julgamento (MACHADO, 2018). Nesse momento, os ministros se tornaram conhecidos no debate público, e figuras como Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski eram presenças constantes no noticiário, inclusive protagonizando situações inusitadas, como alfinetadas e bate-bocas no plenário<sup>52</sup>. O caso marca o profundo envolvimento do STF com as questões políticas do país. Caracterizou a quebra da tradição de o STF de não se envolver no julgamento criminal de parlamentares. De 1988 a 2001, 6 inquéritos criminais sobre membros do Legislativo transitaram no STF. Dessa época em diante, até 2018 (o que inclui o processo da Lava Jato também), 661 ações criminais foram instauradas no tribunal<sup>53</sup>.

Com a mudança de postura do STF, muda a reação social e política ao STF, de forma correspondente. Isso se intensificou ainda mais com o surgimento da operação Lava-Jato e das pressões para que o STF não “entrasse no caminho” dos promotores e juízes que investigavam o caso. Quando o STF se envolveu com questões eleitorais, como nos julgamentos sobre prisão em segunda instância, especialmente no que se referia ao Presidente Lula, que tinha sua elegibilidade em jogo, parece que a impressão consolidada é de que ele era um grande “player político”. Por exemplo, quando ele manteve a prisão de Lula, em 2018, indeferindo o pedido, foi fortemente criticado por grupos mais à esquerda e apoiado por grupos de direita (MUGNATTO, 2018). O cenário se inverteu em 2020, quando o STF anulou o julgamento criminal de Lula, consequentemente restaurando sua elegibilidade. A esquerda passou a aprovar a atuação do STF e a direita se tornou muito crítica ao tribunal (mais sobre isso abaixo).

Os embates entre Bolsonaro e STF, ao longo de todo o seu mandato, também parecem ter contribuído para as reações politizadas à atuação do STF, tanto na esquerda quanto na direita. Os episódios de embate são muito numerosos, seria inviável fazer uma apresentação detalhada deles, mas é possível destacar alguns “grandes temas” de conflito, tais como: o embate eleitoral, em que Bolsonaro alegou repetidamente, e sem provas, que a urna eletrônica brasileira não é confiável, lançando dúvidas sobre a lisura da atuação do TSE e do STF, e

---

<sup>52</sup> Outros casos futuros ficaram famosos, como os dos atritos entre os ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso. Cf. (VEJA, 2017).

<sup>53</sup> Essa escalada também é explicada pela alteração nos ritos de julgamento de parlamentares instituída pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001. Antes dela, era necessária aprovação *prévia*, pela Câmara e pelo Senado, da investigação do parlamentar pelo STF. A alteração inverteu a lógica, passando a permitir a intervenção das casas apenas depois dos casos serem julgados pelo STF. Isso facilita a atuação do STF (cf., sobre essa temática: RECONDO, WEBER, 2019, cap. 9).

motivando reações dos ministros<sup>54</sup>; os diversos momentos em que Bolsonaro flertou com a ideia de intervir ou fechar o STF<sup>55</sup>; depois, com a chegada da pandemia da Covid-19 sobre as competências para tomar medidas sanitárias (se elas caberiam apenas à união ou também aos estados e municípios)<sup>56</sup>.

Os dados parecem confirmar a impressão de que a sociedade está de fato reagindo politicamente ao STF. Em muitas pesquisas de opinião sobre aprovação/reprovação ao STF, percebe-se que a opinião das pessoas sobre o tribunal é dividida e tende a se alinhar com as preferências ideológicas e partidárias dos respondentes. Em tempos recentes, em que bolsonaristas (direita) são críticos à atuação do STF e petistas/lulistas (esquerda) são mais favoráveis à sua atuação, esses padrões podem ser identificados de forma clara em pesquisas de opinião pública.

Uma pesquisa Datafolha divulgada em dezembro de 2022 mostra que as opiniões sobre o STF estão divididas nesse sentido. Na pesquisa, 31% dizem que a atuação do STF é ruim/péssima, 34%, que é regular e 31%, que é boa/ótima. Segundo a pesquisa, “o índice de aprovação é mais alto entre os que reprovam o desempenho da gestão Bolsonaro (42%)”; por outro lado, a reprovação é “mais alta entre os homens (36%) [...], entre os mais instruídos (40%), entre os mais ricos (61%) e entre aqueles que aprovam o atual governo [gestão Bolsonaro, à época] (50%)” (ROCHA, 2022).

Em pesquisa de setembro de 2021 que mostrou padrões similares ao do Datafolha de aprovação e reprovação do STF, o instituto PoderData correlacionou os níveis de aprovação de Bolsonaro e do STF. Na pesquisa, mostrou-se perceptível a tendência de que os que apoiavam mais Bolsonaro eram mais críticos ao STF, e vice-versa. Entre os que aprovavam Bolsonaro, 65% consideravam a atuação do STF como ruim ou péssima. Por outro lado, entre

<sup>54</sup> Além disso, as tensões escalaram depois que o ministro Alexandre de Moraes ordenou abertura do “inquérito das fake news”, sobre notícias falsas que teriam sido propagadas para ajudar na campanha eleitoral de Bolsonaro em 2018. Nas eleições de 2022, novamente houve forte tensões entre ambos em relação à confiabilidade das eleições. Crenças conspiracionistas de fraude eleitoral em boa medida motivaram as manifestações de bolsonaristas depois da derrota de Bolsonaro para Lula nas eleições de 2022. Motivaram, inclusive, os ataques aos prédios dos três poderes no dia 8 de janeiro de 2023.

<sup>55</sup> Começando com as declarações de Eduardo Bolsonaro antes da eleição de seu pai, em 2018, de que bastaria “um cabo e um soldado” para fechar o STF. Depois disso, já Presidente, Bolsonaro usou tons de ameaça muitas vezes contra o STF, participando diversas vezes de manifestações antidemocráticas que tinham pedidos explícitos de fechamento do STF, usando frases como “chegamos ao limite”, “acabou, porra”, “vou intervir”, etc. No famoso vídeo da reunião ministerial de 22 de abril de 2020, cuja divulgação foi autorizada pelo STF, o então ministro da educação Abraham Weintreub, na presença de Bolsonaro e dos outros ministros de governo, chegou a afirmar: “Eu, por mim, botava esses vagabundos todos na cadeia. Começando no STF”.

<sup>56</sup> O STF decidiu que haveria competência concorrente entre os três entes da federação. Bolsonaro alegou que o STF o estava “castrando” com a decisão. Na época, as polêmicas giravam em torno da imposição de medidas sanitárias de distanciamento social, uso de máscaras obrigatório, entre outras coisas, em relação às quais Bolsonaro era contrário e boa parte dos Governadores e da opinião pública eram favoráveis.

os que reprovavam o governo Bolsonaro, apenas 16% consideravam a atuação do STF ruim ou péssima (53% a consideravam regular e 31% a consideravam boa) (PODER360, 2021).

Depois das eleições de 2022, nova pesquisa do PoderData, feita em dezembro, mostra que a separação ficou ainda mais nítida. Eleitores de Lula tenderam a aprovar ainda mais a atuação do STF (em comparação com os que reprovavam Bolsonaro em 2021), e os eleitores de Bolsonaro, de forma correspondente, tenderam a reprová-la ainda mais a atuação do STF (em comparação com os apoiadores de Bolsonaro que a reprovavam em 2021). O aumento na aprovação geral do STF detectado pela pesquisa Datafolha parece, então, ter sido impulsionado pelos eleitores de Lula. Dos eleitores de Lula, 55% consideravam a atuação do STF boa ou ótima; 30%, regular; e 12%, ruim ou péssima. Por outro lado, entre os eleitores de Bolsonaro, apenas 8% consideravam a atuação do STF boa ou ótima; 15%, regular; e 77%, ruim ou péssima (LINS, 2022; TRAUMANN, 2023).

O contraste é evidente, assim também como a conclusão de que a população reage politicamente à atuação do STF. Desse modo, o órgão mais importante do Judiciário brasileiro parece já ter sido assimilado na dinâmica de polarização da sociedade. Essa conclusão não se limita ao Judiciário brasileiro. Como vimos no capítulo 1 (seção 1.1), a população americana também enxerga a atuação de sua Suprema Corte politicamente e reage a ela de forma polarizada. O processo chegou a tal ponto naquele país que os acadêmicos conseguem registrar uma correlação duradoura entre a atuação dos juízes americanos e as suas preferências partidárias (ou, no mínimo, a preferência partidária das pessoas que o indicaram ao cargo), segundo os modelos atitudinais e estratégicos do comportamento judicial (SEGAL, SPAETH, 2002; OLIVEIRA, CARDOSO, 2020)<sup>57</sup>. Em tempos recentes, com as decisões polêmicas da Suprema Corte em sua composição ultraconservadora atual, testemunhamos a crise de legitimidade (*legitimacy crisis*) da instituição frente à sociedade americana. A mesma desconfiança ocorre em outros países (BARROSO, 2017, p. 363 e ss.)

Essa conclusão provavelmente não será surpreendente para aqueles que acompanham os acontecimentos da política nacional (e internacional). Também se costuma concordar que essa situação é séria, e o envolvimento do Judiciário na polarização e nos jogos políticos é indesejável. O quão grave é esse envolvimento, no entanto, é uma discussão que tentarei desenvolver melhor nos próximos capítulos.

---

<sup>57</sup> Não há evidências consistentes de que esse tipo de atuação caracterize o Judiciário brasileiro ((FERREIRA, MUELLER, 2014; SILVA, 2018).

### 2.1.5. Síntese

Eis o que podemos tirar de conclusão a partir do que foi discutido nesta seção. O Brasil, assim como outros países, está em meio a um processo de polarização social. Essa polarização ocorre em relação às opiniões das pessoas, às suas identidades (ideológicas e partidárias) e à forma como elas se sentem em relação aos grupos sociais rivais (polarização afetiva). Para os três casos, o principal impulsionador desse processo de polarização são as pautas moralizadas, que envolvem a visão de mundo e os valores básicos dos que acompanham o debate público. A moralização do debate público contribui para outros processos de desacordo e conflitos sociais, notadamente três: as guerras culturais, os pânicos morais e o virtuosismo moral no debate público. Todos esses processos parecem estar conectados, em alguma medida. Por exemplo, a degradação do debate público causada pelas guerras culturais e pela exibição pública de virtuosismo moral pode contribuir para a polarização (fazendo os grupos se entrencharem em suas identidades e nutrir hostilidades contra os grupos políticos rivais). Em sentido oposto, a polarização pode alimentar pânicos morais (como os grupos de direita no Brasil comumente têm em relação à atuação da esquerda, os “comunistas”, etc.).

Esses processos de polarização e conflitos morais parecem ter chegado ao Judiciário brasileiro, notadamente o STF. Existe um padrão estabelecido e já contínuo no Brasil entre a apreciação que as pessoas fazem sobre a atuação do STF e as preferências partidárias delas. Isso parece indicar que as pessoas leem a atuação do STF como política, isto é, tratam o tribunal como um ator político, respondendo a ele dessa forma também.

As circunstâncias sociais com as quais os juízes no Brasil (e em outros países) têm que lidar são essas. Um cenário de ampla polarização e desacordos sociais, o Poder Judiciário absorvido nessa dinâmica. Órgãos relevantes, como o STF, tratados pela população como atores políticos.

## 2.2. Circunstâncias psicológicas: grupos, moralidade, raciocínio moral

Nesta seção, pretendo abordar com um pouco mais de detalhes as explicações de fundo para os processos de polarização e conflito social que estão em voga. Creio que é preciso compreender algumas características e disposições básicas da psicologia e do comportamento humano para que se possa esboçar uma explicação satisfatória desses processos. Se a seção anterior teve a finalidade de realizar uma investigação mais sociológica, a finalidade desta seção será fazer uma investigação mais psicológica, para falar sobre as

disposições e os padrões de comportamento das pessoas, em especial quando elas estão envolvidas em situações moralmente salientes.

Creio que um tema irá unificar as considerações desta seção: o fato de que os seres humanos são criaturas que pertencem a *grupos*. Muito do comportamento de uma pessoa pode ser entendido como a tentativa de proteção das suas identidades de grupo: as pessoas querem se conformar, pertencer. E, mais do que isso, o raciocínio humano é, em boa medida, um processo de grupo. Na seção anterior, destacamos as conexões entre polarização, conflitos sociais e moralidade. Esses três fenômenos sociais estão frequentemente aparecendo em conjunto, e parece que em momentos um impulsiona o outro. As teorias que veremos abaixo sugerem que isso não ocorre por acaso, porque em última instância todos são rastreáveis à lógica de pertencimento a grupos dos seres humanos.

### 2.2.1. *Moralidade e grupos*

Um ponto de partida interessante é o da moralidade. A moralidade, enquanto fenômeno social, é essencialmente um processo de grupo. A conexão pode ser detectada já quando pensamos no comportamento humano em uma perspectiva mais ampla, quando perguntamos *como* e *por que* o comportamento moral surgiu, o que nos leva a buscar explicações evolutivas. É comum que se pense a evolução nos moldes darwinistas como um processo implacável de seleção, competição, egoísmo – a “sobrevivência dos mais aptos”<sup>58</sup>. Como, então, o comportamento moral, que enfatiza o altruísmo, a cooperação, a caridade, a benevolência, teria espaço para acontecer num ambiente assim? A mesma indagação ocorre no contexto mais amplo da explicação da origem do comportamento altruísta e das disposições à pró-socialidade em muitos seres vivos (JOYCE, 2007; WILSON, 2013).

O próprio Darwin se preocupou com essa questão, e também encontrou caminhos para sua solução, que são desenvolvidos com mais detalhes na biologia contemporânea (DARWIN, 2009; HAMILTON, 1965; AXELROD, HAMILTON, 1981). O comportamento social é vantajoso para os seres vivos porque os habilita a fazer coisas que seriam impossíveis de fazer isoladamente. Uma matilha de lobos consegue caçar um animal muito maior do que um lobo solitário seria capaz de caçar; um cardume consegue se proteger contra predadores de forma mais eficiente do que apenas um peixe conseguiria. Assim, mesmo de um ponto de vista puramente egoísta, a cooperação pode ser considerada como evolutivamente vantajosa (SKYRMS, 2014; DENNETT, 1994).

---

<sup>58</sup> Expressão, na verdade, cunhada por Herbert Spencer. Aceita por Darwin depois, por sugestão de Alfred R. Wallace (JOHNSON, 2015).

Mas ainda temos o problema do comportamento especificamente moral, que é comum entre humanos. Talvez as motivações morais – preocupação com o próximo, ajuda dos vulneráveis, cuidado com os outros, cumprimento de promessas – sejam eficazes para garantir a cooperação. Uma redução desse tipo, no entanto, ainda parece uma explicação demasiadamente cínica para essas atitudes, porque parece implicar que as pessoas agem moralmente não porque têm legítima preocupação com o bem-estar das outras pessoas, mas apenas porque têm “segundas intenções”, vinculadas à busca de vantagens próprias futuras: valeria a pena ser “moralmente bom” porque num cálculo de custo-benefício tal comportamento conferira vantagens pessoais de longo prazo. Por baixo da superfície do comportamento humano altruísta estaria apenas um nível mais profundo de egoísmo.

No entanto, tal cinismo, ao menos quando derivado das explicações evolucionistas, se baseia em uma confusão, que é resolvida quando se diferenciam duas formas de explicação para um traço biológico. Há a explicação “distal”, evolucionista, que busca explicar a origem de comportamento no contexto macro da evolução, que toma o gene como unidade básica de explicação. E há a explicação “proximal”, psicológica, que busca compreender as intenções, os pensamentos, as motivações comportamentais das pessoas. Essas explicações se referem a fenômenos que acontecem em “níveis” diferentes. Portanto, elas podem coexistir, uma apontando para padrões egoístas, outra para motivações altruístas, sem se contradizer (JOYCE, 2007; TINBERGEN, 1963). Por exemplo, o fato de que seres humanos têm preferência por alimentos calóricos (doces, gordurosos) pode ser facilmente explicado no nível macro evolutivo pelas vantagens seletivas de buscar alimentos que forneçam mais energia, em um ambiente de escassez e competitivo, como o que era habitado por nossos ancestrais. Hoje, o excesso de calorias se tornou um inconveniente para muitas pessoas, e nada impede que elas satisfaçam suas preferências gustativas de outras formas, por exemplo, ingerindo alimentos com adição de adoçantes, ao invés de açúcar. Apesar de haver uma conexão causal indireta entre uma preferência psicológica humana e o processo evolutivo macro que a gerou, a preferência deve conservar sua autonomia explicativa, de determinar a motivação dos comportamentos.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Quando se fala sobre a *explicação distal*, geralmente se refere ao *gene*, que é unidade de seleção tradicionalmente levada em conta na explicação evolutiva. O gene seria um replicador “egoísta”, no sentido de que sua tendência seria sempre “buscar” (essa atribuição de intencionalidade aos genes é puramente metafórica) vantagem própria em detrimento de vantagem de genes concorrentes. Imaginemos dois animais buscando caçar a mesma presa, presumindo que os animais carregam conjuntos diferentes de gene e que o animal que conseguir caçar primeiro a presa terá mais chances de sobreviver. Nesse caso, podemos prever que os animais competirão pela presa arduamente, de acordo com a programação ou as características dadas pelos genes que eles carregam (tamanho das garras, velocidade, inteligência na caça, etc.). Os genes que sobreviverem serão os que derem mais

Duas formas de explicação clássicas foram desenvolvidas por biólogos para mostrar os benefícios evolutivos da cooperação. A primeira é chamada de “seleção de parentesco” e a segunda, de “altruísmo recíproco”. A seleção de parentesco tem a ver com o comportamento altruísta que é prevalente entre indivíduos aparentados – pais e filhos, irmãos, familiares, etc. (DAWKINS, 1979). Pensemos na proteção que a mãe dá à sua prole, como é comum em mamíferos. Por que haveria necessidade desse investimento de tempo e cuidado? Da perspectiva do gene a resposta é simples: os filhos compartilham 50% do material genético dos pais. Então, o investimento parental, no nível genético, pode ser explicado simplesmente como a disposição probabilística dos genes de garantir que seus replicadores continuarão a ter sucesso. Não se sai da órbita da explicação do “gene egoísta” com esse comportamento altruísta<sup>60</sup>.

Mas as situações de cooperação e altruísmo na sociedade não se limitam a pessoas da mesma família. A segunda explicação, do altruísmo recíproco, dá conta de um escopo mais amplo de cooperação. Trata-se de uma estratégia “uma mão lava a outra”: um indivíduo ajuda o outro, com alguma perda pessoal (de tempo ou recursos), mas com a expectativa de que o indivíduo que recebeu a ajuda retribua o favor no futuro, garantindo que a perda inicial seja compensada (TRIVERS, 1971, 2006). Imaginemos que um caçador que pertença a uma pequena tribo tenha sucesso em abater um animal grande (um touro, por exemplo). Ao invés de guardar toda a carne para si, ele se dispõe a guardar apenas uma parte e compartilhar o restante com os membros da tribo. Esse comportamento faz sentido, porque provavelmente

---

vantagem competitiva ao seu organismo, enquanto os que não conseguirem dar essa vantagem tenderão a desaparecer. Numa perspectiva evolucionista, é plausível estipular que os genes forneceram características fenotípicas aos animais para que eles tenham sucesso na caça. Isso aconteceria não porque os genes têm uma “intenção”, mas porque se o processo de evolução e seleção natural acontece há muito tempo, em competição implacável por recursos, faz sentido concluir que, das infinitas possibilidades de expressão genética, os genes que tiveram mais sucesso em continuar existindo, se reproduzindo e sendo repassados às gerações seguintes, foram aqueles que forneceram aos animais as melhores possibilidades de ter sucesso na caça. Os genes que foram menos eficientes nisso ficaram no caminho, foram derrotados no processo de seleção. Os genes que têm sucesso em se replicar (com a sobrevivência e reprodução dos seres vivos que os carregam) seria o com mais probabilidade de continuar a existir e prevalecer sobre as pressões da seleção natural. Por isso, faz sentido estipular no nível de explicação evolutiva, que os genes são sempre egoístas. A presunção de egoísmo faz sentido no nível de explicação do gene.

Quando se fala sobre comportamento moral, no entanto, menciona-se outro nível de análise, o *nível proximal*. Nossa preocupação é sobre o comportamento e as intenções de pessoas. O ponto aqui é que não é uma violação das leis biológicas (o que quer que se queira dizer com isso) pensarmos que as pessoas têm uma real capacidade de agir por motivos morais, de forma altruísta, sincera, benevolente, etc. Isso pode ser verdade ao mesmo tempo em que é verdade pensar que os genes são “egoístas” no sentido salientado acima. As duas coisas podem funcionar ao mesmo tempo. De fato, uma coisa pode derivar da outra (DAWKINS, 2007; RUSE, 2013).

<sup>60</sup> Vale lembrar que não estamos falando sobre as intenções psicológicas da mãe. Entre humanos, é perfeitamente plausível dizer que a mãe age motivada por amor e sincera preocupação com o bem-estar dos seus filhos. Estamos nos referindo aos genes para tentar explicar porque essas disposições e intenções surgiram, em primeiro lugar.

criará a expectativa de que em eventos futuros, em que outros membros da tribo também tenham sucesso na caça, eles também compartilharão os espólios da caça com esse caçador. Assim, é possível que as vantagens de longo prazo do compartilhamento da caça superem o custo de curto prazo que ele tenha tido.

É verdade que em situações de trocas de favores é possível que as coisas não deem certo. Para continuar o exemplo: pode ser que um membro da tribo que recebe frequentemente as porções comunitárias de carne decida, no momento em que ele tiver sucesso em uma caça, esconder os espólios da caça, ficando com toda a carne para si. Esse caçador está trapaceando, é o chamado “carona” (*free rider*), porque está disposto a recolher as vantagens da cooperação, mas não de contribuir com sua cota de custos (RANKIN, BARGUM, KOKKO, 2007; BOEHM, 2001; WHITFIELD, 2012). Há três coisas a dizer sobre o problema do *free rider*, no contexto da evolução do altruísmo recíproco.

Primeiro, a ameaça do surgimento de *free riders* é uma constante, está sempre presente nesses ambientes cooperativos. Os genes são “egoístas”, no sentido de que prevalecem aqueles que maximizam suas vantagens reprodutivas e minimizam suas desvantagens reprodutivas (ou custos). Assim, se surgir uma abertura para que um indivíduo de forma sistemática e constante consiga recolher todos os frutos da cooperação ao mesmo tempo em que não precise arcar com nenhum custo, isso provavelmente irá acontecer. Os genes não “levam em conta” o bem-estar geral, apenas maximizam as chances de reprodução dos organismos que são seus veículos.

Segundo, se a estratégia de “trapaça” do *free rider* prospera em um ambiente cooperativo de altruísmo recíproco, isso gera um problema de estabilidade, que tende a solapar as bases da cooperação. Imaginemos um cenário em que, em uma população que antes só continha indivíduos que seguiam de forma estrita a estratégia de cooperação do altruísmo recíproco, de repente surja um *free rider*<sup>61</sup>. Suponhamos também que haja um componente genético nos comportamentos da população: os seguidores do altruísmo recíproco terão filhos que seguirão o altruísmo recíproco, e os *free riders* terão filhos que serão *free riders*. Se a estratégia do novo membro *free rider* da população prosperar, quer dizer que ele terá mais sucesso reprodutivo (terá mais filhos), conseguindo deixar mais descendentes do que os membros “honestos” da população. Seus filhos, por sua vez, terão mais sucesso do que os filhos dos membros honestos da população, e daí em diante. Após sucessivas gerações, é provável que o perfil populacional mude, e que os *free riders* se tornem maioria. Mas isso não

---

<sup>61</sup> Como consequência de uma mutação genética, vamos presumir.

pode ser estável. Se o que caracteriza o comportamento do *free rider* é seu parasitismo social, isto é, sua estratégia de não contribuir em nada com a cooperação, mas apenas recolher seus frutos, se a maioria da população seguir esse padrão de comportamento, quer dizer que não haverá mais frutos da cooperação a recolher, porque quase ninguém estará contribuindo. *Toda* a população entrará em colapso. Como se diz, a morte do hospedeiro é uma tragédia também para o parasita. Os cooperativos terão fracassado, porque foram suplantados; por outro lado, os *free riders* precisam parasitar os altruístas para sobreviver. Quando eles se tornam maioria, também fracassam, porque não há mais benefícios da cooperação a colher (SKYRMS, 2004)<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Considerações parecidas são feitas dentro das discussões sobre teoria dos jogos e comportamento cooperativo, aplicadas também na biologia. O “jogo” mais conhecido e mais discutido é o do dilema do prisioneiro, especialmente em sua versão iterada (repetida) cf. (AXELROD, 1987). Na versão iterada, é possível desenvolver modelos (ou estratégias) de cooperação. Um modelo que famoso é o “*tit for tat*” (ou “olho por olho”). Como diz Joyce: “O dilema do prisioneiro (PD) envolve dois indivíduos que estão decidindo como interagir: ambos podem cooperar, ou ambos desertar, ou um pode oferecer cooperação enquanto o outro deserta. Mas eles precisam tomar uma decisão simultaneamente e depois comparar os resultados. Cada resultado possível está associado a uma ‘recompensa’ para os jogadores. Na rotulagem convencional, 8 é R (para recompensa por cooperação), 10 é T (para tentação), 1 é S (para recompensa do otário) e 3 é P (para punição por deserção conjunta). O dilema do prisioneiro exige que  $T > R > P > S$  e que  $2R > T + S$ . Se você puder jogar este jogo apenas uma vez, com outro jogador, é difícil saber o que fazer. Você pode sentir que a cooperação mútua seria um bom resultado, mas escolher “cooperação” como sua escolha imediatamente o torna vulnerável à exploração. Você pode confiar que seu oponente não irá deixá-lo com 1? Melhor, talvez, estar do lado seguro e escolher ‘desertar’, já que pelo menos tirar 3 é melhor do que 1. Claro, se o oponente raciocinar da mesma maneira, vocês dois acabarão desertando. As coisas são diferentes em um jogo iterado, quando você vai jogar uma série de jogos com a mesma pessoa, embora não saiba quantos. Nesse caso, você precisa desenvolver uma estratégia que pode ser sensível ao que o jogador fez nas rodadas anteriores. Você pode decidir desertar por um tempo e depois tentar ‘desculpar-se’ oferecendo cooperação. Ou você pode simplesmente decidir sempre desertar, independentemente do que seu oponente faça. A estratégia que foi tornada famosa por Robert Axelrod (embora tenha sido projetada por Anatol Rapoport) é conhecida como ‘*tit for tat*’ (TFT). O TFT é incrivelmente simples: ofereça cooperação na primeira rodada e, a partir daí, apenas imite o movimento anterior do seu oponente. Isso equivale a cooperar enquanto o oponente estiver cooperando, nunca desertando primeiro, respondendo a qualquer deserção com sua própria deserção imediata e, se ocorrer deserção mútua, esperar pacientemente que o oponente “se desculpe” (pois ele que deve ter começado [a desertar]). O TFT é ‘amigável’, não vulnerável à exploração contínua e não explorador”. Tradução livre de: “*The prisoner’s dilemma (PD) involves two individuals who are deciding how to interact: They can both cooperate, or they can both defect, or one may offer cooperation while the other defects. But they have to make a decision simultaneously, and then compare results. Each possible outcome is associated with a ‘payoff’ for the players. In the conventional labeling, 8 is R (for reward for cooperation), 10 is T (for temptation), 1 is S (for sucker’s payoff) and 3 is P (for punishment for joint defection). A prisoner’s dilemma requires that  $T > R > P > S$ , and that  $2R > T + S$ . If you are allowed to play this game just once, with one other player, it is difficult to know what to do. You might feel that mutual cooperation would be a good outcome, but to choose ‘cooperation’ as your choice immediately opens you to exploitation. Can you trust your opponent not to leave you with 1? Better, perhaps, to be on the safe side and choose ‘defect’, since at least getting 3 is better than 1. Of course, if the opponent reasons in the same manner, you’ll both end up defecting. Things are different in an iterated game, when you’re going to play a whole series of games with the same person, though you don’t know how many games. There you need to develop a strategy which may be sensitive to what the player did on previous rounds. You may decide to defect for a while, and then try to ‘apologize’ by offering cooperation. Or you may simply decide to always defect regardless of what your opponent does. The strategy made famous by Robert Axelrod (though it was designed by Anatol Rapoport) is known as ‘tit for tat’ (TFT). TFT is terribly simple: Offer cooperation on the first round, and from then on just imitate your opponent’s previous move. This amounts to cooperating so long as the opponent is cooperating, never defecting first, responding to any defection with your own prompt defection, and, if involved in mutual defecting, waiting patiently for the*”

Com esses dois pontos estabelecidos, podemos passar ao terceiro apontamento. Para garantir estabilidade, grupos cooperativos que adotam estratégias de altruísmo recíproco devem também adotar mecanismos de punição e controle, para detectar e suprimir os *free riders*. Há necessidade de estratégias de punição, por exemplo, e parece ser importante que os indivíduos sinalizem que são confiáveis para a cooperação.

A moralidade, observada nessa perspectiva mais ampla e como fenômeno social humano, parece desempenhar precisamente um papel regulativo da cooperação. Como diz Greene: “A moralidade é um conjunto de adaptações psicológicas que permitem que indivíduos que de outra forma seriam egoístas possam colher os frutos da cooperação” (GREENE, 2014, p. 23)<sup>63</sup>. Ela cumpre duas funções. Primeiro, uma função de estímulo à cooperação (função “amai o próximo”, podemos dizer), em que estimula comportamentos pró-sociais, a benevolência, a caridade, o cuidado, o afeto, a gratidão, nos corolários quase universais da “regra de ouro” (KELSEN, 1998).

Por outro lado, ela também cumpre uma função punitiva, de supressão de comportamentos vistos como não-cooperativos (função “olho por olho”). São conhecidas as duras respostas sociais que as motivações morais podem gerar, como agressões, linchamentos, espirais de vingança e retribuição (ADKINS, 2003)<sup>64</sup>. Há emoções como a raiva, a indignação moral e o sentimento de pureza moralizada, que podem motivar comportamentos agressivos e animosidades em relação a outras pessoas e grupos (FLANAGAN, 2021). As pessoas também se preocupam com sua reputação e seu status social, podem reagir de forma violenta a condutas que consideram desrespeitosas, que maculam sua honra. Em estudo clássico, Nisbett e Cohen (1996) descrevem a “cultura de honra” no sul dos EUA e em outras regiões, que é correlacionada com níveis mais altos de violência, lesões corporais e homicídios.

As pessoas têm especial aversão àquelas figuras que parecem sabotar o pacto social de cooperação, rotulando-as de “trapaceiras”, “corruptas”, “desleais”, “traidoras”, “covardes”, “hipócritas” (CÔRTEZ, CARDOSO, 2021). Múltiplos estudos e experimentos mostram que as pessoas têm uma motivação especial de punir aqueles que consideram trapaceiros. Elas frequentemente estão dispostas a levar a punição a termo mesmo que isso implique sacrifícios

---

*opponent to ‘apologize’ (for she must have started it). TFT is “friendly,” not open to serious exploitation, and not exploitative”* (JOYCE, 2007, pp. 27-8).

<sup>63</sup> Tradução livre de: “*Morality is a set of psychological adaptations that allow otherwise selfish individuals to reap the benefits of cooperation*”.

<sup>64</sup> Alguns juristas argumentam que o uso da força moralizada e difusa pode chegar a um nível tal de descontrole e escalada de violência que explicaria a criação do Estado. Ao assumir para si o monopólio do uso da força e institucionalizar a coerção, uma das funções do Estado seria conter os ímpetus punitivistas da sociedade (BOBBIO, 2014, 2016)

ao seu bem-estar pessoal ou perdas monetárias<sup>65</sup>. A reação a trapaceiros é rápida, automática, fortemente emocional, algo como um movimento-reflexo cognitivo (VAN LIER, REVLIN, DE NEYS, 2013; HAIDT, 2012). Psicólogos evolucionistas alegam que os seres humanos têm facilidade extraordinária de enxergar interações sociais pelas lentes da detecção de trapaceiros, interpretando rapidamente o comportamento do outro como pró-social ou não e reagindo de forma correspondente. Alguns, como Leda Cosmides e John Tooby, afirmam que isso ocorre porque os humanos têm um módulo cognitivo específico, dedicado apenas a essa tarefa, o chamado Módulo de Detecção de Trapaceiros (*Cheater Detection Module - CDM*) (COSMIDES, 1989; COSMIDES, TOOBY, 2015; BARKOW, COSMIDES, TOOBY, 1992).

Se essas estratégias existem e a moralidade é uma forma de garantir a cooperação e a coesão social, por que então estamos presenciando, em nossas comunidades, fortes tendências à polarização e ao conflito que são alimentadas precisamente por essas motivações morais? Se a moralidade é uma ferramenta de coesão social, por que ela está causando desacordos e polarização? É importante perceber o escopo das estratégias morais de cooperação. Elas valem para o âmbito de um *grupo* social cooperativo (ou uma tribo, se quisermos continuar no exemplo elaborado acima).

Joshua Greene aponta que “a moralidade evoluiu para possibilitar a cooperação, mas essa conclusão vem com uma ressalva importante. Biologicamente falando, os seres humanos foram projetados para cooperar, mas apenas com algumas pessoas”. A humanidade, na maior parte de sua história evolutiva, viveu em grupos pequenos (bandos ou caçadores-coletores); o surgimento de preocupações cosmopolitas mais abstratas faz pouco sentido nesse contexto. “Nossos cérebros morais evoluíram para a cooperação dentro de grupos, e talvez apenas no contexto de relacionamentos pessoais. Nossos cérebros morais não evoluíram para cooperação entre grupos (pelo menos não todos os grupos)”. Os seres humanos no passado viviam em condições de constante escassez e tinham que lidar com ameaças diversas. O estreitamento das relações cooperativas em grupo foi não somente um recurso interessante de

---

<sup>65</sup> São famosos os experimentos de “jogos sociais”, como os do “ultimato”, “dos bens públicos” e do “ditador”. Todos eles envolvem recursos (dinheiro, mesmo que hipotético), e em todos eles as pessoas têm opções de punir aqueles que elas consideram que não estão jogando “justo”, mas ao custo de perdas monetárias pessoais. Esses jogos foram aplicados em muitos contextos experimentais, e para diversas culturas, inclusive em sociedades de menor escala ao redor do mundo. Os dados de que as pessoas aplicam punições moralistas nesses jogos são consistentes em todas as culturas (apesar de haver variação na frequência para cada grupo). Os experimentos foram conduzidos especialmente por Joseph Henrich e seus colaboradores. Cf. (GUTH, SCHMIRBERGER et al, 1982; HENRICH, BOYD et al, 2001; HENRICH, ENSMINGER et al, 2010; HENRICH, GIL-WHITE, 2001; HENRICH, MCELREATH et al, 2006; HERRMANN, THONI et al, 2008; LIBERMAN, SAMUELS et al, 2004; LIST, 2007; OECHSSLER, ROIDER, SCHMITZ, 2008). Para uma síntese, cf. (HENRICH, 2004; OOSTERBEEK, SLOOF, VAN DE KUILEN, 2004).

relacionamento com os outros, mas um movimento essencial para o aumento da chance de sobrevivência dos humanos. O que significa dizer que houve forte competição *entre* grupos humanos para colher as vantagens da cooperação. “Se a moralidade é um conjunto de adaptações para cooperação, nós hoje somos seres morais apenas porque nossos ancestrais com mentalidade moral superaram seus vizinhos com mentalidade menos moral” (GREENE, 2014, pp. 23-6)<sup>66</sup>.

Além de reforçar os laços de cooperação (e detectar e punir os trapaceiros) *dentro* do grupo, a moralidade humana também cria um senso de identidade grupal e hostilidade aos grupos concorrentes, aumentando a competição *entre* grupos. Como afirma Greene (2014, p. 26): “Precisamente o mesmo padrão de pensamento moral que habilita a cooperação dentro dos grupos prejudica a cooperação entre os grupos. [...] A moralidade não evoluiu para promover a cooperação universal. Pelo contrário, evoluiu como um dispositivo para uma competição intergrupala bem-sucedida”<sup>67</sup>. As pessoas são, de forma geral, altruístas, mas em um sentido limitado do termo: costuma-se dizer que o comportamento humano é marcado pelo altruísmo paroquial (*parochial altruism*) ou pelo tribalismo (CHUA, 2019; BERNHARD, FISCHBACHER, FEHR, 2006). Seres humanos tendem a cooperar e a priorizar o bem-estar de membros que consideram de seu grupo (*in-group*), e a ser mais hostis e a confiar menos em membros que consideram de fora do seu grupo (*out-group*) (CHOI, BOWLES, 2007; ABBINK et al, 2012).

As tendências tribalistas parecem tão fortes em seres humanos que os mais leves estímulos podem ser suficientes para ativar um senso de pertencimento a grupo e modificar seu padrão de comportamento, mesmo que de forma inconsciente. Os clássicos estudos do psicólogo social Henri Tajfel, figura pioneira na área da psicologia social, mostram bem como isso pode acontecer<sup>68</sup>. Duas investigações que ele desenvolveu merecem menção.

---

<sup>66</sup> Tradução livre de: “*Morality evolved to enable cooperation, but this conclusion comes with an important caveat. Biologically speaking, humans were designed for cooperation, but only with some people. Our moral brains evolved for cooperation within groups, and perhaps only within the context of personal relationships. Our moral brains did not evolve for cooperation between groups (at least not all groups). [...] As with the evolution of faster carnivores, competition is essential for the evolution of cooperation. [I]f morality is a set of adaptations for cooperation, we today are moral beings only because our morally minded ancestors outcompeted their less morally minded neighbors. And thus, insofar as morality is a biological adaptation, it evolved not only as a device for putting Us ahead of Me, but as a device for putting Us ahead of Them*”.

<sup>67</sup> Tradução livre de: “[T]he very same moral thinking that enables cooperation within groups undermines cooperation between groups. [...] This is unfortunate, but it should come as no surprise, [...]: Morality did not evolve to promote universal cooperation. On the contrary, it evolved as a device for successful intergroup competition”.

<sup>68</sup> A história de vida Tajfel também é merecedora de menção. Segue o relato de Ezra Klein: “Tajfel era um judeu polonês, nascido em 1919. Ele imigrou para a França na década de 1930 porque os judeus não podiam obter

A primeira é sua hipótese sobre as bases cognitivas do preconceito e da parcialidade humanos. Como causas desses comportamentos, teóricos contemporâneos a Tajfel tendiam a destacar disposições individuais das pessoas. Por exemplo, alguns estipulavam que o preconceito extremo resultava de características de personalidade, como o autoritarismo (KLEIN, 2020, cap. 3). Tajfel, no entanto, acreditava que esses comportamentos e disposições advinham de processos cognitivos mais básicos, comuns a todas as pessoas, especialmente os relacionados à capacidade de categorização humana. Esses processos seriam cooptados nas avaliações preconceituosas de forma quase automática. Experimentos subsequentes corroboraram essa hipótese. Em um experimento clássico, participantes eram convidados a categorizar o comprimento de linhas, dizer quais eram mais longas e quais eram mais curtas. Tajfel notou que a imposição de categorias influenciava o julgamento dos participantes. Se as linhas fossem apresentadas sem nenhuma categorização, os erros tendiam a ser aleatórios. Por outro lado, se as linhas fossem apresentadas seguindo uma categorização, por exemplo, linhas da categoria A fossem em geral mais longas, e linhas da categoria B, mais curtas, os participantes tendiam a errar conforme um padrão, superestimando o tamanho de algumas linhas (categoria A) e subestimando o tamanho de outras linhas (categoria B)<sup>69</sup>. Nessas situações, os participantes provavelmente estavam julgando as linhas automaticamente com base em suas categorias (A ou B), ao invés de se atentar ao comprimento de cada linha individualmente (TAJFEL, 1981, cap. 4; CORNEILLE et al, 2002). Para Tajfel, o processo é

---

educação universitária na Polônia. Com a Segunda Guerra Mundial devastando a Europa, ele se juntou ao exército francês em 1939 e foi capturado pelos alemães em 1940. Ele passou os cinco anos seguintes em campos de prisioneiros de guerra alemães. 'Durante todo esse período, ele viveu sob a falsa identidade de ser francês', escreveu seu aluno e colaborador John Turner: 'se as autoridades alemãs tivessem descoberto que ele era polonês e não judeu francês, ele teria sido morto.' Isso se tornou, Turner lembrou mais tarde, o motivo básico da fixação de Tajfel [no tema da] identidade [...] Tajfel voltou para a França em maio de 1945. 'Quase ninguém que eu conhecia em 1939 - incluindo minha família - foi deixado vivo', ele lembrou mais tarde. E por que seus pais foram assassinados? Por que seu irmão foi morto? A resposta, para eles, era a mesma para 6 milhões de outros judeus: eles eram judeus. Não é difícil entender por que um homem que passou por essa época, que sobreviveu apenas por ter assumido uma identidade que não era a sua, ficaria obcecado com a psicologia da identidade de grupo. Tradução livre de: "*Tajfel was a Polish Jew, born in 1919. He immigrated to France in the 1930s because Jews couldn't get a university education in Poland. With World War II ripping through Europe, he joined the French army in 1939 and was captured by the Germans in 1940. He spent the next five years in German prisoner-of-war camps. 'All through this period he lived under the false identity of being French,' wrote his student and collaborator John Turner: 'had it been discovered by the German authorities that he was a Polish rather than a French Jew he would have been killed.'*

*This became, Turner later recalled, the base layer of Tajfel's fixation on identity [...] Tajfel returned to France in May 1945. 'Hardly anyone I knew in 1939—including my family—was left alive,' he later recalled. And why had his parents been murdered? Why was his brother killed? The answer, for them, was the same as the answer for 6 million other Jews: they were Jewish. It is not hard to understand why a man who endured this era, who survived only by slipping into an identity that was not his own, would find himself obsessing over the psychology of group identity"* (KLEIN, 2020, cap. 3).

<sup>69</sup> O erro aqui é assumir que se a linha é da categoria A, automaticamente ela será mais longa do que a linha da categoria B. Só porque isso acontece em geral, não quer dizer que valha em específico para cada caso de comparação. Mas essas assunções errôneas provavelmente se originam de processos cognitivos inconscientes.

similar no preconceito social, na imposição distorcida de divisões e agrupamentos entre pessoas com base em categorias como cor, origem étnica ou origem nacional. Assim, por exemplo, um americano xenófobo tenderá a classificar um imigrante latino na categoria “imigrante latino”, *superestimando* as semelhanças que todos os imigrantes latinos têm entre si e *subestimando* as semelhanças que eles têm com os “americanos brancos” (a outra categoria) (TAJFEL, 1969, 1981).

A segunda investigação que merece menção é sobre as características ou circunstâncias que podem ser gatilhos da categorização social. Se as pessoas têm uma tendência básica, quase automática, em agrupar seus pares sociais em grupos, a partir de qual ponto um estímulo ou uma informação seriam suficientes para suscitar essa categorização? Para compreender isso, Tajfel conduziu diversos (e hoje considerados clássicos) experimentos sobre os chamados “grupos mínimos” (isto é, aqueles que precisavam dos mínimos inputs para surgir), concluindo que seres humanos têm uma capacidade quase ilimitada de criação de grupos, muitas vezes a partir dos inputs mais irrelevantes ou arbitrários. Os experimentos geralmente funcionavam assim: os participantes eram separados em dois grupos, com base em critérios irrelevantes ou quase irrelevantes (exemplos: desempenho anterior dos participantes em testes matemáticos, como os participantes julgaram anteriormente obras de arte, o arremesso de uma moeda), e depois se pedia que eles distribuíssem recursos entre os grupos. Os pesquisadores queriam saber se haveria parcialidades ou sinais de favorecimentos. Os favorecimentos geralmente ocorriam. Mencionarei aqui apenas um.

O experimento, um dos primeiros de Tajfel sobre o tema, envolvia crianças em idade escolar. Ele e seus colaboradores convidaram 65 meninos, de idade entre 14 e 15 anos e vindos da mesma escola, para o laboratório (TAJFEL, 1970). Na primeira rodada do experimento, os pesquisadores afirmaram que queriam testar a habilidade de “julgamento visual” das crianças. Eram mostrados às crianças alguns conjuntos de bolinhas e se pedia a elas que estimassem quantas elas viam. Na segunda rodada do experimento, os pesquisadores diziam que queriam aproveitar a presença das crianças para conduzir outro teste, que não tinha nenhuma relação com o primeiro. Para simplificar as coisas, eles iam separar os meninos em grupos, baseados no índice de acertos do estudo anterior. Os que tivessem altos índices de acertos iriam para um grupo, os que tivessem índices mais baixos iriam para o outro. Na realidade, isso era falso, o teste anterior era completa ficção, e os meninos foram divididos aleatoriamente em grupos, sendo informados dos grupos aos quais pertenciam e da composição dos grupos rivais. No segundo teste, os meninos deveriam dividir uma quantia

limitada de dinheiro entre eles. Um menino não tinha autorização de pegar o dinheiro para si, só de alocá-lo para os outros meninos.

Trata-se do mais leve incentivo possível para a criação de grupos: a separação de meninos com base na pontuação em um teste de contagem de bolinhas. Que, além de tudo, era um falso pretexto, pois a divisão era aleatória. Tajfel não contava que o experimento fosse produzir vieses significativos. Como conta Turner, seu colaborador: “Sua ideia era estabelecer um patamar base de não comportamento intergrupar e, em seguida, adicionar variáveis cumulativamente para ver em que ponto ocorreria discriminação intergrupar” (ROBINSON, 1996)<sup>70</sup>. Mas até Tajfel subestimou os efeitos do grupo, porque, de fato, nos resultados do experimento havia diretos sinais de que uma identidade de grupos estava se formando. A grande maioria dos meninos deu mais dinheiro para os membros do seu “grupo” do que para os membros do outro “grupo”<sup>71</sup>. Mais do que isso, quando os meninos eram informados que estavam dando dinheiro para “membros” do seu grupo, eles tendiam a fazer uma divisão mais justa, mas quando eram informados que estavam dando dinheiro para todos os meninos, eles privilegiavam os membros de seu grupo.

Por fim, Tajfel, em colaboração com Turner, desenvolveu a teoria da identidade de grupo. Em síntese, a teoria leva em conta as conclusões das duas investigações acima. Para os autores, as pessoas têm uma tendência inata a categorizarem-se em grupos. Elas constroem sua identidade tendo como base o pertencimento a alguns grupos e reforçando as fronteiras desses grupos com os outros. Segundo os autores, os grupos nos fornecem identidade (nos dizem quem somos) e autoestima (uma autoimagem que é corroborada pelas expectativas do grupo) (TAJFEL, TURNER, 1986). Quanto mais valioso o pertencimento ao grupo é para uma pessoa (talvez reforce sua identidade), maior será a tendência dessa pessoa se aferrar a ele, e de ter uma visão negativa dos membros dos grupos opostos (TAJFEL, 1981). Talvez o processo de polarização de nossa época fique mais inteligível e, em um sentido, previsível, quando levamos em conta a íntima conexão que nossas identidades têm com os grupos, a facilidade com que os criamos, nos aferramos a eles e hostilizamos aqueles que pertencem a grupos rivais.

---

<sup>70</sup> Tradução livre de: “*His idea was to establish a baseline of no intergroup behavior and then to add variables cumulatively to see at what point intergroup discrimination occurred*”.

<sup>71</sup> Resultados similares foram obtidos no (também clássico) experimento conduzido por Muzafer Sherif sobre a formação de grupos em meninos, conhecido como “*Robbers cave field experiment*”. Sherif levou 22 meninos para uma expedição, os separou em grupos e criou alguns estímulos para a competição entre os grupos. Depois de alguns dias, a competição e a rivalidade entre os grupos escalaram para altos níveis. Cf. (SHERIF, 1954, 1958, 1961).

### 2.2.2. *Raciocínio moral e grupos*

Mas a influência do grupo não se limita a esses aspectos disposicionais e comportamentais. Ela se estende aos nossos processos de raciocínio. Somos criaturas moldadas para pensar socialmente, de forma conversacional e em conjunto com quem consideramos nossos pares; em relação a qualquer tema, a presença do grupo é essencial para que nosso raciocínio e nossa capacidade justificativa sejam desenvolvidos (MERCIER, SPERBER, 2017). Há uma variedade de experimentos que mostram essa dependência, que inclusive podem levar a distorções. Talvez os mais famosos sejam os “experimentos de conformidade” realizados por Solomon Asch, nos anos 1950. As versões tradicionais do experimento seguiam o seguinte roteiro: ele atribuía uma tarefa simples aos participantes: mostrava a eles uma carta com uma linha e pedia que eles a combinassem com outra carta que tivesse uma linha do mesmo tamanho. Em testes de controle, menos de 1% dos participantes erravam na tarefa. Nas condições de experimento, no entanto, o cenário mudava. Além do participante original, Asch adicionava mais cinco a sete “participantes” para fazer o experimento em conjunto com ele, mas os instrua a parear os cartões de forma errônea de tempos em tempos. Quando isso acontecia, a probabilidade de o participante dar a resposta errônea subia de 1% para cerca de 37% (ASCH, 1951, 1955, 1956). Os experimentos de conformidade continuam a ser feitos (inclusive com acréscimos de variações) e replicados até hoje (LARSON, 1990; TURNER, 1991; BRANDSTETTER et al, 2014).

Em estudos sobre deliberação em questões políticas, os padrões dos resultados são os mesmos. O pesquisador Dan Kahan realizou diversos estudos nessa linha. Em um deles, para avaliar a influência das identidades no raciocínio das pessoas, ele e colaboradores selecionaram mil americanos, avaliaram suas posições políticas (se eles eram liberais ou conservadores) e aplicaram um teste para avaliar suas habilidades matemáticas (KAHAN, 2017). Depois, os pesquisadores apresentaram um quebra-cabeça matemático aos participantes sobre um tema irrelevante politicamente (quão bem um creme para a pele funcionava) que à primeira vista parece ter uma solução fácil, mas que é enganosa: geralmente apenas aqueles com habilidades matemáticas mais avançadas conseguem escapar dessa “armadilha” e encontrar a solução correta. Como seria de se esperar, os participantes de melhor habilidade matemática tiveram melhor desempenho na solução do quebra-cabeça, porque estavam mais habilitados a detectar a “armadilha”. O resultado foi o mesmo tanto para conservadores quanto para liberais. Na próxima etapa do estudo, os pesquisadores fizeram uma reformulação do quebra-cabeça. Ele apresentava os mesmos números de antes, mas

passou a ser sobre um tema altamente politizado: uma proposta de proibir a posse de armas de fogo em cidades; os números se referiam aos efeitos da proibição das armas de fogo nos índices criminais da cidade. Nessa versão do problema, a habilidade matemática dos participantes deixou de ser preditiva. O que se tornou preditivo dos resultados foi a posição política do participante. Quando um liberal se deparava com uma versão do quebra-cabeça em que a resposta correta corroborava sua preferência política (mostrando que a proibição das armas de fogo funcionava), ele se tornava altamente capaz de encontrar a solução do problema; por outro lado, quando se deparava com uma versão do problema em que a resposta correta refutava sua posição política (mostrando que a proibição das armas de fogo não funcionava), ele tendia a ir excepcionalmente mal, caindo na “armadilha” de escolher a resposta enganosa (e conveniente para ele). O mesmo valia para os participantes conservadores, em sentido inverso. O padrão se repetia mesmo entre aqueles (liberais ou conservadores) com habilidades matemáticas avançadas. Basicamente, a capacidade de solução de problema dos participantes deixou de importar, sendo superada pelas suas preferências políticas. Kahan e seus colaboradores obtiveram resultados similares em outros estudos com essa estrutura (KAHAN et al, 2011; KAHAN et al, 2012).

Outros pesquisadores encontraram resultados semelhantes. Em análises de pesquisas de opinião, os cientistas políticos Christopher Achen e Larry Bartels perceberam que, em muitos temas politicamente sensíveis, as pessoas mais bem informadas tinham maior tendência a dar respostas erradas. Por exemplo, à pergunta “durante o governo Clinton, o tamanho da dívida pública americana anual diminuiu, aumentou ou ficou mais o menos o mesmo?” os entrevistados republicanos e democratas não muito informados acertavam e erravam mais ou menos com a mesma frequência (a resposta correta é que a dívida diminuiu drasticamente). No entanto, os entrevistados republicanos mais bem informados eram os que erravam de forma mais frequente (ACHEN, BARTELS, 2006). Em outra questão, sobre o governo Reagan, respondentes fortemente democratas tendiam a responder que a inflação piorou muito nos oito anos de seu mandato. Mas, na verdade, a inflação diminuiu muito no período (de 13,5% para 4,1%) (BARTELS, 2008).

Achen e Bartels concluíram que a explicação mais plausível para essas discrepâncias é a de estar ocorrendo um processo de racionalização. A motivação implícita dos respondentes era não a de investigar as evidências para as perguntas, mas alinhar as respostas às suas identidades e lealdades grupais. Como os autores afirmam: “Mesmo entre pessoas extraordinariamente bem informadas e politicamente engajadas, as preferências e julgamentos

políticos que parecem ser as bases de sua atuação partidária e do seu comportamento eleitoral são, muitas vezes, na realidade, consequências de lealdades partidárias e grupais”. E eles concluem: “De fato, quanto mais informação o eleitor tem, geralmente mais capaz ele é de reforçar suas identidades com razões que soam racionais” (ACHEN, BARTELS, 2016, p. 268).

Para Kahan e seus colaboradores, nós concebemos de maneira errada o raciocínio humano. Partimos de um modelo subjacente, talvez mais desenvolvido para alguns e menos para outros, de que os seres humanos têm o objetivo básico de buscar a verdade ou conhecer os “fatos” quando raciocina (Kahan et al, 2012). Nesse caso, quando as pessoas erram ou discordam veementemente sobre as questões da vida, o problema só pode ser insuficiência de informação, e a solução, a disponibilização de mais informação para todos. Klein (2020, cap. 4) nomeia esse modelo de “hipótese da informação adicional”, que tem um caráter traiçoeiramente tentador: parece que precisamos de um pouco mais de informação, da melhora na educação dos cidadãos, de explicações mais claras dos cientistas, de programas de TV com mais qualidade, e daí em algum ponto haverá a “virada” e os desacordos serão minimizados ou controlados.

As evidências que estamos examinando parecem indicar que as coisas não são assim. Como vimos, em algumas situações as pessoas mais informadas têm maior chance de se enganar do que as menos informadas. “Você já discutiu com um negacionista do 11 de setembro?” pergunta Klein (2020, cap. 4). “Eu já, e eles são muito bem informados sobre os vários pontos de fusão do aço”<sup>72</sup>. Uma hipótese alternativa é mais plausível. Quando os debates envolvem valores, moralidade e nossas identidades sociais, estamos mais preocupados em vencer do que em ter razão. Buscamos proteger nossas identidades e os vínculos com nossos grupos. Isso é o que de fato *fazemos*, mesmo que nós, subjetivamente, e até honestamente, nos vejamos como buscadores das melhores evidências, escolhedores dos melhores argumentos. Parece, até para nós mesmos – ou especialmente para nós mesmos, que estamos raciocinando para encontrar a verdade (o título do artigo de Achen e Bartels (2006) citado acima é “*It feels like we’re thinking*”). Mas não estamos. É só que a necessidade de proteção de identidades é algo tão fundamental para os seres humanos que é muito difícil isolar sua influência de nossa cognição. Kahan nomeia essa hipótese alternativa de “cognição protetora de identidades” (*identity-protective cognition*). “Como forma de evitar dissonâncias

---

<sup>72</sup> Tradução livre de: “*Ever argued with a 9/11 truther? I have, and they are quite informed about the various melting points of steel*”.

e o afastamento dos grupos que valorizamos, os indivíduos subconscientemente resistem a informações factuais que ameaçam seus valores básicos. [...] O que acreditamos sobre os fatos nos diz quem somos” (KLEIN, 2020, cap. 4). Não se nega que as pessoas, em condições normais, aceitem verdades científicas ou as evidências. Elas não costumam ter problemas em aceitar as opiniões de astrônomos, oceanógrafos, neurocirurgiões, engenheiros. As coisas mudam quando essas opiniões entram em competição (ameaçam) as identidades que elas valorizam profundamente. Nesse caso, em muitas situações será o elemento factual que irá ceder, sendo “dobrado” para se readequar aos valores da pessoa.

