

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Vinicius de Souza Faggion

OS FUNDAMENTOS MORAIS DO PAPEL JUDICIAL:

Uma investigação filosófica sobre obrigações constitutivas de papéis

Belo Horizonte

2021

Vinicius de Souza Faggion

**OS FUNDAMENTOS MORAIS DO PAPEL JUDICIAL:
Uma investigação filosófica sobre obrigações constitutivas de papéis**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em
Direito Faculdade de Direito da Universidade Federal
de Minas Gerais como requisito parcial para a
obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante

Belo Horizonte

2021

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

S154f Faggion, Vinicius de Souza
Os fundamentos morais do papel judicial [manuscrito]: uma
investigação filosófica sobre obrigações constitutivas de papéis / Vinicius
de Souza Faggion. - 2021.

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

1. Direito - Teses. 2. Juízes - Teses. 3. Ética profissional - Teses.
I. Bustamante, Thomas da Rosa de. II. Universidade Federal de Minas
Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.962.6

DEFESA DE TESE DE DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO E JUSTIÇA
BEL. VINICIUS DE SOUZA FAGGION

Aos três dias do mês de setembro de 2021, às 14h00, via plataforma virtual, reuniu-se, em sessão pública, a Banca Examinadora constituída de acordo com o art. 73 do Regulamento do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e das Normas Gerais de Pós-Graduação da Universidade Federal de Minas Gerais, integrada pelos seguintes professores: Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (orientador do candidato/UFMG); Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG); Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (UFMG); Prof. Dr. Noel Struchiner (PUC- RJ) e Profa. Dra. Andrea Luisa Bucchile Faggion (UEL), designados pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, para a defesa de Tese de Doutorado do **Bel. VINICIUS DE SOUZA FAGGION**, matrícula nº **2017650727**, intitulada: **"OS FUNDAMENTOS MORAIS DO PAPEL JUDICIAL: UMA INVESTIGAÇÃO FILOSÓFICA SOBRE OBRIGAÇÕES DE PAPEL"**. Os trabalhos foram iniciados pelo orientador do candidato, Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante, que, após breve saudação, concedeu ao candidato o prazo máximo de 30 (trinta) minutos para fins de exposição sobre o trabalho apresentado. Em seguida, passou a palavra ao Prof. Dr. Thiago Lopes Decat, para o início da arguição, nos termos do Regulamento. A arguição foi iniciada, desta forma, pelo Prof. Dr. Thiago Lopes Decat, seguindo-se-lhe, pela ordem, os Professores Doutores: Leandro Martins Zanitelli, Noel Struchiner, Andrea Luisa Bucchile Faggion e Thomas da Rosa de Bustamante. Cada examinador arguiu o candidato pelo prazo máximo de 30 (trinta) minutos, assegurando ao mesmo, igual prazo para responder às objeções cabíveis. Cada examinador atribuiu conceito ao candidato, tendo se verificado o seguinte resultado:


Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (orientador do candidato/UFMG)

Conceito: 100 (cem).....

Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG)

Conceito: 100 (cem) pontos.....

Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (UFMG)

Conceito: 100 (cem).....

Prof. Dr. Noel Struchiner (PUC- RJ)

100 (cem)

Conceito:.....

Profa. Dra. Andrea Luisa Bucchile Faggion (UEL)

Conceito: 100 (sem)

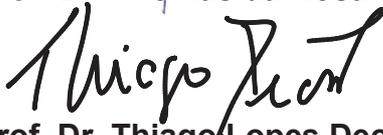


A Banca Examinadora considerou o candidato..... APROVADO....., com nota¹⁰⁰. Nada mais havendo a tratar, o Professor Doutor Thomas da Rosa de Bustamante, orientador do candidato, agradecendo a presença de todos, declarou encerrada a sessão. De tudo, para constar, eu, Fernanda Bueno de Oliveira, Servidora Pública Federal lotada no PPG Direito da UFMG, mandei lavrar a presente ata, que vai assinada pela Banca Examinadora e com o visto do candidato.