### 2.2.3. Modelo Social-Intuicionista

O psicólogo Jonathan Haidt faz uma sistematização notável dos dados que estamos apresentando. Consideremos seu famoso artigo, publicado em 2001: “*The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment*”<sup>73</sup>. Haidt (2001) o inicia realizando um movimento similar ao de Kahan (2012). Primeiro, argumenta que existe um modelo padrão na psicologia e na filosofia moral sobre o processo de deliberação e julgamento moral humano, defendido por autores como Piaget, Kohlberg e Turiel, o chamado “modelo racionalista”: “Abordagens racionalistas na psicologia moral [...] dizem que o conhecimento moral e o julgamento moral são alcançados principalmente por um processo de raciocínio e reflexão” (HAIDT, 2001, p. 814)<sup>74</sup>. Depois, argumenta que esse modelo é inadequado, pois não se compatibiliza da melhor forma com as recentes evidências e estudos em psicologia, neurociência e até observações sociológicas sobre o comportamento humano<sup>75</sup>. A diferença, no entanto, é que em substituição ele propõe um modelo sistemático e abrangente sobre o julgamento moral humano. O modelo não se limita às temáticas políticas;

<sup>73</sup> Haidt, posteriormente, alegou ter se arrependido de ter feito a contraposição entre razão e emoção no título do seu artigo, porque ela levou a mal-entendidos interpretativos. A contraposição correta é entre dois processos de pensamento: o intuitivo e o deliberativo. O mal-entendido para o qual se abre espaço é o de considerar que o pensamento intuitivo é guiado somente por emoções e que o pensamento deliberativo é guiado puramente por considerações lógicas ou inferenciais. Essa conclusão é um erro. *Ambos* os tipos de pensamento são guiados por elementos emocionais, assim como por elementos inferenciais. Eles são diferentes, mas não é essa a diferença que os demarca (HAIDT, 2012).

<sup>74</sup> Tradução livre de: “*Rationalist approaches in moral psychology, by extension, say that moral knowledge and moral judgment are reached primarily by a process of reasoning and reflection.*”.

<sup>75</sup> Um resumo dessas evidências, levantadas pelo autor, é o seguinte: “Essas descobertas oferecem quatro razões para duvidar da causalidade do raciocínio no julgamento moral: (a) Existem dois processos cognitivos em ação – raciocínio e intuição – e o processo de raciocínio foi superestimado; (b) o raciocínio é frequentemente motivado; (c) o processo de raciocínio constrói justificativas post hoc, mas experimentamos a ilusão de raciocínio objetivo; e (d) a ação moral covaria mais com a emoção moral do que com o raciocínio moral”. Tradução livre de: “*These findings offer four reasons for doubting the causality of reasoning in moral judgment: (a) There are two cognitive processes at work—reasoning and intuition—and the reasoning process has been overemphasized; (b) reasoning is often motivated; (c) the reasoning process constructs post hoc justifications, yet we experience the illusion of objective reasoning; and (d) moral action covaries with moral emotion more than with moral reasoning*” (HAIDT, 2001, p. 815).

abrange os julgamentos morais de forma geral. Haidt o denomina “Modelo Social-Intuicionista” do julgamento moral (*Social Intuitionist Model*, ou *SIM*).

O *SIM* se baseia em duas ideias. A primeira ideia é que os julgamentos morais humanos são, em sua maioria, primariamente decorrentes de intuições, e não de raciocínio: “As abordagens intuicionistas na psicologia moral [...] dizem que as intuições morais (incluindo as emoções morais) vêm primeiro e causam diretamente os julgamentos morais. A intuição moral é um tipo de cognição, mas não é um tipo de raciocínio” (HAIDT, 2001, p. 814)<sup>76</sup>. Há algum tempo psicólogos, neurocientistas e filósofos que reconhecem que seres humanos têm dois padrões de pensamento. Muitos nomes são dados a esses padrões: razão x emoção; raciocínio x intuição; raciocínio inferencial x raciocínio não-inferencial, sistema 1 x sistema 2<sup>77</sup>, etc., mas as diferenças entre esses padrões de pensamento são mais ou menos claras, independentemente da forma que eles são chamados. Haidt, que os classifica como “intuição” e “raciocínio”, fala sobre essas diferenças: “a intuição ocorre rapidamente, sem esforço e automaticamente, de modo que apenas o resultado, mas não o processo, está acessível à consciência, enquanto o raciocínio ocorre mais lentamente, requer algum esforço e envolve pelo menos algumas etapas que são acessíveis à consciência”<sup>78</sup>. E define a intuição moral como: “o súbito aparecimento na consciência de um julgamento moral, incluindo uma valência afetiva (bom/mau, gostar/não gostar), sem qualquer percepção consciente de que

---

<sup>76</sup> Tradução livre de: “*Intuitionist approaches in moral psychology [...] say that moral intuitions (including moral emotions) come first and directly cause moral judgments. Moral intuition is a kind of cognition, but it is not a kind of reasoning*”.

<sup>77</sup> Cf. KAHNEMAN, 2012, para uma análise minuciosa e clara das diferenças entre “sistema 1” e “sistema 2”, em sua terminologia.

<sup>78</sup> Haidt (2001, p. 818) dá uma definição mais extensa de “intuição”: “O estudiosos da intuição geralmente enfatizam o fato de que um julgamento, solução ou outra conclusão aparece repentinamente e sem esforço na consciência, sem qualquer percepção da pessoa dos processos mentais que levaram ao resultado. Bruner alega que a intuição não procede passo-a-passo; em vez disso, envolve ‘manobras baseadas aparentemente em uma percepção implícita do problema total. O pensador chega a uma resposta, que pode estar certa ou errada, com pouca ou nenhuma consciência do processo pelo qual ele a alcançou’. Deve-se enfatizar que o contraste entre intuição e raciocínio não é o contraste entre emoção e cognição. A intuição, o raciocínio e as avaliações contidas nas emoções são todas formas de cognição. Em vez disso, as palavras intuição e raciocínio destinam-se a capturar o contraste feito por dezenas de filósofos e psicólogos entre dois tipos de cognição”. Tradução livre de: “*Commentators on intuition have generally stressed the fact that a judgment, solution, or other conclusion appears suddenly and effortlessly in consciousness, without any awareness by the person of the mental processes that led to the outcome. Bruner said that intuition does not advance in careful steps; rather, it involves “manoeuvres based seemingly on an implicit perception of the total problem. The thinker arrives at an answer, which may be right or wrong, with little if any awareness of the process by which he reached it”. It must be stressed that the contrast of intuition and reasoning is not the contrast of emotion and cognition. Intuition, reasoning, and the appraisals contained in emotions are all forms of cognition. Rather, the words intuition and reasoning are intended to capture the contrast made by dozens of philosophers and psychologists between two kinds of cognition*”.

ocorreram etapas de busca, ponderação de evidências ou inferência para a conclusão” (HAIDT, 2001, p. 818)<sup>79</sup>.

Haidt (2001) propõe que os julgamentos morais são, em sua grande maioria, um produto direto das intuições morais, desses processos rápidos e automatizados de nossa cognição. O raciocínio ainda desempenha uma função no julgamento moral, mas mais relacionada à racionalização à posteriori do julgamento do que à determinação de seu conteúdo: “O modelo propõe que o raciocínio moral é um processo trabalhoso, iniciado depois que o julgamento moral é criado, no qual uma pessoa busca argumentos que apoiem um julgamento já feito” (HAIDT, 2001, p. 818)<sup>80</sup>.

A segunda ideia do *SIM* é que a influência social dos pares é determinante na formação dos julgamentos morais. Nós ajustaremos nossas posições morais de acordo com as expectativas e disposições dos grupos aos quais pertencemos. “A parte social do Modelo Social-Intuicionista propõe que o julgamento moral seja estudado como um processo interpessoal” (HAIDT, 2001, p. 814)<sup>81</sup>. Nesse ponto, as considerações do modelo de Haidt se ajustam confortavelmente às de Kahan e dos outros autores citados acima. “Como as pessoas estão altamente sintonizadas com o surgimento de normas de grupo, o modelo propõe que o simples fato de amigos, aliados e conhecidos terem feito um julgamento moral exerce uma influência direta sobre os outros, mesmo que nenhuma persuasão fundamentada seja usada”. É claro que os efeitos dessa pressão podem ser apenas conformidade externa (como as “espirais de silêncio”, mencionadas acima), mas as evidências apontam que a pressão social tem forte relevância na formação interna dos julgamentos: “em muitos casos os julgamentos privados das pessoas são diretamente moldados pelos julgamentos dos outros” (HAIDT, 2001, p. 818)<sup>82</sup>.

---

<sup>79</sup> Tradução livre de: “*The most important distinctions are that intuition occurs quickly, effortlessly, and automatically, such that the outcome but not the process is accessible to consciousness, whereas reasoning occurs more slowly, requires some effort, and involves at least some steps that are accessible to consciousness. [...] [M]oral intuition can be defined as the sudden appearance in consciousness of a moral judgment, including an affective valence (good-bad, like-dislike), without any conscious awareness of having gone through steps of searching, weighing evidence, or inferring a conclusion*”.

<sup>80</sup> Tradução livre de: “*The model proposes that moral reasoning is an effortful process, engaged in after a moral judgment is made, in which a person searches for arguments that will support an already-made judgment*”

<sup>81</sup> Tradução livre de: “*The social part of the social intuitionist model proposes that moral judgment should be studied as an interpersonal process*”.

<sup>82</sup> Tradução livre de: “*Because people are highly attuned to the emergence of group norms, the model proposes that the mere fact that friends, allies, and acquaintances have made a moral judgment exerts a direct influence on others, even if no reasoned persuasion is used. Such social forces may elicit only outward conformity, but in many cases people's privately held judgments are directly shaped by the judgments of others*”.

Além disso, no modelo de Haidt, a argumentação moral deve ser vista apenas como mais uma das formas de se tentar influenciar moralmente o comportamento das pessoas (se bem que, pela experiência, não tão eficaz). Quando uma pessoa está argumentando moralmente, a força de convencimento desse evento é o fato de que há uma pressão para a modificação de comportamento e de crença moral vindo (presumivelmente) de um participante do seu grupo. Isso seria muito mais importante do que o peso da argumentação moral em si.

O modelo nos apresenta uma explicação diferente do que ocorre quando duas pessoas estão argumentando. Imaginemos duas pessoas do mesmo grupo, dois liberais, argumentando sobre os impactos ambientais da emissão de carbono. Os dois concordam sobre a gravidade do fenômeno, mas talvez discordem levemente sobre o momento em que os efeitos serão de fato catastróficos para humanidade. Um pensa em uma escala de 50 anos, mas o outro desconfia que em menos de 15 anos as coisas já estarão muito ruins. O que está ocorrendo quando eles discutem? No modelo tradicional (racionalista), pensaríamos em uma troca de argumentos, um apelo à racionalidade de um e de outro, de modo que os argumentos mais completos, com evidências mais persuasivas, iriam ser determinantes para o resultado da discussão. Se percebêssemos que as posições dos dois se aproximaram ao final, contaríamos isso como um ponto em favor do poder da razão. Mas, no *SIM*, a explicação é diferente. Primeiro, os argumentos valeriam pouco na discussão. Não é impossível que eles afetem as partes envolvidas, mas isso ocorre raramente: “argumentos e discussões morais são notórios pela raridade com a qual a persuasão ocorre”. Outro processo, paralelo ao explicitamente discutido (e, provavelmente, ao acesso consciente dos envolvidos) poderia ser observado e seria mais importante na determinação do curso da conversa: os dois estariam sinalizando um para o outro seus sentimentos, a maneira como o assunto ativa algumas emoções e as reações intuitivas, respostas engajadas e comprometimentos pessoais que eles estão dispostos a apresentar na conversa. Em um nível profundo, cada um seria influenciável por essas reações intuitivas, especialmente se houver implícito um senso de ameaça de pertencimento ao grupo: “Como as posições morais sempre têm um componente afetivo, a hipótese é que a persuasão racional funciona não ao fornecer argumentos logicamente convincentes, mas ao desencadear novas intuições afetivamente válidas no ouvinte” (HAIDT, 2001, pp. 818-9)<sup>83</sup>. Ao final da

---

<sup>83</sup> Tradução livre de: “*The model proposes that moral reasoning is produced and sent forth verbally to justify one’s already-made moral judgment to others. Such reasoning can sometimes affect other people, although moral discussions and arguments are notorious for the rarity with which persuasion takes place. Because moral positions always have an affective component to them, it is hypothesized that reasoned persuasion works not by providing logically compelling arguments but by triggering new affectively valenced intuitions in the listener*”.

discussão, se os dois passarem a ter opiniões mais próximas entre si, esse fato terá decorrido do alinhamento de suas intuições, afetadas pelas pressões identitárias e de grupo.

Concluindo, existe uma estreita vinculação entre julgamentos morais, identidades de grupo e a pressão que o grupo exerce em seus membros. As pessoas se comportam e *pensam* de acordo com seus grupos. Entender as dinâmicas de grupo é essencial para entender o processo de polarização social e os conflitos de visões morais de nossas comunidades. Esses conflitos não são fortuitos ou passageiros, mas advêm de fontes profundas da natureza humana.

#### 2.2.4. O Judiciário e o raciocínio de grupo

Voltemos ao Judiciário. Como essas “circunstâncias psicológicas” podem impactar a atuação do juiz? Vimos, no capítulo 1, que a atuação do Judiciário frente à comunidade é essencialmente justificatória (função extraprocessual da fundamentação da decisão)<sup>84</sup>. O Judiciário tem especial necessidade de reforçar sua legitimidade, e o principal meio que tem para isso é mostrar que decide de forma imparcial, técnica, sem envolvimento político mesquinhos ou de interesses pessoais. O dilema judicial surge quando o juiz tem que lidar com casos difíceis em uma comunidade profundamente dividida por desacordos morais<sup>85</sup>. Na solução dada pelos propositores das teorias principiológicas, o juiz terá condições de lidar com esses desacordos, encontrando respostas jurídicas legítimas para o caso (difícil) e reforçando sua legitimidade frente à comunidade quando empregar os princípios jurídicos altamente valorativos (e moralizados) na fundamentação de suas decisões. Trata-se de uma solução argumentativa, que conta com a capacidade de recepção a razões e com alguma sensibilidade moral por parte dos cidadãos.

Mas talvez contar com isso não seja uma perspectiva realista. É nesse ponto que as circunstâncias descritas nesta seção são relevantes para avaliar a eficácia que a argumentação principiológica judicial pode ter em uma comunidade polarizada. Se as conclusões de Tajfel, Kahan, Haidt e outros forem plausíveis, o impacto da argumentação principiológica será baixo, senão diretamente contraproducente. Os cidadãos que ocupam um ambiente de conflito moral deflagrado estão pouco dispostos a ouvir. Os processos que estão polarizando a sociedade, criando conflitos morais e ameaçando a legitimidade judicial (ao alimentar o dilema judicial) são os mesmos que tornam as pessoas insuscetíveis a qualquer influência da

---

<sup>84</sup> Seção 1.1, acima.

<sup>85</sup> Vimos o quão dividida, e como essas divisões começam a afetar o próprio Judiciário, neste capítulo. Cf. Seção 2.1, acima.

argumentação moral (e inclusive da argumentação factual; a distinção vale pouco nesses momentos). A dificuldade surge porque se tenta prescrever uma solução que é invalidada pelas mesmas causas que fizeram o problema surgir, em primeiro lugar.

A argumentação principiológica judicial pode se tornar, além de ineficaz, contraproducente, se ela própria alimentar os conflitos e as divisões morais da sociedade. Em vez de aplacar tais processos, o órgão judicial, no emprego de argumentação moralizada, os estaria amplificando. Além disso, o Poder Judiciário seria absorvido nas dinâmicas de conflitos morais da comunidade, sendo ele mesmo considerado um ator nesse conflito (às vezes favorecendo um lado, às vezes favorecendo o outro). Com isso, ao invés dessa estratégia de atuação reforçar a legitimidade do Judiciário, ela estaria contribuindo para sua corrosão. Acima, vimos que há evidências de que essas dinâmicas parecem já estar ocorrendo em países como o Brasil e os EUA: a desaprovação das cortes chega a recordes históricos, as pessoas correlacionam as decisões judiciais a alinhamentos políticos ou ideológicos e o termo “crise de legitimidade” se torna jargão nas discussões sobre cortes superiores.

No fundo, as correntes jurídicas principiológicas parecem compartilhar os pressupostos das teorias psicológicas de “mais informação” (Kahan) ou “racionalistas” (Haidt) que, ao que tudo indica, não funcionam muito bem para explicar os comportamentos humanos. Mais do que isso, quando tais teorias são substituídas pelas suas alternativas (cognição para proteção de identidades – Kahan; Modelo Social-Intuicionista – Haidt), as diretrizes das correntes principiológicas passam a gerar riscos institucionais ao Judiciário, pois estimulam aqueles comportamentos que essas teorias preveem como amplificadores dos conflitos morais. O que significa que as consequências para a legitimidade judicial podem ser catastróficas.

#### *2.2.5. Síntese: as circunstâncias judiciais*

Na abertura deste capítulo, apontamos que as “circunstâncias” que explicam o funcionamento de uma instituição ou de uma prática são, por um lado, as tendências sociais que as impactam e, por outro, as disposições e inclinações psicológicas das pessoas que interagem com elas. As “circunstâncias judiciais” são diretamente relevantes para entendermos as causas do dilema judicial, bem como os meios de atuação judicial que podem ser mais ou menos eficazes para lidar com esse problema. Em síntese, esses foram os elementos das circunstâncias judiciais que mapeamos neste capítulo:

- a) *Elementos sociais*: Assim como outros países, o Brasil está envolvido em um processo de polarização social, que abrange as opiniões políticas, as identidades políticas e disposições afetivas em relação a grupos rivais. A polarização parece ser impulsionada em especial por pautas moralizadas. Tais temas também estão relacionados a outros processos de conflitos sociais, como as guerras culturais, os pânicos morais e o virtuosismo moral. A polarização e os conflitos morais atingem o Judiciário. Existe uma correlação entre a opinião das pessoas sobre o desempenho de cortes superiores e suas preferências partidárias, indicando que o tribunal é visto como um ator político.
- b) *Elementos psicológicos*: O comportamento moral humano é orientado à cooperação com o grupo. Pessoas formam grupos facilmente e tendem a se conformar a eles, passando a ser hostis a *outsiders*, às vezes classificando-os em categorias distorcidas e preconceituosas (Tajfel). O pertencimento a grupos tem forte influência no raciocínio das pessoas (Kahan). O Modelo Social-Intuicionista prevê que os fatores primariamente envolvidos no julgamento moral são as intuições de quem faz o julgamento e a pressão social dos seus pares, os membros de seu grupo (Haidt). É improvável que a argumentação moral por si só tenha influência relevante na formação de julgamentos morais. Em um ambiente social polarizado, as cortes judiciais dificilmente conseguirão reforçar sua legitimidade com o emprego de argumentos principiológicos. A tendência é que os envolvidos nos conflitos simplesmente ignorem esses argumentos ou, mais do que isso, os absorvam para uso interno, na retórica dos conflitos morais.

As circunstâncias judiciais são compostas por elementos que tendem a ser duradouros, se mantidos seus incentivos sociais. Os impulsos de pertencimento a grupo e a tendência ao conflito grupal, os limites da racionalidade humana quando envolvida em temas identitários e o exibicionismo moral, tudo isso é expressão de nossa natureza e da forma básica como nos relacionamos com os outros. O processo de polarização que aflige as sociedades contemporâneas pode ter suas peculiaridades históricas e contextuais, mas é um erro tomá-lo como um incidente fortuito. Suas causas são profundas e antigas. No contexto em que estamos agora, não temos motivos para presumir que as circunstâncias que formam o dilema judicial desaparecerão tão rapidamente.

#### 2.2.6. *Um ponto de tensão*

Com as circunstâncias judiciais postas, vemos que o representante das correntes principiológicas está diante de um ponto de tensão teórica. Ele propõe que o discurso moral

confere legitimidade à atuação judicial, contribuindo para a resolução do dilema judicial. Tal discurso é visto como uma força pacificadora. Por outro lado, há evidências de que o emprego de tal discurso pode ter efeito contrário: alimentar os conflitos morais da sociedade. Ser não uma força pacificadora, mas uma força de *conflito*.

É possível desfazer essa tensão? No próximo capítulo, tentarei mostrar como essa questão pode ser respondida do ponto de vista daqueles que propõem as teorias principiológicas. Tentarei também elaborar os fundamentos teóricos das teorias jurídicas principiológicas da forma que entendo a mais plausível possível. Para isso, será necessário ingressar na discussão filosófica.

### 3 OBJETIVIDADE MODESTA E CONVERGÊNCIA ENTRE AGENTES RACIONAIS

Até aqui, tentei caracterizar o desafio à legitimidade judicial que surge quando juízes têm que lidar com casos difíceis em ambientes socialmente conturbados, que denominei “dilema judicial”. O dilema surge porque, por um lado, o juiz às vezes tem que dar uma decisão que irá desagradar a setores significativos da comunidade, já que contrariará valores e convicções morais de muitas pessoas; mas, por outro lado, o juiz precisará manter o senso de que está decidindo em nome de todos, como representante do Estado. Apresentei também a solução em voga para o dilema, inculcada nas teorias jurídicas principiológicas: o juiz, na fundamentação da decisão, deve usar discurso fortemente valorativo (discurso moral). O discurso moral auxiliará o juiz na solução de casos difíceis, primeiro, fornecendo critérios para a *correção* da decisão judicial, isto é, caso o juiz esteja em dúvida sobre a resposta que deve dar ao caso, poderá encontrar esclarecimento ao recorrer à reflexão moral; segundo, *legitimando* a decisão do juiz, já que o raciocínio desenvolvido na fundamentação da decisão será, senão aceito por todos, pelo menos *aceitável* a todos. As pessoas podem não concordar imediatamente com tais razões, mas terão motivos para vê-las como razoáveis.

No capítulo anterior (capítulo 2), mapeei alguns pontos de tensão nessa solução, ao tratar das “circunstâncias judiciais”. O panorama mostrado no capítulo é de um ambiente social de intenso desacordo e polarização, um cenário de conflito moral deflagrado na sociedade, com pessoas pensando a partir de seus grupos e para seus grupos, pouco abertas a soluções de meio termo e a ouvir argumentos morais que não lhes convêm. Não há indícios de que essa situação seja passageira, levando em conta a situação das instituições básicas de nossa sociedade e as tendências identitárias e afetivas dos membros da comunidade. Diante desse cenário, a crença de que o uso do discurso moral potencializará a pacificação social e a legitimação da atividade judicial perde plausibilidade. O contrário parece mais provável: quanto mais moralizada é a atuação desses órgãos, maior é a tendência de que eles sejam capturados na dinâmica de conflito e polarização da sociedade e de que sua legitimidade seja prejudicada.

Isso quer dizer que os modelos e as teorias do uso do discurso moral devem ser abandonados? O objetivo deste capítulo é apresentar com mais profundidade a resposta que seria dada pelo propositor da teoria principiológica. Os autores dessa linha são pensadores reconhecidamente sofisticados e habilidosos. É difícil dizer que eles não estavam em nenhum

sentido preparados para lidar com esses desafios e não tinham soluções em mente para eles. Assim, argumentarei que os autores que propõem as teorias principiológicas têm sim uma solução em mente para o problema do conflito moral deflagrado em nossa sociedade (ou ao menos essa solução pode ser depreendida da interpretação de suas obras). Eles acreditam que há recursos e mecanismos que permitirão ao juiz lidar com os desafios à sua legitimidade e gerar pacificação social. A questão é que esse processo não é imediato, e parte de uma série de concepções filosóficas mais abstratas sobre normatividade, o papel da racionalidade humana, a ideia de moralidade e os caminhos possíveis para o consenso. Assim, para entender a solução para essas questões, é preciso compreender as ideias filosóficas que possibilitam a articulação dessas posições. Por isso, a temática da discussão seguirá um novo caminho daqui em diante.

Quero destacar também que o presente capítulo é ativamente *interpretativo*, pois é marcado pelo esforço de agrupar teorias de normatividade em torno de algumas ideias centrais. Interpretações são por natureza abertas a revisões e novas informações, e creio que discordâncias sobre algumas decisões interpretativas que tomarei no curso da discussão serão naturais e até positivas. Por outro lado, a tentativa de construir um arcabouço coeso para teorias que apresentam suas similaridades pode se mostrar útil, já que nos permitiria obter uma perspectiva mais ampla sobre o tema analisado. Então, o empreendimento deste capítulo se justifica não tanto por forjar uma “verdade” interpretativa, mas por propor uma terminologia que pode revelar aspectos novos e importantes do debate sobre a legitimidade judicial, que nem sempre recebem a devida atenção dos juristas e dos teóricos do direito.

### **3.1. “Discurso moral”**

É conveniente fazer alguns esclarecimentos terminológicos preliminares sobre a noção de “discurso moral”. Alego que os propositores das teorias principiológicas depositam suas esperanças nesse discurso para possibilitar a resolução do dilema judicial. Mas o que propriamente comporia o discurso moral? Valores, princípios, direitos?

Inicialmente, quero distinguir a linguagem de “direitos” e o “discurso moral”. É comum que juízes usem a retórica de direitos quando na verdade estão usando discurso moral, então as fronteiras podem ser tênues aqui. Ainda assim, creio que os dois discursos cumprem funções diferentes. Andrei Marmor, no ensaio “*On the limits of rights*” (“Os limites dos direitos”), faz ponderações interessantes sobre as diferenças entre os dois discursos.

### 3.1.1. Os limites dos direitos

Marmor (2007) adota a “teoria dos direitos como interesses” (*Interest Theory of Rights*), segundo a qual os direitos, por natureza, fazem referência aos interesses das pessoas às quais se aplicam<sup>86</sup>. De forma mais geral: dizer que uma pessoa tem direito a algo é dizer que um aspecto de seu bem-estar (um interesse) tem tal importância que, para ser protegido, justifica a imposição de um dever a outra pessoa (MARMOR, 2007, pp. 216-217). A teoria fornece uma explicação unificada dos direitos, tanto na acepção jurídica quanto na acepção não-jurídica do termo<sup>87</sup>; e estabelece uma conexão normativa (ou justificatória) entre direitos e deveres. A existência de um direito justifica a imposição de um dever, pois isso é necessário para proteger um interesse. A relação normativa é de mão única, ou transitiva: interesses baseiam direitos, que por sua vez baseiam deveres.

Há diferenças importantes entre um *dever* e um *direito*. Um dever tem uma conexão mais direta com a psicologia e as disposições para a ação de um indivíduo; é normal que deveres sejam usados como razões para a ação. Por exemplo, em resposta à pergunta “por que você fez isso?” é comum que um dever seja apresentado e tomado como resposta suficiente: “Porque eu prometi a meu amigo que faria” (dever de não descumprir promessas). O mesmo não ocorre com direitos. A linguagem de direitos normalmente é usada para refrear ingerências e abusos, para gerar algo como uma área de proteção às pessoas, mas não tem uma conexão tão íntima com as motivações para a ação de um indivíduo. Em muitos casos, o uso da linguagem de direitos como resposta a uma pergunta prática não funciona como uma “explicação”, propriamente, mas como uma forma enfática de recusa de resposta. Por exemplo, à pergunta anterior (“Por que você fez isso?”), uma resposta que recorre a direitos (“Por que eu tenho o direito de fazer!”) parece soar como um “me deixe em paz!”. Normalmente se reconhece que as pessoas têm direito a cometer erros ou a agir de forma estúpida, até imoral (WALDRON, 1981)<sup>88</sup>. Mas é no mínimo estranho alegar que as pessoas têm o *dever* de cometer erros (MARMOR, 2007, p. 218).

<sup>86</sup> A teoria foi desenvolvida por MacCormick (1977) e também por Raz (1978, 1984, 1986, 1992)

<sup>87</sup> Teorias como a de Hohfeld (1919) e a de Dworkin (2008) (direitos como trunfos) não são unificadas nesse sentido (MARMOR, 2007, p. 216)

<sup>88</sup> O direito à liberdade de expressão garante às pessoas o direito de dizer coisas estúpidas, mentiras, imoralidades; o direito à livre iniciativa protege o direito das pessoas de investir em maus negócios; se duas pessoas são claramente incompatíveis entre si e mesmo assim decidem se casar, os amigos dessas pessoas não têm o direito de impedi-las de fazê-lo, mesmo que tenham razão em crer que o casamento não dará certo e que o casal será infeliz com a união. As pessoas têm direito a cometer erros normalmente porque o interesse protegido por esses direitos é mais importante do que o malefício que ocorre com o erro em si: o interesse de levar uma vida autônoma e tomar as decisões sobre sua vida.

Para Marmor, a teoria dos direitos como interesses é incompatível com outra concepção de direitos, a que propugna a ideia de que um direito só pode ser limitado por outro direito, e por isso denominada por ele de “visão newtoniana”. Na visão newtoniana, os direitos são inerentemente ilimitados, já que nada (a não ser outro direito) pode impedir a aplicação de um direito (MARMOR, 2007, p. 222). Marmor entende que o defeito fundamental da visão newtoniana é não levar em conta os *custos* da imposição dos direitos. A criação de um direito gera a imposição correspondente de deveres. Dizer, então, que direitos são ilimitados implica dizer que os *deveres* derivados desses direitos são ilimitados. Mas isso não pode acontecer. Um mundo assim seria habitado por pessoas esmagadas por deveres intermináveis. A imposição de direitos exige a realização de um cálculo de custo-benefício: os interesses que serão protegidos na imposição de um direito têm que ser importantes o suficiente para compensar os prejuízos advindos da imposição dos deveres correspondentes. Por isso, em contraste com a visão newtoniana, a teoria dos direitos como interesses vislumbra os direitos como inerentemente *limitados*.

Há duas peculiaridades com o discurso de direitos, que estão relacionadas à sua função social. Primeiro, que as pessoas tendem a concordar mais sobre a *lista* dos direitos existentes na sua sociedade do que sobre o *conteúdo* desses direitos: “é uma característica proeminente do discurso dos direitos que pessoas com pontos de vista morais muito diferentes e opostos, pessoas com concepções conflitantes do bem e do certo, podem, no entanto, concordar com uma lista de direitos humanos e civis universais” (MARMOR, 2007, p. 227)<sup>89</sup>. Segundo, que a linguagem de direitos tem uma curiosa redundância lógica. Direitos são pontos intermediários em um conjunto de proposições que se iniciam com a avaliação de interesses e terminam com a imposição de deveres: “Quando dizemos que A tem direito a x, dizemos que o interesse de A em x justifica a imposição de deveres a outros em relação a esse interesse”. Em termos estritos, um direito é “apenas um passo intermediário em um argumento moral que parte dos valores de certos humanos a conclusões sobre a necessidade de impor certos deveres” (MARMOR, 2007, p. 227)<sup>90</sup>.

Por que precisamos desses conceitos que são meros “intermediários” ou até “redundantes”? E por que não conseguimos nem concordar com os conteúdos de um direito

<sup>89</sup> Tradução livre de: “it is [...] a prominent feature of rights discourse that people with very different and opposing moral views, people with conflicting conceptions of the good and the right, can nevertheless agree on a list of universal human and civil rights”.

<sup>90</sup> Tradução livre de: “When we say that A has a right to x, we say that A’s interest in x justifies the imposition of duties on others in respect to that interest. From a strict analytical point of view, however, the concept of a right is, in a sense, redundant; it is just an intermediary step in a moral argument leading from the values of certain human to conclusions about the need to impose certain duties”.

em espécie? Uma primeira resposta às duas questões pode ter a ver com “simplicidade”. Conceitos intermediários são úteis porque simplificam a conversa: às vezes é útil começar um argumento do meio ao invés de retomar todas as premissas básicas que o sustentam. Mas, além da simplicidade, pode existir uma razão mais importante para a utilidade da linguagem de direitos. “Passos intermediários, como os direitos, nos permitem acordar um conjunto de conclusões intermediárias compartilhadas, apesar dos consideráveis desacordos sobre os fundamentos dessas conclusões intermediárias”. Os direitos criariam pontos de aproximação social, mesmo que temporários: “As pessoas podem estabelecer o reconhecimento de direitos, apesar do fato de que discordariam profundamente sobre as razões para ter esses direitos. O discurso dos direitos permite que uma cultura comum seja formada em torno de algumas conclusões intermediárias, justamente por causa de sua natureza intermediária” (MARMOR, 2007, p. 228)<sup>91</sup>. Os direitos permitiriam razoável aproximação de visões sobre os deveres que devemos impor às pessoas. As pessoas partem de diferentes valores, mas se aproximam no meio do caminho, reconhecendo os mesmos direitos.

No final, é comum que as pessoas voltem a se distanciar, acreditando que deveres diferentes decorrem dos direitos que concordaram em obedecer. Como partem de premissas morais diferentes, é previsível que elas criem diferentes interpretações das implicações dos direitos<sup>92</sup>.

Qual é, então, a função social da linguagem de direitos? Por serem bons intermediários, eles são úteis em sociedades marcadas pelo pluralismo e pela diferença de visões de mundo. “Sociedades onde diferentes grupos de pessoas estão profundamente divididos sobre sua concepção do bem precisam estabelecer um conjunto de direitos que todos possam reconhecer, apesar de profundas controvérsias sobre os fundamentos desses direitos (e suas ramificações)”. Sociedades homogêneas não precisam criar essa linguagem, porque “elas normalmente compartilham um entendimento comum dos valores últimos e,

---

<sup>91</sup> Tradução livre de: “*Intermediary steps, such as rights, enable us to settle on a set of shared intermediary conclusions, in spite of the considerable disagreement about the grounds of those intermediary conclusions. In other words, people can settle on the recognition of rights, despite the fact that they would deeply disagree about the reasons for having those rights. Rights discourse enables a common culture to be formed around some intermediary conclusions, precisely because of their intermediary nature*”.

<sup>92</sup> Basta observar, por exemplo, a diferença de implicações que conservadores e liberais (nos EUA e no Brasil) enxergam no direito à “liberdade de expressão” – implicações muitas vezes contraditórias entre si. Ambos concordam que esse direito existe, mas dão conteúdos muito diferentes a ele. Outra comparação: os sentidos que conservadores e progressistas brasileiros dão ao “direito à família”. Não parece a melhor estratégia alegar que um dos lados está se referindo a esse direito de má-fé (como, sem dúvida, membros de cada um dos lados gostam de imaginar sobre o outro). A interpretação mais caridosa, e, na verdade, que faz mais sentido, é que esses dois grupos honestamente dão importância a esse direito, mas os preenchem com as premissas morais advindas de suas respectivas visões de mundo.

consequentemente, dos vários deveres que as pessoas têm, e não precisam dessa etapa intermediária entre os valores últimos e os deveres”. A necessidade da criação de tal linguagem surgirá apenas “naquelas sociedades em que as pessoas não compartilham um entendimento comum de valores últimos, ou seja, em sociedades pluralistas” (MARMOR, 2007, pp. 228-9)<sup>93</sup>.

Os direitos são conceitos suficientemente determinados para possibilitar a criação de afinidades normativas entre os membros de uma sociedade pluralista e até, talvez, de um senso de comunidade. Mas também são conceitos suficientemente abertos para se compatibilizarem com as visões de mundo e os valores dos deveres incompatíveis entre si dos membros dos grupos dessa sociedade pluralista. A função dos direitos, nesse sentido, não é tanto forjar *consensos* (em um sentido que um liberal político como Rawls defenderia); antes, é criar *tréguas* nos conflitos morais da sociedade. Coisas proveitosas podem ser construídas nessas tréguas. Mas é um erro superestimar os poderes da linguagem de direitos. Os mesmos predicados que a tornam vantajosa e explicam seu surgimento social também escancaram seus limites.

A linguagem de direitos é formal, não tem conteúdo material definido, é indeterminada em larga medida. Esforços de enumeração taxativa do conteúdo de um direito ou de aferição de seu peso relativo frente a outros direitos em um caso concreto tenderão a fracassar. A ironia é que quando juristas ou filósofos se esforçam para determinar o conteúdo de um direito, normalmente buscam os fundamentos normativos dos direitos, seus valores subjacentes. Mas um suporte normativo homogêneo e coerente é precisamente o que *não* existe, e é porque as coisas são assim que esses conceitos surgiram, em primeiro lugar. Mais do que infrutífero, é provável que esses esforços *umentem* as incertezas e os conflitos interpretativos que cercam um direito. Cada grupo envolvido no conflito moral tentará impor a *sua* interpretação sobre o conteúdo do direito. Se uma delas for escolhida (em uma decisão judicial, por exemplo), é provável que os grupos “derrotados” sintam-se profundamente ofendidos, tomem tal resultado como uma afronta a seus valores mais profundos.

---

<sup>93</sup> Tradução livre de: “Societies where different groups of people are deeply divided about their conception of the good need to settle on a set of rights they can all acknowledge, in spite of deep controversies regarding the grounds of those rights (and their ramifications). Hence it is not surprising or accidental that in homogenous societies there is very little rights discourse; such societies normally share a common understanding of ultimate values, and consequently of the various duties people have, and they do not need this intermediary step from ultimate values to duties. It is only in those societies where people do not share a common understanding of ultimate values, namely, in pluralistic societies, that rights discourse is prevalent”.

O discurso de direitos resolve de forma parcial e temporária desacordos morais que persistem em sociedades pluralistas. Quando surgem desacordos sobre os próprios direitos – sobre seu conteúdo, suas implicações, os deveres que eles impõem, o peso relativo de cada um, é difícil encontrar critérios normativos preexistentes para resolvê-los. É provável que esses critérios simplesmente não existam e que a impressão de consenso que temos com a linguagem não passe disso – uma impressão, que desaparece quando examinada de perto. É uma ilusão, então, acreditar que uma sociedade consiga utilizar apenas discurso de direitos para resolver seus conflitos. Ou que especialistas (filósofos, juristas, juízes?) consigam, pela simples força de seus argumentos, encontrar critérios internos de solução para conflitos de direitos.

Assim, estamos de volta ao ponto em que começamos esta seção. A linguagem de direitos, por si só, não é suficiente para resolver o dilema judicial. Como um dos elementos do dilema é precisamente o esgotamento das vias tradicionais de interpretação jurídica (*hard case*), trata-se de uma situação em que já há fortes incertezas sobre a correta interpretação do conteúdo de um ou mais direitos. Nesse ponto, a linguagem de direitos já não tem condições de cumprir sua função de intermediação, seus limites já foram ultrapassados. É oportuno distinguir a “linguagem de direitos” do “discurso moral”, propriamente. Ao defensor das teorias principiológicas, resta recorrer à moralidade para encontrar novas formas de resolver o dilema judicial.

### *3.1.2. Moralidade superficial e moralidade profunda*

Passemos à moralidade. Começarei propondo uma distinção entre moralidade superficial e moralidade profunda. A moralidade superficial é a moralidade de nosso cotidiano, o discurso moral tradicional, menos refletido e que tem a marca de ser mais emocional. Estamos usando esse discurso quando construímos, no dia-a-dia, nossas expectativas quanto ao comportamento pessoas, expressamos reações negativas a violações morais e nos esforçamos para seguir as regras morais de nossa comunidade. Não precisamos de muito trabalho para acessar essa moralidade superficial. A moralidade superficial regula as dinâmicas sociais e os relacionamentos interpessoais. A classificação de um discurso como “superficial” não é pejorativa, porque está salientando a facilidade de acesso a seus sentidos e suas imposições comportamentais. Conseguimos navegar mais facilmente no mundo social entendendo essas regras.

Sim, a moralidade superficial é importante, mas é inegável que ela tem defeitos. Julgamentos irrefletidos podem ser danosos, e muitas vezes nos comportamos de forma

incoerente. De fato, podemos caracterizar toda a nossa investigação do capítulo anterior como uma investigação sobre moralidade superficial. A polarização, os desacordos sociais, a forma como as pessoas usam discurso moral para se aferrar às suas identidades grupais, tudo isso estaria ocorrendo no âmbito mais superficial da moralidade. O que frustra os observadores e analistas políticos contemporâneos é precisamente o baixo nível de diálogo que existe entre essas pessoas moralizadas. Tudo parece muito emocional, automático. Mesmo quando parece que as pessoas estão *pensando* sobre as questões morais relevantes, elas não estão realmente fazendo isso, mas apenas reforçando identidades.

Os autores que propõem as teorias principiológicas não estão alheios aos problemas que apontamos no capítulo anterior. Eles estão cientes de todas essas questões e dos problemas sociais que elas estão causando. Por outro lado, eles acreditam que isso está no nível superficial do discurso moral e que é possível abordar de outra forma esse discurso, uma forma mais promissora. Eles propõem que recorramos à moralidade profunda. Ela é mais refletida, articulada, teoricamente embasada. As pessoas deixam de lado suas emoções e alianças políticas mais estridentes e começam a pensar de forma mais coerente sobre seus problemas. Elas examinam seus valores mais fundamentais e os elementos que dão significado a sua vida, que baseiam sua visão de mundo. A esperança desses autores é que, quando abandonamos o discurso moral superficial e recorremos ao discurso moral profundo, as coisas podem mudar um pouco. É verdade que parece haver uma boa dose de idealização ocorrendo aqui, mas isso não é problema. Teorias desse tipo não são elaboradas para o curto prazo. O que importa é saber se é possível nos aproximarmos dessa forma de enxergar a moralidade e se existe alguma abertura na natureza humana para pôr em prática esse discurso. Eles creem que sim, ou, no mínimo, que vale a pena explorar a possibilidade ao máximo (qual seria a outra opção, afinal?).

As investigações sobre a moralidade superficial costumam ser *descritivas*, normalmente o objetivo de quem as conduz é *entender* o comportamento moral humano, seu papel social, sua função e expressão psicológica, sua manifestação nos relacionamentos interpessoais. Por outro lado, as investigações sobre a moralidade profunda costumam ser *normativas*. O objetivo é encontrar critérios de *correção*, explorar formas de agir e viver melhor.

Outra esperança dos que estudam a moralidade profunda é a de podermos encontrar espaços mais promissores de aproximação moral. Não estaríamos cientes disso, mas a possibilidade existiria. Se não fosse assim, não conseguiríamos explicar por que somos uma

comunidade, por que, apesar de tudo, sentimos que compartilhamos algo com as outras pessoas, mesmo que consideremos que discordamos radicalmente delas. Temos a sensação de que nossos desacordos são intratáveis porque é como se estivéssemos olhando apenas a superfície das relações morais que formam nossa comunidade. Por mais que esses fenômenos nos impressionem, ainda assim talvez seja possível encontrar uma profundidade mais ampla de compartilhamentos normativos que estariam constituindo nossas relações sociais.

Os teóricos principiológicos nos instigam a observar novamente as profundezas de nossas relações morais e usá-las para resolver nossos conflitos sociais atuais. É preciso notar a ordem de priorização que eles dão. Os elementos de convergência constitutivos de uma comunidade moral têm prioridade causal. Os conflitos morais, apesar de facilmente percebidos, não são inevitáveis. Quando realizamos teorização filosófica, o que estamos fazendo é nos conectar com essa moralidade profunda, assumindo uma postura mais reflexiva. Isso nos possibilitaria enxergar com mais clareza as possibilidades de convergência. Também nos permitiria encaminhar a sociedade para esse sentido, desde que conseguíssemos mudar um pouco o tom do discurso moral.

Acredito que essa é a esperança dos autores que defendem o uso de discurso moral no direito. O juiz deve usar discurso moral, sim, mas o que remete à moralidade profunda da comunidade, não à sua moralidade superficial. Só com isso é que o uso tal linguagem poderá corroborar a legitimidade da atuação judicial, ao invés de corrompê-la, ou abrir espaços para consensos e resolução de conflitos sociais, ao invés do dissenso e do aprofundamento desses conflitos.

Ter essa distinção em mente é o primeiro passo para compreendermos o projeto dos autores e teorias que examinaremos neste capítulo. A questão agora é como proceder na investigação dessa moralidade profunda, para que ela nos auxilie na busca pelos fundamentos legitimação judicial. Para compreendermos esses aspectos da moralidade profunda, temos que começar examinando a ideia de *normatividade* e a importância que ela tem nessa discussão.

### 3.1.3. Normatividade

Como seres sencientes, interagimos com o mundo de várias formas. Recebemos informações, formamos crenças, agimos. Temos desejos e buscamos satisfazê-los. Também temos a interessante capacidade de avaliação crítica, isto é, a capacidade de momentaneamente nos desengajar das crenças e desejos para julgar se eles são bons ou não. Trata-se de uma segunda ordem cognitiva: desejos sobre desejos, crenças sobre crenças (e

crenças sobre desejos, desejos sobre crenças). Em alguns casos, é possível que ocorra um desalinhamento entre nosso impulso imediato para a ação (baseado no cenário aparente, na intuição, na força dos desejos, etc.) e a aprovação crítico-reflexiva, de forma mais desengajada, dessa ação. Para evitar lidar com esse desalinhamento, somos motivados a fazer a familiar pergunta: “por quê?”. “Por que devo crer nisso?”, “por que devo seguir esse sentimento?”, “por que devo aceitar esse conselho?”, “por que devo me conformar ao comportamento desse grupo?”. A pergunta “por quê?” expressa o momento avaliativo do *self*, em que se sopesam os motivos para realizar uma ação. É a instância típica da postura crítico-reflexiva<sup>94</sup>. O discurso normativo desempenha sua função nesses momentos, quando temos necessidade de avaliar os motivos que temos para agir.

Trata-se de uma busca por razões. O termo “razão”, quando aplicado a ações humanas, possui uma ambiguidade que costuma ser contornada na forma de uma distinção. Fala-se em “razão explicativa” quando o termo é usado para *explicar* ou indicar os motivos de uma ação. “Ele não conseguia parar de falar porque estava irritado (a razão pela qual ele não conseguia parar de falar)” ou “a timidez é o motivo de sua relutância em interagir”. O objetivo, nesses casos, é *entender* o que as pessoas estão fazendo, geralmente pela observação das bases psicológicas de sua ação (seus desejos, interesses, planos). Por outro lado, fala-se em “razão justificatória” quando o termo é usado para *defender* um curso de ação, ressaltar as qualidades que *contam em favor* da ação: “Ele tinha razão em ficar irritado, o que fizeram com ele foi absurdo” ou “sua relutância em interagir é injustificável”. As razões justificatórias são efetivamente normativas, pois são usadas não com o objetivo de entender o que está acontecendo, mas de saber se aquilo é correto, apropriado, defensável, justificável. Na discussão deste capítulo sobre “razões”, o foco está no sentido normativo do termo.

Recorremos a razões justificatórias quando precisamos saber o que fazer, esclarecendo os melhores critérios para a ação e a tomada de decisão. Isso é especialmente relevante quando as razões são trocadas socialmente, em discussões ou deliberações conjuntas. Se a prática de pedir e dar razões pode ser vista como um jogo, é preciso dominar as regras do jogo (BRANDON, 1994; WITTGENSTEIN, 1999). Quando temos que responder a uma indagação normativa (a pergunta “por quê?”), precisamos saber qual conjunto de interesses, expectativas e assunções está embasando a indagação. Toda pergunta deve ser formulada a partir de alguns critérios que tornarão a resposta à pergunta inteligível. É por isso que o

---

<sup>94</sup> cf. (FRANKFURT, 1988) e (KORSGAARD, 1996), para construções similares. Cf. (DENNETT, 1989) para uma discussão interessante sobre *instâncias*.

contexto em que uma questão é feita é tão importante. Perguntas formuladas com as mesmas palavras podem ter respostas muito diferentes, a depender da posição e das circunstâncias em que elas são formuladas. Discursos normativos são sensíveis ao contexto. Duas espécies tradicionais de discursos normativos são usadas em contextos diferentes: os “imperativos hipotéticos” e as “normas institucionais”.

Imperativos hipotéticos são prescrições sobre o que deve ser feito se um pressuposto é satisfeito. São condicionais: um agente só tem razão para fazer x se x satisfaz a um desejo ou interesse seu. Se x deixa de satisfazer aos desejos e interesses ou se eles mudam, automaticamente o imperativo perde sua força (JOYCE, 2001, p. 35). Algo parecido acontece com normas institucionais. Normas institucionais, ao contrário dos imperativos hipotéticos, têm uma dimensão exterior, no sentido de que podem existir sem depender dos interesses ou desejos de um agente (JOYCE, 2001, p. 39-42). Elas derivam de instituições, que são criadas socialmente, como vimos no capítulo 1. Jogos, como o xadrez ou outros esportes, são instituições que impõem normas para quem quer jogar. Uma alegação clássica do positivismo jurídico é que o direito é um exemplo paradigmático de instituição que cria razões normativas (RAZ, 1979, Cap. 6; RAZ, 2009, cap. 2; HART, 2009).

Mesmo levando em conta a autonomia existencial das razões institucionais, agentes ainda mantêm alto poder de decisão, porque ainda podem escolher o grau de engajamento que terão com as instituições<sup>95</sup>. O jogo do xadrez existe independentemente da vontade de agentes particulares, está consolidado socialmente, mas cada agente tem a escolha de jogá-lo ou não, de se importar com ele ou não. Razões institucionais são diferentes das razões hipotéticas. Uma razão institucional, como a razão para seguir as regras do xadrez para quem está jogando, não é modificada ou deixa de existir caso não correspondam aos interesses ou desejos de um agente. Em relação às regras institucionais, a esfera de escolha do agente, sua autoridade, está na opção que ele pode fazer por participar ou não desse jogo, se engajar ou não com essa instituição.

Então, tanto para normas institucionais quanto para imperativos hipotéticos, temos a opção de nos desvincular de suas prescrições, caso elas não sejam de nosso interesse. Ambas são sensíveis ao contexto, cada uma à sua maneira.

---

<sup>95</sup> Uma qualificação é que muitas instituições são restritivas, aceitando seletivamente seus membros (uma universidade prestigiada, o *country club* de uma cidade, a cidadania de um país). Mas essa seletividade não altera o modelo de razões institucionais que estou mencionando.

### *3.1.4. Breve definição de moralidade*

Mas a opção de desvinculação e desengajamento parece não estar disponível para todas as proposições normativas. Temos a sensação de que algumas condutas não estão abertas à escolha, independentemente dos desejos e vontades das pessoas. Basta pensarmos em condutas vistas como altamente reprováveis, como o homicídio, o racismo, a traição, etc. Se uma pessoa perde a vontade de tomar sorvete (imperativo hipotético) ou de jogar xadrez (razão institucional), ninguém alega que ela é obrigada a persistir. Por outro lado, se uma pessoa perde a vontade de ser fiel ao cônjuge ou de respeitar minorias, bem, terá que continuar o que está fazendo, mesmo sem vontade. Em alguns casos, as pessoas não têm permissão de escapar de algumas exigências normativas, mesmo que aleguem que essas exigências não satisfazem seus desejos. Consideramos que há uma dimensão da normatividade que continua a ter força, a valer como razão para a ação, independentemente do contexto ou circunstância normativa (JOYCE, 2001, p. 49-52; JOYCE, 2011). Essa dimensão da normatividade pode ser chamada de “moralidade”.

O que daria à moralidade tamanha força e autoridade? Essa é a questão da objetividade da moral. Normalmente, as discussões sobre objetividade têm duas etapas. A primeira é a da busca por saber se algo realmente existe ou não de forma objetiva (em nosso caso, esse algo é a moralidade). Como essa busca não é nada fácil, a discussão costuma passar para uma segunda etapa: entender o que significa propriamente “objetividade” e como seria possível para algo satisfazer aos requisitos de objetividade. Só depois de um esclarecimento mínimo desses critérios é que é possível voltar à primeira etapa, de avaliação. A seguir, apresentarei duas noções de objetividade: a objetividade metafísica e a objetividade modesta (ou procedimental). Há tentativas de acomodar a objetividade da moral a ambas as concepções. Farei uma breve análise dessas tentativas.

### **3.2. Objetividade da moral**

Os defensores das teorias principiológicas investigam minuciosamente as possibilidades de objetividade da moral (DWORKIN, 1996; ALEXY, 1988; cf. LEITER, 2001). Não por acaso: se eles consideram o discurso moral apto a resolver o dilema judicial, têm que ser otimistas com a possibilidade de respostas morais objetivas. Um caso difícil (e.g. a criminalização ou não do aborto) obriga o juiz a se defrontar com questões valorativas profundas, a sopesar princípios jurídico-morais, a confrontar uma comunidade polarizada. Se um jurista investigador suficientemente inteligente e empenhado puder encontrar, ou construir (mais sobre isso adiante), diretrizes bem definidas e justificadas por argumentos, essa será

toda resposta de que ele precisa. Mais do que isso, se em algum sentido essa solução fizer referência a princípios morais que têm um envolvimento profundo com as práticas, as crenças e as expectativas dos membros da comunidade, então a solução terá grande potencial de fortalecer a legitimidade judicial. A decisão judicial, apesar de formulada por juízes e poder ter a marca de sua personalidade, é justificada pelos princípios da própria comunidade. O que é essa investigação senão a busca por respostas morais objetivas?

O próximo passo é falar sobre os critérios que poderiam confirmar a objetividade da moralidade. Começaremos apresentando a noção de “objetividade metafísica”; depois, passaremos à noção de “objetividade modesta”.

### 3.2.1. *Objetividade metafísica e ceticismo*

Na noção metafísica de objetividade, algo é objetivo quando exhibe propriedades que existem sem depender da mente humana. A ideia de objetividade metafísica resulta da contraposição entre independência da mente (objetividade) e dependência da mente (subjetividade) (quando algo depende da mente humana para existir, é subjetivo). Trata-se de noção mais tradicional de objetividade, que, de forma implícita ou explícita, povoa nosso cotidiano. É a tradicionalmente usada para falar sobre a existência de objetos físicos. Por exemplo, a cadeira da minha sala existe: ela pode ser vista, tocada e manipulada, e tenho a confiança de que a resistência que ela impõe ao meu toque perdurará mesmo depois que o toque se encerrar. Costuma-se conceber a investigação científica como a forma mais sofisticada que desenvolvemos para explicar os fenômenos físicos (em um sentido amplo), que emprega métodos sistemáticos de rastreamento das propriedades subjacentes aos objetos que nos cercam<sup>96</sup>.

Segundo Marmor (2004, p. 267-303), a ideia de objetividade metafísica depende de duas pressuposições. A primeira é a de descrição: temos que ser capazes de descrever coisas do mundo, para que elas sejam identificadas como existentes ou não. A segunda é o conceito de verdade como correspondência, isto é, que a “verdade” surge quando há um alinhamento entre, por um lado, nossa descrição do mundo e, por outro, os fatos do mundo. A verdade é um resultado da simetria entre descrição e mundo.

Defender a existência independente das propriedades da moral é propor um fundamento *realista* para a moralidade<sup>97</sup>. Alega-se que a moral existe, que é *real*. O realista

<sup>96</sup> Se essa concepção é correta ou não, é outra questão, que suscita muitas discussões. Cf. (LEITER, 2015).

<sup>97</sup> Marmor diferencia realismo e objetividade metafísica. No sentido que Marmor dá, realismo é a noção da existência de objetos independentemente da mente humana. A objetividade metafísica, por outro lado, pode

afirma que os critérios de conhecimento moral são estruturalmente os mesmos dos critérios de outras formas de conhecimento, como o científico. A mente rastreia propriedades do mundo, então a verdade sobre algum assunto é encontrada quando nossas crenças (mente) correspondem aos fatos (mundo). Daí não decorre que a moralidade tenha que ter uma existência empírica, como os átomos têm, mas decorre que há *propriedades* morais, que são acessíveis à mente por representação.

Para os realistas, as normas morais têm uma existência *externa* à mente, da mesma forma que as normas institucionais. A diferença, no entanto, é que não podemos nos desengajar dessas normas morais, optar por “sair” da “instituição” moralidade, como poderíamos fazer com normas institucionais. Para o realismo, propriedades morais são intrinsecamente normativas. Ao contemplá-las, as propriedades morais exercem sobre nós uma “força” que irá nos compelir à ação, talvez porque as propriedades da moral fazem-nos apreender razões irrefutáveis para a ação<sup>98</sup>.

O realismo moral, nos termos que o estou apresentando, vem sofrendo inúmeras críticas filosóficas. Alguns, como J.L. Mackie (1977a), alegam que o realismo “inflaciona” desnecessariamente nosso mundo<sup>99</sup>. Para ele, as propriedades morais têm “peculiaridades” difíceis de compreender: “Se valores objetivos existissem, então eles seriam entidades ou qualidades ou relações de um tipo muito estranho, totalmente diferentes de qualquer outra coisa no universo” (MACKIE, 1977a, p. 38)<sup>100</sup>. A peculiaridade fica aparente quando indagamos como uma propriedade adquire a força e a autoridade para nos *compelir* à ação<sup>101</sup>.

admitir a existência de alguns objetos criados pela mente humana (dinheiro, movimentos de xadrez, etc.). Então, a noção de realismo é metafisicamente mais forte, por assim dizer, do que a de objetividade metafísica. Mas, para minha discussão aqui, essa distinção não será relevante, então considerarei os dois termos como sinônimos.

<sup>98</sup> A teoria das formas (ideias) de Platão é um ótimo exemplo de formulação realista. Para Platão, a mera contemplação da forma do “bom” nos motiva a ser bons. É impossível ter conhecimento do “bom” sem estar motivado a segui-lo. Analogamente, no século XX, G.E. Moore argumentou que propriedades morais são inanalísáveis, indefiníveis e simples (MOORE, 2005). A moralidade seria uma propriedade impassível de análise, decomposição, descrição. Como nossa percepção da “amareleza” da cor amarela, a percepção do “bom” seria uma percepção simples, que só quem a tem sabe como é.

<sup>99</sup> Mackie pretendia, ao que parece, que suas objeções valessem para todas as concepções morais, mas, neste texto, vou considerar que ela se aplica apenas ao realismo.

<sup>100</sup> Tradução livre de: “*If there were objective values, then they would be entities or qualities or relations of a very strange sort, utterly different from anything else in the universe*”

<sup>101</sup> Olson (2014) afirma que quatro interpretações do argumento da estranheza (*argument from queerness*) de Mackie são possíveis, todas definindo a “estranheza” como algo diferente: (i) a relação de superveniência entre fatos morais e fatos naturais; (ii) a capacidade epistemológica de seres humanos acessarem as propriedades morais; (iii) a possibilidade de seres humanos serem necessariamente motivados pela moralidade; (iv) a existência de propriedades intrinsecamente normativas. Cada versão pode ser denominada, respectivamente: “estranheza da superveniência”, “estranheza do conhecimento”, “estranheza da motivação” e “estranheza das propriedades intrinsecamente normativas”. Para Olson, as três primeiras formulações do argumento da estranheza falham, e só a última tem sucesso. Outros autores da tradição do erro moral concordam com Olson e alegam que a interpretação mais caridosa de Mackie deve atribuir a ele a defesa da quarta formulação (ou algo

“O que significa Jones, digamos, dever cinco dólares a Smith? É como se cinco dólares no bolso ou na conta bancária de Jones estivessem tentando voar para o de Smith?” ou “como se houvesse um anzol invisível saindo de Smith e pescando o dinheiro no bolso de Jones”? Parece que nada muito diferente disso, porque “uma metáfora semelhante está enterrada no termo 'obrigação'. Se A é obrigado a realizar G, então é como se ele estivesse amarrado à ação G: uma obrigação é um cordão invisível” (MACKIE, 1977a, p. 74)<sup>102</sup>.

A questão aqui é como *explicar* essa normatividade. Uma coisa é *dizer* que existem propriedades intrinsecamente normativas que nos compelem à ação e são metafisicamente objetivas. Outra coisa é explicar o que *são* essas propriedades, *como* elas nos compelem à ação e *como* nos fornecem razões. O realista não pode simplesmente *estipular* a existência dessas propriedades, ele deve *explicá-las* (KORSGAARD et al, 1996, p. 39). Temos o direito a reservar dúvidas sobre a existência de algo que é apresentado como “intrinsecamente normativo“, “ontologicamente primário“, “racionalmente vinculante” e demanda nossa obediência sem maiores explicações.

Paralelamente, Christine Korsgaard critica a equiparação que o realista faz entre os critérios de verdade normativos e os critérios de verdade de outras investigações, como a científica. “De acordo com o realismo substantivo [...] a ética é realmente um tema teórico ou epistemológico. Quando fazemos perguntas éticas, ou questões normativas práticas em geral, há algo sobre o mundo que estamos tentando descobrir”. Mas e a prática? “A ética não deveria ser uma temática prática, um guia para a ação? Bem, o realista concederá que o ponto final é aplicar todo esse conhecimento na prática. De acordo com o realista substantivo, então, a vida moral é a façanha mais sublime da engenharia técnica, a aplicação do conhecimento teórico à solução dos problemas humanos” (KORSGAARD et al, 1996, p. 44)<sup>103</sup>. O incômodo

---

similar a ela) (cf. JOYCE, 2001, GARNER, 1990). Apresentei apenas a quarta formulação do argumento da estranheza.

<sup>102</sup> Tradução livre de: “[W]hat is it for Jones, say, to owe Smith five dollars? Is it as if five dollars in Jones’s pocket or bank account were trying to fly across into Smith’s? Rather, since Jones’s pocket and bank account may both be empty, it is as if there were an invisible hook reaching out from Smith and fishing for the money in Jones’s pocket. Or an immaterial suction-pipe. The owing is itself something like a demand for payment. [...] A similar metaphor is buried in the term ‘obligation’. If a is obliged to G, it is as it were tied down to G-ing: an obligation is an invisible cord.”

<sup>103</sup> Tradução livre de: “According to substantive realism [...] ethics is really a theoretical or epistemological subject. When we ask ethical questions, or practical normative questions more generally, there is something about the world that we are trying to find out. The world contains a realm of inherently normative entities or truths, whose existence we have noticed, and the business of ethics, or of practical philosophy more generally, is to investigate them further, to learn about them in a more systematic way. But isn’t ethics supposed to be a practical subject, a guide to action? Well, the realist will grant that the eventual point is to apply all this knowledge in practice. According to the substantive realist, then, the moral life is the most sublime feat of technical engineering, the application of theoretical knowledge to the solution of human problems. And in general human life and action consist in the application of theories, theories about what is right or good”.

é com a aparente inversão de prioridade feita pelo realista: para a autora, questões morais devem ser vistas como problemas primariamente práticos que (sim) têm implicações teóricas, não como problemas primariamente teóricos que têm implicações práticas.

Dworkin (1996, 2011) faz uma crítica parecida, alegando que a noção de objetividade metafísica funciona bem quando aplicada a investigações científicas. Quando ela é transportada ao domínio moral, no entanto, se vê obrigada a postular “uma tese causal na qual o suposto mecanismo causal não é a interação ordinária entre as propriedades naturais e os órgãos dos sentidos humanos, mas uma ação direta e totalmente independente das próprias propriedades morais”. Mas isso criará a necessidade de reconhecer a consequência absurda de que “o universo abriga, entre suas numerosas partículas de energia e matéria, algumas partículas especiais – *morons*<sup>104</sup> – cuja energia e impulso estabelecem campos que ao mesmo tempo constituem a moralidade ou imoralidade, ou virtude ou vício, de determinados atos e instituições humanas” (DWORKIN, 1996, p. 104)<sup>105</sup>.

O problema de estabelecer demandas tão exigentes para a objetividade moral é que é quase impossível cumpri-las. E, se as expectativas não são cumpridas, todo o campo da teorização moral fica vulnerável ao ceticismo e ao relativismo. A objetividade metafísica é “uma estratégia de alto risco para defender do ceticismo a concepção comum” de moralidade. “Porque ela corre o risco de encorajar o pensamento adicional de que, se [...] fatos morais não podem ser as causas das convicções morais, então não temos razão para pensar que existem quaisquer fatos morais e, portanto, nenhuma maneira de rejeitar o ceticismo” (DWORKIN, 2011, p. 71)<sup>106</sup>.

Mackie segue precisamente esse roteiro. Se os argumentos que ele apresenta mostram um defeito conceitual grave da concepção metafísica de objetividade, e se essa concepção é a única opção filosófica possível, então a conclusão que resta é o ceticismo, ou a “teoria do erro moral” (*moral error theory*), em seus termos. “O ceticismo moral deve, portanto, assumir a forma de uma teoria do erro, admitindo que a crença em valores objetivos está embutida no pensamento e na linguagem moral comuns, mas sustentando que essa crença arraigada é

<sup>104</sup> Além de um trocadilho com as partículas físicas, como o “elétron”, o “próton” e “nêutron”, vale lembrar “*moron*”, em inglês, significa “idiota”.

<sup>105</sup> Tradução livre de: “*a causal thesis in which the supposed causal mechanism is not the ordinary interaction between natural properties and human sense organs, but a direct and wholly independent action of moral properties themselves [...] the universe houses, among its numerous particles of energy and matter, some special particles – morons – whose energy and momentum establish fields that at once constitute the morality or immorality, or virtue or vice, of particular human acts and institutions*”.

<sup>106</sup> Tradução livre de: “*is a high- risk strategy for defending the ordinary view from skepticism. For it risks encouraging the further thought that if, on the contrary, moral facts cannot cause moral convictions, then we have no reason to think that there are any moral facts and therefore no ground on which to reject skepticism*”.

falsa” (MACKIE, 1977<sup>a</sup>, pp. 48-9)<sup>107</sup>. O discurso moral seria algo como uma ilusão. As pretensões normativas à objetividade seriam, no máximo, floreios retóricos que encobririam uma realidade de relações instrumentais e tentativas de imposição de desejos pessoais.

A teoria do erro moral não é uma teoria de pessimismo global. Normalmente é o contrário. Se a busca por objetividade é ilusória, ela sempre *foi* uma ilusão. O reconhecimento desse fato nos permitiria superar concepções enganosas e buscar outros projetos mais produtivos, inclusive projetos cooperativos e altruísticos, se quisermos. Mas não estamos fazendo uma investigação global aqui, e sim uma investigação sobre os fundamentos das teorias jurídicas principiológicas. Para elas, uma conclusão cética seria problemática. As teorias principiológicas são fortemente normativas e precisam de um critério sólido de objetividade que lhes possibilite estabelecer diretrizes de fundamentação jurídica e moral. Um resultado do tipo que Mackie está propondo seria catastrófico nesse contexto, porque solaparia os pressupostos mais básicos dessas teorias.

Mackie é um cético, mas Korsgaard e Dworkin são ardorosos defensores da objetividade da moral. Se os dois alegam que o ceticismo é uma ameaça para a objetividade metafísica não é porque creem que há um problema com a moralidade ou com o domínio da normatividade em si. Antes, eles entendem que o problema está na concepção de objetividade que permite que uma ameaça desse tipo surja, em primeiro lugar. Assim, para evitar as implicações radicais do ceticismo, eles creem ser necessário elaborar uma concepção diferente de objetividade, que é a aceita, de forma geral, pelos defensores das teorias principiológicas. Rejeita-se a noção de objetividade metafísica, mas defende-se, como alternativa, a noção de *objetividade modesta*.

Como o interesse primário desta tese é a análise das teorias principiológicas, seguiremos para a exposição da objetividade modesta na próxima seção. A apresentação do realismo e das objeções levantadas contra ele foi necessária porque só é possível entender o surgimento da noção de objetividade modesta nesse contexto. No entanto, o debate sobre o realismo moral está em curso e ainda gera fecundas discussões filosóficas. Há autores realistas contemporâneos que elaboram sofisticadas respostas às objeções apresentadas nesta seção (ENOCH, 2011; NAGEL, 2004). Não é objetivo desta tese emitir juízos sobre esse debate e nem julgar os méritos do realismo moral.

---

<sup>107</sup> Tradução livre de: “Moral scepticism must, therefore, take the form of an error theory, admitting that a belief in objective values is built into ordinary moral thought and language, but holding that this ingrained belief is false”.

### 3.2.2. *Objetividade modesta (ou procedimental)*

A noção de objetividade metafísica não é a única disponível para se falar sobre a objetividade da moral. Como vimos acima, o realismo se aferra a uma única concepção de verdade, transpondo-a para domínios de conhecimento que têm pouco em comum entre si (SCANLON, 2014). Como esses domínios podem não cumprir com facilidade os requisitos do realismo, as ameaças do ceticismo e do relativismo começam a se intensificar.

Para escapar desses problemas, é necessário criar novas concepções de objetividade. Leiter e Coleman (2000) afirmam que é possível falar em três, a objetividade metafísica, a objetividade mínima e a objetividade modesta. Vejamos:

- a) *Objetividade metafísica*. Tratada na seção anterior, baseada na ideia de existência de propriedades independentes da mente e em uma visão representacionista da cognição humana. Os autores criticam essa posição em termos similares aos das críticas da seção anterior.
- b) *Objetividade mínima*. É a noção de que as crenças humanas *criam* a realidade; a realidade é tratada como um subproduto dos processos mentais humanos. Adotada como explicação abrangente, tal noção implicaria um relativismo radical. Porém, em uma escala menor, pode gerar aplicações pontuais plausíveis. Pode explicar adequadamente o surgimento, a fixação e a superação de tendências sociais, como modas, costumes e gêneros artísticos. Aplicado à moralidade ou à normatividade, gera outros problemas. Por exemplo, torna impossível a ideia de *erro*. Se as crenças das pessoas constituem a realidade, é impossível, então, que as pessoas tenham crenças erradas sobre ela. Então originaria um relativismo moral pouco sofisticado. Da mesma forma, tal noção não acomodaria a existência de reais *desacordos* entre pessoas com crenças diferentes. As diferentes crenças seriam todas consideradas verdadeiras *relativamente* aos sujeitos que as carregam. Aplicada à moralidade, também revela um relativismo pouco sofisticado.
- c) *Objetividade modesta*. Como já levemente subentendido na nomenclatura dessa noção de objetividade, é uma posição intermediária, que se acomoda entre as duas anteriores: é menos exigente do que a objetividade metafísica, mas mais exigente do que a objetividade mínima. A ideia é que, apesar de algumas propriedades/entidades serem uma criação humana, elas devem ser avaliadas não pela convenção imediata, mas por condições ideais de deliberação e juízo. “Segundo a objetividade modesta, o que parece certo em condições epistêmicas ideais determina o que é certo” (LEITER,

COLEMAN, 2000, p. 396). *Contornando o problema da objetividade mínima*, a objetividade modesta “reconhece a possibilidade de que todos podem estar errados quanto ao que uma norma exige”; é possível que as pessoas, em conjunto, sejam enganadas pelas aparências, caiam em armadilhas conceituais, etc. “Apenas o que parece certo para indivíduos colocados em uma posição epistemicamente ideal determina o que é certo” (LEITER, COLEMAN, 2000, p. 396). *Contornando o problema da objetividade metafísica*, “a objetividade modesta oferece um sentido em que as frases podem ser objetivas sem que suas condições de verdade independam totalmente de nossos recursos epistêmicos e de nosso acesso a elas”. A objetividade modesta desloca as condições de objetividade de nossas crenças imediatas, mas ainda as mantém conectadas às nossas disposições e às crenças que teríamos em condições ideais de racionalidade. “Como a teoria metafísica, torna a existência e o caráter dos fatos de vários tipos dependentes de nós, mas não de nossas crenças e evidências afetivas existentes” (LEITER, COLEMAN, 2000, p. 396).

Duas condições devem ser cumpridas para que a tentativa de se estabelecer objetividade modesta para algum objeto de investigação tenha sucesso. Primeiro, é necessário que ela nos auxilie a contornar, em alguma medida, a subjetividade. Toda noção de objetividade é, em última instância, feita em contraste com uma noção de subjetividade. A questão é que, por um lado, a objetividade metafísica radicalizou demais essa noção (independência total da mente), forçando a produção de conhecimento normativo a funcionar de forma similar à produção de conhecimento empírico. Por outro, a objetividade mínima afrouxou demais essa noção (dependência total da mente), a ponto de tornar indistinguíveis o objetivo e o subjetivo. A objetividade modesta contorna a subjetividade impondo *procedimentos* de deliberação que devem nos ajudar a eliminar distorções de pensamento e percepção, como “as nossas crenças, preconceitos, ideologias, características pessoais”. A objetividade modesta se contenta em *conter* nossa subjetividade, nos momentos em que ela ameaça se expandir demais e capturar todo nosso processo deliberativo, mas não busca eliminá-la: “[A] objetividade modesta não é objetividade no sentido de um mundo cujo caráter é independente das nossas ferramentas epistêmicas para ganhar acesso a ele; em vez disso, é a objetividade que envolve a ausência substancial (mas não total) de subjetividade” (LEITER, COLEMAN, 2000, p. 399-400).

A segunda condição é que a objetividade modesta exige clareza do conceito que se está analisando. Vejamos o exemplo da ideia de “cor”, dado por Leiter e Coleman (2000).

“Algo é vermelho apenas se parece vermelho para observadores em condições ideais”. As condições ideais para a determinação da cor de um objeto são imagináveis com relativa facilidade: um ambiente bem iluminado, com luz branca (luz negra não serviria, por exemplo), com observadores que sabem distinguir cores e têm visão normal etc. A facilidade decorre da clareza e da segurança que temos desse conceito. Sabemos o que são cores, tivemos múltiplas experiências com elas e com as condições nas quais as observamos (LEITER, COLEMAN, 2000, p. 400-1).

As duas condições esclarecem o sentido que Leiter e Coleman estão atribuindo ao termo “objetividade modesta” e mostram o seu escopo. Trata-se de uma explicação abrangente, que permite a aplicação das condições de objetividade modesta para praticamente qualquer matéria. Korsgaard faz uma distinção similar entre a objetividade metafísica e a objetividade modesta, mas já no contexto específico da discussão sobre a objetividade da moral. Os termos empregados são diferentes. Ela faz uma oposição entre duas formas de realismo, o “realismo substantivo” e o “realismo procedimental”: “Há um sentido trivial em que todo aquele que pensa que a ética não está perdida é um realista. Chamarei isso de realismo moral procedimental, [...] [que] é a visão de que existem respostas para questões morais; isto é, que existem maneiras certas e erradas de respondê-las”. Em contraste, o realismo moral substantivo “é a visão de que existem respostas para questões morais porque existem fatos ou verdades morais”.

As críticas de Korsgaard ao realismo substantivo (objetividade metafísica) foram apresentadas acima. Agora, o que nos interessa é a apresentação de sua concepção alternativa de objetividade: “O realista normativo procedimental pensa que quando fazemos perguntas práticas como 'o que devo fazer?' ou 'o que é melhor neste caso?' ou 'como devo viver?' há coisas corretas e incorretas a serem ditas”. Não é necessário, então, postular a existência de propriedade morais intrinsecamente normativas: “Contanto que haja o correto ou o melhor procedimento para responder a questões morais, há também uma forma de aplicar os conceitos de certo e de bom. E se temos uma forma de aplicar os conceitos de certo e de bom, temos também a verdade moral e, de forma mais geral, normativa” (KORSGAARD et al, 1996, p. 35)<sup>108</sup>. O realista procedimental considera irrelevantes as investigações sobre o *status*

---

<sup>108</sup> Tradução livre de: “*There is a trivial sense in which everyone who thinks that ethics isn't hopeless is a realist. I will call this procedural moral realism, and I will contrast it to what I will call substantive moral realism. Procedural moral realism is the view that there are answers to moral questions; that is, that there are right and wrong ways to answer them. Substantive moral realism is the view that there are answers to moral questions because there are moral facts or truths, which those questions ask about.*”

metafísico da moralidade ou da normatividade. Seguir o procedimento correto é tudo de que precisamos (KORSGAARD et al, 1996, p. 36-7).

A vantagem dessa concepção é que ela diminui a possibilidade de se recair no ceticismo, tornando-o uma ameaça remota: “o realista não precisa presumir que acreditar em valores objetivos é acreditar em algum tipo de entidade peculiar, como supõe Mackie. Precisamos apenas acreditar que as próprias razões existem, ou que existem verdades sobre o que temos razões para fazer” (KORSGAARD et al, 1996, p. 40)<sup>109</sup>. Da mesma forma, Dworkin afirma que as únicas investigações éticas legítimas são as que envolvem nossa preocupação direta sobre “como viver bem e se comportar decentemente” ou sobre como tornar “nossas comunidades equitativas e nossas leis mais sábias e justas”, já que “a questão de os julgamentos morais serem verdadeiros ou falsos é uma questão moral substantiva”. Se é assim, não há espaço para o ceticismo. “O ceticismo externo deveria desaparecer da paisagem filosófica. Não devemos lamentar o seu desaparecimento. Temos o suficiente para nos preocupar sem ele” (DWORKIN, 2011, pp. 67-8)<sup>110</sup>.

Teremos oportunidade de revisitar a discussão sobre o ceticismo posteriormente<sup>111</sup>. Por ora, é preciso elaborar uma descrição mais precisa da objetividade modesta. É uma concepção procedimental, mas como o procedimento pode ser caracterizado? E por que ele seria *suficiente* para estabelecer a objetividade da moral? Um auxílio para a resposta a essas questões pode vir da área da filosofia da ação. Farei uma breve incursão na área, para apresentar a posição de dois autores importantes: (a já mencionada) Christine Korsgaard e Michael Smith.

---

*To see the difference, it helps to consider normative realism more generally. The procedural normative realist thinks that when we ask practical questions like 'what must I do?' or 'what is best in this case?' or 'how should I live?' there are correct and incorrect things to say. [...] But procedural realism does not require the existence of intrinsically normative entities, either for morality or for any other kind of normative claim. It is consistent with the view that moral conclusions are the dictates of practical reason, or the projections of human sentiments, or the results of some constructive procedure like the argument from John Rawls's original position. As long as there is some correct or best procedure for answering moral questions, there is some way of applying the concepts of the right and the good. And as long as there is some way of applying the concepts of the right and the good, we will have moral and more generally normative truth. Statements implying moral concepts will be true when those concepts are applied correctly”.*

<sup>109</sup> Tradução livre de: “the realist need not assume, as Mackie supposes, that believing in objective values is believing in some sort of peculiar entities. We need only believe that reasons themselves exist, or that there are truths about what we have reason to do”.

<sup>110</sup> Tradução livre de: “the question whether moral judgments can be true or false is a substantive moral issue [...]. External skepticism should disappear from the philosophical landscape. We should not regret its disappearance. We have enough to worry about without it. We want to live well and to behave decently; we want our communities to be fair and good and our laws to be wise and just”.

<sup>111</sup> Cf. Seção 4.1.

### 3.3. Filosofia da ação: Smith e Korsgaard

A filosofia da ação estuda, entre outras coisas, a racionalidade prática humana e as razões para a ação. Há uma divisão tradicional e antiga nessa área da filosofia, entre abordagens instrumentalistas e não-instrumentalistas da ação. Os instrumentalistas dão papel explicativo privilegiado a imperativos hipotéticos e a razões instrumentais. Costumam alegar que os desejos e interesses do agente são essenciais para a explicação da ação humana. Por outro lado, os não-instrumentalistas dão papel explicativo privilegiado a outros tipos de razões, notadamente as razões não-instrumentais categóricas. Normalmente, consideram a racionalidade como constitutiva da agência humana. Hume costuma ser lembrado como o principal formulador da teoria instrumentalista da ação. E Kant, como o principal expoente da teoria não-instrumentalista. De forma geral, diz-se, então, que há uma separação entre os humeanos e os kantianos na explicação da racionalidade prática e das razões para ação humanas.

Para possibilitar a análise dos comprometimentos de uma teoria da normatividade e da moralidade procedimental, buscarei, nesta seção, expor uma teoria procedimental humeana e uma teoria procedimental kantiana. Escolhi, como representante de uma teoria de inspiração humeana, a teoria de Michael Smith sobre razões motivadoras e razões justificatórias para a ação. Paralelamente, escolhi, como representante de teoria de inspiração kantiana, a teoria de Christine Korsgaard sobre razões para ação, normatividade e moralidade. Reconheço que não é possível dizer que cada autor represente o completo arco das abordagens humeanas e kantianas. Mesmo assim, são representantes influentes dessas tradições, cujas teorias são conhecidas e discutidas. Conseguir mostrar que ambos os autores, cada um inserido em sua tradição, ainda assim chegam à mesma noção de objetividade – a objetividade modesta – será útil para os propósitos deste capítulo.

#### 3.3.1. A abordagem humeana de Smith

Michael Smith, em *The moral problem*, desenvolve uma teoria sobre as bases da normatividade e da moralidade. Como bom humeano, toma como premissa a suposição de que o único conteúdo mental capaz de motivar o comportamento humano é um *desejo*. Se alguém age, age porque *quer* algo (“João bebeu água porque estava com sede”; “a empresária falsificou a declaração de imposto de renda para proteger seus lucros”). Nessa lógica, toda teoria que se pretenda capaz de explicar o comportamento humano deve ser capaz, primeiro, de invocar os desejos subjacentes à ação humana (SMITH, 1995). Assim, toda “razão” que

pretenda *explicar* o comportamento humano deve ser uma razão causal que mapeia o desejo que determina a ação.

Como vimos acima, no entanto, e como Smith está disposto a conceder, razões explicativas não são os únicos tipos de razões que existem. Às vezes, nosso objetivo não é explicar uma ação, mas defendê-la, mostrar que ela é boa, justificada, a melhor escolha. Falar em razões nesse caso é falar sobre a busca dos motivos que contam a favor de uma escolha. Essas razões são conhecidas como “razões *justificatórias*”. Enquanto as razões explicativas fazem referência a causas e desejos, as razões justificatórias fazem referência a valores e crenças (João: “bebi água porque estava com sede” (desejo); “beber água para matar a sede é uma boa escolha, porque é mais saudável do que beber refrigerante” (justificação)). As razões justificatórias são as razões que estão propriamente no domínio da normatividade.

Smith está apresentando uma teoria sobre a avaliação racional das ações. Nas concepções humanas tradicionais, nossos desejos e ações só podem ser avaliados com base em outros desejos, talvez desejos de segunda ordem (isto é, o que desejaríamos desejar). Um desejo de primeira ordem seria irracional quando seu conteúdo conflitasse com o conteúdo de um desejo de segunda ordem (FRANKFURT, 1988). Um problema da concepção tradicional é que ela não parece apontar de forma muito convincente o que torna a avaliação dos desejos especificamente normativa. Por exemplo, por que desejos de segunda ordem são mais importantes do que o desejo de primeira ordem? Tenho o desejo de comer esse bolo (primeira ordem); mas, talvez por estar de dieta, também tenho o desejo de *não* ter o desejo de comer esse bolo (segunda ordem). Tenho a sensação de que o desejo de segunda ordem de alguma forma está mais próximo do meu *self* do que o de primeira ordem. Considerarei a frustração do desejo de primeira ordem um triunfo de minha força de vontade, mas considerarei a frustração do desejo de segunda ordem uma fraqueza pessoal, a queda em tentação<sup>112</sup>. Por quê? E por que não poderia ser o contrário? A teoria tradicional não tem uma boa resposta a essas questões, porque não desenvolve profundamente *critérios* para avaliação de escolhas. Como alternativa, Smith propõe que desejos de primeira ordem são avaliados não por outros desejos, mas por *crenças* (SMITH, 1995, p. 159). Consideramos que um desejo é adequado quando *endossamos* esse desejo, no sentido de que estamos convencidos de que ele promove nosso bem-estar, que está de acordo com nossos projetos de vida, que nos permite ser quem queremos ser. Temos autoconcepções. Entro em dieta provavelmente porque valorizo minha autoimagem de pessoa saudável, capaz de realizar tarefas físicas, de ter uma boa relação com

<sup>112</sup> O que os filósofos costumam chamar de “acrasia” ou “fraqueza de vontade” (RAZ, 1999, pp. 5-45).

o próprio corpo. Porque creio que essa imagem é boa, ela é valiosa para mim, é que formo o desejo de segui-la. Por outro lado, quando realizo uma ação que frustra esse projeto, estou agindo contra aquilo que creio ser valioso, e me frustrro.

A vantagem da proposta de Smith é que ela nos dá bases para entender quando as razões justificatórias (crenças) de um agente são realmente válidas ou não. As crenças realmente *pertencem a ele* ou são irracionais, formadas porque ele tirou conclusões enganosas dos fatos? Para estruturar um critério de validade, devemos formular uma concepção idealizada do agente, isto é, indagar se ele endossaria esse curso de ação se fosse completamente racional, com acesso a todas as informações relevantes e capacidade de deliberar corretamente. Os critérios de racionalidade normativa de Smith são procedimentais, dizem respeito a condições ideais de deliberação. O modelo pode ser formulado assim: “Um agente tem razão normativa para fazer X na circunstância C se e somente se a razão normativa for endossada em condições de total racionalidade”.

O modelo tem outra decorrência. Uma razão normativa formada como resultado desse procedimento é válida não somente para o agente que está deliberando, mas para qualquer um que compartilhe suas circunstâncias. Se um agente, depois de deliberar e conhecer todos os fatos relevantes, concluir que em tal e tal circunstância mentir é errado, todos os outros agentes racionais que compartilharem as mesmas circunstâncias também deverão concluir que mentir é errado. O que vale é o procedimento para a deliberação racional. Se todos seguem o mesmo procedimento, e se as circunstâncias são as mesmas, todos chegam ao mesmo resultado. Logo, agentes racionais, em condições ideais de deliberação, *convergem* para as mesmas razões: “temos motivos para ter alguma confiança [...] [de que] haverá convergência de nossos desejos nas condições de plena racionalidade” (SMITH, 1995, p. 187)<sup>113</sup>. Abre-se espaço para a extensão das razões normativas para vários agentes, tornando as razões normativas, em um sentido, universais: “a convergência dos desejos hipotéticos de criaturas totalmente racionais é necessária para a verdade das afirmações da razão normativa” (SMITH, 1995, p. 173)<sup>114</sup>.

### 3.3.2. A abordagem kantiana de Korsgaard

Christine Korsgaard, em *The sources of normativity*, apresenta sua concepção kantiana de normatividade e objetividade. Já vimos sua crítica ao realismo substancial e a proposta de

<sup>113</sup> Tradução livre de: “we have reason to have some confidence [...] [that] there will be a convergence in our desires under conditions of full rationality”.

<sup>114</sup> Tradução livre de: “convergence in the hypothetical desires of fully rational creatures is required for the truth of normative reason claims”.

alternativa de objetividade procedimental. Vejamos como ela desenvolve sua proposta. Para Korsgaard, a questão da normatividade surge porque nós somos seres reflexivos. Nós avaliamos criticamente nossos motivos e intenções. Às vezes, os motivos e intenções não resistem à análise: “Mesmo que estejamos inclinados a acreditar que uma ação é correta e mesmo que estejamos inclinados a ser motivados por esse fato, sempre é possível questionar nossas crenças e motivos”. Essa possibilidade nos preocupa, e nos motiva a investigar nossas convicções a fundo. “É por isso que, afinal de contas, buscamos um fundamento filosófico para a ética em primeiro lugar: tememos que a verdadeira explicação de nossas crenças e motivos morais possa não ser aquela que os ampare” (KORSGAARD et al, 1996, p. 49)<sup>115</sup>.

Investigamos o discurso normativo para buscar os critérios de sucesso de nossa reflexão crítica. Korsgaard argumenta que Kant estava consciente dessa crise, e foi o primeiro autor a formular um procedimento detalhado para testar a plausibilidade de proposições normativas. Kant fundamenta a normatividade na autonomia humana e formula os imperativos categóricos como os testes procedimentais da moralidade. A noção kantiana de autonomia envolve um comprometimento duplo. Primeiro, com a *liberdade* da razão, no sentido de que ela não deve ser determinada por nada externo. Segundo, com a ideia de que a razão *representa*, sendo, em um sentido, uma força causal. Causas obedecem a leis, e é necessário que no processo de representação a razão obedeça a princípios, a leis. Como a lei não pode ser imposta externamente, só resta uma opção: a razão deve criar a lei para si própria – *auto/nomos*. Na dimensão prática, o processo autônomo de criação de leis nos leva ao imperativo categórico, em sua máxima da lei universal “age de maneira tal que a máxima de tua ação possa ser considerada ao mesmo tempo como lei universal”. Kant elaborou algumas formulações do imperativo categórico. Parece que ele considerou todas as formulações como co-extensivas, ou seja, como formas diferentes de apresentar a mesma ideia. Nesse ponto, Korsgaard dissente de Kant. Para Korsgaard, a formulação da lei universal (exclusivamente à qual ela reserva a denominação “imperativo categórico”) é o fundamento da normatividade humana, mas ainda não dá o conteúdo das normas morais. O conteúdo das normas morais só pode ser encontrado na aplicação de outra formulação do imperativo categórico, a do Reino dos Fins. O que se exige aqui é que o agente formule normas concebendo a si mesmo como um *participante* de uma comunidade de agentes racionais.

---

<sup>115</sup> Tradução livre de: “[N]ormativity is a problem for human beings because of our reflective nature. Even if we are inclined to believe that an action is right and even if we are inclined to be motivated by that fact, it is always possible for us to call our beliefs and motives into question. This is why, after all, we seek a philosophical foundation for ethics in the first place: because we are afraid that the true explanation of why we have moral beliefs and motives might not be one that sustains them. Morality might not survive reflection.”

É preciso esclarecer as implicações de tal “participação”. Para Kant, a forma como agimos tem direta conexão com a forma como nos concebemos. Temos, para usar um termo que Korsgaard cunha, *identidades práticas* (*practical identities*). Nossas identidades têm vários elementos: amigo, cônjuge, profissional, cidadão, religioso (ou não). Conforme assumimos essas identidades, internalizamos seus valores, agimos conforme a elas, nossas obrigações tornam-se mais determinadas. A tal ponto que, para as identidades que mais valorizamos, será difícil separar essas obrigações identitárias de nosso self. Como carregamos múltiplas identidades, no entanto, há o risco de que nossas obrigações apresentem alguns conflitos: incompatibilidades, incongruências, pouca coesão. Precisamos sanear esses conflitos internos, impulsionar a pacificação de nosso self. Temos a necessidade de integridade, de não violar as identidades que são mais importantes para nós e manter uma imagem coerente e completa de nós mesmos.

Para Korsgaard, a integridade é possível, porque todas as identidades práticas compartilham um ponto de partida. A necessidade de assumir identidades é o que nos faz humanos, afinal, que é outra forma de identidade: “A razão que você tem para se conformar com suas identidades práticas particulares não é uma razão que brota de qualquer identidade prática particular. É uma razão que brota de sua própria humanidade, de sua identidade simplesmente como ser humano, um animal reflexivo que precisa de razões para agir e viver”. Mais do que isso, essa razão surge da postura prática que assumimos quando carregamos essa identidade. Carregar uma identidade é valorizá-la, então é inescapável que valorizamos nossa identidade humana. “[A razão para se conformar a uma identidade] vale para você apenas se você trata sua humanidade como uma forma de identidade prática, normativa, ou seja, se você se valoriza como ser humano”. Nesse caso, já adentramos o domínio moral: “Valorizar-se simplesmente como ser humano é ter identidade moral [...], nossa identidade como seres morais – como pessoas que se valorizam como seres humanos – está por trás de nossas identidades práticas mais particulares” (KORSGAARD et al, 1996, p. 120-1)<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> Tradução livre de: “*What is not contingent is that you must be governed by some conception of your practical identity. For unless you are committed to some conception of your practical identity, you will lose your grip on yourself as having any reason to do one thing rather than another - and with it, your grip on yourself as having any reason to live and act at all. But this reason for conforming to your particular practical identities is not a reason that springs from one of those particular practical identities. It is a reason that springs from your humanity itself, from your identity simply as a human being, a reflective animal who needs reasons to act and to live. And so it is a reason you have only if you treat your humanity as a practical, normative, form of identity, that is, if you value yourself as a human being. But to value yourself just as a human being is to have moral identity, as the Enlightenment understood it. So this puts you in moral territory [...] If this is right, our identity as moral beings - as people who value themselves as human beings - stands behind our more particular practical identities*”.

Então, a moralidade *é* especial. Ela deriva diretamente de nossa humanidade, *é* o fundamento do discurso e *é* universal (vale para todos aqueles que compartilham humanidade): “O que torna a moralidade especial *é* que ela brota de uma forma de identidade que não pode ser rejeitada, a menos que estejamos preparados para rejeitar completamente a normatividade prática, ou a existência de razões práticas” (KORSGAARD et al, p. 125)<sup>117</sup>. Para Korsgaard, apesar de termos diferentes identidades práticas, temos uma identidade comum, nossa humanidade. Devemos nos conceber como habitantes do mesmo Reino de Fins, compartilhando uma identidade comum que gera um tipo especial de obrigação – a obrigação moral – que não pode ser rejeitada. Há uma convergência entre as pessoas. Nesse caso, uma convergência entre nossas identidades de humanos e das obrigações morais, universais, que delas decorrem.

### 3.4. Objetividade modesta e convergência entre agentes racionais

Smith e Korsgaard partem de referenciais teóricos diferentes, mas suas conclusões têm similaridades notáveis. Para começar, ambos creem que a moralidade *é* objetiva, no sentido de objetividade modesta ou procedimental. Mais do que isso, ambos creem que a objetividade (modesta) em questões morais e normativas está relacionada à possibilidade de *convergência entre agentes racionais*. Os autores formulam essa ideia de maneiras diferentes: Smith especifica as condições de validade das razões normativas a partir dos *desejos* que teríamos se conhecêssemos todos os fatos relevantes e não cometêssemos erros de raciocínio. Korsgaard identifica a fórmula kantiana do Reino dos Fins com a lei moral e conclui que, quando alguém se considera um membro dessa comunidade, deve perceber que compartilha obrigações com todas as outras pessoas racionais, especialmente as que brotam de sua própria identidade humana. Todos, *qua* agentes racionais, têm obrigações especiais (morais) uns com os outros.

A possibilidade de convergência entre agentes racionais *é* o critério de objetividade normativa e moral. Se aplicarmos o procedimento a um tema e tivermos razão para crer que os agentes convergirão, teremos razão para pensar que essa matéria *é* objetiva. Se não tivermos razão para acreditar que os agentes convergirão, não teremos motivos para dizer que a matéria *é* objetiva.

---

<sup>117</sup> Tradução livre de: “*What makes morality special is that it springs from a form of identity which cannot be rejected unless we are prepared to reject practical normativity, or the existence of practical reasons, altogether*”.

### 3.4.1. Generalizando

Farei uma generalização. Não só Smith e Korsgaard, mas também qualquer defensor da noção de objetividade modesta deve adotar a ideia de convergência entre agentes racionais como critério de “verdade”. Ambas as noções são indissociáveis. Quando Leiter e Coleman colocam as duas condições para a objetividade modesta (inexistência de distorções no raciocínio dos agentes e clareza sobre o conceito a ser discutido), estão simplesmente estipulando as condições para ocorrência de convergência, como eles próprios admitem: “o que parece certo para indivíduos colocados em uma posição epistemicamente ideal determina o que é certo” (LEITER, COLEMAN, 2000, p. 396)

Por que a indissociabilidade? A comparação entre objetividade metafísica e objetividade modesta novamente convém à explicação. A busca pela objetividade é a busca pela existência de algo, ou ao menos de razões para ficarmos mais confiantes de que algo existe. Os defensores da objetividade metafísica levam essa investigação muito a sério, a tal ponto que são estritos no que admitem para *confirmar* a existência de um objeto. Eles exigem as causas últimas, o momento em que o objeto causa uma impressão direta em nossos sentidos, o rastreamento daquela propriedade essencial, constitutiva. O problema é que para algumas investigações (como a normativa), essa exigência é simplesmente demais, é impossível forçar os objetos a cumprirem tão elevados graus de expectativa.

Em contraste, teorias da objetividade modesta suavizam as exigências. Seus defensores entendem que não é necessário exigir tanto do mundo, forçá-lo a se encaixar em rígidos modelos conceituais. Eles acreditam que em algumas investigações é possível relaxar a demanda conceitual e mesmo assim continuar a falar confortavelmente em “objetividade”. Teremos tudo de que necessitamos: previsibilidade, coerência conceitual, determinação estável de conteúdos. A contribuição dessa nova abordagem é a compreensão inovadora de que o ideal de objetividade não é um “fato bruto” soterrado no mundo que precisamos desenterrar; antes, é um ideal humano, usado por humanos na comunicação com outros humanos. A busca por objetividade é uma busca por critérios argumentativos que nos permitam lançar alguns debates e decidi-los de forma razoavelmente confiável.

Em substituição ao “mundo” como lugar último de determinação da objetividade, o defensor da objetividade modesta se permite lançar outro candidato para a tarefa: o ser humano. O defensor exibe um saudável grau de confiança nas capacidades cognitivas dos seres humanos, em sua honestidade comunicativa e em suas propensões de adquirir conhecimento. Ao invés de tentar definir com exatidão o que torna uma propriedade

verdadeira, ele terceiriza a tarefa, preocupando-se apenas em delinear os procedimentos, as condições que evitarão erros sistemáticos dos investigadores. De resto, confiará nas respostas a que as pessoas chegarão. Desse modo, o foco explicativo é deslocado da propriedade, do objeto em si, para as condições em que a justificação da adoção de uma ideia ou conceito é válida ou não.

Colocar a justificação no centro de uma pretensão teórica é também importar uma preocupação *argumentativa*, com as melhores formas de tornar as ideias convincentes aos pares. Se a tarefa da determinação da objetividade é confiada às pessoas, faz sentido dar prioridade à comunicação, ao diálogo. Todos devem saber que estão falando sobre a mesma coisa, todos devem ser abertos aos argumentos dos pares, todos devem ter os seus argumentos ouvidos. Se eles chegam à convergência, não temos motivos para negar que encontramos a objetividade, ou a “verdade” e a “existência” (para usar termos solenes). A questão sempre foi a argumentação. Agora, trata-se apenas de reconhecê-la como critério central de determinação epistemológico e metafísico.

#### 3.4.2. *Etapas da convergência*

Tentarei caracterizar com um pouco mais de detalhes a ideia de convergência entre agentes racionais. A caracterização não deve ser vista como pretensiosa, não é meu objetivo propor algo como um método de objetividade (algo como o procedimento da posição original de Rawls). Pelo contrário, a intenção aqui é simplesmente explicativa, tornar mais acessível a ideia de convergência entre agentes racionais que está sendo aludida. Como é uma ideia que permeia a tese, creio fazer sentido apresentá-la de forma mais estruturada.

Como vimos, o cenário de convergência é um procedimento idealizado, algo como um teste que se faz sobre uma matéria para ver se ela ocasionará ou não convergência entre agentes racionais. O procedimento pode ser exposto em passos.

- a) *Passo 1: Clareza sobre a matéria que será discutida.* Essa condição já foi estipulada por Leiter e Coleman, na discussão acima. É uma condição simples. Agentes em condições ideais só irão convergir sobre uma questão se todos souberem com clareza o que é essa questão. Eles precisam saber do que estão falando. Do contrário, o exercício é inútil.
- b) *Passo 2: Sujeitos plenamente racionais.* Essa condição também foi mencionada acima, na apresentação da posição de Smith. Estipulam-se as características das pessoas idealizadas que participariam da deliberação. Elas devem estar em condições de

*completa racionalidade*. Existem dois requisitos para que um agente esteja em condições de completa racionalidade. (i) O agente não deve ter nenhuma crença falsa, todas as crenças que ele tem e são relevantes para a matéria a ser deliberada devem ser verdadeiras; (ii) O agente delibera corretamente, sem cometer qualquer erro inferencial em seu processo de raciocínio<sup>118</sup>.

- c) *Passo 3. Processo de deliberação racional*. Dadas as condições, os agentes passarão a deliberar para escolher uma razão, uma ação, etc. Os agentes devem fazer a sua escolha seguindo somente razões (justificatórias), e não serão influenciados por outros motivos, como a força, motivos arbitrários, causas arbitrárias, etc. Não há estipulação de tempo para a duração do processo. Pelo que nos convém, a deliberação pode durar infinitamente.
- d) *Passo 4. Resultado*. Depois do processo de deliberação, dois resultados serão possíveis: i) *Divergência*. Imaginemos que em todos os momentos em que observamos a deliberação dos agentes, não vejamos nenhuma tendência de convergência entre eles; pode ser que dois grandes grupos se formam, ou múltiplos, o ponto é que as opiniões estão divididas. Essa é o cenário de divergência. Deveremos concluir que a questão é subjetiva ou relativa. ii) *Convergência*. Por outro lado, se, ao observarmos as deliberações, observarmos que há uma tendência de que todos os agentes se aproximem da mesma opinião, até que se formem os contornos de um consenso sobre a matéria discutida, então estaremos diante de um cenário de convergência. Deveremos concluir que a matéria é objetiva. Vale mencionar aqui que a convergência não precisa ser instantânea, trata-se de uma tendência a ser observada pelo (hipotético) observador.
- e) *Passo 5. Aplicação*. O último passo é voltar ao mundo real e aplicar o resultado atingido nas condições idealizadas às circunstâncias atuais, não-ideais. Esse passo normalmente exige alguma técnica de transição. No modelo de Smith, por exemplo, é possível dizer que um agente (A) terá uma razão normativa para fazer algo apenas se sua contraparte idealizada (A+) desejar que ele faça isso e aconselhá-lo a tal<sup>119</sup>. O “conselho” conecta o mundo idealizado ao mundo real. Da mesma forma, no modelo de Korsgaard, devemos fazer a transição entre as ações dos cidadãos que habitam o

---

<sup>118</sup> Seguindo Bernard Williams, Smith decompõe esse requisito em três proposições: “(i) *the agent[s] must have no false beliefs*, (ii) *the agent[s] must have all relevant true beliefs*, (iii) *the agent[s] must deliberate correctly*” (SMITH, 1995, p. 156)

<sup>119</sup> Cf. discussão em (SOBEL, 2016, cap. 5)

“Reino dos Fins” kantiano e nossas ações do mundo. Faremos isso quando estipularmos a máxima (o princípio) da nossa ação no mundo real.

### 3.4.3. *Convergência entre agentes racionais e o dilema judicial*

Estou defendendo uma ligação essencial entre a noção de objetividade modesta e a ideia de convergência entre agentes racionais. Em decorrência, também defendo uma ligação essencial entre as teorias jurídicas principiológicas e essas duas posições. De fato, creio que essa é a característica distintiva das teorias jurídicas principiológicas. Elas têm em seu núcleo o comprometimento com uma concepção de normatividade baseada na objetividade modesta e na convergência entre agentes racionais.

Estamos em condições de entender por que, no direito, os propositores das teorias principiológica têm esperanças tão altas na capacidade do discurso moral de resolver o dilema judicial e fortalecer a legitimidade dos órgãos judiciais. Para começar, a prática de fundamentação da decisão judicial é uma prática argumentativa. Uma teoria da objetividade que dá centralidade a critérios e procedimentos argumentativos é uma teoria que está destacando aquilo que importa. Nesse modelo, o discurso moral dá ao juiz exatamente o que ele está precisando: algum critério para superar os conflitos morais da comunidade e transmitir a mensagem de que está decidindo em nome de todos, usando os valores que toda a comunidade, de alguma forma, endossa (mesmo que os grupos em conflito não estejam imediatamente cientes disso). As razões morais do discurso moral são, senão aceitas, pelo menos *aceitáveis* para os membros da comunidade; isso, em um cenário de conflitos morais e desconfiança com os atores públicos, já é um avanço.

O direito tem como marca ser uma instituição social, criada por humanos para regular o comportamento de humanos. Mas desaprovamos arbitrariedades. Entendemos que a autoridade só pode ser exercida quando baseada em razões legítimas. Por outro lado, desconfiamos de apelos a propriedades metafísicas etéreas para justificar essa autoridade. As teorias principiológicas são interessantes por terem conseguido criar um espaço equidistante entre esses extremos. Como teorias que tomam os procedimentos que gerariam convergência entre agentes racionais como critério de objetividade, elas colocam as pessoas (se bem que em condições idealizadas) como árbitras da objetividade. Em compensação, há a previsão de regras relativamente previsíveis, estáveis, passíveis de justificação argumentativa, como diretrizes da investigação normativa, eliminando arbitrariedades.

Mais, a esperança é que, quando o tempo de deliberação social for transcorrendo, a tendência de nos aproximarmos das respostas que chegaríamos se estivéssemos em condições ideais de deliberação também estará em ação (transição). Como vimos, o defensor da objetividade modesta tem plena confiança na capacidade humana de desenvolver plenamente seus potenciais de racionalidade. Ele partiu dessa confiança para colocar os humanos no centro da determinação da objetividade. Da mesma forma, essa confiança baseia a esperança de que, no futuro, no longo, no longuíssimo prazo – o tempo não importa, o que importa é que essa possibilidade esteja no horizonte –, os seres humanos serão melhores: estarão mais próximos de sua contraparte idealizada do que estão agora. Em um cenário assim, as razões judiciais, que à primeira vista eram tidas apenas como aceitáveis, poderão passar a ser realmente *aceitas* pela comunidade, formando os contornos de um consenso social. O discurso moral estaria direcionando os membros da comunidade a uma convergência legitimamente justificada.

O dilema judicial surge com o alinhamento de dois problemas: o aparente esgotamento das regras ou das vias tradicionais de decisão judicial (casos difíceis) e a necessidade de decidir em uma comunidade que está envolvida em profundos conflitos morais. A concepção do discurso moral como aquele capaz de gerar convergência entre agentes racionais é vista, pelos teóricos principiológicos, como capaz de solucionar esses dois problemas ao mesmo tempo.

Soluciona o problema dos casos difíceis porque permite que o juiz encontre *soluções legítimas* para o caso, investigando os princípios morais profundos que são aceitos (ou seriam aceitos em condições ideais) pelos membros da comunidade, decidindo não com base em suas preferências pessoais, mas com base nos valores que ele consegue detectar e compatibilizar em seu exercício interpretativo. Esse processo não exclui alguma criatividade. A atividade judicial será provavelmente *construtiva* (a elaboração de uma visão sobre os princípios da comunidade), não meramente formal. Mas a criatividade não é incompatível com a concepção de objetividade modesta: mais do que descobertos, consensos são forjados. Isso é plenamente válido, desde que se respeitem no processo as balizas de razoabilidade.

E soluciona o problema dos desacordos morais na comunidade porque escapa às narrativas morais polarizadas em voga. O juiz não estará se comprometendo com argumentos políticos ou razões ideológicas, mas forjando uma visão mais profunda baseada nos comprometimentos morais de todos os membros da comunidade. Além de garantir que o tomador de decisão não se engaje nos conflitos morais, tal processo de raciocínio permitirá

que ele encontre razões comuns, que, em algum momento, poderão ser aceitas por todos. Isso torna o órgão judicial uma força social pacificadora, criando um contraponto às narrativas de conflito moral e polarização da sociedade. Se o contraponto, em algum momento, conseguir tração social (e essa é a esperança dos teóricos principiológicos), isso quer dizer que em algum momento a atuação judicial realmente poderá ter uma contribuição efetiva para a mitigação dos conflitos morais. O órgão judicial “dominará” as narrativas, por assim dizer, e verá triunfar uma orientação mais estável, aliada aos valores profundos da comunidade.

#### 3.4.4. *Convergência entre agentes racionais e as circunstâncias judiciais*

Analogamente, a ideia de convergência racional solucionaria a tensão criada pelas circunstâncias judiciais, apontada no capítulo anterior. Concluimos que essas circunstâncias envolvem uma sociedade profundamente dividida por conflitos morais, polarizada, permeada de guerras culturais, pânico morais, exposições de virtuosismo moral. Envolvem também cidadãos aferrados a seus grupos morais, pensando para eles e a partir deles; a capacidade de argumentação das pessoas está, em larga medida, comprometida; elas não estão dispostas a ouvir e talvez nem conseguissem superar suas parcialidades tribais, mesmo que conscientemente tentassem. Como tal situação poderia ser resolvida?

Creio que a resposta do defensor da convergência entre agentes racionais seja a seguinte. O cenário atual certamente é preocupante, e é uma pena que as faculdades de raciocínio das pessoas estejam comprometidas por suas afiliações grupais. Se essa é a situação factual, ela é uma situação lamentável. Por outro lado, essa situação não apaga a *verdade* (modesta, mais ainda verdade) de que é possível encontrar uma solução no discurso moral para esses problemas. Se existe um nível de discurso, a esfera da normatividade, que pode nos ajudar a nos tornar pessoas mais racionais, a formar uma comunidade mais coesa e a resolver nossos desacordos de forma razoável, então o reconhecimento dessa possibilidade é, por si só, valioso. Um problema pode ser complicado por ter uma resposta correta, mas difícil de ser encontrada, ou simplesmente por não ter nenhuma resposta correta. Estamos lidando com a primeira opção, que é bem menos desesperadora do que a segunda.

Com isso estabelecido, o próximo passo é apenas buscar os meios de concretizar esses ideais. Já mencionei que esses autores exibem um alto nível de otimismo com as capacidades da natureza humana, então para eles essa mudança não deve estar tão distante. Humanos cometem muitos erros, mas são adaptáveis. Quando percebermos que uma saída para nossos problemas sociais é sólida, promissora, estável, nossa tendência será segui-la. Mas vamos supor que eles estejam errados, e que a natureza humana seja muito mais difícil de contornar

do que eles pensam, que, por tudo que podemos prever, as pessoas continuarão aferradas a seus grupos, incapazes de pensar de forma razoável sobre as questões morais. O que devemos fazer a respeito? Na verdade não há muito que se possa fazer, a não ser manter abertos os caminhos teóricos para que alguma comunidade, em algum momento, possa dar a sorte de encontrar uma solução. Enquanto isso, as pessoas têm pelo menos o direito de saber que há uma perspectiva de solução e que há um caminho possível (mesmo que apenas teoricamente possível) para os problemas morais que afligem nossas comunidades.

No final das contas, o fator determinante é o discurso normativo. Enquanto houver perspectiva de solução para nossos problemas morais, sua busca valerá a pena. Sobre nossas circunstâncias sociais e nossas perspectivas futuras, pouco podemos prever.