BANCA EXAMINADORA:

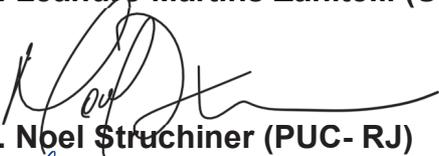


Prof. Dr. Thomas da Rosa de Bustamante (orientador do candidato/UFMG)



Prof. Dr. Thiago Lopes Decat (UFMG)

Leandro M. Zanitelli
Prof. Dr. Leandro Martins Zanitelli (UFMG)



Prof. Dr. Noel Struchiner (PUC- RJ)



Profa. Dra. Andrea Luisa Bucchile Faggion (UEL)



FACULDADE DE DIREITO UFMG

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFMG

- **CIENTE:** Vinicius de Souza Faggion (Doutorando)

Vinicius de Souza Faggion

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Av. João Pinheiro, 100 - 11º andar - Centro - Belo Horizonte - MG - Brasil - 30130-180
Fone: (31) 3409.8635 - E-mail: info.pos@direito.ufmg.br - <https://pos.direito.ufmg.br>

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Thomas Bustamante, que é um grande exemplo de professor e acadêmico. Sou grato pela generosidade e por ter incentivado o debate sobre o meu problema de pesquisa.

A todos os professores que contribuíram com a discussão e com o desenvolvimento da pesquisa. Andrea Faggion, Ronaldo Macedo, e Thiago Decat pela análise crítica em fases anteriores do trabalho; principalmente ao Thiago por ter acompanhado mais de perto o progresso da pesquisa. Também aos professores André Coelho e Saulo Mattos. Finalmente à Heidi Hurd e Michael Moore, que tive o privilégio de conhecê-los e trocar ideias.

Não dispensei agradecimentos a outros professores do próprio programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG e de outras universidades, que contribuíram muito para minha formação como pesquisador, hoje e ontem. Ao Leandro Zanitelli pelas aulas e discussões cuidadosas da bibliografia planejada, e ao Bernardo Gonçalves pelos seminários sobre Cortes Constitucionais. Como também a Bruno Camilloto, Desidério Murcho, Fábio Shecaira e Noel Struchiner, por terem despertado o interesse e me incentivado a continuar refletindo problemas de filosofia e do direito. Ainda sou grato ao Noel, por ter me encorajado a manter o tema de pesquisa, para aprofundá-lo noutro programa de pós-graduação.

À UFMG e à Capes pelo auxílio financeiro, sem o qual essa pesquisa e o doutorado teria sido muito mais difíceis.

À Angelina, Fernanda e Saul, secretários da pós-graduação, que sempre forneceram todas as informações que precisei, mesmo à distância.

Ao amigo Lucas Miotto, pela ajuda imensurável na discussão de argumentos complicados. Sem seus comentários não teria chegado sozinho às ideias e aos resultados alcançados. Também pelo apoio em momentos de inquietação.

A todos os amigos que fiz durante o doutorado:

Saúdo especialmente Henrique Noya e Rodrigo Dornas, que acompanharam de perto muito do desenvolvimento da pesquisa. Eles nunca deixaram de discutir questões controversas, leram, e me criticaram. O apoio de ambos fez com que esse e outros trabalhos melhorassem. Enquanto isso, partilhamos muitos momentos de descontração nos períodos mais tranquilos, também nos mais embaraçados do doutorado.

Também agradeço imensamente aos amigos do Debates Avançados. Franklin, Yago, Emanuel, Arísio e, sobretudo, André, Lorena, Luiz, Pâmela, Rafaela e Rodrigo. Não fossem

seus comentários francos e o ambiente acolhedor para a discussão esta tese não estaria completa e arrumada.

Por fim, à Alexia, Ana, Ana Luísa, Daniel, Deivide, Igor, João Vítor, João Paulo, Lucas, Marina, Mirlir, Robson, Rayara, Tiago, Ludmilla e Stefany. As duas últimas em especial, pelos momentos e experiências compartilhados durante nossos estágios de docência.

À Dr. Ana Maria Pagani e ao Dr. Thiago Pandossio, por terem cuidado da minha saúde mental.