### 3.4.5. *Por que o sucesso das teorias principiológicas*

Por que as teorias principiológicas têm tido tanto sucesso no mundo jurídico? Tais teorias tradicionalmente são vistas como uma “terceira via” na área da Teoria do Direito, se acomodando entre, por um lado, o jusnaturalismo e, por outro, o positivismo jurídico<sup>120</sup>. Não quero cair na tentação de fazer uma identificação simplista entre a noção de objetividade

---

<sup>120</sup> Cf. a resenha da obra de Dworkin feita por Mackie, que a denomina de “A terceira teoria do direito” (*The third theory of law*). Eis um trecho: “Eu a chamo de terceira teoria do direito porque ela contrasta tanto com o positivismo jurídico quanto com a doutrina do direito natural, e é de certa forma intermediária entre os dois. A doutrina do direito natural é bem resumida por Blackstone: ‘Esta lei da natureza sendo coeva com a humanidade e ditada pelo próprio Deus é obviamente superior em obrigação a qualquer outra. É obrigatória em todo o globo, em todos os países e em todos os momentos. Nenhuma lei humana é válida se for contrária a isso, e as válidas derivam sua força e toda a sua autoridade, mediata ou imediatamente, deste original.’ Isso implica que um juiz, confiando em seu conhecimento racional do direito natural, pode anular até mesmo o que parece ser o direito estabelecido da terra - estatutos inequívocos e regularmente promulgados ou precedentes claramente relevantes e sem oposição - e declarar que o direito aparentemente estabelecido não é o direito. Contra isso, acho que o professor Dworkin admitiria que todo direito é feito de alguma forma por seres humanos, e que a pergunta (detalhada), o que é o direito? só faz sentido se interpretada como uma pergunta: qual é, em determinado momento, o direito da Inglaterra, da França, dos Estados Unidos ou de Dakota do Sul? A validade de uma lei é totalmente relativa ao sistema jurídico ao qual ela pertence. Consequentemente, descobrir o que é o direito é uma tarefa empírica, não uma questão de raciocínio a priori. Mas, admitindo-se isso, o professor Dworkin enfatiza uma série de contrastes entre sua visão e o positivismo jurídico, mesmo uma forma cautelosa de positivismo como a do professor Hart” (MACKIE, 1977b, pp. 3-4). Tradução livre de: “*I call it the third theory of law because it contrasts both with legal positivism and with the doctrine of natural law, and is in some ways intermediate between the two. The natural law doctrine is well summarized by Blackstone: ‘This law of nature being coeval with mankind and dictated by God himself is of course superior in obligation to any other. It is binding over the whole globe, in all countries and at all times. No human laws are of any validity if contrary to this, and such of them as are valid derive their force and all their authority, mediately or immediately, from this original.’ This entails that a judge, relying on his rational knowledge of natural law, may overrule even what appears to be the settled law of the land -unambiguous and regularly enacted statutes or clearly relevant and unopposed precedents- and declare that the apparently settled law is not the law. Against this, I think that Professor Dworkin would concede that all law is made somehow by human beings, and that the (detailed) question, What is the law? makes sense only if construed as asking, What is at a certain time the law of England, or of France, or of the United States, or of South Dakota? The validity of a law is wholly relative to the legal system to which it belongs. Consequently the finding out of what is the law is an empirical task, not a matter of a priori reasoning. But, this being conceded, Professor Dworkin stresses a series of contrasts between his view and legal positivism, even such a cautious form of positivism as Professor Hart’s”.*

modesta e as teorias jurídicas principiológicas, a noção de objetividade metafísica e as teorias jusnaturalistas e a noção de objetividade mínima e as teorias positivistas. Mesmo assim, há algumas afinidades eletivas entre as posições. Senão uma relação lógica, ao menos algumas *propensões* comuns. As relações se estendem à dinâmica do confronto interno dessas teorias. Como no caso da objetividade modesta, os teóricos principiológicos criticam os jusnaturalistas por serem intransigentes, metafísicos, etéreos (assim como se critica a objetividade metafísica) e criticam os positivistas por serem permissivos demais com o voluntarismo judicial e com a discricionarietà, por não apresentarem sólidos padrões de correção para a atuação judicial (assim como se critica a objetividade mínima).

Mas o surgimento de uma terceira via teórica, nesses moldes, não é novidade filosófica. Ele ocorreu em todos os campos de teorização que aplicam critérios normativos para a determinação da “verdade” (ou “correção” ou “legitimidade” ou “autoridade”, a depender da área), como a teoria política, a teoria da arte, a epistemologia e a própria ciência. Há um padrão. Primeiro, a área tem uma tradição dominante que usa critérios transcendentais de objetividade, invocando propriedades metafísicas ou divinas para justificá-la. Segundo, a tradição entra em crise, porque as pessoas não estão dispostas a aceitar sem maiores questionamentos esses critérios e buscam uma justificação mais concreta para obedecer ou aceitar a relação normativa. Terceiro, para evitar a ameaça do ceticismo ou do relativismo (e.g. uma teoria do erro), cria-se a necessidade de reestabelecer essa objetividade, não mais em linguagem transcendente, mas em linguagem que apele diretamente à razão e à motivação daqueles que devem aceitá-la. Nas palavras de Korsgaard, substituem-se os critérios “realistas” da objetividade pela “aceitação reflexiva” (*reflexive endorsement*) daqueles que se submeteriam à autoridade de uma relação normativa (KORSGAARD et al, 1996, pp 7-89).

Tal “crise” foi iniciada pelos filósofos iluministas. Como diz Robert Brandom: “Uma das conquistas intelectuais permanentes e dos grandes legados filosóficos do Iluminismo [...] é o desenvolvimento de concepções seculares de normatividade jurídica, política e moral”. Eles substituíram o apelo tradicional à autoridade dos comandos divinos por “tipos de responsabilidade e autoridade [...] que derivam das atitudes práticas dos seres humanos”. Um exemplo clássico são as teorias do contrato social, em que os status normativos são “instituídos pela intenção dos indivíduos de se comprometerem, no modelo de promessa ou celebração de um contrato. A autoridade política é entendida como, em última instância, oriunda de seu reconhecimento (talvez apenas implícito) por parte daqueles sobre os quais é exercida”. Esse movimento se baseia em uma nova concepção “revolucionária” sobre a

relação entre seres humanos e normatividade: “a ideia de que autoridade, responsabilidade e comprometimento não eram características do mundo não-humano ou pré-humano. Eles não existiam até que os seres humanos começassem a considerar ou tratar uns aos outros como autoritativos, responsáveis, comprometidos e assim por diante”. Essas atitudes são importantes não porque nos permitem *reconhecer* a autoridade legítima. Mais do que isso, elas são importantes porque *instituem* a própria ideia (e os critérios) de autoridade legítima, isto é, são necessárias e suficientes para o estabelecimento de relações normativas. A posição iluminista contrasta com a tradicional, para a qual os critérios de normatividade devem ser “lidos a partir de características do mundo não-humano que são independentes das atitudes daqueles que estão sujeitos às normas” (BRANDOM, 2009, pp. 60-1)<sup>121</sup>.

Os iluministas desenvolveram o paradigma da objetividade modesta e usaram-no para suplantiar o paradigma tradicional de objetividade metafísica. Essa tendência caracteristicamente moderna ocasionou profundas mudanças sociais, culturais e teóricas. As mesmas insatisfações (com as teorias metafísicas) e necessidades (de criar outros fundamentos para objetividade) motivam os teóricos principiológicos no direito, neste caso para tratar da legitimidade e da decisão judicial. Para eles, o processo decisório judicial não deve ser visto como um fenômeno “amoral”. Ausentes as regras jurídicas, não se deve deixar tudo à mercê da vontade individual do tomador de decisão. O positivista concede rápido demais, entregando ao Judiciário a possibilidade de exercício de poder discricionário sem

---

<sup>121</sup> Tradução livre de: “*One of the permanent intellectual achievements and great philosophical legacies of the Enlightenment—and perhaps the greatest contribution modern philosophers have ever made to the wider culture—is the development of secular conceptions of legal, political, and moral normativity. In the place of traditional appeals to authority derived ultimately from divine commands (thought of as ontologically based upon the status of the heavenly lord as creator of those he commands), Enlightenment philosophers conceived of kinds of responsibility and authority (commitment and entitlement) that derive from the practical attitudes of human beings. So for instance in social contract theories of political obligation, normative statuses are thought of as instituted by the intent of individuals to bind themselves, on the model of promising or entering into a contract. Political authority is understood as ultimately derived from its (perhaps only implicit) acknowledgment by those over whom it is exercised. This movement of thought is animated by a revolutionary new conception of the relations between normative statuses and the attitudes of the human beings who are the subjects of such statuses, the ones who commit themselves, undertake responsibilities, and exercise authority, and who acknowledge and attribute (practically take themselves and others to exhibit) those statuses. This is the idea that normative statuses are attitude-dependent. It is the idea that authority, responsibility, and commitment were not features of the non-or pre-human world. They did not exist until human beings started taking or treating each other as authoritative, responsible, committed, and so on—that is, until they started adopting normative attitudes toward one another. Those attitudes, and the social practices that make adopting them possible, institute the normative statuses—in a distinctive sense that it is a principal task of philosophy to investigate and elucidate. This view of the global attitude-dependence of norms contrasts with the traditional objectivist one, according to which the norms that determine what is “fitting” in the way of human conduct are to be read off of features of the non-human world that are independent of the attitudes of those subject to the norms. The job of human normative subjects on this traditional picture is to conform their attitudes (what they take to be correct or appropriate conduct) to those attitude-independent norms—to discover and acknowledge the objective normative facts, on the practical side, just as they are obliged to discover and acknowledge objective non-normative facts on the theoretical side*”.

maiores preocupações. É necessário impor algumas diretrizes; mesmo quando não há regras claras sobre o assunto, o juiz deve decidir com base em valores e princípios. Mas esses são os *nossos* valores, foram instituídos pela própria comunidade. Mostramos deferência à autoridade judicial construída em argumentação moral, mas porque se trata de uma moralidade que surgiu das próprias concepções e das práticas de nossa comunidade.

As teorias principiológicas suprem uma demanda, resolvendo a crise de justificação da autoridade jurídica com a única linguagem que é vista como normativamente aceitável no contexto pós-iluminista. O direito de uma sociedade é, em muitos sentidos, uma expressão da identidade comunitária. Suas normas formam as instituições básicas da sociedade, regulam as relações básicas (contratos, punições, resolução de conflitos) das pessoas; as diretrizes são criadas pelos valores que são incorporados ao direito pela própria comunidade. O direito reflete *nossos* valores. Nada mais justo, então, que, quando for necessário, suas lacunas sejam supridas pela *nossa* moralidade. Esse tipo de proximidade normativa é um dos grandes atrativos do discurso das teorias principiológicas.

### 3.5. Alexy e Dworkin

Defendi no capítulo 1 que as teorias principiológicas são populares no Brasil e em outros países ocidentais. Elas formaram uma verdadeira “onda”, que capturou boa parte da comunidade jurídica, incluindo advogados, juízes, promotores, acadêmicos, profissionais do direito e pessoas que trabalham com ou pensam sobre o direito em geral. Neste capítulo, argumentei que tais teorias, seguindo uma tendência geral, se *caracterizam* pelo comprometimento com as noções de objetividade modesta e convergência entre agentes racionais.

O próximo passo da exposição, talvez, devesse ser o levantamento de evidências do comprometimento das pessoas com essas noções normativas. Mas essa tarefa é inviável por dois motivos. Primeiro, porque o levantamento de evidências (textuais? empíricas?) ultrapassaria em muito o escopo e as capacidades empregadas na escrita desta tese. Segundo, suspeito que mesmo que esse levantamento fosse realizado, produziria poucos resultados substanciais. Os participantes dessas correntes não precisam esposar conscientemente essas ideias normativas profundas. É possível que muitas pessoas prefiram as teorias principiológicas porque *sentem* que elas atingem o nível certo de equilíbrio entre linguagem moral e linguagem jurídica, *soam* corretas. Trata-se de um *feeling*, e isso não é um problema. O que parece certo para as pessoas muitas vezes decorre de uma série de comprometimentos valorativos implícitos. Cabe a quem formula teorias tentar realizar uma explicitação coerente

dessas visões. Essa é a meta da tese. O objetivo, então, não é levantar evidências que *comproven* as hipóteses que estou levantando. O ponto é desenvolver uma narrativa que *faça sentido*, e sirva para explicar, de forma adequada, os pressupostos que tornam essas ideias atraentes para as pessoas.

Feitas essas ressalvas, creio ser oportuno apresentar as posições daqueles dois autores que parecem ser os mais influentes representantes das teorias principiológicas no Brasil: Alexy e Dworkin. Pela envergadura dos autores, acredito ser útil investigar a presença dos pressupostos de objetividade modesta e convergência entre agentes racionais em suas teorias.

### *3.5.1. Alexy e a institucionalização da razão*

Ao apresentar a teoria de Alexy, busco entender duas coisas: qual concepção de objetividade normativa Alexy sustenta (se metafísica ou modesta) e se ele se compromete com a noção de convergência entre agentes racionais. Robert Alexy é um autor tremendamente influente entre juristas brasileiros, mais conhecido no Brasil, talvez, pelas contribuições de seu livro “Teoria dos Direitos Fundamentais”, em que trabalha a distinção entre regras e princípios, trata extensamente da aplicação dos valores no direito e dos critérios de aplicação e sopesamento de princípios (ALEXY, 2008). Seus métodos e sua terminologia são muito usados por juízes.

Outra contribuição teórica importante de Alexy para a área, que precede aquela e mais convém aos temas desta tese, é seu livro “Teoria da argumentação jurídica” (ALEXY, 2005). Nele, o autor faz uma caracterização do discurso jurídico, do status da argumentação jurídica (comparando-a com outras formas de argumentação, por exemplo), dos critérios de argumentação e fundamentação da decisão judicial e da argumentação no direito em geral<sup>122</sup>.

Ambas as teorias são importantes, mas a teoria da argumentação tem algo como um caráter fundacional na obra de Alexy, servindo como substrato teórico para seus desenvolvimentos subsequentes (POHLMANN, 2007). É importante entender os comprometimentos teóricos de Alexy nesse nível mais abstrato, porque nele poderemos responder às questões que nos interessam. Alexy elabora uma teoria discursiva do direito, que é influenciada em muitos aspectos pela ética discursiva de Apel e Habermas (mas que também tem pontos de tensão com ela) (OLIVEIRA, 2016). A teoria é procedimental: “A teoria do discurso pertence à classe das teorias procedimentais. De acordo com todas as

---

<sup>122</sup> Em um terceiro livro, “Conceito e Validade do Direito”, Alexy desenvolve uma concepção abrangente de direito, uma postulação não positivista do conceito de direito (ALEXY, 2009). A obra também é importante, mas não será citada em nossa exposição.

teorias procedimentais, a correção de uma norma ou a verdade de uma proposição dependem de a norma ou proposição poderem ou não ser o resultado de certo procedimento” (ALEXY, 1988, p. 44)<sup>123</sup>:

O objetivo de Alexy é elaborar uma teoria guiada por regras discursivas. O discurso precisa passar por um procedimento e somente estará elegível a ser considerado “correto” (ou “válido”) depois de passar com sucesso no teste: “As exigências da teoria do discurso podem, como não há prescrição feitas aos indivíduos, ser inteiramente formuladas por regras [...]. O sistema consiste em regras que exigem, por exemplo, não contradição, clareza de linguagem, verdade empírica e sinceridade, e em regras que expressam a ideia de universalização” (ALEXY, 1988, p. 46)<sup>124</sup>. Tais regras são suficientes para determinar uma boa razão, isto é, funcionar como critério de normatividade: “Aquilo que é de fato uma boa razão só pode ser revelado na investigação discursiva”. Mas que concepção de objetividade tal abordagem revela? A resposta de Alexy é direta: “é possível dizer que o resultado do procedimento discursivo não é nem apenas subjetivo e nem apenas objetivo. É subjetivo na medida em que se baseia nas características dos participantes. É objetivo na medida em que se mostra resistente a uma investigação discursiva, apoiando-se no poder geral de julgamento dos participantes”. E, assim, conclui que “a teoria do discurso evita tanto as falhas das teorias morais subjetivistas ou relativistas quanto as falhas das teorias morais objetivistas (ALEXY, 1988, p. 57)<sup>125</sup>.

Trata-se de uma noção de objetividade modesta (ou procedimental), como descrito acima, apesar de alguma diferença terminológica. Os extremos que ele está rejeitando são aqueles examinados: de um lado, a objetividade mínima (teorias morais relativistas); de outro lado, a objetividade metafísica (teorias morais objetivistas).

---

<sup>123</sup> Tradução livre de: “*Discourse theory belongs to the class of procedural theories. According to all procedural theories the correctness of a norm or the truth of a proposition depends upon whether the norm or proposition is or can be the result of a certain procedure - or not*”.

<sup>124</sup> Tradução livre de: “*The requirements of discourse theory can, as there is no prescription concerning the individuals, be entirely formulated by rules. I have tried elsewhere to express the system of discourse rules as completely as possible. The system consists of rules which demand, for example, non-contradiction, clearness of language, empirical truth and sincerity, and of rules which express the idea of universalisability, e. g. by giving everybody the right to participate in the discourse and by granting everybody equal consideration in the discourse, and of rules which concern the consideration of consequences, the weighing of reasons and the analysis of the genesis of normative convictions*”.

<sup>125</sup> Tradução livre de: “*What actually is a good reason can only be revealed in the process of discursive investigation. Applying the concepts of subjectivity and objectivity, one might say that the result of the discourse procedure is neither just subjective nor just objective. It is subjective insofar as it is based on characteristics of the participants. It is objective insofar as it has proved itself resistant against a discursive investigation, resting on the general power of judgement of the participants. In this way, discourse theory avoids both the flaws of subjectivistic or relativistic and objectivistic moral theories*”.

Como ocorre a conexão entre o direito e a teoria discursiva? Alexy propõe um modelo procedimental de quatro níveis. O modelo começa no primeiro nível, do *discurso prático geral*: as pessoas tratam dos temas morais e de seus comprometimentos normativos cotidianos; as regras do discurso têm incidência abrangente. Trata-se de uma situação de pluralidade de visões. O problema é que, quando surgem conflitos sociais, é necessário estabelecer um procedimento mais firme de pacificação social: “a solução de conflitos sociais exige a definição de um único resultado”. Assim, no segundo nível, precisamos de “um procedimento institucional [...] no âmbito do qual não apenas se argumenta, mas também se decide”. Esse já é o âmbito do direito, notadamente em seu processo de *criação legislativa*, que é “definido por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento” (ALEXY, 2008, p. 550).

Mas o estabelecimento das normas jurídicas gerais não é suficiente para resolver os conflitos sociais. Sabemos que o processo de interpretação legislativa é complexo, que é uma vã esperança acreditar que ele produzirá um único resultado, em um processo dedutivo mecânico. Há, então, a necessidade de criação do terceiro nível: o do *discurso jurídico*. O discurso jurídico não é um procedimento institucionalizado (como o é a criação legislativa), mas “encontra-se sob a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática. Essa vinculação tem como consequência uma considerável redução na incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral”. Ainda assim, pela própria abertura desse discurso, incertezas ainda persistem, criando a necessidade de criação do quarto nível, o do *processo judicial*, “no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide. Os resultados desse procedimento são racionais se suas regras e sua execução satisfizerem os requisitos dos primeiros três procedimentos” (ALEXY, 2008, p. 550-1).

Para a caracterização da argumentação jurídica, o mais importante é diferenciar o discurso prático geral (primeiro nível) do discurso jurídico (terceiro nível), já que ambos são essencialmente justificatórios. Nesse caso, Alexy (2005) propõe sua “tese do caso especial”. O discurso jurídico é também um discurso prático, e compartilha com o discurso prático geral sua função de determinar o comportamento prático humano, isto é, estabelecer aquilo que é obrigatório, proibido ou permitido, e também sua “pretensão de correção”. O momento de diferenciação, e que torna o discurso jurídico um caso especial, é que sua pretensão de correção não é absoluta, mas relativa a um contexto específico, o do ordenamento jurídico

localmente válido. Ou seja, o discurso jurídico é limitado por sua “vinculação à lei, ao precedente e à dogmática”.

Duas consequências dessa caracterização do discurso jurídico podem ser destacadas. Primeiro, que ela implica uma conexão essencial entre direito e moralidade: “Certo é, na teoria de Alexy, que a tese do caso especial deve trazer a manifestação de uma conexão necessária entre o direito e a moral, pois ‘ela [a tese] diz que o discurso jurídico necessariamente envolve o discurso prático geral, e este o discurso moral’”, como alega Backer (2018, p. 234-5)<sup>126</sup>. Segundo, que Alexy concebe o direito como uma mistura entre elementos conceituais reais e elementos conceituais ideais. “A fusão do real do sistema jurídico com o ideal, com a razão prática, representa, ao mesmo tempo, a essência da ideia de Alexy sobre a racionalidade do direito”. Trata-se da dupla função do direito: tanto a de *decidir* (arbitrar problemas sociais) quanto a de demonstrar sua *legitimidade*. “A dimensão ideal é a razão prática subjacente, na forma do discurso prático geral. A dimensão real é a necessidade de todo procedimento de tomada de decisão, resultante das fragilidades fáticas do discurso e dos atores chamados a decidir” (BACKER, 2018, p. 227).

Alexy faz a tradicional distinção entre discurso ideal e discurso real, colocando o primeiro como padrão regulativo do segundo. O discurso ideal define-se “pela busca de respostas a uma questão prática sob as condições de tempo ilimitado, participação ilimitada e total liberdade de coações, por meio da obtenção de total clareza linguístico-conceitual, informação empírica completa, completa capacidade de mudança de papéis e completa liberdade contra preconceitos” (ALEXY, 1988, p. 48)<sup>127</sup><sup>128</sup>, e tem duas funções: a de servir como critério de correção e a de servir como medida de justificação do discurso real. Assim, em nossas práticas discursivas, devemos conceber um cenário hipotético em que participantes em condições ideais atingem um nível de objetividade conceitual máximo. Essa concepção será nosso ideal de objetividade. Trata-se de um ideal inatingível, é verdade, mas nossa tarefa

---

<sup>126</sup> Citando (ALEXY, 2009, p. 164).

<sup>127</sup> Tradução livre de: “*Discourse can be ideal in either some or all respects. Only the discourse which is ideal in all aspects shall be of interest here. It is defined by searching for an answer to a practical question under the conditions of unlimited time, unlimited participation, and complete freedom of constraints by way of achieving complete linguistic-conceptual clearness, complete empirical information, complete ability and willingness to change roles and complete freedom from prejudice*”.

<sup>128</sup> Ele apresenta uma definição correspondente do discurso não-ideal, ou real: “Discursos práticos reais são definidos como aqueles em que se procura a resposta para uma questão prática sob condições de tempo limitadas, participação e ausência de coerção limitadas, com clareza conceitual discursiva limitada, informação empírica limitada, preparo e capacidade para a troca de papéis limitados e ausência limitada de preconceitos”. (ALEXY, 1991, p. 35, apud BACKER, 2018, p. 232).

é tentar aproximar, no que for possível, nosso discurso real do discurso ideal; esse esforço servirá como medida de justificação racional de nosso discurso (BACKER, 2018, pp. 231-2).

É necessário que os dois discursos se ajustem e há o risco de que o discurso real se desconecte do discurso ideal, mas o risco é contornado quando entendemos o discurso ideal como resultante de um *processo* de melhoramento de nossa capacidade argumentativa e de nossa racionalidade. Ou seja, como a concretização do desenvolvimento das capacidades dos seres humanos que estão no aqui e no agora (ALEXY, 1988, p. 49). Além disso, o próprio direito, por causa da mistura que importa entre o ideal e o real, é essencial para operar essa transição. O direito é a institucionalização da razão prática<sup>129</sup>. Não é possível entender o direito sem entender suas conexões com o discurso prático. “O direito [...] conecta a razão prática como idealidade à realidade das leis e das decisões judiciais, cuidando assim da institucionalização da razão”, afirma Backer (2018, p. 226). “Se [...] a razão prática necessita, por um lado, do direito para ser realizada, por outro lado o direito precisa da razão prática para ser legítimo”.

Trata-se de um procedimento de convergência, de aproximação entre o cenário ideal e o cenário real. O direito tem uma função essencial nessa transição. A teoria de Alexy é um exemplo eminente de concepção jurídica baseada nas noções de objetividade modesta e convergência entre agentes racionais.

### 3.5.2. Dworkin e a crítica aos “morons”

Que Dworkin defende uma noção de objetividade modesta semelhante à que foi esboçada acima – e é um forte crítico da noção de objetividade metafísica –, isso parece claro. No ensaio “*Objectivity and Truth*”, Dworkin critica as posições filosóficas “arquimedianas”, aquelas que buscam dar uma descrição “externa” dos valores e dos fenômenos normativos (de objetividade metafísica). Tais posições “inflacionariam” desnecessariamente a teorização filosófica. Por exemplo, para filósofos da ética (ou metaética) tradicionais, as três afirmações a seguir têm conteúdos diferentes:

- (I) O genocídio na Bósnia é errado, imoral, perverso, odioso.
- (II) Essas opiniões são verdadeiras e sabemos que são verdadeiras.
- (III) Todas essas são questões objetivas (BLACKBURN, 1996)<sup>130</sup>.

<sup>129</sup> Cf. (KLATT, 2012)

<sup>130</sup> Tradução livre de: “(I) *Genocide in Bosnia is wrong, immoral, wicked, odious.* (II) *These opinions are true, and we know them to be true.* (III) *These are all objective matters*”.

A primeira afirmação, (I), seria considerada um “juízo moral direto” ou uma “afirmação moral de primeiro nível” ou a expressão de uma “postura ética engajada”. As outras duas afirmações, (II) e (III), seriam consideradas “juízos morais indiretos”, “afirmações morais de segundo nível”, a expressão de uma “postura ética desengajada” ou “afirmações *sobre* a moralidade, ao invés de afirmação (advindas) *da* moralidade”. Essas descrições motivariam a criação de duas formas de análise diferentes: a análise propriamente ética, interna, que já pressupõe a validade dos valores; e a análise metaética, que seria externa, não pressuporia nenhum valor ético, seria meramente descritiva. A análise de segunda ordem da metaética teria precedência teórica sobre a análise de primeira ordem da ética, porque daria os fundamentos metafísicos e epistemológicos que nos permitiriam concluir pela objetividade ou não das afirmações éticas. O trabalho filosófico relevante, por assim dizer, seria realizado na metaética, que estipularia as condições apropriadas para o uso e a avaliação das afirmações éticas de primeira ordem. É claro que a tarefa da análise metaética competiria especificamente aos filósofos. Filósofos estariam em condições de usar as ferramentas metafísicas e epistemológicas que se especializaram em manipular para resolver as questões metaéticas relevantes e abrir o caminho para a ética de primeira ordem, a que é praticada pelas pessoas comuns.

Dworkin se mostra insatisfeito com essa visão tradicional, descrevendo-a como “falsa” e “má filosofia” (DWORKIN, 1996, p. 139). Para ele, nenhuma das três afirmações deve ser lida “externamente”, ou de forma “puramente descritiva”. As três afirmações elencadas acima devem ser lidas internamente e não há, de fato, diferença de *natureza* entre elas. Elas simplesmente estariam expressando a mesma ideia, a de que o genocídio na Bósnia é errado, com “ênfases diferentes” ou, no máximo, “repetindo, suplementando ou esclarecendo” essa ideia (DWORKIN, 1996, p. 98).

A posição “deflacionada” de Dworkin vale para todas as posições morais. Não há como analisar a moralidade “de fora”. Valores são analisados apenas por valores, e nada mais. Toda afirmação sobre a moral, não importa quão abstrata ela seja, ainda é uma afirmação *no* campo da moral, então deve ser considerada uma afirmação de primeira ordem. Como resume Blackburn: “a temperatura teórica deve permanecer a mesma se dissermos 'a escravidão é ruim', ou 'é verdade que a escravidão é ruim', ou 'é realmente verdade e corresponde ao mundo que a escravidão é ruim', ou algo semelhante”. As formulações alternativas, apesar de eloquentes, não estão trazendo nada de *novum* ao debate: “Não há uma escada auto-extraível de ascensão filosófica aqui. E as pessoas não devem se fiar em suas reações ordinárias (morais) a

proposições estilizadas nesses termos para capitalizar teoricamente ou filosoficamente” (BLACKBURN, 1996)<sup>131</sup>.

No livro “*Justice for hedgehogs*”, Dworkin investe na radicalidade da independência dos valores. Ele enfatiza a dicotomia humeana entre fato e valor, adotando-a como uma parte basilar de seu projeto e alegando que tal dicotomia, longe de ser um problema para o domínio dos valores, garante a proteção de sua autonomia. A dicotomia de Hume “mina o ceticismo filosófico, porque a alegação de que não é verdade que o genocídio é errado é, ela mesma, uma proposição moral e, se o princípio de Hume for sólido, essa proposição não pode ser estabelecida por nenhuma descoberta de lógica ou fatos sobre a estrutura básica do universo”. Por isso: “O princípio de Hume, devidamente compreendido, fundamenta não o ceticismo sobre a verdade moral, mas sim a independência da moralidade como um departamento autônomo do conhecimento com seus próprios padrões de investigação e justificação” (DWORKIN, 2011, p. 17)<sup>132</sup>.

Uma investida tão forte na dicotomia humeana pode causar estranheza naqueles que leram, por exemplo, *Law’s Empire*, que apresenta um Dworkin comprometido com a análise das práticas sociais e a integração de valores, em um esforço que pode ser interpretado como pragmatista filosófico (cf. DECAT, 2015, pp. 232-307). Por que a aparente mudança de postura? É difícil saber, mas ela pode sinalizar um entrincheiramento argumentativo por parte de Dworkin, para se colocar em melhor posição de sustentar sua “batalha” contra os arquimedianos. Se fatos e valores são domínios separados, pretensões a uma hierarquia epistemológica podem ser de vez repudiadas: “A maioria dos filósofos morais pensa [...] que a ideia do que eles chamam de verdade moral ‘independente da mente’ nos leva para fora da moralidade, para a metafísica”. Para Dworkin, essa é a visão de uma “filosofia colonial: que

---

<sup>131</sup> Tradução livre de: “[T]he theoretical temperature should remain the same whether we say ‘slavery is bad’, or ‘it is true that slavery is bad’, or ‘it is really true and corresponds to the world that slavery is bad’, or the like. Call this metaethical minimalism. There is not a self-extracting ladder of philosophical ascent here. So people cannot rely on their ordinary (moral) reactions to propositions couched in these terms to make allegedly theoretical, philosophical capital”.

<sup>132</sup> Tradução livre de: “The great Scottish philosopher David Hume is widely understood to have declared that no amount of empirical discovery about the state of the world — no revelations about the course of history or the ultimate nature of matter or the truth about human nature — can establish any conclusions about what ought to be without a further premise or assumption about what ought to be. Hume’s principle (as I shall call that general claim) is often taken to have a stark skeptical consequence, because it suggests that we cannot discover, through the only modes of knowledge available to us, whether any of our ethical or moral convictions is true. In fact [...], his principle has the opposite consequence. It undermines philosophical skepticism, because the proposition that it is not true that genocide is wrong is itself a moral proposition, and, if Hume’s principle is sound, that proposition cannot be established by any discoveries of logic or facts about the basic structure of the universe. Hume’s principle, properly understood, supports not skepticism about moral truth but rather the independence of morality as a separate department of knowledge with its own standards of inquiry and justification. It requires us to reject the Enlightenment’s epistemological code for the moral domain”.

estabelece embaixadas e guarnições de ciência dentro do discurso de valor para governá-lo adequadamente” (DWORKIN, 2011, p. 9)<sup>133</sup>.

Além de frustrar os projetos de uma “filosofia colonial”, a ênfase na dicotomia fato/valor abre espaço para que cada domínio do conhecimento siga seus próprios métodos investigativos e estabeleça seus próprios critérios de verdade. No livro, Dworkin também faz uma defesa mais estruturada das diferenças de métodos para apreensão de verdade entre a ciência e a moralidade. A ciência rastreia os processos causais que acontecem na natureza (e que por sua vez impactam nossos sentidos). Isso quer dizer que na ciência há um alinhamento entre a explicação para o motivo de um fato acontecer e a justificação para crermos na objetividade desse fato. Explicação e justificação são duas faces da mesma moeda. Mas esse alinhamento não se replica no domínio moral: “Uma união similar entre explicação e justificação está disponível para a moralidade? [...] Sugeri minha própria resposta antes, quando ridicularizei a ideia de forças morais com poderes causais denominando-as ‘*morons*’” (DWORKIN, 2011, p. 74)<sup>134</sup>.

Por que o domínio dos fatos e o domínio dos valores têm essa diferença na metodologia da explicação e da justificação? Dworkin argumenta que é por causa das características das nossas crenças. Crenças científicas são sensíveis a explicações contrafactuais. Conseguimos imaginar (pelo menos hipoteticamente) um cenário em que o calor causa a expansão dos metais e outro cenário em que o calor não causa a expansão dos metais. O que vai definir qual das duas possibilidades é verdadeira não é a mera argumentação teórica, mas a observação do que realmente acontece quando um metal é exposto ao calor. Experimentos científicos servem para eliminar hipóteses concorrentes, selecionando a que melhor explica o fenômeno observado.

Mas o mesmo não acontece com a moralidade: “Se pensamos que a ação afirmativa é injusta, não podemos produzir ou mesmo imaginar um mundo diferente em que tudo o mais seja o mesmo, exceto que a ação afirmativa é justa” (DWORKIN, 2011, p. 74). Ao contrário do que acontece na ciência, a mera *explicação* de um fenômeno não é realmente útil para

---

<sup>133</sup> Tradução livre de: “*Most moral philosophers think [...] that the idea of what they call “mind-independent” moral truth takes us outside morality into metaphysics, that it urges us to consider whether there are chimerical properties or entities “in the world” that are half-moral— how else could they make mind-independent moral claims true?— but also half-nonmoral— how else could they “ground” moral claims or make them objectively true? They urge a colonial philosophy: setting up embassies and garrisons of science within value discourse to govern it properly.*”

<sup>134</sup> Tradução livre de: “*Is the same union of explanation and justification available for morality? Has the truth about the morality of gay marriage in some way caused you to think what you do about gay marriage? I suggested my own answer earlier when I ridiculed the idea of moral forces with causal powers as ‘morons’.*”

determinar a objetividade moral. Tudo que sobra é o processo de *justificação* moral. No final, essa é uma reafirmação da noção de objetividade modesta.

### 3.5.3. Dworkin, integridade e convergência

E a relação da teoria de Dworkin com a ideia de convergência entre agentes racionais? A questão é um pouco mais complexa aqui porque Dworkin, ao tratar da legitimidade judicial<sup>135</sup>, enfatiza uma virtude normativa diferente das tradicionais (como a justiça, a equidade ou o devido processo): a integridade. “O princípio decisório da integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres jurídicos, tanto quanto possível, partindo da suposição de que todos foram criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade” (DWORKIN, 1986, p. p. 225)<sup>136</sup>. A necessidade da integridade existe apenas em situações não-ideais, como a nossa, em que as pessoas discordam moralmente e há pluralismo de valores. Se vivêssemos em um mundo ideal, haveria um alinhamento completo entre nossas práticas e as demandas da moralidade. Como, em nossa situação, os valores entram em conflito, sentimos a necessidade de reconhecer uma unidade na atuação das instituições jurídicas: “A integridade se torna um ideal político [...] quando insistimos que o Estado aja com base em um conjunto de princípios único e coerente, mesmo quando seus cidadãos se dividem sobre [a questão de] quais são realmente os princípios corretos de justiça e equidade” (DWORKIN, 1986, p. 166)<sup>137</sup>. Assim, para Dworkin, é possível que a integridade entre em conflito com esses valores, mas, em muitos momentos, prevaleça sobre eles, mantendo sua autonomia normativa.

A teoria do “direito como integridade” de Dworkin resulta diretamente dos comprometimentos metodológicos e substanciais do autor com a ideia de *interpretação construtiva*. Para Dworkin, uma teoria do direito deve postular um *propósito* para a prática jurídica, que, para ele, é a justificação da coerção do Estado. Tal atribuição de propósito implica, também, atribuição de *valor* à prática. O direito cumpre seu propósito quando aquele que o aplica escolhe os princípios de interpretação que se ajustam (*fit*) e justificam (*justification*) o conjunto de leis, precedentes e outros materiais jurídicos. Assim, proposições jurídicas são verdadeiras se “figuram ou seguem os princípios de justiça, equidade e devido

<sup>135</sup> E também da legitimidade política.

<sup>136</sup> Tradução livre de: “*The adjudicative principle of integrity instructs judges to identify legal rights and duties, so far as possible, on the assumption that they were all created by a single author – the community personified – expressing a coherent conception of justice and fairness*”

<sup>137</sup> Tradução livre de: “*Integrity becomes a political ideal [...] when we insist that the state act on a single, coherent set of principles even when its citizens are divided about what the right principles of justice and fairness really are*”

processo processual que fornecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (DWORKIN, 1986, p. 225)<sup>138</sup>.

O processo de aplicação do direito cria para o juiz tanto a necessidade de se conformar a diretrizes normativas prévias quanto a necessidade de atuar de forma criativa para solucionar o caso. Por isso, Dworkin equipara o processo de aplicação do direito a um “romance em cadeia”, um hipotético gênero literário em que romancistas diferentes escreveriam o mesmo livro de forma seriada, cada um escrevendo um capítulo. Esse processo exigiria criatividade do romancista, que estaria contando nova história, mas também que ele fosse capaz de conformar o novo texto ao que já foi escrito anteriormente no romance, mantendo a coerência da história, do gênero literário e do estilo narrativo. Além disso, ele deve encerrar sua contribuição dando condições para que o próximo romancista continue a história (DWORKIN, 1986, pp. 228-38).

Outra metáfora instrutiva sobre a aplicação do direito como integridade é a do “juiz Hércules”, figura idealizada, possuidora de “capacidades intelectuais e paciência sobre-humanas”, criada por Dworkin (1986, p. 239)<sup>139</sup>. “O que Hércules [...] faz com clareza, explicitude e desenvoltura, é aquilo que os juízes comuns comprometidos com o direito como integridade fazem em graus variados de excelência e em condições subótimas” (DECAT, 2015, p. 226). Hércules não teria conhecimentos transcendentais ou mitológicos, ele apenas teria condições de acessar todas as informações que estão disponíveis aos humanos. Trata-se de uma diferença de grau, não de qualidade.

A ênfase de Dworkin na legitimação jurídica pela integridade e o reconhecimento de que ela difere dos ideais de moralidade e até entra em conflito com eles significam que sua concepção não se encaixa no modelo de convergência entre agentes racionais que apresentei neste capítulo?

Creio que tal conclusão seria prematura. O processo de interpretação construtiva do direito, apesar de não estritamente moral, ainda assim possui (o que vou denominar aqui, na ausência de um termo melhor) *profundidade normativa*. Isso quer dizer que tal discurso, quando empregado, faz referência aos fundamentos de nossa normatividade, âmbito no qual acessamos nossos valores profundos e entramos em contato com o que dá sentido a nossas escolhas, projetos, enfim, nossas vidas. Discursos desse tipo também teriam a estrutura

---

<sup>138</sup> Tradução livre de: “figure in or follow from the principles of justice, fairness, and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community’s legal practice”.

<sup>139</sup> Tradução livre de: “superhuman intellectual power and patience”

categorica (o senso de autoridade e inescapabilidade) que foi usada para delinear a moralidade no começo deste capítulo (são discursos de princípios, na terminologia de Dworkin), e contrastariam com as prescrições dos imperativos hipotéticos e das demandas institucionais, das quais podemos escapar se assim desejarmos<sup>140</sup>. Comentando *Law's Empire*, John Finnis afirma que, ao invés de “interpretação”, Dworkin deveria usar o termo “razão prática”, que transmitira de forma mais precisa o sentido de criatividade e atividade racional desse discurso (FINNIS, 1987, p. 358). Mesmo assim, Finnis reconhece que Dworkin imbui o termo “interpretação” de “muito da riqueza do engajamento criativo do raciocínio prático com bens (incluindo, é claro, sua privação: danos) e fins ou propósitos.” (FINNIS, 1987, p. 359)<sup>141</sup>. Finnis está salientando a profundidade normativa dos conceitos empregados por Dworkin para caracterizar a prática jurídica, pois eles compartilham a mesma riqueza normativa que é gerada nos confins de nossa racionalidade prática. A moralidade é um tipo de discurso normativo profundo, provavelmente seu exemplo por excelência, o que explica a frequência com que ela é mencionada, mesmo quando a discussão sobre racionalidade prática tem abrangência um pouco maior. Mas a substituição da menção ao “discurso moral” pela menção ao “discurso normativo profundo” em nada altera o caráter das considerações que foram feitas neste capítulo (e as que serão feitas no próximo) sobre objetividade e convergência.

Por ser profundamente normativa, a concepção de direito como integridade de Dworkin estabelece critérios substanciais de *correção* (e incorreção) na aplicação do direito. Haverá interpretações melhores sobre a solução de um caso jurídico, e haverá interpretações inadmissíveis, que não passam nos testes de ajustamento e justificação da interpretação construtiva (DWORKIN, 1986, p. 230-1). Se os juízes do mundo real se aproximarem de Hércules, eles serão capazes de eliminar com mais facilidade as interpretações que não se adequam à concepção do direito como um conjunto coerente de princípios e outros materiais da prática jurídica. Disso não decorre que restará apenas *uma* interpretação adequada, e Dworkin admite que mais do que uma interpretação pode passar no teste, tornando “elegíveis” diferentes conclusões interpretativas<sup>142</sup>. Mesmo assim, o processo de interpretação é rigorosamente seletivo. Muitas interpretações serão eliminadas, inclusive algumas que inicialmente parecem plausíveis ou que estão em voga na comunidade jurídica. Se os juristas aplicarem de forma consistente os critérios do direito como integridade, suas concepções

<sup>140</sup> Que teriam baixa profundidade normativa, seguindo a terminologia proposta.

<sup>141</sup> Tradução livre de: “ *with much of the richness of practical reasoning's creative engagement with goods (including of course their privation: harms) and ends or purposes.* ”

<sup>142</sup> E é possível que não nenhuma interpretação passe no teste, o que, na terminologia de Dworkin, implicaria um *ceticismo interno* sobre o direito (DWORKIN, 1986, p. 130).

tenderão a se aproximar, pois já terão passado por um refinamento interpretativo. Assim, o processo de interpretação construtiva é um processo de convergência entre agentes racionais. Ideais normativos profundos estão guiando o raciocínio prático das pessoas, permitindo que haja uma aproximação significativa de suas visões sobre o direito. O processo de convergência descrito neste capítulo não impõe a demanda de que apenas uma posição normativa prevaleça. O importante é que o processo crie, entre as pessoas que tomam decisões práticas, uma *tendência* de aproximação que é justificável racionalmente. E essa tendência está em curso na teoria do direito como integridade.

Dworkin é um teórico do engajamento, que faz teoria *in medias res*. Os argumentos que ele desenvolve devem ser lidos já como um empreendimento de convencimento moral de primeira ordem (que é só o que existe, de qualquer forma). No primeiro capítulo de “*Law’s Empire*”, Dworkin afirma: “Este livro adota o ponto de vista interno, dos participantes; ele tenta apreender o caráter argumentativo de nossa prática jurídica, juntando-se a essa prática e lidando com as questões de solidez e verdade que os participantes enfrentam”<sup>143</sup>. Em vários momentos ele enfatiza o caráter argumentativo da interpretação construtiva (Dworkin, p. 47-77). Creio ser natural, tendo em vista essa postura, que ele não esteja tão preocupado em descrever de forma desengajada as condições para a objetividade das razões que ele apresenta. Ele não faz teorias *sobre* a objetividade, ele faz teorias *na* objetividade, no sentido que sua teoria já constitui a tentativa de apresentar uma concepção substancial de objetividade ao leitor. Mas argumentos têm a função de convencer, e, como prática normativa, precisam estabelecer padrões de correção. O critério de correção aqui não pode ser metafísico, porque a realidade não pode (e não precisa) ser *convencida*. Restam as pessoas, os interlocutores argumentativos, que devem assentir ou não com a interpretação que é apresentada a elas.

#### 3.5.4. Conclusão do capítulo

Neste capítulo, a tese ingressou nos domínios da normatividade. Argumentei que as teorias principiológicas devem ser entendidas como caracteristicamente comprometidas com duas noções: a de objetividade modesta e a de convergência entre agentes racionais. Os defensores dessas teorias creem que elas permitirão aos juízes resolverem o dilema judicial e superar as tensões das circunstâncias judiciais.

---

<sup>143</sup> Tradução livre de: “*This book takes up the internal, participants’ point of view; it tries to grasp the argumentative character of our legal practice by joining that practice and struggling with the issues of soundness and truth participants face*”.

Busquei atuar, neste capítulo, como um advogado das teorias principiológicas, apresentando da forma mais persuasiva possível os pressupostos que, em minha opinião, são comuns a elas e como eles auxiliariam na resolução dos problemas apontados nos capítulos anteriores. No próximo capítulo, pretendo fazer considerações mais criteriosas sobre as possibilidades de as teorias principiológicas realmente terem sucesso em suas pretensões. As discussões sobre normatividade, objetividade e convergência têm mais decorrências, que devem ser abordadas antes de se passar a qualquer conclusão definitiva sobre o sucesso dessas teorias.

#### 4 RACIONALIDADE PRÁTICA: ENTRE A CONVERGÊNCIA E A RELATIVIDADE

Os capítulos 1 e 2 foram dedicados à caracterização dos desafios contemporâneos à atuação judicial. Primeiro, apresentamos o dilema judicial, que demonstra a dificuldade decisória enfrentada pelo juiz, quando, para reafirmar sua legitimidade e autoridade, precisa resolver um caso difícil em uma comunidade dividida moralmente. Depois, apresentamos as circunstâncias judiciais, mostrando que o cenário que o juiz está enfrentando envolve desacordos morais, polarização e raciocínio de grupo. Muitos dos elementos que compõem essas circunstâncias parecem decorrer diretamente da natureza humana, e não há previsão de mudança no curto prazo.

O capítulo 3 apresenta a solução proposta pelas teorias principiológicas. Propõe-se a diferenciação entre moralidade profunda e moralidade superficial. O problema da legitimidade judicial é um problema *normativo*. Por mais que as circunstâncias sociais apresentadas sejam lamentáveis e criem obstáculos à atuação do juiz, elas não chegam à raiz do problema da atuação judicial. O ponto é saber se é possível ou não encontrar um *caminho* de solução racional para o dilema. As teorias principiológicas apresentam sua solução: uma concepção de objetividade modesta aliada à noção de convergência entre agentes racionais. A crença é de que nós instituímos nossos valores, em consonância com os membros de nossa comunidade. E que, por isso, seremos capazes de encontrar caminhos razoáveis de solução para nossos conflitos de visão de mundo. O juiz, como alguém especialmente habilitado e treinado no processo de tomada de decisão e justificação normativa (jurídica) poderá ter um papel pioneiro em identificar esses princípios subjacentes e revelá-los, no processo de argumentação jurídica, à comunidade.

O defensor das teorias principiológicas insiste que, *se* for possível encontrar uma saída normativa para o impasse (e ele considera isso possível), a única opção é insistir nela, por mais difícil que seja sua concretização. Se não formos capazes de adotá-la imediatamente (porque não somos suficientemente racionais, por exemplo), não temos opção senão insistir mais; e mais. Fora isso, o que fazer? Desistir? A desistência e o erro por incapacidade produzem o mesmo resultado: não alcançar aquilo que se almejava. A diferença é que, com a desistência, abandonam-se as esperanças de que o resultado será alcançado futuramente; com o erro, não: sempre poderemos tentar de novo no futuro, mantendo as esperanças de que em algum momento será possível alcançar o que se almeja. Qual é o ponto da desistência, então? Não há desvantagens em manter as esperanças de uma solução racional para nossos

problemas sociais e continuar insistindo em sua busca. Se o caminho normativo que tivermos em mente for valioso para nós (por definição, se *há* um caminho normativo, então ele é valioso para nós), tanto melhor continuarmos no esforço de criar as condições de que ele possa se tornar realidade um dia.

Concordo com esses argumentos. Para mim, um problema normativo só pode ser de fato resolvido com o emprego de conceitos normativos. O problema do dilema judicial é normativo, assim como as teorias principiológicas e as soluções de objetividade modesta e convergência entre agentes racionais. Qualquer forma de solução plausível ao dilema ou de alternativa às posições principiológicas deve ocorrer no mesmo nível de discussão. Não é suficiente se limitar à apresentação de obstáculos fáticos à concretização de um resultado normativo; é preciso também que se apresente uma *alternativa* normativa.

Em compensação, creio que isso não encerra a discussão. Conclusões empíricas, como as apresentadas no capítulo 2 sobre as circunstâncias judiciais, podem indicar importantes *implicações* para as teorias normativas. O teórico perceptivo lerá esses indícios e ajustará suas teorias para explicá-las da melhor forma. Por exemplo, as explicações dadas por Haidt sobre o funcionamento do comportamento moral humano (sua proposta do *SIM*) e as explicações de Kahan sobre a forma como a vinculação a grupos afeta a capacidade de raciocínio humano (seu modelo de raciocínio para a proteção de identidade) deveriam nos incentivar a reavaliar a forma como supomos que as pessoas pensam. Alguma ingenuidade teórica a esse respeito não é incomum em teorias normativas, e creio que os teóricos da convergência se deixam levar por ela em alguns momentos. Teóricos do direito mais “realistas”, no sentido de que se consideram mais sensíveis às nossas circunstâncias de desacordos e às informações empíricas sobre as limitações da racionalidade humana, costumam enfatizar de forma eloquente as “ingenuidades” das teorias principiológicas. Eles se envolveram em debates teóricos abrangentes e duradouros sobre essas questões nos últimos anos<sup>144</sup>.

Sem querer recair nesses debates, cabe, no entanto, perguntar se as teorias principiológicas oferecem a *melhor explicação* para nossa situação atual, especialmente no que concerne ao dilema e às circunstâncias judiciais, ou se é possível pensar em concepções normativas concorrentes que realizariam essa tarefa de forma mais satisfatória. O objetivo deste capítulo é fazer uma análise crítica dos argumentos das teorias principiológicas

---

<sup>144</sup> Para ficar em apenas dois que se engajam diretamente contra Dworkin, cf. POSNER, 2009, que critica a confiança que Dworkin deposita nos poderes do raciocínio moral para guiar a decisão judicial, e WALDRON, 1999, que alega que Dworkin subestima a extensão e a intratabilidade dos desacordos morais contemporâneos na esfera da política.

apresentados no capítulo anterior. Como vimos em todo o desenvolvimento daquele capítulo, as teorias principiológicas estão ancoradas em duas noções normativas basilares: a de objetividade modesta e a de convergência entre agentes racionais. Neste capítulo, as duas noções serão avaliadas separadamente.

Na próxima seção (4.1), discutirei a objetividade modesta. Vimos que ela substitui a noção de objetividade metafísica, pois pretende desvincular as ideias de “verdade” ou “correção” moral de algumas suposições problemáticas, como a de que uma teoria normativa deve seguir a mesma estrutura epistemológica de uma teoria científica (representação e correspondência) ou a de que existem propriedades “intrinsecamente normativas” e “inerentemente motivadoras”. O problema dessas suposições etéreas e intransigentes seria sua vulnerabilidade a ataques céticos, o que ameaçaria o status de todo o discurso moral. No lugar disso, a objetividade modesta faria os ajustes necessários para amenizar a ameaça. O objetivo da seção não é discutir a plausibilidade ou não da objetividade modesta, mas avaliar se ela realmente está imunizada contra a ameaça cética, como creem seus propositores. Alegarei que, em relação a esse tema, a lacuna entre a objetividade metafísica e a objetividade modesta não é tão ampla como poderia parecer à primeira vista.

Na seção seguinte (4.2), será discutida a ideia de convergência entre agentes racionais. Ela funciona como *critério* de objetividade, que nos permitiria ter uma ideia de *quando*, em uma discussão normativa, poderemos ter confiança de que estamos nos aproximando da “verdade” ou do “correto”. Se as pessoas, quando suficientemente racionais, convergem sobre os temas normativos em discussão, temos toda a objetividade de que precisamos. O discurso normativo – e o discurso moral, em particular – seria objetivo porque, no longo prazo, poderíamos vislumbrar um processo de convergência em ação. O objetivo da seção é saber se devemos estar confiantes de que os conceitos morais geram convergência entre agentes racionais. Argumentarei que a aplicação jurídica de tal ideia comporta enormes riscos sociais e que concepções alternativas de normatividade, tão plausíveis quanto ela, mas menos arriscadas, podem ser indicadas.

#### **4.1. Objetividade modesta: dismantelando o ceticismo?**

##### *4.1.1. Minimalismo e ceticismo*

Retomemos brevemente o contraste entre objetividade metafísica e objetividade modesta. Os defensores da objetividade modesta alegam que a posição é uma excelente substituta à anterior, pois mantém todas as vantagens do discurso de objetividade, mas não

assume os ônus da objetividade metafísica. Ainda estamos autorizados a empregar os termos “verdade”, “realidade”, “bom”, “correto” em nossos discursos, mas não precisamos postular a existência de propriedades misteriosas, sobre-humanas. Mais importante, o ceticismo deixa de ser uma ameaça séria. Objeções céticas que valeriam contra as noções de objetividade metafísica não valem contra as noções de objetividade modesta. O exemplo dado no capítulo anterior foi a objeção de Mackie de que propriedades inerentemente normativas e capazes de nos compelir diretamente à ação seriam “estranhas” (MACKIE, 1977a). Mackie chega a uma “teoria do erro moral” porque supõe que a única concepção de objetividade disponível para o discurso moral é a metafísica. Mas autores como Korsgaard e Dworkin alegam que essa suposição é um erro, e desenvolvem suas teorias de objetividade modesta. Korsgaard desenvolve sua concepção kantiana de objetividade procedimental, propondo que nossas identidades práticas são a fonte da objetividade da moral. Dworkin alega que é impossível se referir aos valores éticos de forma neutra, por uma linguagem não-valorativa. A noção “arquimediana” de um ceticismo externo seria incoerente.

Em resumo, os defensores da objetividade modesta propõem uma transposição do discurso normativo, das propriedades metafísicas para a convergência entre agentes racionais como critério de objetividade. Os argumentos céticos, que valeriam contra o primeiro critério, não valeriam contra o segundo. Mas creio que a transposição abre espaço para uma pergunta: não há possibilidade de o cético fazer exatamente o mesmo movimento que o defensor da objetividade da moral?

Para ilustrar, chamemos a teoria de objetividade metafísica de “O” e os critérios metafísicos que elas pressupõem de “C”. A alegação da objetividade metafísica é: “o discurso normativo só é objetivo (O) se cumpre os critérios metafísicos de objetividade (C)”. O cético explora esse argumento alegando que, como os critérios de objetividade implicam a correspondência com propriedades metafísicas, e como as propriedades metafísicas são insondáveis, é impossível que o discurso normativo cumpra com sucesso tais demandantes critérios de objetividade, concluindo pelo ceticismo ou teoria do erro (E).

O teórico da objetividade modesta cria uma alternativa: elabora outra concepção de objetividade. A nova concepção (que chamaremos “O1”) contém critérios diferentes (C1), mais “relaxados” do que os anteriores, e não comprometidos com propriedades metafísicas. Como a objeção cética do erro moral (E) visa esse comprometimento metafísico, ela é neutralizada pela nova estrutura conceitual da objetividade modesta. A transposição (de O

para O1 e de C para C1) é feita como uma resposta ao ceticismo (E vale contra O, mas não contra O1).

Voltando à questão: por que os céticos devem ficar estáticos, enquanto os teóricos da objetividade realizam esse movimento de transposição? Não seria possível que os céticos seguissem a mesma estratégia, elaborando uma nova estrutura conceitual (E1) que passaria a valer contra a estrutura conceitual da objetividade modesta (assim como E vale contra O, E1 valeria contra O1)? E isso seria verdade para todas as novas tentativas de transposição. Contra outras tentativas de reformulação conceitual da objetividade normativa (O2, O3, O4...) seria sempre possível realizar, também, uma reformulação conceitual correspondente do ceticismo (E2, E3, E4...). Trata-se de um problema que deve ser resolvido pelas teorias de objetividade modesta. É preciso que se mostre uma razão que permita a transposição do primeiro discurso, mas não do segundo.

Essa razão fica tanto mais difícil de ser apresentada quando outra característica da atuação do cético é apresentada. Creio que os reais incômodos que o cético sente, quando trata da moralidade, são com as aparentes demandas *absolutas* e *inescapáveis* que ela parece impor aos humanos, não importando a fonte dessas demandas: pode ser a metafísica, a natureza humana ou a estrutura transcendental da razão. Se as teorias morais de moralidade correntes em uma época são formuladas fazendo referência a propriedades metafísicas (como era o caso na época de Mackie), é natural que o cético busque formular seu incômodo recorrendo aos aspectos metafísicos da realidade e da moralidade. Essa será a linguagem na qual ele vai conseguir articular suas ideias da melhor forma. Se houver uma reformulação do discurso moral, mas ele continuar exibindo as características distintivas de imposição de demandas absolutas e inescapáveis, o cético ainda poderá ser capaz de expressar seu incômodo, agora no discurso reformulado.

A discussão do cético com o defensor da objetividade da moral é uma discussão substancial, sobre as *demandas* da moralidade em si. Alterações nas características formais do discurso moral – no seu status metafísico, na sua estrutura semântica, na sua estrutura conceitual, etc. – não serão suficientes para esvaziar a discussão. Mesmo que novas estruturas conceituais sejam elaboradas, haverá sempre uma *simetria* entre a estrutura nova e antiga, então sempre será possível elaborar uma nova teoria cética, acompanhando a nova teoria da objetividade. Simon Blackburn faz considerações parecidas, falando sobre o minimalismo, que tem relações estreitas com a objetividade modesta, como vimos no capítulo anterior:

No caso da moral, por exemplo, podemos começar dizendo que estamos preocupados com a ideia de um *fato* moral, mas despreocupadamente passar a dizer que o problema não são os *fatos*, que estão prontos para serem dissolvidos pelo minimalismo, mas a própria moralidade. Assim, suponha que expressamos um descontentamento com nossa compreensão da ética, concordando com John Mackie que não temos como nos considerar sabedores dos fatos morais quando percebemos que uma diferença eticamente irrelevante, como nascer em outra cultura igualmente admirável, nos levaria a uma opinião oposta sobre quais seriam esses fatos. E suponha que alguém tente nos acalmar com pensamentos minimalistas sobre os fatos. Não há com o que se preocupar sobre questões desse tipo, dizem eles, já que não teorizamos mais em termos de fatos: o minimalismo nos mostra como dispensá-los como elementos relevantes de qualquer teoria. Muito bem, devemos responder, agora expresse minha preocupação sem mencionar fatos: não vejo como afirmar que sei que  $p$  quando estou consciente de que uma diferença eticamente irrelevante, como nascer em outra cultura igualmente admirável, me levou a pensar que  $\sim p$ . Em geral, continuo, sigo normas que dizem que não devo alegar conhecer algo quando aceito que uma visão igualmente defensável sugere a negação do que afirmo saber. E não vejo como me isentar da acusação de que é isso que estou fazendo no presente caso.

[...]

Ou, novamente, suponha que Mackie formule um argumento de estranheza, em termos das misteriosas propriedades magnéticas de supostos fatos morais. Graças ao minimalismo, podemos reformular isso: Mackie não entende como estar convencido de que  $p$  pode por si só envolver ser motivado a fazer alguma coisa relacionada, sem que haja um componente adicional, independente e contingente de desejo no agente [...].

Em outras áreas encontramos o mesmo tipo de transformação. Se uma preocupação com os números fosse colocada em termos da dificuldade de se referir a objetos abstratos, não localizados e causalmente ineficazes, e o deflacionismo sobre a referência corresse para ajudar, a preocupação agora se deslocaria para a questão de como sabemos sobre objetos abstratos, não localizados e causalmente ineficazes. [...] Em cada caso, a problematização substancial pode ser realocada para longe das noções insubstanciais de representação e referência (BLACKBURN, 2013, pp. 76-7)<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Grifos no original. Tradução livre de: *"In the moral case, for example, we might start by saying that we are worried by the idea of a moral fact, but freely move to saying that it wasn't facts that were the problem, ready to be dissolved by minimalism, but morality. Thus, suppose we express a discontent with our understanding of ethics, by saying with John Mackie that we do not see how we can credit ourselves with knowledge of moral facts, when we are conscious that a faultless difference, such as being born in another, equally admirable culture, would have led us to an opposite opinion on what those facts are. And suppose someone tries to soothe us with minimalist thoughts about facts. There is no worry, they say, of this kind, since we no longer theorise in terms of facts: minimalism shows us how to dispense with them as thick or robust elements in any theory. Well and good, we should reply, I now express my worry without mentioning facts: I do not see how to claim that I know that  $p$  when I am conscious that a faultless difference, such as being born in another, equally admirable culture, would have led me to think that  $\sim p$ . In general, I continue, I adhere to norms that suggest that I should not maintain knowledge when I also accept that an equally defensible view suggests the negation of what I claim to know. And I can't see how to exempt myself from the accusation that this is what I am doing in the present case. I do not say that this 'argument from relativism' is particularly compelling – in particular, the admission that the other culture is equally admirable is usually one we do not make, and without it the worry solves itself – but it is just as compelling put without mention of truth or fact as with it. Or again, suppose Mackie comes out with an argument from queerness, framed in terms of the mysterious magnetic properties of supposed moral*

O minimalismo faz uma reformulação interessante da semântica e da epistemologia, mas isso não o autoriza a assumir o papel de censor da linguagem. O argumento de Blackburn (que é um dos pioneiros na teorização minimalista da moralidade<sup>146</sup>) deve valer para todas as teorias de objetividade modesta. Se os céticos sentem um incômodo com alguma questão da moralidade, esse incômodo tem que ser passível de ser comunicado, articulado, defendido, criticado tanto na semântica minimalista quanto na semântica tradicional<sup>147</sup>.

É verdade que teóricos semânticos tradicionais tendem a fazer uma separação rígida entre a linguagem cotidiana e as metalinguagens teóricas (como a lógica ou a metaética), dando prioridade indevida às últimas em relação às primeiras. O minimalismo oferece uma

---

*facts. Thanks to minimalism we can rephrase this: Mackie fails to see how being convinced that p can by itself involve being motivated to do some related thing, without there being an additional, independent and contingent component of desire in the agent. Again, we may or may not be impressed, but the new phrasing is on all fours with the old.*

*In other areas we find the same kind of transformation. If a worry about numbers were put in terms of the difficulty of referring to abstract, nonlocated, causally inefficacious objects, and deflationism about reference gallops in to help, the worry will relocate itself in the question of how we know about abstract, non-located, causally inefficacious objects. Or, it might tellingly ask why we should be concerned about them. And the philosophy of mathematics again gets a motivation and a foothold. A similar transformation could be offered for puzzles about reference to possible worlds. In each case, the substantive puzzle can be relocated away from the insubstantial notions of representation and reference”.*

<sup>146</sup> Cf. (BLACKBURN, 1998, 2005)

<sup>147</sup> Blackburn apresenta esses argumentos em meio a outra discussão. No caso, ele está falando sobre o temor de que as teorias minimalistas da verdade tornem o expressivismo (uma teoria metaética influente, defendida por Blackburn e outros) supérfluo. Blackburn está respondendo à preocupação de colapso do expressivismo: “*What then of the fear, voiced by Wright, Boghossian and others, that minimalism is inconsistent with expressivism, or at least deeply in tension with it? That fear arises only if it is worries about whether ethical terms represent, or ethical sentences can be true, or about what truthmakers they have, that motivate us to set out on the explanatory story. For then there is a threat that the minimalism would itself dismiss and dissolve the worries that set the whole enterprise going. Our discourses would wear their own ‘perspicuous representation’ on their own faces, and this would give encouragement to the flat-footed realist or representationalist. But we can now see that there are two answers to this charge, which eventually coincide. One would be that it is not those worries, or just those worries, that motivate the enterprise. But the more interesting reply is that it is those worries but that they can be expressed without the explicitly semantic vocabulary. After all, minimalism itself forces this possibility upon us. If there is a legitimate worry somewhere, put by employing a notion of truth, then by minimalism it ought to be capable of expression without it. If we can skip up or down Ramsey’s ladder without cost or concern, then equally we must be able to frame genuine problems that arise when we do use the vocabulary, without so doing*” (BLACKBURN, 2013, p. 76).

O expressivista tem algo a dizer sobre a moralidade, tem a preocupação de investigar o que estamos fazendo quando emitimos um juízo moral. Como Huw Price e John O’Leary-Hawthorne afirmam, o expressivismo se caracteriza por atribuir um “pluralismo funcional” à linguagem (PRICE, O’LEARY-HAWTHORNE, 1996, p. 285). A ideia é que a linguagem pode ser usada para várias funções, em vários contextos. A postura e os objetivos linguísticos que adotamos quando estamos fazendo uma investigação científica podem ser diferentes das posturas e objetivos que adotamos quando estamos dando conselho a um amigo. Para Price e Hawthorne, o essencial do expressivismo ético é dizer que a função linguística de uma prescrição moral é diferente da função linguística que costumamos atribuir a uma descrição de fatos. Dessa distinção funcional não precisam ser feitas ilações sobre o status ontológico ou epistemológico da moralidade. Então, ela pode ser feita sem problemas no escopo de uma filosofia minimalista. É claro que isso não resolve a questão sobre os méritos do expressivismo (frente ao realismo metafísico, por exemplo), mas a questão deve ser resolvida de forma direta e substantiva. Como se vê, as discussões são similares: alega-se que as teorias minimalistas podem “desmantelar” tanto o expressivismo quanto o ceticismo. A discussão foi desenvolvida com mais profundidade em relação ao expressivismo. Creio que porque a teoria conta com mais representantes na filosofia, hoje.

importante contribuição ao mostrar que essa separação rígida não existe, que a linguagem é unitária e ninguém pode se colocar acima dela. Mas o erro é presumir, disso, que os problemas que seriam formulados em uma metalinguagem estão *proibidos* de ser formulados na linguagem minimalista. O minimalismo deveria *aumentar* a liberdade linguística, ao invés de reduzi-la. “Se existe uma preocupação legítima em algum lugar”, que foi elaborada em termos semânticos tradicionais, como “verdade” ou “fato”, “então, de acordo com o minimalismo, ela deve ser passível de expressão sem eles”, diz Blackburn. Isto é, se o minimalismo nos autoriza a transitar livremente entre o vocabulário da metalinguagem e o vocabulário cotidiano, então “também devemos ser capazes de formular os problemas genuínos que surgem quando usamos aquele vocabulário” em nossa nova linguagem cotidiana (BLACKBURN, 2013, p. 76)<sup>148</sup>.

#### 4.1.2. Ceticismo e inferencialismo

Podemos colocar as considerações acima a teste, investigando se a posição cética pode ser formulada em outros termos, que não os de representação metafísica utilizados por Mackie. É possível formular uma argumentação cética em termos de objetividade modesta? Christine Tiefensee, no artigo “*Error Theory, Relaxation and Inferentialism*”, reconhece que teorias minimalistas como a de Dworkin (que nega a possibilidade de ceticismo externo) ou teorias de “realismo relaxado” como a de Thomas Scanlon, para a qual a moralidade é um domínio próprio de conhecimento e suas afirmações de verdade ou falsidade devem ser avaliadas segundo os critérios desse próprio domínio (isto é, a análise das afirmações morais é, por si só, atividade moral), têm a pretensão de dismantelar as possibilidades de ceticismo moral: “Se sólida, a leitura relaxada e não metafísica da ontologia moral criaria sérios problemas para as teorias do erro: se a afirmação de que não há verdades morais for ela mesma moral, as teorias do erro não apenas perderiam seu status metafísico robusto, mas se tornariam totalmente incoerentes ( TIEFENSEE, 2017, p. 49)<sup>149</sup>. A questão, então, é saber se é possível que teorias do erro mantenham coerência dentro desse novo ambiente filosófico, e “investigar se e, em caso afirmativo, como uma leitura coerente e não moral das teorias do

<sup>148</sup> Tradução livre de: “*If there is a legitimate worry somewhere, put by employing a notion of truth, then by minimalism it ought to be capable of expression without it. If we can skip up or down Ramsey’s ladder without cost or concern, then equally we must be able to frame genuine problems that arise when we do use the vocabulary, without so doing*”.

<sup>149</sup> Tradução livre de: “*[I]f relaxed moral realists’ endorsement of moral truths’ existence is now to be interpreted as a moral position, then surely error theorists’ rejection of these very truths must be just as moral. If sound, this relaxed, non-metaphysical reading of moral ontology would spell serious trouble for error theories: were their claim that there are no moral truths itself moral, error theories would not merely lose their robustly metaphysical status, but would be outright incoherent.*”

erro poderia estar disponível, mesmo se se concordasse que afirmações sobre a (não) existência de propriedades morais são de fato morais”<sup>150</sup>.

Ela argumenta que isso é possível, dentro de uma construção inferencialista do argumento do erro moral, segundo a qual: “os teóricos do erro devem se abster de qualquer afirmação sobre a ontologia moral e se concentrar exclusivamente em afirmações sobre o papel inferencial do vocabulário moral” (TIEFENSEE, 2017, p. 50)<sup>151</sup>. O inferencialismo é uma teoria semântica minimalista, celeberramente formulada nas obras de Robert Brandom (1994, 2009). Pode ser considerado um eminente exemplar de teoria de objetividade modesta – não só para questões normativas tradicionais (como a moralidade), mas também para fixar critérios de “verdade” para todos os contextos de asserção linguística, inclusive contextos não-morais, como de descrições simples de objetos ou interação cotidiana entre as pessoas.

As teorias semânticas tradicionais costumam postular as noções de representação e correspondência para fixar “verdade” e referência. No inferencialismo, por outro lado, o papel inferencial das asserções nas práticas discursivas é suficiente para criar conteúdo semântico. Entender os papéis inferenciais das asserções seria tudo de que precisaríamos para entender os significados linguísticos<sup>152</sup>. O papel inferencial de uma asserção pode mudar a depender do contexto. Por exemplo, em algumas situações ela terá a função de habilitar a realização de outras asserções (servindo como premissas em uma inferência); em outros casos, ela será habilitada por outras asserções (servindo como conclusão em uma inferência)<sup>153</sup>.

O inferencialismo é também uma teoria pragmatista (ou funcionalista), porque postula que os conteúdos conceituais são fixados pelas *práticas* dos falantes, no *uso* da linguagem. Uma asserção é algo que se *faz*; os significados da linguagem são determinados pelos

<sup>150</sup> Tradução livre de: “investigate if, and if so how, a coherent, non-moral reading of error theories could be available even if it were agreed that claims about the (non-) existence of moral properties are indeed moral”.

<sup>151</sup> Tradução livre de: “I will answer this question in the positive: a coherent form of external error theories can indeed be devised. However, this form no longer makes any reference to the alleged falsity of moral judgments and the nonexistence of moral properties. Instead, it concerns a specifically inferentialist construal which suggests that error theorists should abstain from any claims about moral ontology and focus exclusively on claims about the inferential role of moral vocabulary. Consequently, whereas error theories have traditionally been taken to consist of a conceptual component, stating that moral discourse is centrally committed to some thesis *T*, and an ontological component, showing thesis *T* to be false, this inferentialist construal will comprise only the conceptual element and abandon all ontological claims”.

<sup>152</sup> Como diz Brandom: “The standard way [of classical semantics] is to assume that one has a prior grip on the notion of truth, and use it to explain what good inference consists in. ... [I]nferentialist pragmatism reverses this order of explanation ... It starts with a practical distinction between good and bad inferences, understood as a distinction between appropriate and inappropriate doings, and goes on to understand talk about truth as talk about what is preserved by the good moves”. (BRANDOM, 2009, p. 12).

<sup>153</sup> Os significados das nossas afirmações são marcados pela vasta rede inferencial que vai se formando com a prática da linguagem: trata-se de uma teoria *holística*, em contraste com o *atomismo* das teorias semânticas tradicionais.

comprometimentos que as pessoas assumem quando usam a linguagem: “O pragmatista [...] busca explicar como o uso das expressões linguísticas, ou o papel funcional dos estados intencionais, confere a eles conteúdo conceitual” (BRANDOM, 2009, p. 4)<sup>154</sup>. Quando afirmo algo, mesmo que simples e em uma conversa informal, como “moro na cidade de São Paulo”, imediatamente sinalizo que estou me *comprometendo* com o conteúdo e as implicações do que falei: que vivo em uma região do hemisfério sul, que habito uma casa ou um apartamento, que moro na mesma cidade em que está localizada a Catedral da Sé. Se eu realizar outra asserção que implique um comprometimento que contradiga os comprometimentos que assumi com a asserção anterior (“a cidade em que moro tem um trânsito maravilhoso!”), estarei violando as regras do “jogo”, e os demais falantes estarão autorizados a me cobrar por isso. Ser um participante minimamente competente do jogo da linguagem é entender os comprometimentos em jogo na prática linguística: “Entender uma afirmação, o significado de um movimento assertivo, exige o entendimento de pelo menos algumas de suas consequências, que se saiba com o que mais (que outros movimentos) alguém estaria se comprometendo ao fazer essa afirmação” (BRANDOM, 2009, p. 191)<sup>155</sup>.

Por outro lado, eu devo ter a capacidade de *proteger* meus comprometimentos, mostrar que eles são justificados. Faço isso apresentando aos outros falantes as *razões* que tenho para sustentá-los. Por isso que Brandom afirma que, além dos *comprometimentos*, existem também as *autorizações (entitlements)* linguísticas. “Os jogadores do jogo de dar e pedir razões também devem distinguir, entre os comprometimentos assumidos por um interlocutor, uma subclasse especial que ele tem *autorização* de manter”. O inferencialismo é uma teoria racionalista, que coloca a capacidade de pedir e dar razões no centro da prática linguística. “Dar razões para uma alegação é produzir outras afirmações que a *licenciam* ou *autorizam*, que a *justificam*. Pedir as razões de uma alegação é pedir sua atestação (*warrant*), pelo que autoriza alguém a manter seu comprometimento” (BRANDOM, 2009, p. 193)<sup>156</sup>.

---

<sup>154</sup> Tradução livre de: “The pragmatist direction of explanation, by contrast, seeks to explain how the use of linguistic expressions, or the functional role of intentional states, confers conceptual content on them”.

<sup>155</sup> Tradução livre de: “Understanding a claim, the significance of an assertional move, requires understanding at least some of its consequences, knowing what else (what other moves) one would be committing oneself to by making that claim”.

<sup>156</sup> Tradução livre de: “But players of the game of giving and asking for reasons must also distinguish among the commitments an interlocutor undertakes, a distinguished subclass to which she is entitled. Linguistic rationalism understands assertions, the fundamental sort of speech act, as essentially things that can both serve as and stand in need of reasons. Giving reasons for a claim is producing other assertions that license or entitle one to it, that justify it. Asking for reasons for a claim is asking for its warrant, for what entitles one to that commitment. Such a practice presupposes a distinction between assertional commitments to which one is entitled and those to which one is not entitled. Reason-giving practices make sense only if there can be an issue as to whether or not practitioners are entitled to their commitments”.

A abordagem não nos obriga a tratar a linguagem como *inteiramente* inferencial (apenas como *majoritariamente* inferencial). Nossas asserções não se ligam apenas inferencialmente com outras. Elas também estão conectadas a conteúdos *não-inferenciais*, que são basicamente de dois tipos: primeiro, os conteúdos não-inferenciais relacionados à percepção e à observação, como a descrição empírica. Esses são *inputs* linguísticos, pois são os contextos em que informações novas, “externas”, são acrescentadas à linguagem, por meio de descrições. É o que acontece quando dizemos “está chovendo agora” ou “esta parede é vermelha”. São transições de entrada na linguagem (*language-entry transitions*). Segundo, há os conteúdos não-inferenciais relacionados a comprometimentos práticos, às ações. Eles ocorrem quando realizamos alguma tarefa linguística prática, como o anúncio de uma tomada de decisão (“amanhã não irei ao trabalho”) ou de uma promessa. São denominados, aqui, de transições de saída da linguagem (*language-exit transitions*).

Os comprometimentos ligados às transições de entrada da linguagem são denominados de *comprometimentos teóricos* (ou doxásticos). Os comprometimentos ligados às transições de saída da linguagem são denominados de *comprometimentos práticos* (TIEFENSEE, 2017, p. 59). As discussões teóricas sobre ética e moralidade envolverão, normalmente, os comprometimentos práticos assumidos pelas pessoas.

A reformulação do argumento do erro moral proposta por Tiefensee se concentrará no uso dos conceitos éticos. O argumento do erro moral, em suas versões tradicionais, é dividido em duas etapas, uma *conceitual*, na qual se define o que é moralidade e quais são suas exigências conceituais (e.g. o discurso moral é aquele que pressupõe a existência de propriedades intrinsecamente normativas que nos compelem à ação); e uma *ontológica*, em que se nega que o mundo contenha as propriedades ou relações descritas na parte conceitual (e.g. o mundo não contém propriedades intrinsecamente normativas que nos compelem à ação), levando à conclusão cética (JOYCE, 2001, p. 5).

A etapa ontológica do argumento do erro pressupõe a semântica de representação tradicional. Se o argumento for reconstruído em termos inferencialistas, essa parte deverá ser reformulada. Toda discussão sobre a moralidade *representar* ou não propriedades do mundo deve ser abandonada. Na estrutura inferencialista, o argumento do erro moral deve ser *conceitual*, do começo ao fim. O cético que aceitou a semântica inferencialista não é mais aquele que detectou um defeito na capacidade da linguagem moral *representar* propriedades do mundo. Ao invés disso, ele deve ser visto como aquele que detectou um defeito na

capacidade da linguagem moral de realizar um *papel significativo em nossas inferências conceituais* (TIEFENSEE, 2017, p. 57-8).

Como essa reformulação da posição cética poderia ser feita? Tiefensee (2017, p. 61) propõe o seguinte. O teórico do erro pode alegar que o papel inferencial prático que se atribui ao vocabulário moral tem insuperáveis problemas de *coerência* interna. Vimos que, na perspectiva inferencialista, a moralidade é vista como uma *espécie* de discurso prático. Façamos, então, uma distinção entre o vocabulário *geral* de comprometimentos práticos (todo discurso que envolve comprometimentos para a ação, regras de conduta, normas sociais, etc.), que chamaremos “discurso prático geral”, e o vocabulário *específico* de comprometimentos práticos, que é o domínio da “moralidade”, propriamente.

Suponha-se, agora, que o discurso moral se caracterize por nos obrigar a assumir comprometimentos práticos que impõem *demandas especiais de ação*. Por exemplo, são especiais porque são inescapáveis, absolutas, universais. Em seguida, suponha-se também que essas demandas especiais de ação contradizem os comprometimentos que assumimos em nosso discurso prático geral. Por exemplo, concluiríamos que é da natureza geral das demandas normativas serem escapáveis, relativas, contextuais. Esse cenário seria profundamente problemático, porque nos obrigaria a concluir que as demandas da moralidade criam uma contradição no domínio da normatividade, porque são incompatíveis com as próprias normas gerais de ação do discurso do qual ela é uma espécie.

A alegação de incompatibilidade do discurso moral com o discurso normativo geral não é incomum na tradição cética. Autores céticos como Williams (1981) e Joyce (2001) formularam argumentos com estrutura similar. Williams, por exemplo, apresenta a famosa tese do “internalismo das razões práticas”, segundo a qual: “alguém só tem uma razão para agir se é possível traçar um caminho direto entre essa razão e o conjunto de desejos, interesses, projetos, etc., que é carregado pela pessoa”. Ou seja, todas as razões normativas (ou práticas) são *internas*. Em seguida, Williams afirma que as demandas da moralidade se caracterizam por serem *externas*. O discurso moral tem a pretensão de ser vinculante “independentemente dos desejos e interesses individuais dos agentes” (WILLIAMS, 1981, cap. 8; JOYCE, 2001, cap. 4). Mas, como não é possível traçar um caminho direto entre essas razões e o conjunto motivacional dos indivíduos, as demandas morais não são vinculantes aos agentes, porque contradizem as próprias condições de normatividade necessárias a qualquer discurso prático. Donde se conclui que o discurso normativo e o discurso moral são incompatíveis.

No momento, não precisamos discutir a plausibilidade do argumento cético (voltaremos a ele na próxima seção). A tarefa de Tiefensee (2017) é investigar se é possível *elaborá-lo* na linguagem inferencialista. Ela realiza a tarefa em três passos.

- I) O primeiro passo é afirmar que realizar um juízo moral é assumir um comprometimento prático. O vocabulário moral é uma espécie de vocabulário prático, que, talvez, tenha características especiais. Esse primeiro movimento é trivial, porque envolve apenas o emprego dos elementos básicos do inferencialismo<sup>157</sup>.
- II) O segundo passo é aproximar esses comprometimentos práticos e a tese do internalismo de razões de Williams. Tiefensee oferece a seguinte formulação abrangente dos comprometimentos práticos em linguagem inferencialista: “Comprometimentos práticos são tratados como portadores de autorizações (*carrying entitlement*) se e somente se formam a conclusão de uma inferência prática que é preservadora de autorizações (*entitlement-preserving*) para um interlocutor específico com base em suas preferências particulares ou status social” (TIEFENSEE, 2017, p. 63). Tal caracterização dos juízos morais foi formulada originalmente pelo próprio Brandom (1994, pp. 249-50). É possível observar a similaridade com a caracterização de Williams: se, na formulação de Williams, a razão normativa deve ter uma conexão direta com o conjunto motivacional do agente, agora, na formulação inferencialista, a autorização ao comprometimento prático deve ter uma conexão direta com as preferências particulares ou o status social do falante.
- III) O terceiro passo é elaborar uma definição dos comprometimentos morais que os aproximem das razões externas. Novamente, o próprio Brandom apresenta uma formulação do vocabulário moral em linguagem inferencialista: “Os comprometimentos morais são tratados como portadores de autorizações (*carrying entitlement*) se e somente se formam a conclusão de uma inferência prática que é preservadora de autorizações (*entitlement-preserving*) para qualquer interlocutor, independentemente de suas preferências ou status social” (TIEFENSEE, 2017, p. 63; BRANDOM, 1994, p. 252)<sup>158</sup>. Novamente, o aspecto especial da moralidade,

<sup>157</sup> Cf. BRANDOM, 1994, pp. 249-50.

<sup>158</sup> Tradução livre de: “*Moral commitments are treated as carrying entitlement iff they form the conclusion of a practical inference which is entitlement-preserving for any interlocutor, irrespective of her preferences or social status*”.

sua pretensão de ser vinculante *independentemente* das preferências individuais do falante ou de seu status, também é mantido.

Com a formulação dessas três premissas, de que (i) os comprometimentos morais são comprometimentos práticos; (ii) comprometimentos práticos só são vinculantes quando relacionados às preferências ou status de um indivíduo; (iii) os comprometimentos morais se propõem como vinculantes para todos, independentemente das preferências e do status dos indivíduos, o cenário está novamente preparado para a formulação de um argumento do erro moral. Basta se argumentar, de forma substantiva, que as premissas (ii) e (iii) são incompatíveis – por exemplo, que não há nenhuma rota óbvia das preferências ou status individuais das pessoas para inferências que são preservadoras de autorizações para *todas* as pessoas. Nesse caso, o problema diagnosticado no vocabulário moral é conceitual: uma incompatibilidade nas inferências materiais que os conceitos de “comprometimento prático” e “comprometimento moral” nos permitiriam fazer. Estaríamos diante de um discurso que possuiria uma contradição conceitual interna. O que seria suficiente para indicar a conclusão de que o discurso moral, de forma generalizada, é incorrigível, abrindo espaço para uma teoria do erro moral<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Tiefertsee indica um segundo caminho para formular um argumento do erro moral em termos inferencialistas, independente do primeiro. Esse segundo caminho envolve a estratégia de argumentar não contra o conteúdo conceitual dos enunciados morais, mas contra as funções atribuíveis a esse discurso. O teórico do erro pode expor o debate entre expressivistas e realistas sobre as funções do discurso moral (função expressiva ou função teórica), alegar que, por um lado, os argumentos que os realistas apresentam contra os expressivistas estão corretos e que, por outro, os argumentos que os expressivistas apresentam contra os realistas também estão corretos. Os dois lutadores se “nocauteiam” no combate, por assim dizer. E, assim, terminaríamos com um cenário obscuro, sem nenhuma possibilidade concreta de entender a função inferencial da linguagem moral em uma comunidade de falantes: Eis um argumento que o teórico do erro moral pode apresentar contra o realista:

*“They could start by pointing out that the paradigmatic example for language-entry transitions concerns observation reports such as “This cup is red”: employing the term ‘red’ enables us to express the reactions we have when seeing things that are red. As this shows, though, language-entry transitions are crucially to do with perception and observation, and thus causation. However, when relaxing about moral ontology, relaxed philosophers themselves have argued that causal considerations are inappropriate within the moral context: to think otherwise, they have explained, is to misapply requirements that are adequate within the natural domain to the moral domain. Accordingly, taking relaxed philosophers at their word, inferentialist error theorists could smartly highlight that if relaxed philosophers are right in claiming that causal considerations do not apply within the moral domain, and if the language-entry transitions featuring in moral realists’ suggested (F)-clause [cláusula sobre a função desse vocabulário] presuppose causal relations, then their own relaxed stance on moral ontology precludes the representationalist (F)-clause that moral realists suggest within their metasemantic account: without causal relations, moral vocabulary cannot facilitate language-entry transitions. This leaves expressivists’ non-representationalism, holding moral vocabulary to explicate what is already implicit in our inferential practices”* (TIEFENSEE, 2017, p. 63-4).

E eis o argumento que o teórico do erro pode apresentar contra o expressivista:

*“Yet, with regard to this functionalist thesis, inferentialist error theorists can appropriate realists’ criticism of expressivism by agreeing that it simply is not the case that we endorse certain inferences as good and then merely explicate these moves by using moral claims. On this, inferentialist realists are right: moral premises do not make inferences explicit, they make them sound. Hence, if it were the case that making others happy is good, we could indeed license our practical commitment to visit our grandmothers on grounds of the doxastic*

Tal formulação do argumento do erro moral tem algumas virtudes no contexto do debate sobre objetividade (modesta), minimalismo e ontologia. Primeiro, é apropriadamente *externa* no sentido relevante, que é o de não constituir um juízo moral de primeira ordem. Ela não se alinha com teorias metaéticas particulares, como o cognitivismo ou o expressivismo, e nem com teorias éticas substanciais particulares, como o utilitarismo ou a deontologia. Também não transcende a linguagem inferencialista, encontrando, dentro dessa abordagem, uma posição distanciada o suficiente para permitir a elaboração de uma crítica generalizada aos usos do vocabulário moral. Segundo, ela mantém a força e o senso de radicalismo teórico que as teorias do erro moral tradicionais têm, constituindo-se efetivamente em uma posição cética.

O mais importante, no entanto, é que ela constitui uma prova de que argumentos céticos podem ser adequadamente *formulados* em uma linguagem deflacionada e minimalista, mantendo todo o senso de radicalidade da posição. É precipitada a conclusão de que a mudança da noção de objetividade, da metafísica para a modesta, automaticamente desmantela o ceticismo moral. Pode ser que a objetividade modesta tenha vantagens sobre a objetividade metafísica (algumas candidatas: simplicidade, clareza, não necessidade de postular a existência de propriedades potencialmente problemáticas). Mas “ter despachado o ceticismo” não é uma dessas vantagens. As posições céticas surgem porque os filósofos dessa tradição têm um problema com os encargos que o *discurso moral* impõe sobre nós. Eles podem formular esse incômodo fazendo referência a propriedades últimas (como Mackie o fez), mas não devemos perder de vista o real *objeto* da discussão. O esforço que o teórico da objetividade modesta precisa dispendir para lidar com objeções céticas é o mesmo que é dispendido pelo teórico metafísico.

Antes de avançar, talvez seja oportuno fazer algumas ressalvas sobre a discussão desta seção. O objetivo da seção foi mostrar que a adoção do paradigma da objetividade modesta não é, por si só, suficiente para refutar o ceticismo moral. O debate sobre a objetividade da moral terá todas as condições de continuar tão vívido quanto o era no paradigma da

---

*commitment that doing so would make them happy; otherwise, this doxastic commitment would confer no such entitlement on the practical commitment. Consequently, although some vocabularies may be expressive, inferentialist error theorists could conclude that moral vocabulary is not one of them. If so, moral vocabulary can neither be understood on the basis of language-entry transitions, as inferentialist moral realists would claim, nor on grounds of expressive functions, as inferentialist expressivists would have it. As such, the function of moral vocabulary remains obscure: there is no (F)-clause that could coherently specify it” (TIEFENSEE, 2017, p. 64).*

Para nossos propósitos, não importa tanto qual é o argumento, mas mostrar que é possível formular argumentos céticos na linguagem inferencialista. Prefiro priorizar a primeira apresentação do argumento porque ela usa estratégias mais populares na tradição recente do ceticismo.

objetividade metafísica. Formulamos um argumento do erro moral empregando um vocabulário de objetividade modesta (o inferencialismo de Brandom) para mostrar, na prática, como um argumento cético poderia ser articulado nesse cenário. Nesta seção, não foi feita uma *crítica* ao paradigma da objetividade, mas um esclarecimento de suas implicações quanto a alguns debates relevantes na filosofia moral. Os autores que foram proeminentes neste trecho, como Blackburn, Tiefensee e Brandom, podem todos ser classificados como teóricos da objetividade modesta<sup>160</sup>. De fato, creio ser uma *vantagem* de uma teoria da objetividade (seja normativa, seja semântica) comportar o máximo possível de perspectivas teóricas diferentes, que se resolverão na discussão substantiva direta entre si.

Além disso, não foi objetivo desta seção entrar no *mérito* do debate entre céuticos morais e defensores da objetividade. O que se argumentou foi que a posição cética é *formulável*, o que ainda nos deixa distantes de qualquer avaliação sobre a *plausibilidade* da posição, sem contar a apreciação das réplicas dos defensores da objetividade. Dito isso, creio que na próxima seção será possível fazer algumas incursões substanciais nesse debate, com a análise da plausibilidade da ideia de convergência entre agentes racionais.

#### **4.2. Convergência ou relatividade das razões práticas**

Os capítulos iniciais desta tese (1 e 2) mostram alguns pontos de tensão na atuação judicial e na justificação normativa do discurso jurídico: o *dilema judicial* e as *circunstâncias judiciais*. O capítulo 3 expõe a estrutura da solução dessas tensões, desenvolvida pelas teorias principiológicas: o desenvolvimento da noção de objetividade modesta e da ideia de convergência entre agentes racionais. Argumentei que a ideia de convergência entre agentes racionais funciona como *critério* de objetividade, substituindo os (problemáticos) critérios da objetividade metafísica. Nesta seção, pretendo fazer uma análise crítica dessas propostas de solução. Adiarei, por ora, a discussão sobre o dilema judicial; proponho, antes disso, discutir a solução das teorias principiológicas às tensões das circunstâncias judiciais.

Vimos que as circunstâncias judiciais têm dois elementos: primeiro, uma sociedade envolvida em profundas divisões morais e em dinâmicas sociais de polarização; segundo, cidadãos aferrados a suas identidades, raciocinando com e para os grupos aos quais pertencem, e pouco dispostos a considerar de forma séria qualquer discurso normativo mais profundo que não imediatamente sirva para reforçar suas identidades e as opiniões de grupo. O problema, para o juiz, é manter o senso de que está decidindo para todos, mesmo quando se

---

<sup>160</sup> Blackburn e Brandom podem ser vistos como grandes *fundadores* do paradigma, cada um em sua área filosófica (metaética e metassetemântica, respectivamente).

dirige a pessoas tão profundamente envolvidas em conflitos morais. Nesse momento de vulnerabilidade institucional, em que a necessidade de contar com a disposição dos cidadãos a *ouvir* suas razões é mais saliente, ele se depara com pessoas com a postura oposta: não querem ouvir, estão predispostas a interpretar todo discurso sobre seus valores ou como ameaça direta a suas identidades (inimigo) ou como um reforço irrestrito dos vínculos de seu grupo (aliado). Não há meio termo, razoabilidade.

A solução das teorias principiológicas começa com a proposta de uma distinção entre moralidade superficial (tratada de forma descritiva) e moralidade profunda (tratada de forma normativa). A narrativa do parágrafo acima não estaria errada, mas incompleta, por envolver apenas a moralidade superficial. Existe um vasto campo de possibilidades morais que nos permitiriam encontrar soluções para esses problemas e gerar, se possível, alguma forma de consenso. Nesse ponto que entram as noções de objetividade modesta e, em especial, a ideia de convergência entre agentes racionais. Trata-se de uma solução normativa, a defesa de que existe ao menos um *caminho* para solucionarmos nossos conflitos morais. Os juízes, assumindo uma posição social de vanguarda, poderiam começar a explorar esses caminhos para gerar pacificação social e reforçar sua legitimidade.

Eis o problema, eis a proposta de solução. Trata-se de uma solução *convincente*, porém? Essa é uma pergunta importante. Antes de buscar uma resposta, no entanto, devo observar que as teorias jurídicas principiológicas são *radicalmente* dependentes de uma concepção (e de uma esperança) filosófica, tornada visível nas formulações da noção de objetividade modesta e da ideia de convergência entre agentes racionais. Pode parecer estranho que uma discussão que envolve termos como “deflacionismo”, “inferencialismo”, “propriedades inerentemente metafísicas” e “convergência entre agentes racionais em condições ideais” possa ter influência decisiva sobre uma disciplina prática como o direito, em que a maioria dos profissionais (com razão) não está familiarizada com esses termos ou com o discurso filosófico em que a discussão ocorre. Mas creio que a situação não é tão estranha assim. O sistema jurídico é peculiar pela aguda consciência que se tem da necessidade de que suas normas sejam vistas como *legítimas* pela comunidade que está sujeita a elas. É um traço característico do direito sua pretensão de exercício da *autoridade legítima* (muitos dizem que essa pretensão faz parte do próprio *conceito* de direito<sup>161</sup>). Mais do que isso, a legitimidade *judicial* tem a peculiaridade adicional de ser estabelecida no próprio

---

<sup>161</sup> Cf. a apresentação que Raz faz da ideia de autoridade e de suas implicações conceituais no direito (RAZ, 1986, caps. 2-4).

processo discursivo em que a decisão jurídica é tomada: a sentença contém justificação e dispositivo. O político que foi eleito para seu cargo não precisa estabelecer sua legitimidade pela argumentação; ela já é atestada pelo *procedimento* democrático que o colocou no cargo. Juízes, por outro lado, precisam articular as bases de sua legitimidade. A situação se complexifica porque a noção normativa de legitimidade, seus conteúdos, requisitos e implicações não são nada simples de dominar. Então é natural que em momentos de crise (e a tese *está* discorrendo sobre um momento de crise), juristas busquem o auxílio daqueles que, ao menos em hipótese, são especializados em teorizar e discutir sobre conceitos normativos complexos – os filósofos morais –, ou que ao menos se familiarizem com as discussões de filosofia moral, para encontrar soluções teóricas a suas necessidades práticas.

Ainda assim, é digna de nota a forma radical de dependência filosófica que o teórico principiológico desenvolve. Diante de um cenário *factual* de conflitos, desacordos profundos, disputas pelo poder político, formação de grupos identitários influentes e até demonstrações públicas de violência, que tem os contornos de uma situação desesperadora, esses autores mantêm imperturbável a esperança de que os poderes da argumentação teórica, do discurso normativo e das obrigações morais serão suficientes para reverter essas tendências sociais. Trata-se de uma exibição admirável de confiança na natureza humana e de sustentação de convicção filosófica. Como as teorias principiológicas são fortemente influentes na prática jurídica contemporânea, sendo adotadas por juízes, advogados, promotores, professores e pesquisadores (como mostramos no capítulo 1), estamos diante de um exemplo notável do grau de influência social que concepções teóricas e argumentação filosófica podem alcançar: elas podem estar determinando a atuação daqueles que tomam as decisões públicas e controlam os aparatos do estado, inclusive os de uso da força (que tal para uma área ocasionalmente acusada de ser inútil?).

Por outro lado, não consigo deixar de considerar preocupantes os rumos seguidos pelas teorias principiológicas e a forma como elas aplicam essas firmes convicções na sociedade. A preocupação é simples: e se elas estiverem erradas? O que acontece se, por exemplo, alguma premissa na argumentação normativa dessas teorias estiver incorreta, ou se alguma pressuposição *factual* sobre o funcionamento da sociedade ou do comportamento humano que é importante para elas for suplantada por uma explicação teórica mais adequada? Não é responsabilidade demais para uma teoria filosófica carregar?

O teórico principiológico está convicto de que a forma correta de argumentação normativa será suficiente para corrigir disfunções sociais – transformar um cenário de

divergência em um cenário de convergência, em resumo. Essa convicção, como vimos, entra em contradição direta com as observações empíricas do capítulo 2, que correlacionam uma quantidade maior de argumentação moral com o *crescimento* dos conflitos sociais e da polarização, pelo menos enquanto a sociedade contiver grupos com visões de mundo diferentes e enquanto seres humanos forem influenciados pelos seus grupos e pelas suas filiações identitárias (não há perspectivas de alteração dessa situação). Já vimos como as teorias principiológicas contornam esse conflito (distinguindo moralidade superficial e moralidade profunda, etc.), mas vamos *supor*, por um momento, que elas estão erradas: que não há perspectivas de reverter a tendência de que mais argumentação moral entre grupos com visões diferentes aumente os conflitos morais; que a disposição de aferramento ao seu grupo (e de enxergar o grupo rival como *inimigo*) é uma característica da natureza humana incontornável na prática; que as pessoas se tornem menos racionais quanto mais discutam moralmente.

*Se* as coisas forem assim, as teorias principiológicas não estarão somente equivocadas: estarão ativamente contribuindo para acelerar a espiral de conflito social. Elas apostam suas fichas na argumentação moral, esperando a criação de convergência, mas os resultados contrários ocorreriam, o de crescimento dos desacordos sociais e da polarização. Mais graves seriam os efeitos para as instituições judiciais. Ao invés de reforçar a legitimidade da autoridade judicial e pacificar a sociedade, os órgãos judiciais, ao utilizar discurso moral, estariam, eles próprios, contribuindo para os conflitos; haveria uma ligação causal entre a atuação judicial e as dinâmicas de polarização da sociedade. Vimos que os teóricos principiológicos têm a esperança de que os juízes assumam a vanguarda da convergência moral, como agentes que ocupam uma posição privilegiada e estão habilitados a empregar esse discurso, que lhes permitiria guiar a sociedade para um razoável consenso normativo. No cenário alternativo que estamos imaginando, esse protagonismo apenas tornaria o Judiciário mais exposto às vicissitudes do conflito. As consequências para a legitimidade judicial seriam potencialmente catastróficas. Por exemplo, a imagem de que os juízes são agentes estatais imparciais decidindo em nome de todos se tornaria insustentável. Mais coerente seria tomá-los como agentes políticos comuns, o que, mais uma vez, esfacelaria a autoridade jurídica dos órgãos judiciais. A crise pela qual o Judiciário está passando seria aprofundada.

Podemos voltar à questão do começo desta seção: quão convincente é a solução dada pelas teorias principiológicas às tensões das circunstâncias judiciais? Não pretendo responder a essa questão diretamente, porque isso ensejaria uma discussão teórica profunda, exaustiva e

talvez pouco eficaz, já que muito do que torna uma teoria atrativa para uma pessoa é subjetivo. Creio que seja mais interessante fazer uma investigação alternativa, em termos de *trade-offs* e riscos. Estou alegando que as teorias principiológicas assumem um alto *risco*, porque *precisam* estar certas: se estiverem erradas, as consequências para a legitimidade judicial podem ser catastróficas. O que compensaria a assunção de tal risco? Creio que a resposta seja: a teoria ser a *única* opção normativa plausível para explicar e guiar a prática judicial, inclusive na forma como interpreta e responde às circunstâncias factuais de nossas sociedades. Agora, talvez seja possível elaborar uma teoria normativa alternativa que: (i) pareça no mínimo tão plausível quanto as noções normativas que embasam as teorias principiológicas (objetividade modesta e convergência entre agentes racionais); (ii) ofereça uma interpretação das nossas circunstâncias sociais no mínimo tão plausível quanto a das teorias principiológicas; (iii) não incorra nos mesmos riscos de gerar consequências catastróficas para a legitimidade judicial, se estiver errada. Caso uma teoria com essas características possa ser elaborada, teremos motivos para *hesitar* na adoção das teorias principiológicas, porque os riscos talvez não compensem.

No começo deste capítulo, ao comparar as teorias descritivas do capítulo 2 com as teorias normativas do capítulo 3, afirmei que concordo com os teóricos normativos que dizem que é necessária uma teoria normativa para substituir outra teoria normativa. Qualifiquei minha aceitação do argumento alegando, por outro lado, que teorias descritivas podem ter implicações para as teorias normativas. Vejamos se uma concepção alternativa de normatividade, que incorpore de forma mais coerente as implicações descritas anteriormente, pode ser apresentada.

#### 4.2.1. A linha tênue da convergência moral

No domínio da normatividade, o discurso moral costuma ser tratado como *especial*. Vimos no capítulo 3 que não costumamos ter problemas em atribuir *relatividade* a outros discursos normativos, como no caso de conselhos, normas prudenciais, costumes sociais, regras de etiqueta e normas institucionais. Se Ana quer ser médica e Beatriz quer ser advogada, não há nenhuma dificuldade em reconhecer que algumas exigências prudenciais serão válidas para Ana, mas não para Beatriz (ter boas notas em biologia, não ter medo de ver sangue, estar bem ambientada em hospitais), e que outras exigências prudenciais serão válidas para Beatriz, mas não para Ana (desenvolver habilidades de leitura de textos extensos e áridos, capacidade de comunicação, boa mediação interpessoal). No contexto moral, por outro lado, a tolerância com a relatividade é menor. Consideramos que algumas condutas, como

machucar outras pessoas, furtar, trair, mentir, são proibidas tanto para Ana quanto para Beatriz, independentemente do que elas queiram. As obrigações morais têm um caráter absoluto, e é aqui que entra a busca pela definição de *objetividade* e pelos critérios que a satisfazem. Essa discussão foi tratada extensamente no capítulo 3, mas, em resumo, vimos que a ideia de convergência entre agentes racionais é adotada como critério de objetividade (modesta), isto é, funciona como a “bússola” que indicará quando estaremos nos aproximando ou não da “verdade” moral.

Quero propor um desafio ao critério da convergência entre agentes racionais. Trata-se de um questionamento sobre a possibilidade de encontrar razões que serão *suficientes* para guiar tal convergência. Isso porque essas razões deverão ser especiais, porque as demandas que elas impõem às pessoas devem se equilibrar numa *linha tênue*, sem recair em dois extremos que prejudicarão sua capacidade de gerar convergência.

#### 4.2.2. *Alienação normativa*

O primeiro extremo a ser evitado é o seguinte. O discurso moral não pode *alienar* aqueles sobre as quais impõe suas demandas. As pessoas devem ser capazes de se sentir, de alguma forma, *compelidas* a obedecer às demandas morais. Precisam sentir, de maneira muito íntima, a *força* da razão que é dada para realizar (ou evitar) uma conduta e se engajar com ela. Caso isso não aconteça, uma demanda moral não terá muito significado para elas. Defrontadas com alguma exigência desse tipo, elas poderão simplesmente optar por dar de ombros e responder com um mero “e daí?”.

Situações de alienação normativa são comuns, acontecem sempre quando uma pessoa não tem motivos para se importar com as demandas de uma instituição ou de um sistema normativo: o ateu não é movido pelas admoestações religiosas contra o pecado; o hippie não se importa com as regras de etiqueta e o *dress code* seguidos por um lorde inglês. O *serial killer* talvez não se importe com a proibição moral contra o assassinato metódico de outras pessoas, mas a diferença é que, nesse caso, acreditamos que ele está agindo de forma gravemente errada, monstruosa até, e que deverá ser responsabilizado pelo que faz. Por outro lado, costuma-se aceitar que ateus têm o direito de escolher seus posicionamentos religiosos e hippies estão autorizados a se vestir e a falar da forma como quiserem: não é razoável responsabilizá-los ou puni-los por isso. Vale notar que a exigência aqui não é *factual*. Não se está dizendo que o discurso moral deve ter um poder tal que o permitirá forçar todas as pessoas do mundo, no aqui e agora, a internalizar e seguir suas demandas; provavelmente sempre existirão pessoas que agirão, sem remorsos, de forma imoral. Na verdade, a exigência

é que o discurso moral seja capaz de contornar *normativamente* o risco de alienação, de modo que tenhamos sempre *razões* para cobrar, responsabilizar e apontar as impropriedades nas condutas daqueles que desobedecem as demandas morais. É nesse sentido que as imposições morais devem ser vistas como absolutas e inescapáveis.

A tese do internalismo de razões de Williams (1981), apresentada acima, foi formulada precisamente para tratar do risco de alienação de um discurso normativo. Para Williams, uma razão prática deve ser capaz de explicar o que tornaria um curso de ação *convicente* para alguém. É daí que vem sua proposta de que uma razão prática deve ter um caminho direto para o conjunto motivacional (desejos, motivações, interesses, projetos) de um agente.

#### 4.2.3. *Relatividade normativa*

O segundo extremo a ser evitado é o da *relatividade* das razões normativas. Outros discursos normativos, que não o moral, não correm o risco de alienação, porque as demandas que eles impõem se originam já atreladas aos desejos, interesses e projetos das pessoas. Só dizemos que Ana *deve* estudar para tirar boas notas em biologia porque levamos em conta seu *desejo* de se tornar médica. Se, por algum motivo, o desejo desaparece, desaparece também o respectivo dever. Razões como as prudenciais e as institucionais são maleáveis, sempre se ajustando aos motivos dos agentes, e por isso evitam o risco de serem alienantes.

Por que as demandas morais não poderiam seguir o mesmo caminho? Os motivos já foram indicados acima. A decorrência da maleabilidade dessas razões é também sua relatividade. Desejos, interesses e projetos se caracterizam por serem variáveis. As pessoas querem coisas diferentes, têm objetivos de vida diversos, traçam diferentes planos. É inviável pensar que essa multiplicidade de interesses pode ser compatibilizada para gerar um conjunto coerente de prescrições normativas. Razões originadas na medida dos desejos e interesses das pessoas são razões relativas, e razões relativas não impulsionam a convergência entre agentes racionais, mas a divergência, com as pessoas seguindo seus diferentes caminhos. Então razões relativas não servem para ser a base das obrigações morais na visão de convergência da objetividade modesta.

#### 4.2.4. *Tentativas de manter o equilíbrio*

Esses são os dois extremos que o defensor da ideia convergência precisa evitar. Por um lado, as demandas morais não podem ser *alienantes*, porque elas não terão a penetração motivacional necessária para influenciar as condutas de uma pessoa; por outro, elas não

podem ser *relativas*, porque demandas assim não têm o poder necessário para imprimir uma tendência de convergência (pelo contrário, razões relativas tendem a levar à divergência).

A ameaça de as razões serem globalmente alienantes é mais danosa ao domínio da normatividade do que a ameaça de as razões serem relativas. Teorias que postulam a relatividade das razões práticas, mesmo que de forma abrangente, são razoavelmente comuns na tradição ética<sup>162</sup>. Se concluíssemos que todas as razões normativas são relativas, isso teria repercussões na forma como interpretamos nossas razões, especialmente ao diminuir as possibilidades de objetividade moral. Mesmo assim, ainda haveria um *espaço* para a ética, e o domínio da normatividade continuaria a ter importância em nossas vidas, explicando muito de nossas razões, de nossas motivações e de nossos valores.

Um cenário em que se conclui que as razões práticas são globalmente alienantes, por outro lado, é mais sério. É difícil até *conceber* o que tal conclusão implicaria, porque a faculdade de deliberação prática está intrinsecamente ligada à nossa capacidade de agir, planejar e reagir às informações do mundo. Um ceticismo global nesses moldes implicaria a conclusão de que raciocinar não *faz diferença*, que, apesar de nossas ilusões, nenhum plano, nenhuma deliberação teria um impacto direto sobre nossas motivações e nossas ações. Nossa faculdade de raciocínio seria algo como um apêndice disfuncional da mente. É difícil pensar em conclusão mais radical<sup>163</sup>. Inclusive, essa conclusão seria literalmente *inacreditável*. A própria noção de *crença* se caracteriza por impor uma série de normas epistêmicas que definem, por exemplo, o que é elegível ou não para se tornar uma crença e quais os critérios que tornam uma afirmação verdadeira ou falsa. É uma noção normativa, que também seria tragada; talvez sobrasse apenas a postura de *epokhé* (suspensão de juízo) do pirronismo cético. De que tenho notícia, Bart Streumer é o único autor contemporâneo que flerta com uma visão cética desse tipo, no livro (não por acaso) intitulado “*Unbelievable errors: an error*

---

<sup>162</sup> Vimos as posições de Mackie (1977), Williams (1981) e Joyce (2001), acima. Todas são relativistas nesse sentido. O relativismo é uma corrente respeitável e antiga da ética, que remonta à filosofia grega, com os sofistas (BARNEY, 2009), por exemplo, e passa por grandes pensadores modernos, como Hobbes (2008), Hume (2009), Nietzsche (2001), entre outros. É uma vertente influente no debate ético atual, cf. (FINLAY, 2014; HARMAN, 1977; GOWENS, 2021).

<sup>163</sup> A única conclusão que consigo pensar como análoga a essa, em termos de peso e impacto, seria a de que a matemática é uma ilusão e que todas as operações matemáticas carregam uma incoerência interna que torna o mero exercício da matemática uma mera ilusão coletiva (cf. CHIANG, 2016 para uma ficcionalização interessante dessa possibilidade). Mas talvez nem essa analogia funcione para ilustrar a profundidade do impacto do desmoronamento de nossa razão prática. Podemos pensar assim: temos recursos epistêmicos para avaliar a matemática de forma externa, em algum sentido. Talvez possamos avaliar a matemática utilizando a lógica, por exemplo, e se toda a matemática desmoronasse ainda seria possível que sobrassem áreas da lógica relativamente intocadas. Ou: talvez possamos avaliar a matemática a partir de nossa razão teórica, de uma perspectiva epistemológica mais ampla e mais fundamental, que também, é de crer, sobreviveria sem maiores danos a um desmoronamento completo da matemática.

*theory about all normative judgements*” (“Erros inacreditáveis: uma teoria do erro sobre todos os julgamentos normativos”, em tradução livre) (STREUMER, 2017). Assim, no domínio da normatividade, por cautela, é menos danoso errar para o lado da relatividade do que para o lado da alienação.

É necessário saber, então, como os defensores da ideia de convergência entre agentes racionais conseguiriam desenvolver uma teoria do discurso moral que se equilibraria entre esses dois extremos. Curiosamente, não é tão fácil encontrar propostas de solução ao desafio. Nas discussões sobre objetividade modesta, é comum que se fale *que* existem razões desse tipo, mas se fala menos sobre *como* elas funcionariam ou evitariam esses problemas. A impressão é que muitos dos que creem nos poderes de convergência da moralidade simplesmente têm inarredável *expectativa* (ou esperança) de que isso aconteça, e não são pressionados por urgências em dar uma fundamentação argumentativa para ela. Isso, é claro, é um problema. Precisamos de *motivos* para acreditar na possibilidade de convergência, ela não pode ser assumida automaticamente. Como apontado acima, muito está em jogo, e as consequências de erro podem ser graves.

Há autores que tentam dar essa resposta. Na discussão a seguir, tentarei apresentar os argumentos (de que tenho conhecimento) em defesa dos mecanismos de convergência entre agentes racionais que evitariam recair nas armadilhas da alienação e da relatividade. Não posso ter a pretensão de ter feito uma reunião exaustiva dos argumentos que foram dados, nem de apresentá-los da forma mais minuciosa. Mas creio que elas representem as três estratégias contemporâneas comuns para se argumentar a favor da convergência: alegar que já há, de fato, convergência significativa em nossa comunidade; relacionar falha moral a uma falha de racionalidade; apelar ao caráter público das razões justificatórias.

#### 4.2.5. *Primeira resposta: convergência moral observável*

Um primeiro tipo de resposta pode ser elaborado a partir da convergência moral que *já existe* na sociedade. Postula-se que já é possível detectar uma tendência de convergência na sociedade para algumas questões morais, o que seria um indício de que o processo de convergência é real e pode até estar em curso. Essa resposta se defronta com o problema evidente de que nas sociedades contemporâneas há um cenário avassalador de desacordos, conflitos sociais e polarização, como foi discutido extensamente no capítulo 2. Parece uma ingenuidade observar essa situação de conflito generalizado e retirar disso uma conclusão otimista sobre as atuais perspectivas de convergência.

Mas talvez as coisas sejam mais complexas. Os mais otimistas com nossos rumos atuais alegam, corretamente, em minha opinião, que, mesmo nesse cenário de ampla divergência ainda restam espaços de consenso social. Eles só não chamam atenção porque não são tão emocionalmente estimulantes como as matérias que geram conflitos<sup>164</sup>. Além disso, pode-se continuar, há inúmeros exemplos, e em um passado não tão distante assim, de matérias que a todos pareciam inconciliáveis, mas que hoje já são tomadas como razoavelmente consensuais, como a proibição da escravidão, o repúdio ao racismo, ao machismo e à homofobia. Pode ser que os temas em relação aos quais estamos nos digladiando agora sejam apenas mais uma peça nesse padrão, e que no futuro olharemos para trás e veremos todo esse período como uma curiosidade histórica que surgiu e desapareceu rapidamente.

Argumentos assim devem ser propostos de forma cuidadosa, porque há o risco de se cometer o erro de avaliar as tendências de conflito e consenso social em termos meramente agregativos (o número total de espaços de consenso em uma comunidade, versus o número total de espaços de conflitos). Tal leitura da situação seria equivocada por não levar em conta as *configurações* dos conflitos e dos consensos sociais. As teorias que apresentamos no capítulo 2, como o modelo social-intuicionista de Haidt, o modelo de raciocínio para proteção de identidades de Kahan, as hipóteses de conformidade e predisposição a formar grupos de Tajfel e Asch, admitem, e até pressupõem, amplos espaços de consenso social. Em um sentido, processos de polarização e reforço de identidades de grupo *são* processos de criação de consenso, consensos *internos* aos grupos. Vimos que quando membros de um mesmo grupo deliberam entre si, tendem a chegar a posicionamentos mais homogêneos – e mais extremos, que é onde mora o problema. A questão é que, em nossa situação atual, a homogeneidade interna do grupo é forjada na suposição de conflito com grupos rivais. Então, apesar de existirem espaços de consenso, muitos deles só se formam em função dos fenômenos mais amplos de conflito. Um grande conflito entre dois grandes grupos sociais pode ter consequências mais graves do que vários pequenos conflitos entre grupos sociais pequenos<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Essa já é uma alegação controversa. É bem possível que o discurso moral crie sensações enganosas de predomínio de consensos. Por exemplo, vale lembrar, com a argumentação apresentada por Marmor, que a linguagem de *direitos* tem uma função de saliência muito clara. Ela cria uma sensação de convergência e acordo muito maior do que de fato há na sociedade; é uma linguagem performática, nesse sentido. É uma matéria bastante complexa, então, definir o que é mais saliente e o que é menos aparente quando sobre os desacordos sociais.

<sup>165</sup> Por paradoxal que pareça, em nossa situação atual, talvez uma diminuição da homogeneidade interna dos grupos (aceitação de opiniões divergentes e moderadoras), apesar de diminuir o consenso social agregado, por

Colocando a discussão factual de lado, há um ponto teórico que talvez seja mais importante. O defensor da ideia de convergência entre agentes racionais tem a *necessidade* de conectar as tendências de consenso que (alegadamente) estariam ocorrendo na sociedade com sua teoria normativa. Isto é, precisa mostrar não só que está ocorrendo um processo de convergência, mas que esse processo acontece pelas *razões certas*. Existem explicações alternativas para processos de consenso, que não precisam fazer nenhuma referência à imposição de deveres morais objetivos. Uma situação conhecida é aquela em que a convergência é o objetivo primário da interação entre as pessoas, em ajustes de *coordenação social*. Em situações assim, é mais importante chegar a um acordo do que escolher a opção “correta”. O exemplo clássico de problema de coordenação é o da escolha, em um país ou região, do lado da rua em que os carros devem trafegar. Não importa se a escolha será o lado esquerdo ou o direito, o que importa é que se tome *uma* escolha, para que se crie um padrão confiável e que as pessoas coordenem suas ações com base nele<sup>166</sup>. Situação similar é aquela em que as pessoas ou grupos envolvidos em um conflito têm *interesse prévio* em resolvê-lo. Por exemplo, dois amigos próximos moderam suas divergências morais porque percebem que se se engajarem fortemente no conflito a amizade deles poderá ser abalada. O consenso (ou compromisso) é alcançado porque eles consideram a preservação da amizade como um objetivo mais valioso do que impor a “verdade” moral.

O que está em questão é a *prioridade explicativa* dos fenômenos de convergência ou divergência. O defensor da objetividade precisa dar explicações mais fortes do que essas para mostrar que algum acontecimento fático de convergência constitui evidência de que sua teoria normativa está correta. Ele também terá o ônus teórico de, sempre que se deparar com uma situação de divergência moral na sociedade, explicá-la em termos de *falha de racionalidade*: deverá alegar que as pessoas não estão raciocinando direito, que ainda não conhecem todos os fatos relevantes, que estão de má-fé, que não são sinceras, etc. “A posição do racionalista moral se resume a uma afirmação simples [...]: que o fracasso moral é um fracasso racional. Diante disso, a primeira coisa que pode ser exigida de tal teórico é uma descrição cuidadosa

---

assim dizer, talvez contribua para a pacificação social, tornando as grupos mais moderados e abertos ao diálogo com os grupos rivais.

<sup>166</sup> Processos semelhantes podem acontecer para decisões de temas que são relevantes moralmente, como a forma de produção da sociedade, a política de policiamento da cidade, etc. Pode ter havido convergência na comunidade não porque a política de policiamento escolhida (vamos chamá-la de P1) teria sido considerada melhor pelos agentes racionais do que as políticas alternativas (P2, P3, P4...), mas porque era mais importante escolher uma política, qualquer que ela fosse (P1, P2, P3, P4...), do que não ter nenhuma política de policiamento. A comunidade que escolheu a política de policiamento P1 tem razão em estar satisfeita com sua escolha, tendo em vista o que ela evitou com isso, mas, caso ela se depare com outra comunidade que tenha escolhido outra política de policiamento (P3, por exemplo), é possível que não tenha argumentos para provar que a sua política é melhor do que a outra.

de como um vilão moral necessariamente malogra racionalmente (ou quais falsas crenças ele tem)”, diz Joyce (2001, p. 91)<sup>167</sup>. A tese do defensor da convergência é refutável pelo contraexemplo, mostrando ao menos uma situação em que as pessoas discordam moralmente e em que não há falha de racionalidade acontecendo<sup>168</sup>.

Mas, nesse ponto, a temática já mudou; passou de uma disputa sobre o que realmente explica as tendências de convergência ou divergência moral em uma sociedade para a disputa sobre a ocorrência ou não de falha de racionalidade das pessoas que estão divergindo. A primeira discussão parece desembocar na segunda, então deve ficar em suspenso enquanto a segunda não é resolvida. Passemos à discussão da falha de racionalidade.

#### 4.2.6. Segunda resposta: falha moral como falha de racionalidade

Toda imoralidade constitui uma falha de racionalidade? Trata-se de uma afirmação forte, e pode ser interessante colocá-la a teste propondo um exemplo extremo. Exemplos extremos, apesar de não necessariamente práticos, costumam ter a vantagem da clareza. Vejamos esse exemplo, elaborado por Gilbert Harman e citado por Joyce: “Suponha que um funcionário satisfeito da empresa Murder S/A foi criado quando criança para honrar e respeitar os membros da ‘família’, mas não ter nada além de desprezo pelo resto da sociedade. Sua missão atual, vamos supor, é matar um gerente de banco”. Como esse membro da família não tem nenhuma relação especial com o gerente, ele “não tem escrúpulos em cumprir a tarefa. Em particular, se tentássemos convencê-lo de que não deveria mat[á-lo] [...], nosso argumento apenas o divertiria. Não daríamos a ele o menor motivo para desistir, a menos que apontássemos para dificuldades práticas, como a probabilidade de ele ser pego” (HARMAN, 1975, p. 5; JOYCE, 2001, p. 91-2)<sup>169</sup>.

<sup>167</sup> Tradução livre de: “*The moral rationalist’s position boils down to a simple [...] claim: that moral failure is rational failure. Given this, the very first thing that can be demanded of such a theorist is a careful description of how a moral villain necessarily rationally miscarries (or what false beliefs he has). Some disagreements are doubtlessly due to rational failure – after all, if we grant, as we should, that rational failure occurs, then we should expect that its existence will lead to irresoluble disputes. But it takes little imagination to envisage a dispute that cannot be explained away in such a manner.*”

<sup>168</sup> Pode ser invocada a ideia de que existem “desacordos razoáveis” aqui? Acredito que não. Desacordos razoáveis existiriam porque estamos em um cenário não-ideal. As pessoas envolvidas nos desacordos estariam de boa-fé, seriam inteligentes, bem informadas, mas estariam deixando passar algum aspecto tão sutil do raciocínio moral. O erro não constitui uma falta, porque seria detectado apenas em condições ideais de deliberação; como nossa situação é não-ideal, algumas coisas podem nos escapar e mesmo assim não ser considerado uma falha nossa. Então, o defensor da objetividade pode compatibilizar as duas coisas: que os desacordos são razoáveis porque estamos em uma situação não-ideal; mas que, em uma situação ideal alguma forma de erro seria detectada nas opiniões de pelo menos um dos envolvidos na controvérsia.

<sup>169</sup> Tradução livre de: “[S]uppose that a contented employee of Murder, incorporated was raised as a child to honor and respect members of the “family” but to have nothing but contempt for the rest of society. His current assignment, let us suppose, is to kill a certain bank manager, Bernard J. Ortcutt. Since Ortcutt is not a member of the “family,” the employee in question has no compunction about carrying out his assignment. In particular,

As coisas continuariam as mesmas, presumo, se tentássemos argumentar com todos os membros da “família”. Sabemos que grupos como a máfia funcionam de maneira muito similar, no mundo real. Joyce continua, discutindo a posição de convergência de Michael Smith (que apresentamos no capítulo 3), segundo a qual o moralmente correto é o que agentes em condições de completa racionalidade desejariam (e aconselhariam suas contrapartes não ideais a fazer). Tal procedimento de racionalidade permitiria que, em nosso raciocínio prático, fizéssemos um “salto kantiano”, reconhecendo que algumas recomendações não se aplicam só a nós, mas a qualquer outro que estaria na mesma circunstância que nós estamos (um mecanismo de universalização do raciocínio moral). “A falha racional do criminoso [...] é que o desejo do qual ele parte – enriquecer sem se importar com os custos para os outros – não pode ser um desejo racional”. Nos termos de Smith: “se o criminoso deliberasse sem falhas sobre o assunto, em condições de informação plena, ele não endossaria seu desejo real de enriquecer explorando os outros”. Daí vem o “salto kantiano”: “quando o criminoso delibera sobre o que deve fazer, ele está, na verdade, legislando para todos – [...] se o criminoso é racional, então ele está comprometido com o pensamento de que qualquer um que esteja em sua posição iria, se deliberasse de forma impecável e com sucesso epistêmico, desejar ganhar riqueza explorando os outros” (JOYCE, 2001, p. 92)<sup>170</sup>. Tal conclusão seria inadmissível, porque criaturas racionais jamais iriam querer universalizá-la.

Mas Smith não esclarece completamente *por que* nossa estrutura normativa nos forçaria a realizar esse exercício de universalização: “A resposta de Smith se baseia em algo duvidoso que ele toma como estabelecido: que a questão conceitual das razões normativas é resolvida como quer o não-relativista”. Isso é um problema, porque talvez seja possível imaginar que uma pessoa é ao mesmo tempo racional e capaz de resistir à necessidade de realizar o “salto kantiano”. Suponhamos que o mafioso de nosso exemplo seja “atento, capaz de apreciar os argumentos que lhe são apresentados, senhor de sua vontade, consistente,

---

*if we were to try to convince him that he should not kill Orcutt, our argument would merely amuse him. We would not provide him with the slightest reason to desist unless we were to point to practical difficulties, such as the likelihood of his getting caught”.*

<sup>170</sup> Tradução livre de: “*The criminal’s rational failure [...] is that the desire that he begins with – that he will gain wealth no matter what the costs to others (when he can get away with it) – cannot be a rational desire. In other words, were the criminal to deliberate flawlessly on the matter, in conditions of full information, then he would not endorse his actual desire to gain wealth at others’ expense. [...] With that established, he can make the Kantian leap: that when the criminal deliberates about what he should do, he is, in effect, legislating for everyone – that if the criminal is rational then he is committed to thinking that anyone who is in his position would, if they deliberated flawlessly and with epistemic success on the matter, wish themselves to gain wealth at others’ expense. And if the criminal thought this, Smith holds, he would be simply mistaken: “Fully rational creatures would want no such thing”.*

etc.” (JOYCE, 2001, p. 92)<sup>171</sup> (além de... peculiarmente bem informado sobre terminologia filosófica). Tentamos argumentar com ele, perguntando se ele realmente acredita que querer roubar é racional. Ele responde que sim, e que “se deliberasse perfeitamente sobre o assunto e tivesse crenças verdadeiras, sua opinião não mudaria”. Insistimos “na linha de Smith (e Kant), e perguntamos: ‘Mas você acha que qualquer um que deliberasse perfeitamente sobre o assunto e tivesse crenças verdadeiras iria querer roubar?’” (JOYCE, 2001, p. 93)<sup>172</sup>. O mafioso pode responder “não” ou “sim”. E qualquer uma das duas respostas será problemática para o teórico da convergência.

Se ele responder algo como: “não, não acredito que todo mundo que deliberasse perfeitamente chegaria à mesma conclusão que eu, mas ainda assim considero que minha escolha é racional”, o teórico da convergência (como Smith ou Kant) irá alegar que devemos considerar essa resposta uma *contradição*, uma proposição racionalmente *ininteligível*. Mas esse é uma imposição delicada de seguir. O que, especificamente, tornaria a resposta *ininteligível* (e o que a tornaria *inteligível*, se for o caso)? Nesse ponto, chegamos a um grau de abstração em que é difícil formular argumentos. Como diz Cohen (1996, p. 174), para a escolha de uma postura normativa em um âmbito tão profundo, “todos os tipos de peculiaridades demasiado humanas podem influenciar a consciência reflexiva”<sup>173</sup>. Se eu perco a confiança nos poderes da obrigação moral, então talvez seja “inútil dizer-me que faz parte da minha identidade prática ser assim obrigado”, de maneira que não resta algum aspecto “relevante de minha identidade que o filósofo possa invocar” para me convencer (COHEN, 1996, p. 180)<sup>174</sup>. Estamos chegando ao limiar da discussão normativa, esgotando os recursos argumentativos e conceituais. Fiamo-nos mais em nossas inclinações intuitivas sobre as respostas a essas questões do que em articulações conceituais. Falando por mim, pessoalmente, não vejo tal resposta como *ininteligível* ou *incoerente*. Mas posso estar errado e deixando passar algum grave senso de violação que é comum que se sinta quando uma pessoa se recusa a universalizar suas posições normativas.

---

<sup>171</sup> Tradução livre de: “The criminal is attentive, appreciates arguments that are presented to him, is strong of will, consistent, etc [...] Smith’s answer relies on something dubious that he takes as established: that the conceptual question of normative reasons goes the way of the nonrelativist”.

<sup>172</sup> Tradução livre de: “Imagine us trying to reason with the mobster. ‘Is it rational for you to want to steal?’ we ask. ‘Sure,’ he replies [...]; and when pressed he admits that he believes that if he were to deliberate flawlessly on the matter, and had true beliefs, his opinion wouldn’t change. We go on, on Smith’s (Kant’s) behalf: ‘But do you think that anyone who deliberated flawlessly on the matter, and had true beliefs, would want themselves to steal?’”

<sup>173</sup> Tradução livre de: “all manner of all-too-human peculiarities can gain strength in reflective consciousness”.

<sup>174</sup> Tradução livre de: “Something shatters my sense of being and obligation in the world, consequently my confidence that obligation is real. It is then useless to tell me that it lies in my practical identity to be thus obliged. [...] I am setting aside any relevant practical identity that the philosopher might have invoked”.

Pode ser mais interessante deixar essa discussão de lado e explorar a outra possibilidade de resposta do hipotético mafioso. Imaginemos que, agora, ele responda: “sim, considero que todo mundo que deliberasse de forma correta sobre a questão chegaria à mesma conclusão que eu”. Ou seja, com essa resposta, ele estaria aceitando a posição kantiana de que há uma conexão necessária entre a formulação de uma proposição normativa pessoal e o exercício de universalização dessa proposição. Mas, dito isso, ele também poderia adicionar: “Concordo com Smith: a estratégia do salto kantiano exige que universalizemos conclusões a que chegamos sobre uma situação, que as consideremos válidas em todas as outras circunstâncias similares. Eu estou pronto para fazer exatamente isso, considerar que as pessoas que compartilharem as minhas circunstâncias: minha criação, minhas relações interpessoais, os mesmos valores que me formaram (respeito incondicional à ‘família’, uma sensação de nós contra eles, a celebração de subjugar um inimigo), deverão chegar à mesma conclusão que cheguei, de que minha participação nessa família de assassinos é perfeitamente justificável normativamente”.

Para *essa* resposta, teremos dificuldade de mostrar para o mafioso que ele está errado. E ela parece novamente abrir espaço para o relativismo, mesmo *depois* da realização do exercício de universalização. “O mafioso afirma que deseja roubar nas circunstâncias C, que tem uma razão para roubar em C, pois se ele deliberasse corretamente sobre o assunto com crenças verdadeiras, ele iria querer que ele roubasse em C”, diz Joyce. Mesmo em condições idealizadas, estamos falando sobre os desejos *dele*, que fazem parte de quem ele é. “Quando ele ‘universaliza’ essa afirmação [...], então ele afirma que qualquer pessoa com os mesmos desejos que ele, e que compartilhasse suas circunstâncias, também iria concluir por roubar. Mas agora, longe de ser falso, isso parece uma verdade inofensiva”. De forma correspondente, um cidadão que obedece à lei, que jamais se permitiria roubar, também será capaz de universalizar as *suas* circunstâncias, que serão verdadeiras para todos aqueles que a compartilham com ele (personalidade, criação, valores formativos, etc.). De um ponto de vista normativo estrito, então, todos serão *racionais*, e estarão justificados a fazer o que as circunstâncias lhes levaram a desejar fazer. “Assim, o criminoso continua roubando, o cidadão que obedece à lei continua não roubando, ambos estão dispostos a universalizar suas deliberações de certa maneira, e assim um tem uma razão normativa para roubar e o outro tem uma razão normativa para não roubar” (JOYCE, 2001, p. 93-4)<sup>175</sup>.

---

<sup>175</sup> Tradução livre de: “*The mobster claims that he desires to steal in circumstances C, that he has a reason to steal in C, in that were he to deliberate correctly on the matter with true beliefs, he would want himself to steal*”

O relativismo voltou pela porta dos fundos, porque até mesmo o exercício kantiano de universalização, para ser válido, deve ser ajustado a circunstâncias específicas. O procedimento pode “forçar” a convergência entre pessoas em circunstâncias parecidas, mas não pode forçar a convergência entre pessoas em circunstâncias diferentes. As diferenças de circunstâncias entre cada pessoa provavelmente lhes inclinará a posições e valores morais diferentes. Como esse é precisamente o caso em muitos desacordos, estamos de novo em um cenário de divergência normativa, ou relatividade. “[As] razões normativas são relativas-ao-agente (*agent-relative*), mudando de acordo com o perfil desiderativo do agente em questão”, diz Joyce, concluindo que não encontrou “nenhum argumento mostrando que deva haver convergência nas razões normativas dos agentes e, a fortiori, nenhum argumento mostrando que deva haver convergência para uma visão que aprove o cumprimento de promessas e condene machucar os inocentes, etc.” (JOYCE, 2001, p. 100-1)<sup>176</sup>.

Vale lembrar que escolhemos intencionalmente um exemplo extremo (de um mafioso que tem o desejo de roubar e assassinar). Se mesmo nesse caso o discurso normativo não parece oferecer normas absolutas de condenação, então é bem provável que isso também ocorre nos casos menos extremos, como os desacordos morais que animam os conflitos de nossa sociedade.

Talvez, para não recair novamente no relativismo, possamos deixar o exercício de idealização um pouco mais abstrato e invocar, não o ponto de vista da contraparte idealizada de cada agente, mas o ponto de vista de um *único* observador imparcial, nos moldes da proposta de Adam Smith (e também David Hume)<sup>177</sup>. Nesse caso, a relatividade poderia ser evitada porque o conselho que esse observador imparcial idealizado nos daria seria,

---

*in C. C includes his desires, for he certainly is not claiming that were he to have completely different desires he would still have reason to steal. When he “universalizes” this claim – as Smith insists he must – then he claims that anyone with the same desires as him, in the same circumstances, would also want themselves to steal. But now, far from being false, this seems quite harmlessly true. Similarly, when the criminal considers the good citizen’s honesty, he thinks, “If I were in the same circumstances as her – with the same desires – then I too would have a reason not to steal.” It is not that he is preferring, without reason, his own opinion about what fully rational beings would do over other persons’ opinions on the matter. All parties may agree about what rational agents will choose to do given certain desires. And so the criminal carries on stealing, the law-abiding citizen carries on not stealing, they both are willing to universalize their deliberations after a manner, and so one has a normative reason to steal and the other has a normative reason not to steal. If that doesn’t undermine the rationalist’s position in a substantial way, I don’t know what does.”*

<sup>176</sup> Tradução livre de: “A key point is the realization that the non-institutional reasons that have been located (let us just call them “normative reasons”) are not going to “rescue” moral reasons. The explanation is that normative reasons are agent-relative, altering depending on the desiderative profile of the agent in question. We have seen no argument that there must be convergence in agents’ normative reasons, and a fortiori no argument that there must be convergence towards a view that approves of promise-keeping and condemns inflicting harm on innocents, etc.”

<sup>177</sup> Cf. (SMITH, 2015) e, para discussão e comparação de Smith e Hume (RAPHAEL, 1972).

necessariamente, um só, e válido para *todas* as pessoas. Roderick Firth (1952, p. 344) propõe a mesma estratégia. Seu “observador ideal” é onisciente, onipresente, desinteressado, desapaixonado, consistente e, “no restante, normal”<sup>178</sup>. O observador aprovaria algumas coisas e rejeitaria outras, formaria desejos e juízos, inclusive juízos morais, o que implica que ele teria razões motivacionais para realizar ações. Como se trata de uma figura idealizada em um sentido absoluto, o que para ele seria uma razão motivacional se tornaria, para nós, uma razão normativa.

No entanto, a estratégia de Firth não funciona, porque esbarra, mais uma vez, no problema das razões normativas *alienantes*. É pertinente que cada pessoa pergunte *por que* tal ente hipotético, semidivino, deve guiar suas ações. No exercício de idealização proposto anteriormente, pelo menos se está idealizando a *contraparte* de cada pessoa, que carregaria os mesmos desejos, os mesmos projetos que ela. Ainda é um cenário ficcional, mas que parece mais interessante, porque pode nos dizer algo sobre *nós*. Esse interesse tende a ser dissipado na postulação do “observador ideal”. “Por que alguém deveria se importar com o que uma pessoa imparcial desejaria mais do que com o que um entusiasta colecionador de selos desejaria? Não adianta Firth estipular que a pergunta não é razoável – a pergunta ‘E daí?’ não pode ser tornada irracional por um decreto linguístico ad hoc”, diz Joyce (2001, p. 81)<sup>179</sup>. A proposta escapa da armadilha da *relatividade*, mas imediatamente recai na armadilha da *alienação* das razões.

Dessa forma, não temos provas convincentes de que uma “falha moral” é necessariamente uma “falha de racionalidade”. As propostas que analisamos não conseguiram sustentar a linha tênue necessária para criar convergência racional. Elas pecam ou por especificar as circunstâncias em que as razões se tornariam aplicáveis aos agentes de forma detalhada demais (relatividade) ou por colocar condições abstratas demais, não dando motivos para as pessoas se importarem com elas (alienação). Por razões de cautela (como aleguei acima), é mais seguro concluirmos que essas razões pretensamente morais são relativas, ao invés de alienantes. No cenário de convergência ou divergência entre agentes racionais, a

<sup>178</sup> Um sentido de “normalidade” intrigante, para dizer o mínimo.

<sup>179</sup> Tradução livre de: “*The problem with such a theory is that it seems perfectly reasonable to say “I accept that the ideal observer would be motivated to  $\phi$ , but what’s that to me?” Why should one care about what a dispassionate person would want any more than one should care about what an enthusiastic philatelist would want? It will not do for Firth to stipulate that the question is unreasonable – a “So what?” question cannot be made unreasonable by ad hoc linguistic decree. A consequence of Firth’s theory that some would count as a virtue is that it implies that every agent has exactly the same normative reasons, for the ideal observer borrows no idiosyncratic features from particular agents. Unfortunately, this is attained at the cost of alienating the agent from rationality, of making it perfectly reasonable for her to ignore these reasons claims.*”

análise da racionalidade prática nos dá mais elementos para chegar a uma conclusão de divergência (relatividade) do que convergência.

Talvez haja outros argumentos para examinarmos. Passemos a uma terceira proposta de resposta, elaborada por Christine Korsgaard.

#### 4.2.7. Terceira resposta: Identidades práticas e comunicabilidade das razões

No capítulo 3, falamos sobre a teoria de Korsgaard sobre normatividade e objetividade da moral. Inspirando-se em Kant, Korsgaard busca explicar a razão de ser de nossa racionalidade prática (somos seres reflexivos e racionais, e precisamos desenvolver nossa auto-nomia) e explicar como podemos formular razões normativas objetivas, que serão o fundamento de uma moralidade não-relativa. Para isso, Korsgaard fará referência a nossas *identidades práticas*. A estratégia de Korsgaard nesse ponto é similar à do argumento acima. Ela busca dar um salto kantiano de universalização das razões práticas. Mas o conteúdo do argumento é diferente. No argumento acima, o ponto a ser universalizado é a circunstância ocupada por agentes em condições de plena racionalidade. Por sua vez, Korsgaard enxerga o processo de deliberação normativa como o recurso a identidades que *valorizamos*, que nos fazem ser quem somos. Por exemplo, uma pessoa pode ter as identidades de: amigo próximo de alguém, escritor, católico. O processo de deliberação prática no cotidiano dessa pessoa será a “legislação”, a formulação de máximas para ação em relação a essas identidades práticas: o que ele deve fazer como amigo, como escritor e como católico. Em relação a essas identidades ele poderá formular leis que podem ser, em um sentido, universalizadas: “Todas essas identidades dão origem a razões e obrigações. Suas razões expressam sua identidade, sua natureza; suas obrigações decorrem do que essa identidade proíbe” (KORSGAARD et al, 1996, p. 101)<sup>180</sup>.

Até aqui, a proposta de Korsgaard ainda não é suficiente para escapar à relatividade das razões práticas. Por exemplo, é difícil negar que o pertencimento à “família” constitui uma identidade prática do hipotético mafioso do exemplo anterior, que o permite inclusive “legislar” de forma universalizável e sem contradições sobre os deveres de todos os membros da família. Korsgaard está ciente desse problema, mas alega que nossas identidades práticas têm raízes mais profundas. Todos nós nos identificamos *como* humanos, como seres que têm capacidade de reflexão, autonomia e de assumir identidades. Essa identidade é mais fundamental do que todas as outras. E é a essa identidade que devemos atrelar nosso senso de

---

<sup>180</sup> Tradução livre de: “*And all of these identities give rise to reasons and obligations. Your reasons express your identity, your nature; your obligations spring from what that identity forbids*”.

moralidade: “todo valor depende do valor da humanidade; outras formas de identidade prática são importantes em parte porque a humanidade tem necessidade delas. A identidade moral e as obrigações que ela carrega são, portanto, inescapáveis e difundidas. Assim, nem toda forma de identidade prática é contingente ou relativa: a identidade moral é necessária” (KORSGAARD et al, 1996, pp 121-2)<sup>181</sup>.

Tal identidade prática poderia nos equilibrar entre os dois extremos da normatividade. Compartilhamos nossa humanidade e, se há obrigações que são válidas para nós por necessariamente darmos valor a esse fato, então essas obrigações não serão alienantes, porque farão referência aos componentes de nossa identidade prática; não podemos deixar de nos importar com elas. A ameaça de alienação dessas razões seria evitada. Por outro lado, há também uma generalidade nessa identidade, porque *compartilhamos* nossa humanidade. Se dou valor à minha identidade humana, devo entender que outras pessoas também dão valor à identidade humana delas e, por consequência, devo estender a minha apreciação à humanidade delas (bem como exigir que eles estendam a apreciação deles à minha humanidade). Nesse momento acontece a universalização moral.

Essa é a alegação de Korsgaard, mas ainda se trata de uma estipulação, que precisa ser corroborada por argumentos. Suponhamos que o mafioso de nosso exemplo, frustrado com os resultados da extorsão (não conseguiu tanto dinheiro quanto queria), esteja prestes a assassinar o gerente do banco. Para evitar seu ocaso, o gerente poderia apelar à humanidade do seu malfeitor, alegando que ambos compartilham essa identidade fundamental. O desafio aqui é mostrar para o mafioso (um refinado diletante filosófico, como já vimos) que existe uma transposição necessária entre a valorização que ele faz da sua própria humanidade para a valorização da humanidade dos outros. Nesse caso, o mafioso pode responder: “Eu valorizo minha humanidade, e entendo que você valorize a sua. Realmente, se eu estivesse prestes a morrer, tentaria de todas as formas evitar que isso acontecesse, apelando à humanidade do outro. Mas, veja, você é você, e eu sou eu, então, nesse caso, você só deu azar”. Temos que encontrar uma incoerência nessa resposta, mostrando que ela gera algo como uma fratura nas identidades (e no senso de pessoalidade) do mafioso.

Um problema é que talvez seja possível fazer outra interpretação do argumento da vítima, que cumpriria outra função. Com alegações desse tipo, o gerente estaria tentando

---

<sup>181</sup> Tradução livre de: “*all value depends on the value of humanity; other forms of practical identity matter in part because humanity requires them. Moral identity and the obligations it carries with it are therefore inescapable and pervasive. Not every form of practical identity is contingent or relative after all: moral identity is necessary.*”

despertar a *simpatia* do mafioso, não suas capacidades de deliberação filosófica. É de se presumir que, em uma situação assim, quanto mais os dois conversam e percebem as comunidades que compartilham, mais difícil é para um assassino consumir o crime. Porém, o que está em curso nesse caso é uma *identificação* do criminoso com a vítima, uma reação *emocional* é despertada no pretense assassino. Trata-se de uma ótima estratégia de comunicação (e sobrevivência), mas que precisa ativar as suscetibilidades emocionais do interlocutor para funcionar, não suas suscetibilidades argumentativas. Se o mafioso se mostrar inamovível e não responder da maneira empática que o gerente espera, isso será lamentável. Poderíamos acusá-lo de *insensibilidade* (contraponto: sensibilidade não parece uma vantagem na “profissão” de mafioso), mas acusá-lo de *irracionalidade* ou *incoerência* na apreciação de razões – essa conclusão parece mais difícil de sustentar.

Korsgaard antevê a linha de objeção que estou apresentando e responde prontamente a ela, alegando que respostas como a que eu ofereci são problemáticas porque se baseiam em uma concepção errônea de razão. Respostas egoístas como a do mafioso pressupõem uma “privacidade” no âmbito das razões que, se existisse, as destituiria de sentido. Razões são formas de comunicação necessariamente públicas. Elas só fazem sentido para uma pessoa se puderem fazer sentido para uma coletividade de pessoas. Para argumentar isso, ela parte das famosas reflexões de Wittgenstein sobre a impossibilidade de existência de uma linguagem privada. Em “Investigações Filosóficas”, Wittgenstein (1999, pp. 101-4) nos convoca a pensar em uma situação em que alguém, após ter contato com uma “sensação interior”, cria um nome para essa sensação. Ele alega que essa situação hipotética já trai uma incontornável incoerência, porque a pessoa não pode confiar em sua memória para saber se a sensação nomeada é do mesmo tipo de uma sensação anterior. Se nossos estados mentais privados são instáveis dessa forma, então não podemos estabelecer nada que conte como critério de nomeação adequada de um episódio ou sensação – e nem nada que conte como nomeação inadequada. Simplesmente não temos critérios internos. Com isso, não se deve concluir por um ceticismo semântico, mas por uma mudança de perspectiva sobre a forma como significados linguísticos são estipulados. Somos forçados a perceber que a linguagem, ao invés de ter seu significado estipulado na mente, no espaço privado dos seus usuários, deve ter, antes, esse significado fixado de forma pública, na prática social em que a linguagem ocorre. Só depois disso é que ela poderá ingressar no espaço “privado” mental de cada usuário fazendo sentido (cf. KRIPKE, 1982).

Korsgaard está alegando que as razões funcionam de forma semelhante. Seria um erro pensar em uma razão como uma ocorrência primariamente privada, surgindo espontaneamente na mente das pessoas. Razões surgem em um ambiente social em que os participantes têm a necessidade de dar *justificações* uns para os outros, então é razoável presumir que, assim como o conteúdo semântico, o conteúdo das razões deve ser primeiro fixado publicamente para só depois ingressar no espaço de razões privado de cada pessoa. A distinção radical que o mafioso faz entre sua humanidade e a humanidade de sua vítima seria incoerente, pois decorrente de uma concepção “privada” de razão.

A réplica sobre o caráter público das razões é forte, mas parte de uma ambiguidade que, quando detectada, talvez faça a conclusão que Korsgaard quer estabelecer perder algo de sua força. Wittgenstein desenvolve o argumento da linguagem privada para falar sobre a *comunicabilidade* da linguagem. Se o sentido das palavras se originasse primariamente da mente dos indivíduos, como saberíamos que eles estariam falando sobre a mesma coisa quando se comunicassem? Não saberíamos. Mas argumentar pela relatividade das razões não é argumentar pela sua *ininteligibilidade*. O mafioso consegue compreender perfeitamente as razões que a vítima oferece a ele para não matá-lo. Como vimos, ele pode inclusive pensar que se estivesse na situação da vítima agiria da mesma forma. Ainda sim, as razões não o *convencem* – e parece que não conseguimos acusá-lo de *irracionalidade* por isso. O mafioso pondera que no final das contas ele e a vítima *não* compartilham as mesmas circunstâncias. Inclusive, ele pode razoavelmente levar a comparação das circunstâncias para o sentido oposto, afirmando que se a vítima estivesse na *mesma* situação que ele (o que inclui, como vimos acima, mesma criação, mesmas experiências de vida, etc.) também seguiria em frente com o assassinato. Ou seja, a comparação de circunstâncias pode funcionar em via dupla. Nesse caso, o problema não é que o mafioso entende *pouco* as implicações do argumento da vítima, o problema é que ele entende *demais* as implicações da comparação, a ponto de se permitir “virar a mesa” da discussão.

Pode ser um requisito necessário de uma razão que seu significado (conteúdo semântico) seja necessariamente público. Mas isso não exclui a possibilidade de que esses significados sejam *indexicais*, variando conforme as circunstâncias e as pessoas (FINLAY, 2014; BRAUN, 2017). Joyce argumenta na mesma linha: “O fato de uma razão ser relativa não a coloca atrás de uma cerca alta. Posso dizer a você: ‘Esse pedaço de torta é meu, não seu’, e você entenderá perfeitamente o que estou dizendo. [...] Nesse sentido – o sentido da

comunicabilidade e da compreensibilidade – as razões relativas ao agente são públicas e compartilháveis” (JOYCE, 2001, p. 127)<sup>182</sup>.

Korsgaard também alega que um agente imoral (tal qual o mafioso) é necessariamente um *egoísta*, porque está se preocupando apenas com a satisfação de seus desejos e sensações internas, ignorando os interesses ou as necessidades de qualquer outra pessoa. Ele seria algo como um solipsista dos desejos. Mas, com base na distinção que fizemos entre comunicabilidade e capacidade de convencimento das razões, podemos ver que essa conclusão não é necessária. O próprio exemplo parece ilustrar isso, ao mostrar que o mafioso valoriza seu pertencimento à “família”. “Tão logo percebemos que o agente imoral não precisa ser um egoísta, que ele pode ser membro de um subgrupo ou subcultura que se opõe aos valores morais, devemos admitir que suas razões são comunicáveis, compartilháveis e justificáveis para alguns” (JOYCE, 2001, p. 131)<sup>183</sup>. Nada impede que pensemos nos membros da “família” como altamente cooperativos entre si, exibindo emoções morais e disposições altruístas, criando vínculos afetivos duradouros, um senso de comunidade, etc. G.A. Cohen, nos comentários às conferências de Korsgaard, afirma: “A identidade prática é uma questão de lealdade e identificação e, embora exista algo como lealdade a princípios gerais, também existe lealdade à família, ao grupo, a outro indivíduo”. Não se pode postular que as identidades gerais têm prioridade sobre as particulares, porque esse é precisamente o ponto em discussão, e não parece ser uma decorrência conceitual do termo. “[N]enhuma caracterização crível do que é a identidade prática, em termos gerais, daria prioridade geral a identificações baseadas em princípios em detrimento de identificações particularistas” (COHEN, 1996, pp. 174-5)<sup>184</sup>.

O mesmo pode ser dito sobre as bases da normatividade e o fato de sermos seres reflexivos, que precisam primeiro *aceitar* a autoridade de pretensas imposições prescritivas, para depois obedecê-las: “Não é verdade que a estrutura de minha consciência demanda que eu me identifique com alguma lei ou princípio [...]. O que a estrutura reflexiva exige, se exige

---

<sup>182</sup> Tradução livre de: “*The fact that a reason is relative to an agent doesn’t put it behind a tall hedge. I can say to you: “This slice of pie is mine and not yours” and you will understand perfectly well what I have said. I can say to you: “I have a reason to climb Mt. Blanc but you do not” and you will understand perfectly well what I have said. In this sense – the sense of communicability and understandability – agent-relative reasons are public and shareable*”.

<sup>183</sup> Tradução livre de: “*But as soon as we realize that the immoral agent need not be an egoist, that he may be a member of a sub-group or sub-culture which stands against moral values, then we must concede that his reasons are communicable, shareable and justifiable to some*”.

<sup>184</sup> Tradução livre de: “*Practical identity is a matter of loyalty and identification, and whereas there is indeed such a thing as loyalty to general principles, there also exists loyalty to family, to group, to another individual; and no credible characterization of what practical identity is, in general terms, would yield a general priority for principled over particularistic identifications.*”

alguma coisa, [...] [é] que eu esteja no comando de mim mesmo. E às vezes os comandos que eu dou são singulares, não universais” (COHEN, 1996, p. 176)<sup>185</sup>. Por enquanto, a única conclusão geral que se impõe a nós é que as razões normativas são necessariamente públicas, o que talvez também implique que sua justificação interpessoal precisa ser conceitualmente possível sempre. Mas disso não decorre que elas precisam ser justificáveis *universalmente* para serem inteligíveis, o que nos deixa no mesmo ponto em que paramos na análise dos argumentos de Michael Smith. Ou seja, apesar das inovações argumentativas de Korsgaard, tais inovações não produzem resultados muito diferentes dos de Smith. As razões normativas não parecem se equilibrar na linha tênue necessária para a geração de convergência. Particularmente, é difícil contornar o caráter relativo das razões.

#### 4.2.8. Uma concepção alternativa de normatividade

Apresentei um desafio para as teorias da convergência: a necessidade de estabelecer um equilíbrio entre o risco de as razões normativas serem alienantes ou serem relativas. Depois, apresentei algumas tentativas de respondê-lo, muito com base nas teorias do capítulo 3. Em minha opinião, essas tentativas não têm sucesso: no final, elas não dissipam a tendência de recaída em uma forma de relatividade. É claro que isso é pouco para estabelecer uma conclusão *definitiva* sobre a natureza das razões normativas. Por exemplo, pode ser que, por ignorância ou falta de sorte, eu tenha deixado de apresentar uma teoria que dê uma resposta satisfatória ao desafio, ou que uma teoria assim venha a ser desenvolvida com sucesso em breve.

Por outro lado, o objetivo com o qual iniciei essa seção não foi o de apresentar conclusões definitivas, mas apresentar uma concepção alternativa de normatividade que seja no mínimo tão atrativa quanto as abordagens de convergência. Talvez estejamos em condições de cumprir esse objetivo, se generalizarmos os argumentos expostos acima. As considerações de Bernard Williams sobre razões internas e razões externas, que apresentamos acima neste capítulo, parecem ser uma forma de generalização nesse sentido<sup>186</sup>.

---

<sup>185</sup> Tradução livre de: “*But it does not follow, and it is not true, that the structure of my consciousness requires that I identify myself with some law or principle. I do not do that when I identify myself with the impulse to save my own drowning child. What the reflective structure requires, if anything, is not that I be a law to myself, but that I be in command of myself. And sometimes the commands that I issue will be singular, not universal. If, as Korsgaard says, ‘the necessity of acting in the light of reflection makes us authorities over ourselves’, then we exercise that authority not only in making laws but also in issuing singular edicts that mean as much to us as general principles do.*”

<sup>186</sup> A teoria de Williams vem sendo muito debatida desde que foi apresentada, nos anos 1980 (cf. SETIYA, PAAKKUNAINEN, 2011; THOMAS, 2007). Por isso, vale ressaltar que sua teoria é desenvolvida para um objetivo diferente daquele que estamos buscando nesta tese. Williams parece estar falando sobre a própria

Já alegamos acima que a teoria de Williams baseia-se na a distinção entre razões internas e razões externas. No restante desta seção, pretendo fazer uma exposição mais detalhada dessa distinção e dos motivos que a embasam. Começemos pela definição de “razão interna”. Segundo Williams, uma razão interna é aquela “que se conecta adequadamente com o ‘conjunto motivacional subjetivo’ de uma pessoa, de tal forma que tem potencial de motivar o agente” (JOYCE, 2001, p. 54)<sup>187</sup>. Então, o conjunto motivacional contém tudo o que pode motivar um agente, como desejos, interesses, “disposições de avaliação, padrões de reação emocional, lealdades pessoais e vários projetos, como podem ser abstratamente chamados, que incorporem comprometerimentos do agente” (WILLIAMS, 1981, p. 105)<sup>188</sup>. Se uma pessoa está com sede, é fácil apontar que ela tem razão para beber o copo d’água, porque é fácil fazer uma ligação entre essa razão e um componente de seu conjunto motivacional (o desejo por água). O mesmo vale para as razões que teremos para perseguir outros projetos, planos de vida, e para pensar nas coisas que vamos buscar ou evitar.

O quadro fica mais complexo quando pensamos na situação em que um agente tem sede, vê o copo com líquido transparente e inodoro na sua frente e o bebe, pensando se tratar de água, mas descobre a duras penas que o líquido na verdade é um poderoso veneno. Vamos supor que o agente não tinha como saber que esse líquido era veneno (não tinha nenhum aviso específico, ninguém tinha falado do veneno para ele, etc.). Não se pode dizer que o agente foi *irracional* ao tomar o líquido venenoso, porque ele não tinha como saber disso e agiu com base nas informações que tinha. Por outro lado, observando a situação de um ponto de vista absoluto, por assim dizer, temos que concluir que ele *não* tinha razão para beber o líquido com o qual se deparou.

Então, a atuação do agente foi ou não irracional? Do ponto de vista subjetivo (com base nas informações que o agente era capaz de possuir no momento), sua atuação foi racional, mas do ponto de vista objetivo (com base nas informações finais sobre as circunstâncias do agente), sua atuação foi irracional. Quer dizer então que haveria uma razão

---

natureza de uma *razão* – seja ela qual for: teórica, prática, moral, instrumental, etc. Não precisamos segui-lo nisso. Para nossos fins, não interessa falar sobre a natureza de uma razão de forma abrangente. Basta nos ocuparmos das razões *normativas* e, mesmo entre elas, aquelas que teriam potencial para gerar convergência entre agentes racionais (o que, imagino, exclui algumas razões normativas, como as razões de etiqueta e as razões institucionais, por exemplo). Isso dá margem para que existam muitos outros tipos de razões, inclusive externas, para outros domínios de conhecimento. Devemos considerar o uso do termo “razão” como fazendo referência apenas às razões normativas que viemos discutindo até agora.

<sup>187</sup> Tradução livre de: “*An internal reason is one which suitably connects with a person’s “subjective motivational set,” in such a way that it is a potential motivator of the agent.*”

<sup>188</sup> Tradução livre de: “*such things as dispositions of evaluation, patterns of emotional reaction, personal loyalties, and various projects, as they may be abstractly called, embodying commitments of the agent.*”

interna para o agente beber o líquido e uma razão externa para ele não bebê-lo? É importante notar por que Williams afirma que a resposta a essa questão é “não”. Para ele, as duas razões, tanto a “subjetiva” quanto a “objetiva”, são *internas*, porque ambas são direcionadas ao mesmo referente: o agente, ou seu conjunto motivacional interno. Ambas as razões só existem porque há a suposição de que o agente tem alguns desejos e interesses (não sentir sede, continuar vivendo) que serão satisfeitos com essas razões. O que muda de uma razão para a outra não é o objeto, mas simplesmente o tipo de informação a que se tem acesso.

No caso da razão interna “objetiva”, foi adicionado um elemento de idealização na avaliação das circunstâncias do agente (o que ele deveria fazer *se* soubesse que o copo continha veneno). Trata-se de um exercício de avaliação racional, de tentar entender o que é do melhor interesse do agente *no final das contas*, quando todas as informações estão disponíveis e raciocinamos corretamente. Assim, toda a discussão se dá no campo das razões internas. A diferença é que umas são mais fáceis de ser acessadas e outras são mais difíceis, porque somos seres imperfeitos e muitas vezes não conseguimos manipular e articular todas as informações relevantes para a tomada de decisão.

Se todas essas considerações estão no domínio das razões internas, então o que seriam as razões externas? Para Williams, uma razão é externa quando ela é válida para o agente mesmo não tendo qualquer caminho de conexão com seu conjunto motivacional. Isto é, a razão é válida para o agente ao mesmo tempo em que independe de seus desejos e interesses. Trata-se de uma razão que tem um escopo absoluto de validade, por assim dizer. Williams considera impossível existir uma razão desse tipo, porque ela não tem condições de explicar como a ação de uma pessoa seria motivada por ela: “Se há razões para a ação, deve ser porque as pessoas às vezes agem por essas razões e, se o fazem, suas razões devem figurar em alguma explicação correta de sua ação” (WILLIAMS, 1981, p. 102)<sup>189</sup>.

Williams está dizendo que uma razão normativa deve ser capaz de *explicar* uma ação, isto é, a transição daquilo ser uma simples recomendação para efetivamente se tornar um motivo para a *ação*. Como já foi apontado no capítulo 3, há uma tradicional distinção na ética e na filosofia entre dois tipos de razões: as razões motivacionais, por um lado, e razões justificatórias, por outro. As primeiras descrevem os *motivos* que levam uma pessoa à ação; as segundas *justificam* um caminho de ação, *contam em favor* dele. Quando o objetivo é *explicar* uma ação, recorre-se ao primeiro tipo de razão (“Ana gritou com o vendedor porque estava

---

<sup>189</sup> Tradução livre de: “*If there are reasons for action, it must be that people sometimes act for those reasons, and if they do, their reasons must figure in some correct explanation of their action*”.

com raiva”); quando o objetivo é defender um curso de ação, recorre-se ao segundo tipo (“Ela tinha razão em estar com raiva, fazia 3 horas que ela estava esperando!”). As razões justificatórias são as especificamente normativas.

Não creio que Williams objetaria a essa distinção. Em sua proposta, porém, a distinção entre razão explicativa e razão justificatória não deve ser vista como absoluta. No final, deve haver uma forma de a segunda colapsar na primeira. O conceito de razão é unificado, apesar de poder ser visto de duas perspectivas distintas e operar funções diferentes no discurso. A tese de Williams de que razões explicativas e justificatórias são unificadas é adotada também por Davidson (1963), que argumenta que a última é apenas uma justificacão racionalizante da primeira, uma forma qualificada da previsão dos desejos e crenças do agente, dessa vez levando em conta circunstâncias ideais, como a ausência de crenças falsas e de erros de raciocínio<sup>190</sup>.

E por que há essa necessidade de a razão normativa poder explicar a ação de um agente? Por que Williams favorece essa concepção e não outras? Finlay responde: “A resposta se encontra no papel especial e na ‘força’ que Williams pensa que distingue as afirmações de razões de outros tipos de declarações normativas. Fazemos afirmações sobre ‘razões’ em primeira instância com o propósito de influenciar, motivar ou orientar os agentes”. Quando dizemos para um agente que o fato de ele ter uma razão para fazer algo é o *mesmo* que mostrar que ele *faria* algo em uma circunstância, de modo tal que satisfaria a algum de seus desejos e interesses, essa é uma formulação de “razão” muito difícil de ser ignorada. Por outro lado, se as razões externas também têm o propósito de “influenciar, motivar ou orientar os agentes”, então, diz Williams, “alegações de razões externas, em última análise, equivalem a um blefe, ou a estratégias para conseguir que os agentes façam o que o falante deseja”. Porque não há nenhuma maneira de corroborar essas pretensões em algo firme o suficiente para alavancá-las (FINLAY, 2009, p. 15)<sup>191</sup>. Em outras palavras, Williams considera uma

---

<sup>190</sup> Como diz Finlay: “Donald Davidson [...] argumentou que o conceito de ‘razões’ que justifica uma ação é exatamente o conceito de ‘razões’ que a explica causalmente; uma justificacão é simplesmente uma explicacão *racionalizante* em termos dos desejos e crenças do agente. O que poderíamos plausivelmente querer dizer com ‘razão’, senão uma explicacão?”. [A] noção de uma razão normativa é basicamente a noção de uma explicacão da ação de um agente sob a condição da ausência de crença falsa ou ignorância” (FINLAY, 2009, p. 13-14). Tradução livre de: “*Donald Davidson [...] argued that the concept of “reasons” that justify an action just is a certain concept of “reasons” that causally explain it; a justification is simply a rationalizing explanation in terms of the agent’s desires and beliefs. What could we plausibly mean by a “reason” other than an explanation? [...] [T]he notion of a normative reason is roughly the notion of an explanation of an agent’s action under the condition of the absence of false belief or ignorance*”.

<sup>191</sup> Tradução livre de: “*The answer lies in the special role and “force” that Williams thinks distinguishes reasons statements from other kinds of normative statements. We make claims about “reasons” in the first instance for the purpose of influencing, motivating, or guiding agents. Williams thinks this is also the essential purpose of*

razão externa o suprassumo de uma razão alienante, nos termos que discutimos acima, porque ela não tem nenhuma forma de justificar sua pretensa “força”, de influenciar apropriadamente os agentes. Todos teriam permissão de, ao entrar em contato com uma razão externa, simplesmente dar de ombros e dizer “e daí?”.

Vale fazer um resumo da concepção de razões normativas desenvolvida por Williams, Joyce, Finlay, entre outros. Ela se caracteriza por admitir apenas a existência de razões internas, considerando a hipótese de que existem razões que são ao mesmo tempo externas e vinculantes para seres humanos como contraditória. Talvez a consequência mais importante de se conceber as razões normativas dessa forma mais restritiva é a aceitação de que é inevitável um alto grau de relatividade. Por isso, denominarei tal concepção alternativa de “concepção relativista” da normatividade. A concepção relativista, ao enfatizar as tendências à divergência normativa, se torna incompatível com as noções de convergência entre agentes racionais apresentadas anteriormente. Em resumo, a incompatibilidade se torna clara quando percorremos as seguintes etapas:

- i) *Alega-se que as razões normativas são internas.* Esse é o argumento das razões internas que apresentamos até aqui. Williams acredita que uma razão externa não consegue explicar uma ação apropriadamente. Sobrariam apenas as razões internas, que são aquelas que têm um caminho claro de seu “comando” para algum elemento do conjunto motivacional do agente; isto é, o comando tem força exatamente porque apela (ou deveria apelar, se o agente fosse racional e tivesse ciência dos fatos relevantes) aos desejos e interesses do agente. É por isso que o agente sentirá a “força” da razão e poderá ser motivado por ela.
- ii) *Reconhece-se que os interesses e desejos das pessoas são, por natureza, variados, e não tendem a convergir.* Os desejos e interesses das pessoas por natureza variam entre si. Não existe nenhum motivo para pensarmos que eles têm por natureza o sentido de convergência. Não se trata da alegação de que os desejos e interesses das pessoas não podem convergir nunca, o que obviamente não é verdade (as pessoas que lotam a sala de cinema desejam assistir ao mesmo filme). O ponto é que tendências de convergência, nessa concepção, são explicadas sem fazer referência a *demandas racionais*. É possível recorrer, de forma alternativa, a explicações culturais ou psicológicas, como a familiaridade e o convívio (que

---

*external reasons claims; [...] and Williams argues that external reasons claims ultimately amount to bluff, or ruses for getting agents to do what the speaker wants.”*

disporá duas ou mais pessoas a compartilharem interesses), a coincidência de gostos, as afinidades eletivas, o compartilhamento de identidades e de substrato cultural. Essa questão é ainda mais premente quando deslocamos a análise da convergência entre indivíduos para a convergência entre grupos, como também vimos no capítulo 2. Nesse caso, os fatores afetivos em jogo terão relação provável com as identidades dos membros do grupo. Por outro lado, quando dois grupos, movidos por essas identidades, entrarem em conflito, será muito difícil encontrar argumentos racionais para resolvê-lo.

- iii) *Conclui-se que as razões normativas são relativas.* Conclusão a que se chega com a conjunção dos dois tópicos anteriores: se as razões normativas são internas, essencialmente vinculadas aos desejos e interesses dos agentes, e se os desejos e interesses dos agentes são por natureza divergentes, então, de forma correspondente, as razões normativas são por natureza divergentes. Esse relativismo global se estende às razões morais. Com isso estabelecido, a conclusão sobre a situação do discurso moral dependerá da concepção de sua estrutura de fundo. Se se alega que conceitualmente o discurso moral *precisa* impor demandas absolutas, que independam dos desejos e interesses dos agentes, então a implicação será o ceticismo (WILLIAMS, 1981) ou a teoria do erro (MACKIE, 1977; JOYCE, 2001), porque as razões normativas não serão aptas a atender a tais critérios. Por outro lado, se houver uma flexibilidade maior na caracterização conceitual do discurso moral, admitindo-se a possibilidade de que ele é relativo (por exemplo, que os conteúdos das razões morais são fixados indexicalmente), então ainda não há necessidade de se concluir pelo ceticismo. Será possível falar em uma legítima concepção de moralidade, se bem que relativista (FINLAY, 2014; HARMAN, 1977).

Essas considerações encerram a discussão desta seção. O objetivo foi apresentar uma concepção alternativa de normatividade, a concepção relativista, que não incorra nos riscos em que a concepção de convergência entre agentes racionais incorre.

### **4.3. Recaída no dilema**

#### *4.3.1. Revisitando a distinção entre moralidade profunda e moralidade superficial*

Acima (início do capítulo 3), propus uma distinção entre moralidade profunda e moralidade superficial. A moralidade superficial seria aquela irrefletida, mais emocional, usada em nosso cotidiano. A moralidade profunda, por sua vez, seria aquela que resulta de

uma análise mais minuciosa de nossos valores, seria reflexiva e baseada em argumentos. Afirmo que os proponentes das teorias jurídicas principiológicas não se sentem especialmente ameaçados com os conflitos morais e polarização que assolam a sociedade. Eles não negam que a moralidade tenha papel central nos desacordos e na polarização de nossas sociedades, mas alegam que tal processo é desencadeado pela moralidade superficial. Por outro lado, a moralidade profunda ainda nos manteria unidos como comunidade e possibilitaria geração de consensos. Nessa perspectiva, a moralidade profunda teria prioridade explicativa e poder causal sobre a moralidade superficial. A esperança que motiva a teorização normativa desses autores é que com o tempo as pessoas se aproximem da moralidade profunda e se distanciem dos conflitos da moralidade superficial.

Estou propondo, agora, uma concepção alternativa de normatividade, que é incompatível com a noção de convergência entre agentes racionais e não incorre em alguns de seus riscos. Vale reiterar que não pretendo fazer um veredito teórico sobre qual é a melhor dentre elas. O debate é imensamente complexo, e a mera apresentação de concepções alternativas já é uma forma de ilustrar essas complexidades. Mas creio ser verdade que concepções diferentes de normatividade podem gerar consequências sociais diferentes. Na deliberação sobre qual delas adotar, essas consequências devem ser cuidadosamente sopesadas, especialmente quando se fala sobre uma área de aplicação social de larga escala e que resolve questões sociais fundamentais, como o direito.

Uma implicação dessa noção alternativa (relativista) de normatividade é que ela se ajusta com mais facilidade às circunstâncias descritas no capítulo 2. Não há (como havia com as noções de objetividade modesta e convergência) *tensão* entre o cenário empírico que estamos observando e nossas postulações normativas; pelo contrário, há natural *compatibilidade* entre a explicação causal e a postulação normativa. Quando as razões normativas são tomadas como relativas e dependentes dos desejos e interesses dos agentes, faz sentido esperar que as circunstâncias sociais reflitam as disposições sociais e psicológicas humanas (como disposições à identificação com o grupo e ao conflito com grupos rivais). As diretrizes normativas são vistas como flexíveis, tendo um papel explicativo secundário, mais de justificação e racionalização dos comprometimentos pré-estabelecidos das pessoas e dos grupos (se assemelhando ao que Haidt e Kahan descrevem em seus modelos).

Na concepção relativista, as razões normativas continuam a ser importantes: ninguém fala sobre valores e comprometimentos morais sem usar linguagem normativa. Mas tais razões são coadjuvantes, pois se acomodam às disposições das pessoas, ao invés de

determiná-las ou guiá-las. Outros processos assumem protagonismo: as pessoas se apegam aos seus grupos e aos valores do seu grupo, são propensas ao conflito e a colocar sua racionalidade a serviço de suas identidades. O discurso normativo produzido nesse ambiente cumpre toda a função de justificação interna (reforço da ideia de que “nós” estamos certos e “eles” erradas) que se espera dele. Para o relativista, não há um domínio superior de valores ou de considerações normativas aos quais recorrer para arbitrar os conflitos dos grupos. A esperança de que o discurso normativo possa inverter as tendências sociais de conflito colocando-as na direção da convergência e da pacificação social assume contornos utópicos.

Como fica difícil justificar a existência de uma hierarquia explicativa entre o discurso moral “profundo” e o discurso moral “superficial”, a própria distinção entre esses dois tipos de discursos perde força. Talvez o relativista ainda aceite que o discurso normativo pode ser pensado como mais “profundo”, no sentido de que tende a ser mais articulado e reflexivo do que nossas considerações morais cotidianas. Mas tais “profundidades” só são atingidas porque estão a serviço de nossos comprometimentos pessoais e de nossas disposições. Se há uma distinção, é uma distinção meramente prática, que não sugere hierarquias conceituais. O que estamos vendo na superfície é o que é, ou ao menos é uma indicação das tendências gerais que as coisas estão tomando. Qualquer modificação social de larga escala precisará impactar primeiro as dinâmicas sociais e as atitudes psicológicas das pessoas para só depois efetivamente ingressar no discurso normativo profundo das pessoas.

#### *4.3.2. Ressalvas práticas às teorias da convergência*

Antes de apresentar a concepção relativa de normatividade, aleguei que as teorias principiológicas assumem altos riscos, porque, se elas estiverem erradas em suas diretrizes normativas e na explicação que dão para nossas circunstâncias factuais atuais, as consequências para a prática judicial poderiam ser desastrosas. Tais teorias, ao serem adotadas e aplicadas por juízes e profissionais do direito, iriam lançar o Judiciário no ciclo de conflitos sociais, solapando a legitimidade judicial. Aleguei que uma teoria alternativa que não incorresse nos mesmos riscos poderia surgir como opção interessante. Tal teoria deveria atender a três critérios: (i) parecer no mínimo tão plausível quanto a teoria normativa concorrente; (ii) oferecer uma interpretação das circunstâncias sociais no mínimo tão plausível quanto a da teoria normativa concorrente; e (iii) não incorrer nos mesmos riscos de gerar consequências catastróficas para a legitimidade judicial, se estiver errada. Creio que a teoria normativa relativista que apresentamos cumpre todos os requisitos, o que a torna uma concepção cuja adoção na prática judicial é mais vantajosa. Ela parece explicar com mais

facilidade os processos sociais que formam circunstâncias judiciais, tendo condições de esclarecer os riscos de engajamento direto na argumentação moral e de proteger a legitimidade judicial de ataques posteriores.

É importante lembrar que a noção de objetividade modesta e a ideia de convergência entre agentes racionais foram apresentadas no contexto de uma discussão: de como seria possível resolver o dilema judicial, apresentado no capítulo 1. As teorias jurídicas principiológicas, como as de Alexy e Dworkin, apoiam-se fortemente nesses pressupostos na esperança de que será possível efetivamente resolver esse desafio. Com base na discussão deste capítulo, minha avaliação é que tais teorias talvez não sejam as mais indicadas para resolver o dilema judicial. Sem dúvidas, são teorias altamente sofisticadas e de grande profundidade filosófica. Minhas ressalvas em relação a elas não envolvem propriamente o cometimento de *erros* teóricos – neste capítulo, não houve tentativa de *refutar* tais teorias. As ressalvas têm caráter mais prático, sobre os riscos sociais da adoção de larga escala no direito de uma abordagem que, se minimamente equivocada em algum de seus pressupostos ou mal orientada sobre as consequências do uso do discurso, estará potencializando as dinâmicas de desacordo moral e polarização da comunidade. As teorias principiológicas se tornariam, elas próprias, um risco à legitimidade judicial.

Com isso, o problema do dilema judicial volta à tona, com a mesma força de antes. Quando direcionamos o foco para a concepção relativista de normatividade, que é menos otimista com os poderes da razão de guiar os seres humanos a consensos morais, o desafio do dilema judicial volta a ser preponderante. Como lidar com o dilema judicial a partir de uma teoria normativa relativista? A questão aqui é saber se é efetivamente possível resolver tal dilema a partir de uma teoria filosófica. Essa será a temática do próximo capítulo.

## 5 O DILEMA JUDICIAL, NOVAMENTE

### 5.1. Duas histórias

Esta tese teve dois objetivos principais. Primeiro, mostrar como as teorias jurídicas principiológicas buscam resolver o dilema judicial e, segundo, avaliar a viabilidade dessa solução. Essa foi a grande “história” a ser contada do decorrer do texto. Creio que os objetivos foram cumpridos nos dois capítulos precedentes. Para realizar o primeiro objetivo, busquei, no capítulo 3, articular os fundamentos normativos que dão unidade teórica às abordagens principiológicas. Aleguei que esses fundamentos normativos são a noção de objetividade modesta e a ideia de convergência entre agentes racionais. Para realizar o segundo objetivo, busquei, no capítulo 4, avaliar criticamente as implicações das teorias principiológicas. Argumentei que, apesar de suas pretensões, as teorias de objetividade modesta não dispensam com tanta facilidade a ameaça do ceticismo. Argumentei também que a ideia de que as razões normativas geram convergência entre agentes racionais não é mais plausível do que a ideia alternativa, de que as razões normativas são relativas e tendem a gerar divergências. Para fundamentar um discurso jurídico que lida com o dilema judicial, a concepção normativa das teorias principiológicas é mais arriscada do que a concepção relativista. Se houver algum erro teórico, as consequências sociais podem ser catastróficas. Por isso, encerrei o capítulo concluindo que não é recomendável utilizar teorias principiológicas para resolver o dilema judicial.

#### 5.1.1. Primeira história: convergência

Assim, a primeira “história” contada nesta tese foi sobre os sucessos e os fracassos das teorias normativas de convergência. A impressão que fica é que o projeto filosófico de encontrar uma moralidade profunda é *motivado* pelo otimismo com as possibilidades da natureza humana e com nossa capacidade de resolver problemas sociais com o uso da racionalidade. Partindo desse otimismo é que os autores elaboram essas teorias e buscam razões para sustentá-las. Ou seja, tais concepções são elaboradas a partir de uma forte esperança ou, por que não, *fé* nas potencialidades humanas. Alexandre Araújo Costa, ao analisar as obras de Dworkin sobre valores e objetividade, alega que o “fechamento do discurso no campo da moralidade tem suas vantagens estratégicas, mas trata-se basicamente de uma negação da possibilidade de um debate”. A concepção de Dworkin sobre moralidade e valor “corresponde a uma aposta política na virtude teologal da fé”, seria a construção de uma “teologia filosófica”, por assim dizer (COSTA, 2014, p. 216).

Sinceramente, não considero isso um problema. A teorização filosófica, como qualquer outra forma de teorização, deve começar em algum lugar, e não sabemos explicar muito bem qual. Para mim, é inevitável que nossas inclinações pessoais, expectativas e valores pré-estabelecidos tenham influência preponderante. O importante é que a teorização filosófica posterior seja produtiva e sustente-se de forma autônoma. Mas esses pressupostos, e suas limitações, devem ficar claros, ainda mais quando sua aplicação em larga escala gera o risco de criar problemas sociais e distorções institucionais. Esse é o problema com as teorias principiológicas que estão confiantes em seus poderes de resolver o dilema judicial.

No percurso do texto, uma segunda “história” emergiu, cujos contornos foram ficando mais claros progressivamente, conforme o avanço da discussão. Neste ponto, creio que a forma geral da segunda história está clara. Farei uma breve síntese dessa nova história e, em seguida, falarei sobre como ela lida com o dilema judicial.

#### *5.1.2. Segunda história: divergência*

No capítulo anterior, apresentei uma concepção alternativa de normatividade, a concepção relativista, que é menos otimista com os poderes da racionalidade normativa humana e do discurso moral para resolver nossos problemas sociais de conflito e polarização. A concepção relativista dá os contornos finais à segunda história, a história paralela que foi se desenvolvendo na tese. Considero que essa segunda história começou a ser contada, de fato, já no capítulo 2. As circunstâncias judiciais criam tensões que, em minha opinião, não foram resolvidas de forma satisfatória pelas teorias da convergência. Por outro lado, a descrição das circunstâncias judiciais se adequa perfeitamente à narrativa relativista. Se pessoas são propensas ao raciocínio de grupo e ao conflito, farão exatamente isso quando suas visões morais forem colocadas à prova. A normatividade e o discurso moral, apesar de importantes por realizarem uma função essencial da vida humana, não têm o poder de direcionar e muito menos reverter tendências sociais e comportamentais humanas. A normatividade complementa e articula essas tendências, mas suas diretrizes estão sempre ligadas aos desejos e interesses das pessoas. Se esses desejos e interesses forem enviesados e direcionados ao conflito, então essa será a direção que o discurso normativo tomará também.

Neste ponto, cabe indagar como fica o dilema judicial, de acordo com a perspectiva relativista. Seria interessante saber como o dilema é explicado, nessa segunda narrativa, e se ela apresenta formas produtivas de encará-lo. A perspectiva relativista foi ganhando forma no contexto da discussão sobre as teorias principiológicas. Cabe lembrar que não é objetivo principal da tese (e nem é possível, dado o seu escopo), apresentar a teoria relativista de forma

sistemática, desenvolvendo suas decorrências detalhadamente. Os objetivos principais da tese foram exauridos na discussão sobre as teorias principiológicas. Mesmo assim, creio que poderá ser produtivo usar este capítulo, o último da tese, para tentar indicar de forma esboçada alguns caminhos para lidar com o dilema judicial de forma produtiva nessa concepção normativa alternativa.

## 5.2. Resolver o dilema judicial?

Às vezes, os atributos que nos levam a desenvolver nossas maiores forças também nos levam a desenvolver nossas maiores fraquezas. Teóricos acadêmicos, especialmente em áreas especulativas, como a filosofia, se diferenciam pela capacidade de pensamento, desenvolvimento teórico, argumentação. Não é de surpreender que eles confiem nos poderes desses elementos para resolver grandes problemas sociais. Como diz Posner: “Todos nós temos as fraquezas de nossos pontos fortes. Não é uma surpresa que pessoas que têm intelectos poderosos tendem a ter uma fé exagerada no poder do intelecto para resolver problemas sociais” (POSNER, 1995 p. 190)<sup>192</sup>.

Não creio que na concepção relativista de normatividade seja possível especificar uma forma de *resolver* o dilema judicial pelo uso exclusivo da teorização e da argumentação moral. Esse problema não será resolvido assim, não pode ser enfrentado de frente. Os elementos do dilema são elusivos e intransigentes, mais do que pode parecer à primeira vista. Os valores morais podem parecer gerar razões sólidas, que serão aptas a criar convergência entre agentes suficientemente racionais. Mas não são: as razões normativas têm um grau de relatividade intrínseco que impede qualquer tendência mais ampla de convergência. Os processos sociais de desacordo e polarização não podem ser resolvidos por simples argumentação. As pessoas são influenciadas demais por suas intuições e suas reações emocionais sobre temas moralmente sensíveis. E valorizam demais suas identidades e seus grupos para se permitirem ceder à influência dos argumentos teóricos contrários. De fato, a argumentação moral será apenas uma forma adicional de alimentar essas tendências “grupistas” humanas (HAIDT, 2012). Criar uma teoria filosófica com forte apelo moral é apenas outra forma de criar identidades morais e entrincheirar posições morais. A teoria será só mais um prego a serviço do martelo que é a capacidade humana de se vincular a grupos e reforçar identidades.

---

<sup>192</sup> Tradução livre de: “*We all have the weaknesses of our strengths. It is hardly a surprise that people who have powerful intellects tend to have an exaggerated faith in the power of intellect to solve social problems*”

Na concepção relativista, o fato de o juiz se deparar de forma constante com o dilema judicial deve ser encarado mais como  *sintoma*  de um problema do que como problema primário. Será necessário investigar o conjunto de premissas normativas, pressuposições fáticas, estratégias institucionais, etc., que levaram o juiz a  *chegar*  àquela situação, em primeiro lugar. É como no caso do estudante que, ao tentar resolver uma fórmula matemática, no final se vê obrigado a fazer uma divisão do número zero. Trata-se de um problema que não pode ser resolvido diretamente, que funciona mais como  *indicativo*  de que outras coisas estão erradas e devem ser resolvidas previamente. No caso, o mais indicado para o estudante é revisar todo o caminho da resolução que o levou àquela situação, corrigindo os erros que estão no intermédio de seu cálculo.

Desse modo, na concepção relativista, só há duas formas produtivas de lidar com o dilema judicial. A primeira é trabalhar para sua  *dissolução* . A segunda é trabalhar para que ele seja  *contornado*  (evitado), ao invés de resolvido.

### 5.2.1. Dissolução do dilema judicial

Avaliemos a primeira possibilidade. É possível ter expectativa de que o dilema judicial será dissolvido em algum momento. O que poderíamos fazer para concretizar isso? Muito pouco, em minha opinião. Trabalhar pela dissolução deste problema não parece ser um empreendimento factível, especialmente no escopo das discussões filosóficas pelas quais passamos nos capítulos anteriores. Como visto antes, o dilema judicial tem dois elementos: a existência de casos de difícil solução pelos meios tradicionais do direito e a existência de fortes desacordos sociais sobre o tema em questão. O dilema seria “diluído” se pudessemos viver em uma sociedade em que pelo menos um desses dois elementos deixasse de existir por alguma razão.

A primeira possibilidade seria a diluição do primeiro elemento do dilema, os casos difíceis: algo aconteceria para facilitar o trabalho dos juízes e eles, de alguma forma, só precisariam se preocupar com casos fáceis, tornando-se meros aplicadores mecânicos da lei. Nesse cenário, a preocupação com questões interpretativas difíceis, obscuridades normativas, etc., não existiria mais. Não preciso me estender muito sobre essa possibilidade. Todos mais ou menos familiarizados com discussões sobre interpretação do direito (e interpretação em geral) sabem que ela é simplesmente ilusória. Pelos desenvolvimentos da teorização sobre o direito no século XX, temos incontáveis razões para considerar os sonhos mecanicistas dos positivistas exegéticos do século XIX (além de outros teóricos) como merecedores de esquecimento.

A segunda possibilidade seria a diluição do segundo elemento do dilema: os conflitos morais deflagrados na comunidade. Sobre essa possibilidade, tivemos muito a falar nesta tese. Basicamente, os três últimos capítulos (capítulos 2, 3 e 4) foram dedicados a discutir algum aspecto dessa questão. Mas a conclusão foi de que não é factível esperar por essa possibilidade também, nem no curto prazo, tendo em vista as evidências de nossa situação de conflito social deflagrado e os indícios de que esse conflito tende a perdurar a até a se agravar (capítulo 2), nem no longo prazo, tendo em vista a relatividade das razões normativas que poderiam ser usadas para gerar convergência entre agentes em condições ideais de racionalidade (capítulo 4).

Não que seja impossível a existência de uma comunidade pluralista, mas pacificada socialmente e com consensos morais mais profundos. É só que nós não temos poder suficiente para torná-la viável. Há muitos processos sociais em ação contribuindo para esse cenário de conflito: há o fato de que vivemos em uma sociedade pluralista e de que está ocorrendo uma intensificação das identidades de grupo; há as novas dinâmicas de alinhamento ideológico e afetivo das pessoas, que estão impactando instituições políticas (e aquelas que não deveriam ser políticas) e criando disfunções; há os processos de pânico moral, guerra cultural, grandstanding (virtuosismo moral), etc.; há as disposições de raciocínio de grupo e reforço de identidades pessoais.

Os processos sociais nem sempre tiveram essa tendência. Como vimos no capítulo 2, o processo de intensa polarização política é relativamente recente. Ele depende do alinhamento de vários fatores, que muitas vezes surgem circunstancialmente, sem razões subjacentes mais significativas. Nos EUA, muito se fala sobre as causas da atual situação de guerra cultural. É mais ou menos consensual entre cientistas políticos que as forças desse conflito começaram a se acumular a partir dos anos 1960, quando ocorreu o novo alinhamento político dos partidos nacionais do país por causa da promulgação dos *civil rights* (KLEIN, 2020). No Brasil, parece que a polarização política é assimétrica, intensificada pelo surgimento da “nova direita” a partir de 2013 (FUKS; MARQUES, 2023).

Talvez as tendências se invertam novamente e as nossas comunidades voltem a estabelecer concordâncias morais em um futuro próximo. Mas sobre isso só podemos especular, já que temos capacidade mínima de prever e influenciar os acontecimentos históricos e sociais nessa escala. Os autores que viveram e escreveram nesse período podem ter interpretado as coisas da maneira errada. Acostumados com a relativa pacificação social que presenciavam, e incomodados com os conflitos sociais e as divergências morais que

surgiam, parece que eles estavam considerando o primeiro cenário como a regra, e o segundo como excepcional, temporário. Mas, agora, com uma perspectiva histórica mais ampla, há indícios para concluir exatamente o contrário: o cenário de pacificação é que era excepcional, porque foi configurado por um alinhamento particular e fortuito de forças sociais. Mas esse alinhamento se desfez e essa janela temporal passou. A regra é o que estamos vivendo agora, o conflito moral e político em uma sociedade pluralista com fortes identidades de grupo. Não estou endossando essa conclusão, só estou dizendo que temos tantos motivos para acreditar nela quanto temos motivos para acreditar que a regra é a preponderância da harmonia moral na sociedade.

É difícil especular mais sobre essas questões. O que podemos concluir é que os elementos que compõem o dilema judicial parecem duráveis. Não temos controle sobre eles e nenhuma forma factível de forçar sua dissolução. O máximo que podemos fazer é torcer para que as forças sociais caminhem em um sentido que seja mais benéfico para todos. Infelizmente, não parece que isso esteja acontecendo agora, e não há indícios de que isso vá acontecer no futuro próximo.

### 5.2.2. *Contornar o dilema judicial*

Se não é possível nem resolver o problema de frente e nem ter expectativas concretas de que ele será dissolvido no curto prazo ou em consequência direta de algum plano, resta apenas uma possibilidade: evitar expor o juiz ao problema, ou, ao menos, diminuir essa exposição o quanto der. Como o dilema judicial tem dois elementos (a existência de casos difíceis e o fato de que a sociedade está em uma situação de conflito moral deflagrado e que a decisão do juiz influenciará esse conflito), contornar o dilema seria conseguir criar formas de garantir que o juiz não seja exposto a, pelo menos, um desses dois elementos. Por exemplo, se o juiz tiver que resolver um caso difícil, garantir que não se trate de um caso que gere divisões morais. Ou: se o juiz tiver que resolver um caso que cause divisões morais na sociedade, garantir que ele não seja difícil (pois há uma regra pré-definida clara a ser aplicada).

Admite-se aqui que a defrontação direta com o dilema judicial é sempre uma possibilidade. Depois que isso acontece, porém, não há muito que fazer para *resolver* o dilema. Trata-se de uma estratégia de *prevenção* de problemas, não de *solução* de problemas. Se não temos força ou capacidade suficiente para resolver um problema depois que ele é deflagrado, a segunda melhor estratégia à disposição, e a única minimamente factível, parece ser evitar que o problema se deflagre, em primeiro lugar.

Uma questão parece complicar as perspectivas de se contornar o dilema judicial. Devemos levar em conta que os juízes estão se defrontando com ele constantemente no aqui e no agora. Faz sentido propor que devemos prevenir o problema, mas essa prescrição soa vazia quando observamos os fatos atuais, em que o dilema existe há muito tempo e está enraizado na prática judicial. Precisamos de alguma estratégia para lidar com a *nossa* situação. Como pensar em *evitar* o problema, se ele *já está* acontecendo, e há algum tempo?

No início do capítulo 3, aleguei que os teóricos principiológicos do direito partem de uma distinção entre “moralidade superficial” e “moralidade profunda” para iniciar a construção de seu modelo de objetividade para resolver o dilema judicial. Aleguei, posteriormente, que tal distinção apresenta fragilidades, especialmente quando confrontada com visões alternativas de normatividade. Agora, quero espelhar essa distinção em outra, análoga, talvez um pouco mais cínica, entre “política superficial” e “política profunda”. O dilema judicial é essencialmente um problema político. Vimos que uma das piores consequências de os órgãos judiciais estarem presos nessa situação é que eles inevitavelmente terão que “ordinarizar” seu discurso. Quando a instituição está profundamente envolvida no dilema judicial, ela também está profundamente envolvida na política, e não é ideal que órgãos judiciais se envolvam nesses assuntos. Mas como estamos em uma situação não-ideal, o que nos sobra é pensar numa forma inteligente de lidar com ela. É aí que a distinção cínica pode ser útil.

A “política superficial” é a de nosso cotidiano. A briga direta por poder, no discurso público, o uso da ideologia, do discurso moralizado, a construção de acordos, etc. Trata-se de uma forma legítima de estratégia e discurso, que faz parte do jogo democrático. É o que esperamos que seja feito por políticos eleitos, por exemplo. Mas é inegável que a política superficial tem seus riscos e aspectos negativos, como o exercício da “politicagem”, do “toma-lá-dá-cá”, o incentivo a uma forma de pensamento inescrupulosa, meramente instrumental e que burla ou contorce as regras em favor do benefício pessoal. Por isso não é jamais uma boa ideia associar a atuação de juízes com esse tipo de política. Se o dilema judicial é inegavelmente político, esperamos, no mínimo, que não leve à atuação política nesse sentido.

A “política profunda” é a que estimula a consciência institucional daquele que está atuando, por meio da adoção de estratégias que preservem a legitimidade e a incolumidade da instituição. Talvez essa forma de pensar a atuação e o discurso judicial seja a mais indicada para um Poder Judiciário já profundamente envolvido no dilema judicial. O importante aqui é

o objetivo da estratégia será marcadamente diferente daquele das abordagens principiológicas. Nesse caso, a adoção de estratégias institucionais de atuação terá a função de, em algum momento, liberar a instituição judicial da armadilha em que está presa.

Isso significa que a forma como o dilema judicial é abordado deve ser modificada. A abordagem normativo-teórica, de emprego de discurso moral deve ser substituída por uma abordagem estratégico-institucional, instrumental, pragmática. O dilema será visto agora como uma questão de desenho institucional, segundo a qual o nível de exposição judicial dependerá das escolhas que foram feitas na criação e na implementação da instituição Poder Judiciário: os tipos de casos que são resolvidos por eles, o tipo de argumentação exigida ou permitida, a esfera de competência judicial (jurisdição), a proibição ou não do *non liquet*, o material normativo que deve ser acessado, etc. O caminho seria pensar em desenhos institucionais que insulem o juiz desses riscos.

Tal mudança de perspectiva não é nova na prática do direito. Quando os processualistas, tanto no direito penal quanto no direito civil, mudaram a ênfase do processo para a garantia da imparcialidade *objetiva*, ao invés da imparcialidade *subjetiva*, eles fizeram exatamente a transição do pensamento normativo, pessoal, moral, de primeira ordem, para o pensamento institucional, estratégico, de segunda ordem. Por exemplo, defrontado com a possibilidade de julgar uma pessoa próxima (um familiar, um amigo, o cônjuge), o juiz não precisa mais se preocupar com dilemas morais, com o sopesamento de obrigações pessoais e obrigações profissionais, com as diretrizes subjetivas da imparcialidade. Agora, há procedimentos processuais objetivos (regras de suspeição) que simplesmente tiram a questão da esfera da deliberação pessoal do juiz. A questão é evitada porque foi bloqueada pela estrutura institucional pré-estabelecida. Os processualistas estão desenhando as instituições processuais de forma tal que *elas* protejam a imparcialidade judicial, isolando o juiz de influências potencialmente comprometedoras.

A proposta de lidar com o dilema judicial de forma institucional está no mesmo âmbito de discussão, se bem que em um nível mais amplo de aplicação – não as regras para as etapas do processo, mas a atuação da instituição judiciária como um todo. O objetivo final de tal abordagem é colocar os órgãos judiciais em uma posição mais segura, mais protegida das ameaças do dilema judicial do que está atualmente.

### 5.3. Dilema judicial como problema institucional

O Poder Judiciário é uma instituição social. Instituições sociais são estruturas criadas socialmente para regular o comportamento dos indivíduos da comunidade (todos ou alguns) (MILLER, 2019). São compostas por indivíduos que atuam para concretizar as finalidades institucionais e por um conjunto de normas, padrões ou diretrizes que atribuem funções a esses indivíduos e tornam a estrutura da instituição mais durável, tendendo a permanecer mesmo com a substituição das pessoas que a compõem. As instituições determinam, em muitos sentidos, o funcionamento e o caráter de uma sociedade. Por isso, há um interesse disseminado entre cientistas sociais de diversas áreas no seu estudo. Por exemplo, economistas há algum tempo vêm apontando que a estrutura institucional de uma sociedade é fator crucial na explicação do desenvolvimento e do crescimento econômico. Algumas sociedades conseguem manter desenvolvimento econômico sustentável; outras, não. Parece que a presença de instituições inclusivas, imparciais e que estabeleçam regras claras e precisas (Estado de Direito) é fundamental para explicar essa diferença (NORTH, 1991; ACEMOGLU, ROBINSON, 2012; PRADO, TREBILCOCK, 2014). Por outro lado, ao discutir justiça política, John Rawls deixa claro que o elemento mais importante de sua discussão é o arcabouço institucional da sociedade – o que ele chama de estrutura básica. A forma como ela será configurada, no que diz respeito às liberdades básicas que vai proteger, ao acesso a oportunidades que vai garantir, ao nível de distribuição e redistribuição que vai permitir, etc., tudo isso determinará a justiça social. Para Rawls, discutir justiça é discutir o melhor arranjo institucional de uma sociedade (RAWLS, 2008, 2011).

Há muito se reconhece a dimensão institucional do direito. Posições influentes, como o positivismo, sustentam que o direito *nada mais é* do que uma instituição social (HART, 2009; RAZ, 1979). Instituições são criadas com finalidades. Elas costumam ter objetivos estruturantes. É o que acontece com instituições econômicas (financeiras, monetárias, etc.), com instituições políticas, instituições civis, etc. O Poder Judiciário é uma clássica instituição jurídica e, como vimos no capítulo 1, seu objetivo parece ser a resolução de conflitos sociais com base nas normas jurídicas pré-estabelecidas.

Como instituições são formadas por regras e diretrizes comportamentais, é possível redesenhar a estrutura institucional ao modificar essas regras e os efeitos que elas têm no comportamento de seus integrantes. Nem sempre isso ocorrerá e em muitos casos são complexas as relações entre regras, pessoas e comportamentos, mas, mesmo assim, a

alteração do desenho institucional é sempre uma possibilidade. Há uma abertura para o controle e redesenho institucional.

Pensando de uma forma puramente abstrata, a instituição do Judiciário pode ter infinitos desenhos. Na criação de um *modelo* de atuação judicial, todos os elementos podem ser alterados: quantidade de juízes, forma de seleção de juízes, composição dos julgamentos, permissão ou proibição do *non liquet*, necessidade ou não de fundamentação da sentença, incentivos comportamentais internos da instituição, etc. Dessa possibilidade ampla de formação institucional, podemos selecionar um subconjunto. Convenientemente, para nossos propósitos, podemos pensar em selecionar o subconjunto dos desenhos institucionais do Judiciário que não exponham o juiz ao dilema judicial.

Devemos imaginar esses cenários de configuração institucional levando em conta muitos outros fatores relevantes. Alguns desses fatores têm a ver com as diretrizes normativas que queremos traçar para o Judiciário: ele cumpre a importante função social de resolver conflitos sociais. Paralelamente, há a função igualmente importante de garantir direitos e zelar pela ordem jurídica, que implica a inclusão, na prática jurídica, de valores como o respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, o respeito aos procedimentos democráticos, o respeito ao estado de direito, à separação de poderes, etc. Esses fatores determinam as possibilidades que estarão elegíveis para a configuração institucional do Judiciário. Há limites que não podemos (e não queremos) ultrapassar.

Além disso, há sempre a limitação de questões factuais que são obviamente relevantes, e frequentemente um problema, para novos desenhos institucionais. Precisamos levar em conta nossas circunstâncias, nosso contexto histórico e social, as relações políticas e interinstitucionais do Judiciário, sua relação prévia com a sociedade e sua própria história pregressa. Tais circunstâncias trarão severas limitações à amplitude de escolhas de configuração institucional, quer queiramos, quer não. Nas ciências sociais e na economia, em especial a economia do desenvolvimento, fala-se do conceito de “*path dependence*” (“dependência da trajetória pregressa”, em tradução livre), segundo o qual as escolhas tomadas previamente limitam as opções futuras disponíveis. Como dizem Trebilcock e Prado (2014, pp. 58-9), no contexto da discussão institucional sobre Estado de Direito e desenvolvimento econômico: “Uma das lições da dependência da trajetória é que não estamos escrevendo em um quadro branco. [...] Abordagens a reformas [...] que não levam em conta o comportamento adaptativo em relação ao contexto institucional específico em questão, bem

como os efeitos de reforço mútuo entre instituições interdependentes, provavelmente não serão bem-sucedidas.”<sup>193</sup>.

Não considero aqui o local adequado para falar de estratégias práticas para reformas institucionais, porque não tenho a capacidade nem o preparo técnico necessário para isso. Essa é uma questão que deve ser discutida por cientistas políticos, profissionais do direito, economistas, etc. Minha intenção aqui é apenas fazer um delineamento geral das questões em jogo em relação ao problema do dilema judicial e algumas possibilidades de lidar com ele.

Mas não precisamos nos focar apenas nas possibilidades abstratas de formação institucional. Na prática cotidiana do direito é possível observar a existência de algumas estratégias para lidar com o dilema judicial, sejam estratégias recentes, sejam estratégias mais antigas. Falarei sobre duas delas: a prática da autocontenção judicial e a (não) prática do controle constitucional pela via judicial.

### 5.3.1. Autocontenção judicial

A autocontenção judicial (em inglês: *judicial self-restraint*) seria uma postura autoimposta dos juízes e do Poder Judiciário em geral de mínima intervenção ou expansão judicial. Essa postura minimalista costuma ser contraposta à postura maximalista do Judiciário, o famigerado “ativismo judicial”.

No contexto de nossa discussão, a autocontenção judicial pode ser interpretada em dois sentidos. O primeiro seria o sentido de não expansão das *competências judiciais*, i.e., da esfera de atuação do Poder Judiciário. Os juízes fariam um esforço ativo de apenas conhecer e apreciar casos que inequivocamente são da competência judicial, estabelecidos como tais por uma diretriz normativa (Constituição, lei) explícita e direta. Em situações ambíguas ou zonas cinzentas, os juízes optariam por abrir mão de sua atuação e por delegar a competência para outro órgão. Discussões sobre a autocontenção judicial no sentido da esfera de competências do Judiciário são comuns quando há conflitos de competência entre os três poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário). Nessa situação, uma postura autocontida judicial seria a de abrir mão de se imiscuir em questões políticas ou politizadas e intervir só quando for

---

<sup>193</sup> Tradução livre de: “*One of the lessons of path dependence is that we are not writing in a blank slate. [...] Approaches to rule of law reforms that do not take into account adaptive behavior with respect to the particular institutional context in question, as well as mutually reinforcing effects among interdependent institutions, are unlikely to be successful. If one takes the obstacles [...] (which amount to what we call the path dependence problem) seriously, future reform strategies will be significantly constrained and shaped by the legacies of history.*”.

estritamente necessário. Nas palavras de Barroso, em voto proferido no STF (MS 34.327/2016):

Em se tratando de processos de cunho acentuadamente político, como é o caso da cassação de mandato parlamentar, o STF deve se pautar pela deferência (respeito) às decisões do Legislativo e pela autocontenção, somente intervindo em casos excepcionalíssimos. Dessa forma, neste caso, o STF optou pela técnica da autocontenção (judicial self-restraint), que é o oposto do chamado ativismo judicial. Na autocontenção, o Poder Judiciário deixa de atuar (interferir) em questões consideradas estritamente políticas.

O segundo sentido seria o de autocontenção *interpretativa* dos juízes, também chamado de *formalismo* judicial. Defende-se, nesse sentido, que os juízes devem empregar apenas os meios de interpretação e os materiais jurídicos que são explícitos e diretamente aplicáveis ao caso que estão decidindo. Há resistência aqui contra interpretações não literais de textos ou de palavras, ou contra usos muito permissivos de materiais não positivados juridicamente. Nesse segundo sentido, novamente faz-se uma contraposição entre a interpretação “minimalista” a ser empregada pelo juiz e uma interpretação mais “maximalista” ou liberal, que se abrirá a formas mais heterodoxas de interpretação e raciocínio.

Há afinidades fortes entre essa postura maximalista ou mais permissiva da interpretação judicial e a propensão ao uso de discurso moral na justificação da decisão judicial. De fato, especialmente no Brasil, as duas coisas costumam andar juntas: juízes e juristas costumam defender possibilidades mais heterodoxas de interpretação porque querem fazer uma leitura moralmente mais saliente de um caso, ou integrá-lo com princípios e valores que tomam como relevantes, mas que nem sempre são considerados pelos pares como aplicáveis à situação em análise.

Apesar disso, não é correto fazer uma identificação apressada entre essas duas propensões. É possível que juízes e juristas adotem uma posição maximalista de interpretação judicial, mas privilegiem outros materiais de interpretação, que não a argumentação moral (e até tenham resistência ao emprego de argumentação moral). Um exemplo claro dessa postura é de Richard Posner, o influente acadêmico e juiz americano. Posner, ao mesmo tempo em que critica o formalismo judicial, também critica o emprego de argumentação moral “acadêmica” pelos juízes. Ele defende uma terceira postura, que ele chama de interpretação pragmática. A interpretação pragmática é aberta à influência de materiais não jurídicos, como a análise econômica e algumas contribuições científicas (da psicologia, da economia comportamental, da sociologia, da história, etc.) (POSNER, 2003, 2009, 2010). Por outro

lado, há autores que elaboram uma defesa moralizada do formalismo jurídico, no sentido de que a autonomia do direito e o “fechamento” de seus métodos e materiais interpretativos seriam algo moralmente valioso por si só (WEINRIB, 1987; FINNIS, 1990).

Ambos os sentidos de autocontenção judicial, tanto o de competência tanto quanto o interpretativo, são relevantes para nossa discussão, porque ambos são formas de insular os juízes do mesmo problema, que é o dilema judicial, mesmo que por caminhos diferentes. No primeiro caso, mais pelo envolvimento do Judiciário com instituições políticas da sociedade. No segundo, pelo envolvimento do Judiciário com posições e argumentos morais altamente valorativos.

A autocontenção judicial, como postura auto-imposta, pode se tornar algo como uma “cultura institucional”, se os juízes a adotarem de forma constante. A iniciativa de adoção cabe aos juízes que, por suas convicções pessoais, pela pressão dos pares, pelas práticas institucionais prévias, se sentiriam motivados a adotar tal postura. Ela não é imposta por normas positivas e nem de fora para dentro. Seria uma forma de fiscalização interna ao Judiciário, cultivada ao longo do tempo e transformada em “cultura interna”.

Mesmo nos dias de hoje, que muitos consideram como o “auge” do ativismo judicial no Brasil e em outros países, é comum que os juízes reivindicuem a ideia de que estão limitando adequadamente sua prática, seja de forma explícita (citação do Ministro Barroso, acima), seja de forma implícita, quando o juiz ressalta essa postura de forma mais indireta, destacando, por exemplo, que está decidindo puramente com base na lei ou que está indo somente até onde as normas permitem. Os que acompanham a prática judicial já notam há algum tempo que é comum que os juízes tentem propagar essa imagem de autocontenção, mesmo quando, na prática, as decisões judiciais são as mais expansivas que se possa imaginar<sup>194</sup>.

---

<sup>194</sup> Para ficar somente em dois exemplos, que aconteceram durante a escrita desta tese. Primeiro exemplo: os juízes da Suprema Corte Americana, no caso *Dobbs v. Jackson*, derrubaram o precedente de *Roe v. Wade*; esse resultado só foi possível porque Donald Trump indicou três juízes fortemente conservadores à Suprema Corte, que consolidaram a maioria conservadora que hoje domina o tribunal. É claro que, na decisão, todos esses juízes fizeram questão de alegar que estavam seguindo estritamente a interpretação (originalista) da Constituição; o *timing* da decisão de reavaliar o precedente, o fato de que alguns juízes da Suprema Corte antes da decisão já estavam fazendo lobby nos estados para que eles criassem leis-gatilho proibindo o aborto; o fato de que a derrubada de *Roe* é uma bandeira conservadora e do Partido Republicano há décadas, e que foi capitaneada por Trump, tudo parece constituir uma “feliz” coincidência para os julgadores; devemos crer que esses juízes estavam preocupados apenas com questões técnicas e constitucionais (ZHOU, 2023). Segundo exemplo: em 24 de abril de 2023, os ministros Kassio Nunes Marques e André Mendonça divergiram da maioria formada pelos outros ministros no STF e votaram contra a decisão de Moraes (relator) de tornar réus 50 pessoas que participaram na articulação dos atos golpistas de 08 de janeiro de 2023. Mais uma vez, os ministros alegam que estão seguindo unicamente a melhor interpretação legal e constitucional. É coincidência o fato de que ambos os

O uso meramente “retórico” do discurso de contenção judicial tem suas explicações. Não é confortável para o juiz a admissão de que está interpretando a lei de forma “heterodoxa”, para acomodá-la à decisão que quer tomar, então parece prudente que ele tome o cuidado de enfatizar que está seguindo a lei, mesmo que seja duvidoso que isso, de fato, esteja acontecendo, ou, para colocar a mesma preocupação em outras palavras, o conceito de “lei” não necessariamente signifique a mesma coisa para todo mundo<sup>195</sup>.

Mesmo assim, há realmente um uso exacerbado dessa retórica, que parece que às vezes será tanto mais utilizada quanto mais polêmica, heterodoxa ou politizada for a decisão. Deve haver algo mais que explique a quase obsessão dos juízes pela retórica de contenção. Esse “algo mais”, creio, tem a ver com a preocupação de proteção da legitimidade da atuação judicial. Pois a prática de autocontenção, quando bem empregada, é uma forma eficiente de proteção dos juízes contra o dilema judicial.

Como alegado no capítulo 1, a postura do próprio STF, no Brasil, era marcada por ser autocontida. Mesmo depois da promulgação da Constituição de 1988, o STF, no decorrer dos anos 1990 e no começo dos anos 2000, não ocupava a posição de destaque político e social que ocupa hoje. Também não estava envolvido nas questões morais e políticas que dominavam o noticiário do país e nem causava fortes reações da sociedade à sua atuação. A postura de autocontenção era uma decisão consciente dos Ministros, especialmente os que presidiam a corte (RECONDO, WEBER, 2019). Mas as coisas mudaram, como sabemos bem, especialmente depois dos julgamentos do caso Ellwanger e dos crimes do mensalão, e as consequências sociais e políticas estão se desenhando mais claramente.

As causas dessa mudança de postura são difíceis de acessar. A mudança do perfil constitucional é um fator importante, já que se trata de uma Constituição mais garantista, que exige atuação diferente do juiz. Mas considero um engano dizer que esse é o fator preponderante. Como vimos, os juízes adotaram uma postura de autocontenção durante boa parte da vigência dessa mesma Constituição. A forma como os juízes vão atuar e interpretar a Constituição é uma decisão institucional que depende de muitas influências. O Judiciário pode escolher vários caminhos de acomodação com a Constituição, e o texto escrito do documento não diz nada para privilegiar uma postura frente a outra. Por exemplo, nada na Constituição forçou o STF a adotar uma postura mais deferente em relação ao Congresso Nacional até o

---

ministros foram indicados por Jair Bolsonaro, em nome de quem as manifestações eram feitas. (REZENDE; COLETTA, 2023).

<sup>195</sup> Às vezes nem tais escrúpulos são necessários. Famosamente, o ex-Ministro Carlos Ayres Britto declarou, em relação à Constituição: “Com tantos princípios, eu deito e rolo!” (RECONDO, WEBER, 2019, p. 81).

final dos anos 2010. Nada na Constituição também forçou o STF a mudar essa postura a partir do caso do mensalão, julgando e condenando muitos membros do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Reações aos contextos políticos e sociais, respostas a incentivos institucionais e alguma pitada de tendências pessoais dos componentes da Corte parecem ser uma explicação melhor, porque em relação a esses fatores houve, de fato, uma mudança significativa quando avaliamos o primeiro e o segundo contexto.

O rompimento do STF e de outras cortes (como outros tribunais brasileiros, a Suprema Corte Americana) com a prática de autocontenção deixa algumas lições amargas para juristas e acadêmicos. Uma das grandes vantagens dessa estratégia é também seu ponto fraco: o fato de que ela é uma pressão auto-imposta, resultante do policiamento interno dos juízes entre si e das condutas individuais é uma vantagem, porque garante a autonomia judicial, livra o Judiciário de ameaças de interferências externas, influências políticas, uso da força, ameaças à estabilidade profissional dos juízes, etc. Também passa uma impressão de segurança e confiabilidade institucional, mostrando que os juízes têm notável capacidade de exercer autocontrole e prudência na sua atuação.

Por outro lado, essa estratégia exige uma coordenação comportamental entre os juízes e uma efetividade da pressão indireta dos pares que é difícil de sustentar. Assim, basta que algumas figuras, sentindo a possibilidade de alguns ganhos pessoais (status, poder) quebrem essas regras para que toda essa cultura desmorone. Eles começarão a capitalizar sobre as novas possibilidades de exercício de poder, e os outros sentirão a pressão de acompanhá-los, para não ficarem para trás. Ou seja, a estratégia da autocontenção tem problemas de estabilidade<sup>196</sup>. Como os juízes não têm meios eficazes de punição (não há regra coercitiva externa, por exemplo), o caminho racional para os que presenciam a quebra da cooperação será quebrá-la também, causando um efeito cascata. Admito estar novamente em terreno especulativo aqui, mas a mim parece claro que algo nessa linha aconteceu com o Judiciário brasileiro nos últimos anos. A decisão de um grupo de juízes de mudar de postura acabou gerando um efeito cascata. Mesmos juízes que não gostariam de mudar sua postura tiveram que mudar, percebendo os rumos que as coisas estavam tomando.

A estratégia de autocontenção judicial é eficaz quando adotada como cultura institucional e de forma coordenada pelos juízes. Quando aplicada na prática, ela de fato

---

<sup>196</sup> Similar aos problemas cooperativos em sociedades humanas que vimos no capítulo 2. Ambas são situações típicas de dilema do prisioneiro, quando os benefícios individuais do comportamento não-cooperativo superam os benefícios do comportamento cooperativo, mesmo que, coletivamente falando, a não-cooperação deixe todos em pior situação (cf. n. 55, acima).

funciona. Mas, para funcionar, ela depende da manutenção de um frágil equilíbrio coordenativo entre os juízes. Basta surgir um (ou poucos) que quebrem esse padrão para que todo o mecanismo deixe de funcionar e a cultura institucional se desintegre.

É possível reestabelecer uma estratégia de autocontenção judicial, depois que ela foi rompida? Isso parece ser muito difícil. Seria preciso pensar em mecanismos para determinar novamente os juízes a uma coesão de comportamento, criando uma pressão social entre os pares para que todos tenham comportamentos contidos. Qual mecanismo seria esse, é muito difícil de dizer. Não pode ser um mecanismo externo e nem uma regra coercitiva. Também será necessário fazer com que juízes e ministros influentes, que capitalizam (politicamente, socialmente) com seu padrão comportamental heterodoxo abram mão desse poder e voltem a se comportar de forma mais coesa. O que convenceria esses atores institucionais que claramente estão se beneficiando dessa atuação expansiva a mudarem de comportamento também é muito difícil de saber. E isso complica as perspectivas, porque a imposição de uma nova cultura institucional demanda a coesão de mudanças comportamentais. Ninguém se sentirá motivado a modificar o seu comportamento se desconfiar que o colega continuará mantendo o dele, capitalizando sobre sua perda momentânea de poder e influência.

Por último, há a complicação da reação social a uma mudança de cultura institucional para a imposição da autocontenção judicial. É natural que as pessoas, inicialmente, encarem essa tentativa com ceticismo. Após presenciar anos de intensa atuação política de uma instituição judicial, faz sentido que as pessoas desconfiem de um pretense distanciamento súbito de uma instituição judicial de questões políticas. O mais provável é que essa decisão seja encarada como um mero movimento político, só que de omissão, ao invés de ação.

Por exemplo, se um tribunal, durante muitos anos, adotou uma postura de intensa intervenção em questões do Poder Legislativo, mas subitamente, um dia, apresentado com a possibilidade de julgar uma parlamentar de esquerda (ou de direita, tanto faz para a finalidade do exemplo), ele decidir que não irá julgar o caso, alegando deferência às atribuições do parlamento e à autocontenção judicial, é natural que a decisão cause desconfiança, mesmo que tenha sido tomada de forma sincera. É de se esperar, por exemplo, que pessoas da ideologia oposta ao parlamentar poupado vejam esse desvio súbito de rota como uma forma de favorecimento político, não por meio de uma ação, mas por meio de uma omissão. Para o Judiciário, só haveria uma forma de fazer esse ceticismo social retroceder: manter a aplicação da estratégia de autocontenção de forma consistente daquele momento em diante, passando a delegar ao parlamento *todos* os casos de julgamento de parlamentares, não importando se de

direita ou de esquerda. Apenas depois de um tempo significativo de adoção consistente dessa postura de autocontenção é que os espectadores sociais começariam a entender a mudança de postura do Judiciário como algo realmente sustentável, e não diretamente relacionada a questões políticas de curto prazo. Mas isso demanda tempo, consistência e clareza. Seria uma forma de a instituição passar para a sociedade uma mensagem clara da forma como atua e passará a atuar no futuro, resistindo a pressões imediatas em favor de uma estabilidade no longo prazo.

Pelos exemplos históricos recentes, vemos que as possibilidades disso acontecer são diminutas. Dificilmente as instituições judiciais, seja no Brasil, seja em outros países, estão passando uma mensagem segura desse tipo para os que acompanham seus movimentos. Muito pelo contrário. As estratégias mudam toda hora e as mensagens são conflitantes e incertas. O espectro da atuação política está a todo o momento assombrando a atuação judicial. Teremos muita dificuldade, então, de voltar a implementar uma cultura de autocontenção judicial. Essa não parece uma estratégia com muitas possibilidades de sucesso no curto prazo.

### 5.3.2. *Controle de constitucionalidade*

Outra estratégia para contornar os problemas do dilema judicial é a da possibilidade de eliminação do controle judicial de constitucionalidade. O debate sobre a eliminação ou não do controle de constitucionalidade judicial é duradouro na Teoria do Direito, sendo mais forte nos países de língua inglesa, já que neles a decisão de que o controle de constitucionalidade será feito por órgãos judiciais não costuma estar entrincheirada na Constituição<sup>197</sup>.

A discussão sobre o controle de constitucionalidade também é uma discussão sobre a legitimidade da atuação judicial, mas por outros motivos. Para os críticos dessa competência, a atuação do Judiciário é ilegítima porque está violando *princípios democráticos* (WALDRON, 1999, 2006; MARMOR, 2007; KRAMER, 2004). O controle de constitucionalidade, em termos resumidos, é a possibilidade de o Poder Judiciário anular leis criadas pelo Congresso Nacional ou por outras casas legislativas ou normas editadas pelo Poder Executivo, se concluir que elas violam alguma imposição constitucional. O Judiciário teria a função de guardião da Constituição. Geralmente, os que são críticos desse estado de coisas não são críticos à tarefa de guardar a Constituição, mas ao fato de que quem está

---

<sup>197</sup> A Constituição americana, por exemplo, não faz nenhuma estipulação explícita sobre isso. A Suprema Corte passou a realizar o controle de Constitucionalidade depois de uma decisão judicial (no caso *Marbury v. Madison*, considerado o mais importante da história do Judiciário americano), que estabeleceu essa competência e esse precedente. Tecnicamente, portanto, esse precedente pode ser derrubado, se a Suprema Corte assim entender (apesar disso ser muitíssimo improvável).

imbuído desses poderes é o Poder Judiciário. Eles alegam que as decisões de controle de constitucionalidade envolverão, em muitos casos, posicionamentos valorativos do intérprete. Muitas questões institucionais são indeterminadas, e a decisão se baseará mais em uma escolha pessoal de quem está tomando a decisão do que na descoberta de uma diretriz pré-existente. Se esse é o caso, não faz sentido o poder de tomar essa escolha recair sobre um número limitado de pessoas que não foram eleitas e não têm qualquer legitimidade democrática para atuar, ainda mais quando essas decisões anulam leis que, elas sim, foram criadas por pessoas que têm legitimidade democrática para fazer isso. Geralmente, os críticos exigem que a competência do controle de constitucionalidade seja atribuída ao Legislativo. Para eles, a interpretação constitucional, que é a escolha dos valores e rumos que vão nortear a estrutura jurídica da comunidade, deve ser feita por pessoas que representam o povo.

Tomarei distância de qualquer avaliação do mérito da discussão sobre a legitimidade ou não do controle de constitucionalidade. Como aleguei no capítulo 1, ela é paralela à discussão sobre legitimidade judicial que é desenvolvida nesta tese. No entanto, no contexto deste capítulo talvez seja cabível fazer uma indagação mais prática. Isto é, inquirir se a abolição da competência judicial para realizar o controle de constitucionalidade seria uma forma eficaz de evitar que os juízes se exponham ao dilema judicial. Sem dúvida, julgamentos de controle de constitucionalidade costumam ter visibilidade e engajar moralmente diversos grupos sociais. A remoção dessa competência provavelmente evitaria alguma exposição do Judiciário a elementos do dilema judicial, especialmente quando os casos são muito polêmicos.

Por outro lado, as conexões práticas entre controle de constitucionalidade judicial e o dilema judicial não são tão diretas assim. É perfeitamente possível imaginar uma situação em que o Judiciário não tem competência de controle de constitucionalidade, mas mesmo assim está absorvido nas disputas morais e políticas da comunidade, usando discurso fortemente moral nas decisões e gerando fortes reações sociais. O controle de constitucionalidade (abstrato) costuma ser tarefa exclusiva da corte superior do país (STF, Suprema Corte) ou de uma corte constitucional criada somente para essa tarefa (Alemanha). E realmente as cortes superiores, por causa de suas atribuições, são as que costumam estar envolvidas com questões moralizadas e no foco da opinião pública (basta observar, no capítulo 2, que o STF é o único órgão do Judiciário para o qual há pesquisas de aprovação pública). Mas qualquer tribunal pode ser exposto ao dilema judicial. No Brasil, por exemplo, a operação Lava Jato foi altamente moralizada e conduzida por um juiz de primeira instância na justiça comum federal.

De forma correspondente, nada impede que uma corte superior continue a adotar uma postura moralizada e a se envolver em questões políticas, mesmo sem realizar controle abstrato de constitucionalidade. Pensando na atuação do STF, alguns dos casos paradigmáticos de exposição da corte ao dilema judicial são sim situações de controle de constitucionalidade abstrato, como o da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos (ADPF 54) e o da equiparação da prática de homofobia ao crime de racismo (ADO 26 e MI 4733). Mas outros casos polêmicos e moralizados não foram ações desse tipo. Os dois casos mencionados no capítulo 2 como paradigmáticos para a mudança de postura do STF não foram decorrentes de controle concentrado. O caso Ellwanger foi um habeas corpus (HC 82424/RS) e o julgamento do mensalão foi uma ação penal (Ação Penal nº 470). Muitos casos também são julgados como recursos extraordinários – isto é, como questões que surgiram no curso de um processo judicial, mas que suscitaram dúvidas de adequação constitucional, motivando a provocação ao STF. Mesmo os sistemas judiciais mais hostis ao controle de constitucionalidade ainda devem ter formas de uniformização de entendimentos judiciais, adequação da atuação do Judiciário aos ditames constitucionais e subsequente reforma de decisões judiciais incompatíveis com a Constituição. Isso é uma decorrência natural da submissão da instituição (como de todas as outras instituições) à Constituição, e não tem nada a ver com disputas de competência com o Legislativo.

A discussão sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade judicial tem a ver com a compatibilidade dessa competência com os princípios da democracia. É uma discussão sobre a relação entre os Poderes Judiciário e Legislativo e sobre o nível de intervenção adequado (se houver algum) dos órgãos “técnicos” sobre as normas que são criadas por representantes eleitos. A abolição dessa competência poderia, é verdade, diminuir em alguma medida a exposição do juiz aos problemas do dilema judicial, mas acredito que esse seria um ganho marginal, que ficaria ainda longe de resolver o problema de forma satisfatória.

A discussão deste capítulo não é tanto sobre os temas de competência do Judiciário, mas sobre a *forma* como ele exerce essa competência, especialmente em relação às estratégias de justificação da decisão judicial. Então a discussão sobre a legitimidade ou não do controle de constitucionalidade judicial não é essencial para nossos objetivos aqui, apesar de poder ter um impacto indireto e marginal.

#### **5.4. O valor do Judiciário**

Com a discussão deste capítulo, não pretendo apresentar soluções definitivas para o dilema judicial, mas apenas apontar para o *tipo* de discussão que é visto como produtivo na

perspectiva normativa alternativa que foi apresentada no capítulo anterior (a perspectiva relativista). Privilegiam-se soluções práticas, instrumentais, pragmáticas, “políticas” (em um sentido particular do termo). Elas terão que ser altamente contextuais e ligadas ao tempo e espaço do problema. A teorização é útil, mas não tem a última palavra na discussão.

O Poder Judiciário passa por um momento delicado, em que se envolve em conflitos sociais complexos e vê sua legitimidade ameaçada. Para uma instituição profundamente envolvida em problemas políticos, é difícil pensar em uma forma apolítica para resolver sua crise. Mas a política utilizada deve ser inteligente, voltada para a sustentação no longo prazo da instituição, colocando-a em uma posição de segurança e em que possa cumprir com mais efetividade sua função.

A manutenção da legitimidade é essencial para essa sustentação. O Poder Judiciário é ao mesmo tempo uma instituição que *impõe* a força do direito, clama *autoridade* para si e não tem nenhum recurso tradicional de reforço dessa força e dessa autoridade (como o domínio sobre o exército e da polícia ou o domínio do orçamento). A única “arma” disponível para a instituição é o discurso, que permite a ela transmitir para a população noções de coerência, segurança e imparcialidade na atuação judicial. Creio que todos aqueles que valorizam o Poder Judiciário e o tomam como instrumento essencial para a criação de uma comunidade mais pacífica, harmoniosa, respeitadora de direitos e garantias, deve levar a sério os desafios à legitimidade judicial e as formas mais seguras de superá-los.

## CONCLUSÃO

Nesta tese, busquei investigar os fundamentos da legitimidade judicial, em especial a viabilidade da solução dada pelas “teorias principiológicas” ao “dilema judicial”. Argumentei que, apesar de engenhosa e filosoficamente profunda, não se trata de uma solução recomendável, porque muito arriscada: é real a possibilidade de que o uso em larga escala do discurso moral aprofunde os desacordos na sociedade e prejudique a legitimidade judicial.

Apesar da conclusão um tanto pessimista sobre o papel do discurso moral na legitimação judicial, tentei evitar, no curso da tese, a busca por uma resposta *definitiva* sobre o fato de a moralidade *realmente* ser objetiva, porque essa não parece ser a forma mais produtiva de lidar com o tema em análise. As pessoas estão entrincheiradas em seus campos: os que creem na objetividade da moral continuarão a crer na objetividade da moral e os céticos continuarão a ser céticos. As “guerras” teóricas sobre a objetividade da moral continuarão a acontecer, e têm seu lugar, mas devemos estar atentos aos limites dessas discussões. Como opção, discussões sobre as consequências práticas da aplicação de teorias normativas podem ser mais interessantes e construtivas, e optei por explorar essas alternativas no trabalho.

A tese é essencialmente argumentativa, especialmente em suas pretensões de *caracterizar* os comprometimentos teóricos das teorias principiológicas e de *avaliar* sua solução ao dilema judicial. Mesmo nos momentos empíricos do texto (capítulo 2), os dados levantados estão sendo apresentados no percurso de uma *argumentação*. Busquei apresentar minhas posições da forma mais clara que me foi possível formular, inclusive para que eventuais erros sejam mais facilmente detectados e corrigidos. Mas creio que é importante reconhecer que os dados empíricos, as teorias e os argumentos normativos apresentados no texto não têm interpretação fechada. Eles podem ser aplicados em outros contextos e argumentos, alguns talvez contraditórios com os meus (a ensejar novas argumentações).

O reconhecimento do caráter argumentativo da tese também implica a admissão de que nenhuma das considerações feitas no texto, nem as empíricas e nem as teóricas, têm a pretensão de ser definitivas. Empreendimentos argumentativos têm uma natureza *evolutiva* bastante saudável: modificam-se, adaptam-se aos novos tempos (o que não implica *progresso*, como qualquer evolucionista darwiniano irá prontamente replicar). Os termos da discussão tenderão a mudar, algumas premissas ganharão relevância e serão desenvolvidas, outras a perderão e serão abandonadas. Para os interessados em discussões teóricas (como eu), essa é

uma boa notícia, porque as oportunidades de aprendizado nunca irão se esgotar. Espero que a presente tese faça alguma contribuição para esse campo volátil e fascinante.

Segue a recapitulação do percurso da tese. No capítulo 1, apresentei o “dilema judicial”, que se forma com a conjunção de dois desafios. Primeiro, o esgotamento dos recursos tradicionais de interpretação jurídica. Segundo, a necessidade de decidir em uma comunidade polarizada e envolvida em profundos desacordos morais. Os desafios têm uma causa comum (interferir em questões valorativas, que as pessoas consideram importantes) e não é por acaso que sua aparição conjunta esteja se tornando mais frequente. Assim, o dilema judicial é um problema central da prática jurídica contemporânea. Aleguei que há uma solução em voga para ele, proposto pelas “teorias principiológicas”: o uso de discurso moral na justificação da decisão. Argumentei também que o objetivo último dessas defesas é o de garantir a legitimidade da decisão judicial, de modo a estabelecer que o juiz tenha uma atuação institucional imparcial e movida por razões impessoais. Ele não deve agir como agente político interessado, mas como agente do Estado que resguarda o interesse de todos. A esperança do defensor do uso da argumentação moral é que o juiz consiga fazer com que essa argumentação moral seja uma ferramenta de consenso.

No capítulo 2, apresentei as “circunstâncias judiciais”, o ambiente com o qual o juiz se defronta quando tem que resolver casos complicados. As circunstâncias são formadas por tendências sociais e psicológicas. A sociedade é dominada por narrativas moralizadas, como os pânicos morais, as guerras culturais e a sinalização de virtude. Também há marcante impacto de processos de polarização social, que, inclusive, já assimilaram a atuação judicial, o que representa uma séria ameaça à legitimidade judicial. Por outro lado, as tendências psicológicas influenciam a reação das pessoas a situações de conflito de valores. Pessoas envolvidas em discussões e desacordos morais tendem a se aferrar fortemente às posições morais de seus grupos, reforçando identidades tribais. Tais disposições calam fundo na psicologia humana, tendo um papel constitutivo na forma como nós raciocinamos, mesmo que não estejamos cientes disso ou que creiamos estar raciocinando de forma “autônoma”. Com isso, o uso de teorias e discurso moral pode ser menos eficiente do que se espera, e até mesmo contraproducente. As circunstâncias judiciais criam uma tensão para as teorias principiológicas, já que elas propõem o uso do discurso moral como solução para o dilema judicial. A moralidade parece agravar, e não mitigar, conflitos sociais.

No capítulo 3, busquei reconstruir a concepção normativa que fundamenta as teorias principiológicas e é usada para resolver o dilema judicial. O capítulo se inicia com uma

discussão do sentido do termo “normatividade” e com a conseqüente distinção entre conceitos normativos e conceitos descritivos. As teorias principiológicas são normativas, e têm preocupações e projetos próprios. Elas desenvolvem modelos sofisticados e abstratos de argumentação moral que possibilitariam uma solução para essas ameaças. Mesmo que não imediata, e mesmo que dependentes de um pouco de fé nas capacidades racionais humanas, elas seriam valiosas ao mostrar que ao menos há um caminho racional a ser seguido, mesmo que isso seja difícil de realizar por causa de nossas limitações. Para isso, as teorias principiológicas propõem a noção de objetividade modesta como opção ao paradigma de objetividade metafísica e como forma de escapar de alguns problemas teóricos, especialmente a ameaça do ceticismo moral (teoria do erro). Elas também propõem, como *critério* dessa nova noção de objetividade, a ideia de convergência entre agentes racionais. Tal ideia permitiria ao juiz, ao utilizar discurso moral, encontrar a solução para o dilema judicial, apelando aos valores profundos dos membros da comunidade e revertendo as tendências sociais de desacordo e polarização. No final do capítulo, fiz uma breve revisão das teorias normativas de Alexy e Dworkin, dois eminentes teóricos principiológicos do direito, alegando que a noção de objetividade modesta e a ideia de convergência entre agentes racionais têm papel proeminente em suas teorias.

No capítulo 4, analisei criticamente os pressupostos normativos das teorias principiológicas. Não neguei que a noção de objetividade modesta pode ter vantagens sobre a rival, mas argumentei, por outro lado, que ela não elimina a ameaça do ceticismo como pretendem alguns de seus propositores. A teorização “metaética” ainda tem espaço em uma ontologia deflacionada, assim como a formulação de argumentos céticos. Em seguida, abordei os riscos de se adotar a noção de objetividade das teorias principiológicas. Concluí que se trata de uma abordagem cuja aplicação social em larga escala é altamente arriscada, porque é real a possibilidade de que tal processo fomente os desacordos morais e a polarização, corroendo a legitimidade do Judiciário. Essa discussão levou a outra, sobre o status das razões normativas, se devemos concebê-las como absolutas (ou passíveis de serem absolutas) ou relativas. Os riscos se tornam mais aparentes quando percebemos que uma concepção normativa alternativa, que denominei “concepção relativista”, é no mínimo tão plausível quanto a anterior e faz presunções menos arriscadas do que ela. Além disso, a descrição de mundo da concepção relativista se compatibiliza de forma mais confortável com os dados apresentados no capítulo 2. Na prática judicial, é estrategicamente mais interessante

adotar a concepção normativa relativista do que a noção de objetividade (mesmo que a modesta).

No capítulo 5, encerrando o percurso da tese, fiz algumas sugestões preliminares sobre como lidar com o dilema judicial partindo de uma teoria normativa relativista. Propus uma mudança na ênfase da discussão, deslocando-a da argumentação moral para a argumentação mais prática sobre os limites institucionais do Judiciário e formas estratégicas de evitar a corrosão da sua legitimidade. Na concepção relativista, o dilema judicial não pode ser *resolvido* quando enfrentado de frente. O máximo que podemos fazer é nos esforçar para colocar as instituições judiciais em uma situação em que sua exposição ao dilema judicial diminua substancialmente. E, quando exposição for inevitável, devem-se adotar políticas de ação inteligentes, voltadas para a preservação da legitimidade judicial no longo prazo. A estratégia de autocontenção judicial como cultura institucional é uma possibilidade, mas enfrenta problemas de estabilidade, o que dificulta sua fixação prática. A ideia de limitar a competência judicial para o controle abstrato de constitucionalidade também tem severas limitações, já que é comum que o juiz pode se defronte com o dilema judicial em outros momentos do processo.

O Poder Judiciário é essencial para o funcionamento do Estado de Direito em uma sociedade que se pretende democrática, pois atua para criar estabilidade social e efetivar direitos. E, em momentos de crise, a proteção de sua autoridade é ainda mais importante. Por isso, é necessário entender os fundamentos de sua legitimidade e prestar atenção aos riscos e oportunidades criados pelo discurso normativo empregado na prática jurídica. A tese foi desenvolvida para lidar com essas preocupações, partindo da convicção de que comunidades que possuem um Poder Judiciário forte e prestigiado têm boas perspectivas de reforçar sua unidade e prosperar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBINK, Klaus et al. Parochial altruism in inter-group conflicts. **Economics Letters**, v. 117, n. 1, p. 45-48, 2012.
- ACEMOGLU, Daron.; ROBINSON, James A. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ACHEN, Christopher H.; BARTELS, Larry M. It feels like we're thinking: The rationalizing voter and electoral democracy. In: **Annual Meeting of the American Political Science Association**, Philadelphia. 2006.
- ACHEN, Christopher; BARTELS, Larry. **Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2016.
- ADKINS, Alfred Bradley. **Reaping the whirlwind: A psychological and cultural study of the Hatfield-McCoy feud**. Union Institute and University, 2003.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. Hauptelemente einer Theorie der Doppelnatur des Rechts. **Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie**, v. 95, n. 2, 2009.
- ALEXY, Robert. Problems of Discourse Theory. Universidad Nacional Autónoma de México, **Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía**, Vol. 20, Nº 58, pp. 43-65, 1988.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **The argument from injustice: a reply to legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 2002.
- ARAÚJO, Mateus Moraes; FILGUEIRAS, Fernando de Barros. **Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal**. 2017. 105 f., enc. Tese (doutorado).
- ASCH, Solomon E. Effects of group pressure upon the modification and distortion of judgments. **Groups, leadership, and men**, p. 177-190, 1951.
- ASCH, Solomon E. Opinions and social pressure. **Scientific American**, v. 193, n. 5, p. 31-35, 1955.
- ASCH, Solomon E. Studies of independence and conformity: I. A minority of one against a unanimous majority. **Psychological monographs: General and applied**, v. 70, n. 9, p. 1, 1956.
- AUGUSTO, Otávio. Veja o histórico de Bolsonaro em embates com o STF. **Metrópoles, Política**, 2021. Acesso em: 25/05/2023. Disponível em:

<https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/veja-o-historico-de-bolsonaro-em-embates-com-o-stf>

AXELROD, Robert et al. **The evolution of strategies in the iterated prisoner's dilemma.** The dynamics of norms, v. 1, p. 1-16, 1987.

AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. The evolution of cooperation. **Science**, v. 211, n. 4489, p. 1390-1396, 1981.

AYER, A. J. (Alfred Jules). **Language, truth and logic.** 2nd. ed. London: Victor Gollancz, 1964.

BACKER, Carsten. Direito como razão institucionalizada? Sobre a concepção teórico-discursiva do Direito de Robert Alexy. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 1, p. 222-239, 2018.

BARKOW, Jerome H.; COSMIDES, Leda.; TOOBY, John. **The Adapted mind:** evolutionary psychology and the generation of culture. New York, NY: Oxford University Press, 1992.

BARNEY, Rachel. The sophistic movement. In: GILL, Mary Louise; PELLEGRIN, Pierre (Eds.). **A companion to ancient philosophy.** John Wiley & Sons, pp. 77-97, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: **FGV**, p. 25-77, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro.** Saraiva Educação SA, 2017.

BARTELS, Larry M. The irrational electorate. **Wilson Quarterly**, v. 32, n. 4, p. 44-50, 2008.

BEAUCHAMP, Zack. The Supreme Court's legitimacy crisis isn't only about the decision to overturn Roe v. Wade. **Vox**, 2022. Acesso em: 16/05/2023. Disponível em: <https://www.vox.com/23055620/supreme-court-legitimacy-crisis-abortion-roe>

BENVINDO, Juliano Zaiden. On the limits of constitutional adjudication: deconstructing balancing and judicial activism. **Springer Science & Business Media**, 2010.

BERGER, Jonah. **Contágio:** por que as coisas pegam. LeYa, 2014.

BERNHARD, Helen; FISCHBACHER, Urs; FEHR, Ernst. Parochial altruism in humans. **Nature**, v. 442, n. 7105, p. 912-915, 2006.

BINMORE, Kenneth George. **Game theory and the social contract:** just playing. MIT press, 1994.

BLACKBURN, Simon. Comments on Dworkin. Brown University: **BEARS Symposium**, 1996. Disponível em: <https://www.brown.edu/Departments/Philosophy/bears/9611blac.html>. Acesso em: 06/05/2022.

- BLACKBURN, Simon. **Essays in quasi-realism**. Oxford University Press, 1993.
- BLACKBURN, Simon. Pragmatism: all or some? In: PRICE, Huw et al. **Expressivism, Pragmatism and Representationalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 67-84.
- BLACKBURN, Simon. **Ruling passions: a theory of practical reasoning**. Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1998.
- BLACKBURN, Simon. **Truth: A guide**. Oxford University Press, 2005.
- BLANCKE, Stefaan. Why people oppose GMOs even though science says they are safe. **Scientific American**, 2015.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2014.
- BOEHM, Christopher. **Hierarchy in the forest: the evolution of egalitarian behavior**. Cambridge, Mass.; London: Harvard Univ. Press, 2001.
- BRANDOM, Robert. **Articulating reasons: An introduction to inferentialism**. Harvard University Press, 2009.
- BRANDOM, Robert. Facts, norms, and normative facts: A reply to Habermas. **European Journal of Philosophy**, v. 8, n. 3, p. 356-374, 2000.
- BRANDOM, Robert. **Making it explicit: reasoning, representing, and discursive commitment**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994.
- BRANDOM, Robert. **Reason in philosophy: Animating ideas**. Harvard University Press, 2009.
- BRANDSTETTER, Jürgen et al. A peer pressure experiment: Recreation of the Asch conformity experiment with robots. In: 2014 **IEEE/RSJ International Conference on Intelligent Robots and Systems**. IEEE, 2014. p. 1335-1340.
- BRAUN, David. Indexicals. In: In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford, 2017. Acesso em 19/06/2023. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2017/entries/indexicals/>
- BRINK, David O. Legal positivism and natural law reconsidered. **The Monist**, v. 68, n. 3, p. 364-387, 1985.
- BRISTOW, William. Enlightenment. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford, 2017. Acesso em: 15/05/2023. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/enlightenment/>.
- BROWN, Roger. **Social Psychology**. 2nd ed. New York: Free Press, 1986.

BUCHANAN, Patrick J. **Address to the Republican National Convention**. Houston, 1992. Disponível em: <https://voicesofdemocracy.umd.edu/buchanan-culture-war-speech-speech-text/>

CAMPBELL, Eric. Breakdown of moral judgment. **Ethics**, v. 124, n. 3, p. 447-480, 2014.

CARNEIRO, Mariana. Bolsonaro fica ao lado de Bannon e Olavo de Carvalho em jantar em Washington. **O Estado de São Paulo**, 2019. Acesso em: 20/05/2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/mariana-carneiro/bolsonaro-fica-entre-steve-bannon-e-olavo-de-carvalho-em-jantar-em-washington/>

CHIANG, Ted. Divisão por zero. In: CHIANG, Ted. **História de sua vida e outros contos**. Rio de Janeiro: Intrínseca, pp. 99-123, 2016.

CHOI, Jung-Kyoo; BOWLES, Samuel. The coevolution of parochial altruism and war. **Science**, v. 318, n. 5850, p. 636-640, 2007.

CHUA, Amy. **Political tribes: Group instinct and the fate of nations**. Penguin, 2019.

COASTON, Jane. Virtue signaling isn't the problem, not believing one another is. **New York Times Magazine**, 2017. Acesso em: 20/05/2023. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/08/08/magazine/virtue-signaling-isnt-the-problem-not-believing-one-another-is.html>

COHEN, G.A. Reason, humanity, and the moral law. In: KORSGAARD, Christine M. et al. **The sources of normativity**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, pp. 167-188, 1996.

COHEN, Stanley. **Folk devils and moral panics**. Routledge, 2011.

COLEMAN, Jules L. (Ed.). **Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law**. Cambridge, Mass.: Oxford University Press, 2001. HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle**, Cambridge, Mass.: Oxford University Press, 2001.

CORNEILLE, Olivier et al. On the role of familiarity with units of measurement in categorical accentuation: Tajfel and Wilkes (1963) revisited and replicated. **Psychological Science**, v. 13, n. 4, p. 380-383, 2002.

CÔRTEZ, Pâmela de Rezende; CARDOSO, Renato César. **Corrupção sob medida: detecção, reprovação moral e punição do corrupto como estratégias cooperativas**. Tese de Doutorado. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2021.

COSMIDES, Leda. The logic of social exchange: Has natural selection shaped how humans reason? Studies with the Wason selection task. **Cognition**, v. 31, n. 3, p. 187-276, 1989.

COSMIDES, Leda; TOOBY, John. Neurocognitive adaptations designed for social exchange. In: DUNBAR, Robin Ian MacDonald; BARRETT, Louise (Ed.). **Oxford handbook of evolutionary psychology**. Oxford University Press, USA, pp. 584-627, 2015.

COSTA, Alexandre Araújo. Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin. Brasília: **Revista de Direito da Universidade de Brasília**. Direito UnB, janeiro junho, v. 1, n.1, pp. 199-219, 2014.

CRITCHER, Chas. Moral panics. In: **Oxford Research Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice**. New York, Oxford University Press, 2017.

CURRY, Oliver Scott. Morality as cooperation: A problem-centred approach. In: The evolution of morality. **Springer**, Cham, 2016. p. 27-51.

DARWIN, Charles. **A expressão das emoções no homem e nos animais**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

DAVIDSON, Donald. Actions, reasons, and causes. **The journal of philosophy**, v. 60, n. 23, p. 685-700, 1963.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DAWKINS, Richard. Twelve misunderstandings of kin selection. **Zeitschrift für Tierpsychologie**, v. 51, n. 2, p. 184-200, 1979.

DEBNEY, Ben. **The Oldest Trick in the Book**. Springer Singapore, 2020.

DECAT, Thiago Lopes. **Racionalidade, valor e teorias do direito**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015.

DENNETT, Daniel C. **The intentional stance**. MIT press, 1989.

DENNETT, Daniel. **Darwin's dangerous idea**. New York: Simon and Schuster, 1995.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno.; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

DIMAGGIO, P.; EVANS, J.; BRYSON, B. Have American social attitudes become more polarized?. **The American Journal of Sociology**, Chicago, vol. 102, n° 3, p. 690-755, 1996.

DREIER, James. Humean doubts about categorical imperatives. **Varieties of practical reasoning**, p. 27-47, 2001.

DREIER, James. Meta-ethics and the problem of creeping minimalism. **Philosophical Perspectives**, v. 18, p. 23-44, 2004.

DRISLANE, R.; PARKINSON, G. Moral panic. **Online dictionary of the social sciences**. Open University of Canada, 2016. Disponível em: <http://bitbucket.icaap.org/dict.nl>

DRUCKMAN, James N. et al. Affective polarization, local contexts and public opinion in America. **Nature human behaviour**, v. 5, n. 1, p. 28-38, 2021.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and truth: You'd better believe it. *Philosophy & Public Affairs*, v. 25, n. 2, p. 87-139, 1996.

EDELMAN. **2023 Edelman Trust Barometer Global Report**. Edelman, 2023. Acesso em: 19/05/2023. Disponível em: <https://www.edelman.com/sites/g/files/aatuss191/files/2023-03/2023%20Edelman%20Trust%20Barometer%20Global%20Report%20FINAL.pdf>

Elving, Ron. What Happened With Merrick Garland In 2016 And Why It Matters Now. **NPR**. Washington, DC, 2018. Acesso em: 16/05/2023. Disponível em: <https://www.npr.org/2018/06/29/624467256/what-happened-with-merrick-garland-in-2016-and-why-it-matters-now>

ENOCH, David. **Taking morality seriously**: A defense of robust realism. Oxford University Press on Demand, 2011.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges**: a theoretical and empirical study of rational choice. Harvard University Press, 2013.

EVANS, J. Have American's attitudes become more polarized? – An update. **Social Science Quarterly**, Nova Jersey, vol. 84, n° 1, p. 71-90, 2003.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, p. 429-469, 2013.

FELDMAN, Noah. Ethics Code Wouldn't Fix Supreme Court's Legitimacy Crisis. **The Washington Post, Business**, 2023. Acesso em: 16/05/2023. Disponível em: [https://www.washingtonpost.com/business/ethics-code-wouldnt-fix-supreme-courts-legitimacy-crisis/2023/02/14/c834db3c-ac72-11ed-b0ba-9f4244c6e5da\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/business/ethics-code-wouldnt-fix-supreme-courts-legitimacy-crisis/2023/02/14/c834db3c-ac72-11ed-b0ba-9f4244c6e5da_story.html)

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRO, Flávio Quinaud. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERREIRA, Pedro Fernando Almeida Nery; MUELLER, Bernardo. How judges think in the Brazilian Supreme Court: Estimating ideal points and identifying dimensions. **Economia**, v. 15, n. 3, p. 275-293, 2014.

FERZAN, Kimberly Kessler; MORSE, Stephen J. (Ed.). **Legal, Moral, and Metaphysical Truths**: The Philosophy of Michael S. Moore. Cambridge, Mass.: Oxford University Press, 2016.

FINLAY, Stephen. **Confusion of tongues**: A theory of normative language. Oxford University Press, 2014.

FINLAY, Stephen. The error in the error theory. **Australasian Journal of Philosophy**, v. 86, n. 3, p. 347-369, 2008.

FINLAY, Stephen. The obscurity of internal reasons. Ann Arbor, MI: **Michigan Publishing**, University of Michigan Library, 2009.

- FINLAY, Stephen. The reasons that matter. **Australasian Journal of Philosophy**, v. 84, n. 1, p. 1-20, 2006.
- FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**, Oxford: Clarendon Press, 1990.
- FINNIS, J. On Reason and Authority in Law's Empire. **Law and Philosophy**, v. 6, p. 357, 367-8, 1987.
- FIRTH, Roderick. Ethical absolutism and the ideal observer. **Philosophy and Phenomenological Research**, v. 12, n. 3, p. 317-345, 1952.
- FLANAGAN, Owen. **How to Do Things with Emotions: The Morality of Anger and Shame Across Cultures**. Princeton University Press, 2021.
- FRANKFURT, Harry G. Freedom of the Will and the Concept of a Person. In: **What is a person?** Humana Press, 1988. p. 127-144.
- FUKS, Mario; MARQUES, Pedro Henrique. Polarização e contexto: medindo e explicando a polarização política no Brasil. **Opinião Pública**, v. 28, p. 560-593, 2023.
- FUKS, Mario; MARQUES, Pedro Henrique. Polarização e contexto: medindo e explicando a polarização política no Brasil. **Opinião Pública**, v. 28, p. 560-593, 2023.
- GARNER, Richard T. On the genuine queerness of moral properties and facts. **Australasian Journal of Philosophy**, v. 68, n. 2, p. 137-146, 1990.
- GEORGE, Robert. **In Defense of Natural Law**, Cambridge, Mass.: Oxford University Press, 1999.
- GIBBARD, Allan. **Wise choices, apt feelings: A theory of normative judgment**. Harvard University Press, 1990.
- GOODE, Erich; BEN-YEHUDA, Nachman. **Moral panics: The social construction of deviance**. John Wiley & Sons, 2010.
- GOWANS, Chris. Moral Relativism. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford, 2021. Acesso em 17/06/2023. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/moral-relativism/>.
- GRAHAM, Jesse; HAIDT, Jonathan et al. Moral foundations theory: The pragmatic validity of moral pluralism. In: **Advances in experimental social psychology**. Academic Press, 2013. p. 55-130.
- GREENBERG, Mark. The moral impact theory of law. **Yale LJ**, v. 123, p. 1288, 2013.
- GREENE, Joshua David. **Moral tribes: Emotion, reason, and the gap between us and them**. New York: The Penguin Press, 2014.
- GREENWALD, Anthony G.; MCGHEE, Debbie E.; SCHWARTZ, Jordan LK. Measuring individual differences in implicit cognition: the implicit association test. **Journal of personality and social psychology**, v. 74, n. 6, p. 1464, 1998.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Stanford University Press, 2012.

GUTH, W., SCHMIRBERGER, R. et al. An experimental analysis of ultimatum bargaining. **Journal of Economic Behavior & Organization** 3(4): 367-388, 1982.

Haidt, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. **Psychological review**, v. 108, n. 4, p. 814, 2001.

Haidt, Jonathan. **The righteous mind**: Why good people are divided by politics and religion. New York: Vintage Books, 2012.

Haidt, Jonathan; Bjorklund, Fredrik. Social intuitionists answer six questions about morality. In: Sinnott-Armstrong, Walter (Ed.). **Moral Psychology (vol. 2)**: The cognitive science of morality: intuition and diversity. Mit Press, 2008, pp. 190-93.

Haidt, Jonathan; Lukianoff, Greg. **The coddling of the American mind**: How good intentions and bad ideas are setting up a generation for failure. Penguin UK, 2018.

HAMILTON, William D. The genetical theory of social behavior. **Journal of Theoretical Biology**, v. 7, n. 1, p. 1-16, 1964.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Império**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2006.

HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. **Multidão**: guerra e democracia na era do império. Rio de Janeiro: Record, 2005.

HARMAN, Gilbert. Moral relativism defended. **The Philosophical Review**, v. 84, n. 1, p. 3-22, 1975.

HARMAN, Gilbert. **The nature of morality**: an introduction to ethics. New York: Oxford University Press, 1977.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HARTMAN, A. **A war for the soul of America**: a history of the culture wars. Chicago: University of Chicago Press, 2016.

HENRICH, J., BOYD, R. et al. In search of homo economicus: Behavioral Experiments in 15 small-scale societies. **American Economic Review** 91 (2): 73, 2001.

HENRICH, J., ENSMINGER, J. et al. Markets, religion, community size, and the evolution of fairness and punishment. **Science** 327 (5972): 1480-1484, 2010.

HENRICH, J., GIL-WHITE, F.J. The evolution of prestige: Freely conferred deference as a mechanism for enhancing the benefits of cultural transmission. **Evolution and Human Behavior** 22(3): 165- 196, 2001.

HENRICH, J., MCELREATH, R. et al. Costly punishment across human societies. **Science** 312 (5781): 1767-1770, 2006.

HENRICH, Joseph Patrick. **Foundations of human sociality**: Economic experiments and ethnographic evidence from fifteen small-scale societies. Oxford University Press on Demand, 2004.

HERGET, James E. **Contemporary German legal philosophy**. University of Pennsylvania Press, 1996.

HERRMANN, B., THONI, C. et al. Antisocial punishment across societies. **Science** 319(5868): 1362-1367, 2008.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de uma república eclesiástica e civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HODGE, Patrick S. The Scope of Judicial Law-making in Constitutional Law and Public Law. **Judicial Review**, v. 26, n. 2, p. 146-177, 2021.

HOHFELD, W. N. **Fundamental legal conceptions**. Yale press, 2019.

HUME, David. **Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

HUNTER, J. D. **Culture wars**: the struggle to control the family, art, education, law, and politics in America. New York: Basic Books, 1991.

HURD, Heidi. **Moral Combat**: The Dilemma of Legal Perspectivalism. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

IYENGAR, Shanto et al. The origins and consequences of affective polarization in the United States. **Annual review of political science**, v. 22, p. 129-146, 2019.

IYENGAR, Shanto; SOOD, Gaurav; LELKES, Yphtach. Affect, not ideology: a social identity perspective on polarization. **Public opinion quarterly**, v. 76, n. 3, p. 405-431, 2012.

IYENGAR, Shanto; WESTWOOD, Sean J. Fear and loathing across party lines: New evidence on group polarization. **American journal of political science**, v. 59, n. 3, p. 690-707, 2015.

JOHNSON, Curtis N. **Darwin's dice**: the idea of chance in the thought of Charles Darwin. Oxford University Press, USA, 2015.

JONES, Jeffrey M. Supreme Court Trust, Job Approval at Historical Lows. **Gallup News**, 2022. Acesso em 16/05/2023. Disponível em: <https://news.gallup.com/poll/402044/supreme-court-trust-job-approval-historical-lows.aspx>

JOYCE, Richard. The error in 'The error in the error theory'. **Australasian Journal of Philosophy**, v. 89, n. 3, p. 519-534, 2011.

JOYCE, Richard. **The evolution of morality**. Cambridge, Mass.: MIT Press, 2007.

JOYCE, Richard. **The myth of morality**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

KAHAN, Dan M. et al. Motivated numeracy and enlightened self-government. **Behavioural public policy**, v. 1, n. 1, p. 54-86, 2017.

KAHAN, Dan M. et al. The polarizing impact of science literacy and numeracy on perceived climate change risks. **Nature climate change**, v. 2, n. 10, p. 732-735, 2012.

KAHAN, Dan M.; JENKINS-SMITH, Hank; BRAMAN, Donald. Cultural cognition of scientific consensus. **Journal of risk research**, v. 14, n. 2, p. 147-174, 2011.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KLATT, Matthias (Ed.). **Institutionalized reason: the jurisprudence of Robert Alexy**. Oxford University Press, 2012.

KLEIN, Ezra. **Why we're polarized**. New York: Avid Reader Press/Simon and Schuster, 2020.

KORSGAARD, Christine M. et al. **The sources of normativity**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1996.

KORSGAARD, Christine M. Skepticism about practical reason. **The journal of philosophy**, v. 83, n. 1, p. 5-25, 1986.

KRAMER, Larry. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press, 2004.

KRIPKE, Saul A. **Wittgenstein on rules and private language: An elementary exposition**. Harvard University Press, 1982.

LAFER, Celso. O Caso Ellwanger: anti-semitismo como crime da prática do racismo. **Revista de informação legislativa**, v. 41, n. 162, 2004.

LARSEN, Knud S. The Asch conformity experiment: Replication and transhistorical comparison. **Journal of Social Behavior and Personality**, v. 5, n. 4, p. 163, 1990.

LATHAM-GAMBI, Alexander. Jeremy Waldron and the circumstances of politics. **The Review of Politics**, v. 83, n. 2, p. 242-263, 2021.

LEAWOOD, Heather. Gustav Radbruch: An Extraordinary Legal Philosopher. **Washington University Journal of Law & Policy**. 2: 489, 2000.

LEITER, Brian (ed.). **Objectivity in law and morals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

- LEITER, Brian. Beyond the Hart/Dworkin debate: The methodology problem in jurisprudence. **The American Journal of Jurisprudence**, v. 48, n. 1, p. 17-51, 2003.
- LEITER, Brian. Normativity for naturalists. **Philosophical Issues**, v. 25, p. 64-79, 2015.
- LEITER, Brian. The End of Empire: Dworkin and Jurisprudence in the 21st Century. **Rutgers LJ**, v. 36, p. 165, 2004.
- LEITER, Brian; COLEMAN, Jules. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, p. 303-418, 2000.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LEVY, Neil. Virtue signaling is virtuous. **Synthese**, v. 198, n. 10, p. 9545-9562, 2021.
- LIBERMAN, V., SAMUELS, S. M. et al. The name of the game: Predictive power of reputations versus situational labels in determining prisoner's dilemma game moves. **Personality and Social Psychology Bulletin** 30(9): 1175-1185, 2004.
- LINS, Carlos. STF melhora avaliação, mas é ruim ou péssimo para 40%. **Poder360**, 2022. Acesso em: 25/05/2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poderdata/stf-melhora-avaliacao-mas-e-ruim-ou-pessimo-para-40/>
- LIPTAK, Adam; FLEGENHEIMER, Matt. Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice. Politics: **NY Times**, 2017. Acesso em: 16/05/2023. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supreme-court.html>
- LIST, J. A. On the interpretation of giving in dictator games. **Journal of Political Economy** 115(3): 482-493, 2007.
- MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MACCORMICK, Neil. Rights in legislation. In: HACKER, PMS.; RAZ, Joseph (eds.). **Law, morality, and society**. Oxford: Oxford University Press, p. 189, 1977.
- MACHADO, Leandro. Em decisão 'pessoal', Joaquim Barbosa desiste da disputa presidencial. São Paulo: **BBC Brasil**, 2018. Acesso em 25/05/2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-43650210>
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova: revista de cultura e política**, p. 113-133, 2002.
- MACKIE, John. **Ethics: Inventing right and wrong**. London: Penguin Books, 1977a.
- MACKIE, John. The third theory of law. **Philosophy & Public Affairs**, p. 3-16, 1977b.
- MANNION, Russell; SMALL, Neil. On folk devils, moral panics and new wave public health. **International journal of health policy and management**, v. 8, n. 12, p. 678, 2019.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. Portland: Hart Publishing, 2005.

MARMOR, Andrei. On the limits of rights. In: MARMOR, Andrei. **Law in the age of pluralism**. New York: Oxford University Press, pp. 215-231, 2007.

MARMOR, Andrei. Três conceitos de objetividade. In: MARMOR, Andrei. **Direito e interpretação: ensaios de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, p. 267-303, 2004.

MASON, Andrew. Rawlsian theory and the circumstances of politics. **Political Theory**, v. 38, n. 5, p. 658-683, 2010.

MAXEINER, James R. Some realism about legal certainty in the globalization of the rule of law. **Hous. J. Int'l L.**, v. 31, p. 27, 2008.

MCCONNELL, Allen R.; LEIBOLD, Jill M. Relations among the Implicit Association Test, discriminatory behavior, and explicit measures of racial attitudes. **Journal of experimental Social psychology**, v. 37, n. 5, p. 435-442, 2001.

MCDOWELL, John; MCDOWELL, John Henry. **Mind, value, and reality**. Harvard University Press, 1998.

MEMÓRIA GLOBO. Mensalão: cronologia do caso. **Memória Globo**. Rio de Janeiro, 2021. Acesso em 23/07/2023. Disponível em: <https://memoriaglobo.globo.com/jornalismo/coberturas/mensalao/noticia/mensalao-cronologia-do-caso.ghtml>

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. Saraiva Educação SA, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8, p. 131-142, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva; Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2015.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. **The enigma of reason**. Harvard University Press, 2017.

MILLER, Alexander. **Contemporary metaethics: an introduction**. John Wiley & Sons, 2014.

MILLER, Seumas. Social Institutions. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford, 2019. Acesso em: 18/05/2023. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/social-institutions/>

MILLER, Seumas. Social Institutions. In: ZALTA, Edward N. (ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford, 2019. Acesso em: 26/06/2023. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/sum2019/entries/social-institutions>.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e Cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente**. São Paulo: RT, 2013.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de processo**. Nº 206. São Paulo: RT, 2012.

MONMOUTH POLL REPORTS. Majority Disapprove of Reversing Roe. **Monmouth University Polling Institute**, 2022. Acesso em 16/05/2023. Disponível em: [https://www.monmouth.edu/polling-institute/reports/monmouthpoll\\_us\\_062822/](https://www.monmouth.edu/polling-institute/reports/monmouthpoll_us_062822/)

MOORE, G. E. **Principia ethica**. New York: Barnes & Noble Books, 2005.

MORI, Leticia. Como julgamento de neonazista gaúcho em 2003 determinou como Brasil vê a liberdade de expressão. São Paulo: **BBC News**, 2022. Acesso em: 25/05/2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-60353371>

MUGNATTO, Sílvia. Decisão do STF de negar habeas corpus a Lula repercute na Câmara. Brasília: **Radio Câmara, A voz do Brasil**, 2018. Acesso em: 25/05/2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/radio/programas/535313-decisao-do-stf-de-negar-habeas-corpus-a-lula-repercute-na-camara/>

MURPHY, Walter F.; TANENHAUS, Joseph. Public opinion and Supreme Court: the Goldwater campaign. **Public Opinion Quarterly**, v. 32, n. 1, p. 31-50, 1968.

MYERS, David G. Discussion-induced attitude polarization. **Human Relations**, v. 28, n. 8, p. 699-714, 1975.

MYERS, David G.; BISHOP, George D. Enhancement of dominant attitudes in group discussion. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 20, n. 3, p. 386, 1971.

NAGEL, Thomas. **Visão a partir de lugar nenhum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 1999.

NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NISBETT, R.E., COHEN, D. **Culture of honor: The psychology of violence in the South**. Boulder, CO: Westview Press, 1996.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth. **The spiral of silence: Public opinion, our social skin**. University of Chicago Press, 1993.

NORTH, Douglass C. Institutions. **Journal of economic perspectives**, v. 5, n. 1, p. 97-112, 1991.

OECHSSLER, Jörg; ROIDER, Andreas; SCHMITZ, Patrick W. **Cooling-Off in Negotiations-Does It Work?**, 2008.

O'LEARY-HAWTHORNE, John; PRICE, Huw. How to stand up for non-cognitivists. **Australasian Journal of Philosophy**, v. 74, n. 2, p. 275-292, 1996.

OLIVEIRA, André Matos de Almeida; CARDOSO, Renato César. **Ceticismo ético no direito**: problemas conceituais e empíricos do discurso moral. 2019. 120 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

OLIVEIRA, André; CÔRTEZ, Pâmela; WYKROTA, Leonardo Martins. Divergências de Princípio: argumentos jurídicos e morais em um cenário de desacordos sociais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, p. 90-115, 2018.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF**: do autoritarismo à democracia. Rio de Janeiro: Campus/Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, Lucas Costa de. A tese do caso especial na forma da teoria do discurso: um estudo em Robert Alexy. **Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, v. 2, n. 1, p. 254-269, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Morais Milan de; CARDOSO, Renato César. **Modelos de comportamento judicial sob a ótica realista**: evolução, convergências e o problema das decisões políticas. 2020. 284 f. Dissertação (mestrado).

OLSON, Jonas. **Moral error theory**: History, critique, defence. OUP Oxford, 2014.

OOSTERBEEK, Hessel; SLOOF, Randolph; VAN DE KUILEN, Gijs. Cultural differences in ultimatum game experiments: Evidence from a meta-analysis. **Experimental Economics**, v. 7, n. 2, p. 171-188, 2004.

ORTELLADO, Pablo; RIBEIRO, Marcio Moretto; ZEINE, Leonardo. Existe polarização política no Brasil? Análise das evidências em duas séries de pesquisas de opinião. **Opinião Pública**, Campinas, v. 28, nº1, p. 62-91, 2022.

PAIXÃO, Mayara. Brasil corre risco de entrar em polarização severa, diz pesquisa. **Folha de São Paulo**, 2023. Acesso em: 19/05/2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2023/04/brasil-corre-risco-de-entrar-em-polarizacao-severa-diz-pesquisa.shtml>

PAUL, Sarah. **Philosophy of Action**: A Contemporary Introduction. Routledge, 2020.

PIRES, Terezinha Inês Teles. A legitimação do aborto à luz dos pressupostos do estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 363-390, 2013.

PODER360. Datafolha confirma PoderData e mostra que aprovação do STF é baixa. **Poder360**, 2021. Acesso em: 25/05/2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/justica/datafolha-confirma-poderdata-e-mostra-que-aprovacao-do-stf-e-baixa/>

POHLMANN, Eduardo Augusto. O discurso jurídico como um caso especial do discurso prático geral: uma análise da teoria discursiva do Direito de Robert Alexy. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 27, 2007.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Tradução: Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **How judges think**. 1st. ed. -. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. **Overcoming law**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

POSNER, Richard A. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

PRADO, Mariana M.; TREBILCOCK, Michael J. **Advanced introduction to law and development**. Edward Elgar Publishing, 2014.

PRAZERES, Leandro. Brasil vive 'mistura tóxica de ódio pessoal e polarização política', diz americano especialista em democracia na América Latina. **BBC News Brasil**, 2022. Acesso em: 19/05/2023. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-62144553>

PRICE, Huw et al. **Expressivism, pragmatism and representationalism**. Cambridge University Press, 2013.

RANKIN, Daniel J.; BARGUM, Katja; KOKKO, Hanna. The tragedy of the commons in evolutionary biology. **Trends in ecology & evolution**, v. 22, n. 12, p. 643-651, 2007.

RAPHAEL, D.D. Hume and Adam Smith on justice and utility. **Proceedings of the Aristotelian Society**, 1972, p. 87-103.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Ed. ampl. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 3. ed. rev. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RAZ, Joseph. **Between authority and interpretation**: On the theory of law and practical reason. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RAZ, Joseph. **Engaging reason**: On the theory of value and action. Oxford University Press, 1999.

RAZ, Joseph. **Ethics in the public domain**: essays in the morality of law and politics. Oxford: Clarendon Press, 1995.

RAZ, Joseph. On the nature of rights. **Mind**, v. 93, n. 370, p. 194-214, 1984.

RAZ, Joseph. Professor Dworkin's Theory of Rights. **Political Studies**, v. 26, n. 1, p. 123-137, 1978.

RAZ, Joseph. Rights and individual well-being. **Ratio Juris**, v. 5, n. 2, p. 127-142, 1992.

RAZ, Joseph. **The authority of law**: essays on law and morality. Oxford: Oxford University Press, 1979.

RAZ, Joseph. **The morality of freedom**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze**: o STF, seus bastidores e suas crises. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

REYES, Raul A. The Supreme Court has a legitimacy crisis. Here's one easy way to help fix it. **CNN Opinion**, 2023. Acesso em: 16/05/2023. Disponível em: <https://edition.cnn.com/2023/01/07/opinions/supreme-court-video-cameras-reyes/index.html>

REZENDE, Constança; COLETTA, Ricardo Della. Por 8 a 2, STF torna réus 100 dos denunciados pelo 8/1; Mendonça e Kassio divergem. São Paulo: **Folha de São Paulo**, 2023. Acesso em: 26/06/2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2023/04/stf-torna-reus-100-denunciados-pelo-81-com-divergencias-de-mendonca-e-kassio.shtml>

ROBINSON, William Peter (Ed.). **Social groups and identities**: Developing the legacy of Henri Tajfel. Psychology Press, 1996.

ROCHA, João Cezar de Castro. **Guerra cultural e retórica do ódio**: crônicas de um Brasil pós-político. Goiânia: Editora e Livraria Caminhos, 2021.

ROCHA, Marcelo. Datafolha: STF melhora imagem e é mais bem avaliado entre os críticos de Bolsonaro. São Paulo: **Folha de São Paulo**, 2022. Acesso em: 25/05/2023. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2022/12/datafolha-stf-melhora-imagem-e-e-mais-bem-avaliado-entre-os-criticos-de-bolsonaro.shtml>

RODRIGUEZ-BLANCO, Veronica. If you cannot help being committed to it, then it exists: A defence of robust normative realism. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 32, n. 4, p. 823-841, 2012.

ROMANO, Clayton. Polarização pátria. **O Estado de São Paulo**, 2022. Acesso em 19/05/2022. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/polarizacao-patria/>

RUSE, Michael. **The Cambridge encyclopedia of Darwin and evolutionary thought**. Cambridge [England]; New York: Cambridge University Press, 2013.

SCANLON, Thomas M. **Being realistic about reasons**. Oxford University Press, 2014.

SCHEINDLIN, Shira A. Trump's judges will call the shots for years to come. The judicial system is broken. US Politics: **The Guardian**, 2021. Acesso em: 16/05/2023. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2021/oct/25/trump-judges-supreme-court-justices-judiciary>

SCHKADE, David et al. What Happened on Deliberation Day? **California Law Review** 95, no. 3, pp. 915–40, 2007.

SCHWÖRER, Jakob; VIDAL, Xavier Romero; VALLEJO, Silvana Moreno. The rise and fall of GMOs in politics: party positions and mainstream party behaviour in Western Europe. **Environmental Sociology**, v. 9, n. 1, p. 93-106, 2023.

SCRUTON, Roger. **Conservadorismo**: um convite à grande tradição. 1ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2019.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. **The Supreme Court and the attitudinal model revisited**. Cambridge University Press, 2002.

SETIYA, Kieran; PAAKKUNAINEN, Hille. **Internal reasons: Contemporary readings**. MIT Press, 2011.

SHAPIRO, Scott J. **The Hart-Dworkin debate: A short guide for the perplexed**. Available at SSRN 968657, 2007.

SHERIF, M. et al. **Intergroup conflict and cooperation: The Robbers Cave experiment (Vol. 10)**. Norman, OK: University Book Exchange, 1961.

SHERIF, M. **Experimental study of positive and negative intergroup attitudes between experimentally produced groups: robbers cave study**. Norman, OK: University of Oklahoma, 1954.

SHERIF, M. Experiments in group conflict. **Scientific American**, 195 (5), 54-59, 1956.

SHERIF, M. Superordinate goals in the reduction of intergroup conflict. **American Journal of Sociology**, 349-356, 1958.

SIDES, John; TAUSANOVITCH, Chris; VAVRECK, Lynn. **The bitter end: The 2020 presidential campaign and the challenge to American democracy**. Princeton University Press, 2022.

SIDES, John; TAUSANOVITCH, Chris; VAVRECK, Lynn. **The bitter end: The 2020 presidential campaign and the challenge to American democracy**. Princeton University Press, 2022.

SILVA, Jeferson. Mapeando o Supremo: as posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). **Novos estudos CEBRAP**, v. 37, p. 35-54, 2018.

SIMMONDS, N. E. **Law as a Moral Idea**. Cambridge, Mass.: Oxford University Press, 2007.

SKYRMS, Brian. **Evolution of the social contract**. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SKYRMS, Brian. **The stag hunt and the evolution of social structure**. Cambridge University Press, 2004.

SMITH, Adam. **Teoria dos sentimentos morais**, ou, Ensaio para uma análise dos princípios pelos quais os homens naturalmente julgam a conduta e o caráter, primeiro de seus próximos, depois de si mesmos; acrescida de uma dissertação sobre a origem das línguas. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

SMITH, Michael. Beyond the error theory. In: **A World Without Values**. Springer, Dordrecht, 2010. p. 119-139.

SMITH, Michael. **The moral problem**. Cambridge: Mass.: Blackwell Publ., 1995.

SOBEL, David. **From valuing to value: a defense of subjectivism**. Oxford University Press, 2016.

STANFORD, P. Kyle. The difference between ice cream and Nazis: Moral externalization and the evolution of human cooperation. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 41, 2018.

STREUMER, Bart. **Unbelievable errors**: An error theory about all normative judgements. Oxford University Press, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. **# Republic**: Divided Democracy in the Age of Social Media. Princeton University Press, 2017.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional Personae. **The Supreme Court Review**, v. 2013, n. 1, p. 433-460, 2014.

SUNSTEIN, Cass R. et al. **Are judges political?** an empirical analysis of the federal judiciary. Brookings Institution Press, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements. **Harvard Law Review**, v. 108, n. 7, p. 1733-1772, 1995.

TAJFEL, Henri; TURNER, John C. The social identity theory of intergroup behavior. **Psychology of intergroup relations**, v. 2, p. 7-24, 1986.

TAJFEL, Henri (Ed.). **Social identity and intergroup relations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

TAJFEL, Henri et al. An integrative theory of intergroup conflict. **Organizational identity: A reader**, v. 56, n. 65, p. 9780203505984-16, 1979.

TAJFEL, Henri. Cognitive aspects of prejudice. **Journal of biosocial science**, v. 1, n. S1, p. 173-191, 1969.

TAJFEL, Henri. Experiments in intergroup discrimination. **Scientific American**, v. 223, n. 5, p. 96-103, 1970.

TAJFEL, Henri. Human groups and social categories: **Studies in social psychology**. Cup Archive, 1981.

TAJFEL, Henri. Social identity and intergroup behaviour. **Social science information**, v. 13, n. 2, p. 65-93, 1974.

TAJFEL, Henri. Social psychology of intergroup relations. **Annual review of psychology**, v. 33, n. 1, p. 1-39, 1982.

TARUFFO, Michele. **A motivação da sentença civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

TARUFFO, Michele. O fato e a interpretação. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 26, n. 2, 2010.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TAYLOR, William W. How The Supreme Court Is Destroying Its Own Legitimacy. **Alliance for justice, News and Media**, 2023. Acesso em 16/05/2023. Disponível em: <https://www.afj.org/article/how-the-supreme-court-is-destroying-its-own-legitimacy/>

THE ECONOMIST. America's Supreme Court faces a crisis of legitimacy: The nine justices are increasingly at odds with the majority of citizens. **The Economist Briefing**, 2022.

THOMAS, Alan (ed.). **Bernard Williams**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

TIEFENSEE, Christine. Error Theory, Relaxation and Inferentialism. In: MACHUCA, Diego E. **Moral Skepticism: New Essays**. New York: Taylor & Francis Group - Routledge, 2017, pp. 49-69.

TINBERGEN, Niko. On aims and methods of ethology. **Zeitschrift für tierpsychologie**, v. 20, n. 4, p. 410-433, 1963.

TJSP. Órgãos da Justiça. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Acesso em 18/05/2023. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PoderJudiciario/PoderJudiciario/OrgaosDaJustica#>

TODOROV, Tzvetan. **O espírito das luzes**. São Paulo: Barcarolla, 2008.

TOSI, Justin; WARMKE, Brandon. **Grandstanding**: The use and abuse of moral talk. Oxford University Press, USA, 2020.

TRAUMANN, Thomas. A polarização chegou no Supremo. São Paulo: **Veja, Política**, 2023. Acesso em: 25/05/2023. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/thomas-traumann/a-polarizacao-chegou-no-supremo/>

TRIVERS, Robert L. The evolution of reciprocal altruism. **The Quarterly review of biology**, v. 46, n. 1, p. 35-57, 1971.

TRIVERS, Robert. Reciprocal altruism: 30 years later. In: KAPPELER, Peter M.; VAN SCHAIK, Carel P. **Cooperation in primates and humans**. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2006.

TURNER, John C. **Social influence**. Milton Keynes: Open University Press, 1991.

VAN LIER, Jens; REVLIN, Russell; DE NEYS, Wim. Detecting cheaters without thinking: Testing the automaticity of the cheater detection module. **PloS one**, v. 8, n. 1, p. e53827, 2013.

VEJA. Relembra outros bate-bocas entre ministros do STF. São Paulo: **Revista Veja**, 2017. Acesso em: 25/05/2017. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/politica/relembra-outras-bate-bocas-entre-ministros-do-stf>

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Editora Revan, 1999.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, v. 19, p. 39-85, 2007.

WALDRON, Jeremy. A right to do wrong. **Ethics**, v. 92, n. 1, p. 21-39, 1981.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Cambridge, Mass.: Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. **The Yale Law Journal**, Vol. 115, No. 6, 2006, pp. 1346-1406.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Inclusive legal positivism**. Oxford: Clarendon Press, 1994.

WEINRIB, Ernest J. Legal formalism: On the immanent rationality of law. **Yale LJ**, v. 97, p. 949, 1987.

WEINRIB, Ernest J. **The idea of private law**. Cambridge, Mass.: Oxford University Press, 2012.

WHITFIELD, John. The biology of reputation. **The Reputation Society**, p. 39-50, 2012.

WILLIAMS, Bernard. **Ethics and the limits of philosophy**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.

WILLIAMS, Bernard. **Moral luck**: philosophical papers, 1973-1980. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 1981.

WILSON, Edward O. **A conquista social da terra**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ZHOU, Li. The end of Roe, one year later: The devastating impact of Dobbs, by the numbers. **Vox**, 2023. Acesso em: 26/06/2023. Disponível em:  
<https://www.vox.com/2023/6/23/23771804/roe-dobbs-abortion>