Aos companheiros de *squad* André Pinotti, Giovanni Di Gennaro e Lucas Grecco, por me ajudarem a lidar com algumas frustrações ao longo desse período difícil de quarentena em 2020 e 2021. Amigos com quem compartilho muitas conquistas, sempre com positividade.

Aos amigos de longa e muito longa data Breno, Luanda e Ivaldo Jr.

Aos meus pais Carlos e Denise pelo suporte absoluto, sempre. Também aos tios Luiz Carlos e Cida. À Dani e ao primo Thiago, que também escolheu a academia e é um grande incentivo (apesar da Engenharia Química ter pouco a ver com a Filosofia do Direito!). E à vó Jô, vó Magnólia, e ao vô Mário, que deixam saudades.

“The judicial conscience is an artful dodger, it will hide in the nooks and crannies of the professional ethics, run to the cave of role limits, [and] seek the shelter of separation of powers. ” (Robert Cover, *Justice Accused*, 1984).

Resumo

Em sistemas jurídicos razoavelmente justos, sobretudo nos democráticos, há amplo consenso tanto na filosofia política, quanto pelo senso comum, de que juízes têm uma obrigação moral de obedecer ao direito, mesmo que isso implique na tomada de decisões injustas ou moralmente questionáveis. Tal obrigação moral é vista como sendo de um tipo especial, nomeadamente, uma obrigação de papel, um dever adquirido pelo fato de o agente ocupar a função de juiz. A tese procurará pôr em causa essa forte convicção em torno das obrigações morais dos juízes. Logo, teriam juízes, de fato, uma obrigação derivada do seu papel, que os vincula moralmente ao direito? Papéis sociais profissionais, como o judicial, são fontes de obrigações morais? Responder essas perguntas requer uma investigação aprofundada sobre o caráter dos deveres relacionados a papéis sociais e sobre a possibilidade de papéis constituírem obrigações morais.

Palavras chave: Juízes. Obrigações de Papel. Obrigações Morais. Ética Profissional. Obrigações Políticas. Autoridade.

Abstract

In reasonably just legal systems, especially in democratic ones, there is a broad consensus in both political philosophy and common sense reason that judges have a moral obligation to obey the law, even if this implies making unjust or morally questionable decisions. Such a moral obligation is seen to be of a special kind, namely, a role obligation, a duty acquired by the fact that the agent occupies the judicial role. The thesis will seek to call into question this strong conviction about the moral obligations of judges. Therefore, would judges in fact have an obligation derived from their role, which binds them morally to law? Are social-professional roles, such as the judicial one, sources of moral obligations? Answering these questions requires an in-depth investigation into the character of duties related to social roles and on the possibility of roles acting as determinants of moral obligations.

Keywords: Judges. Role Obligations. Moral Obligations. Professional Ethics. Political Obligations. Authority.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ENTENDENDO OS PROBLEMAS MORAIS DO PAPEL JUDICIAL	17
1.1. A abrangência do problema da moralidade dos papéis	17
1.2. Juízes e os casos moralmente subótimos.....	22
1.2.1. <i>Crença na possibilidade de casos subótimos</i>	23
1.2.2. <i>Crença de que o direito, enquanto sistema de regras, seja capaz de prescrever respostas corretas</i>	24
1.2.3. <i>Crença na imperfeição moral dos resultados exigidos pelo direito</i>	25
1.2.4. <i>Possibilidade de que as decisões judiciais sejam ser informadas por razões extrajurídicas</i>	25
1.2.5. <i>Crença de que juízes podem estar moralmente justificados em desconsiderar o direito em sistemas jurídicos razoavelmente justos</i>	26
1.3. Desvios” vs. “discricionariedade”	27
1.4. O Dilema do Perspectivismo Jurídico.....	31
1.5. Como o problema das obrigações morais dos juízes é tratado na filosofia do direito	37
1.5.1. <i>As teorias da adjudicação diante dos desvios</i>	37
1.5.1.1. <i>Formalismo (presumido)</i>	38
1.5.1.2. <i>Direito como integridade</i>	43
1.5.1.3. <i>O particularismo jurídico</i>	49
1.5.1.4. <i>O impacto do problema das obrigações de papel sobre as teorias da adjudicação</i>	52
1.5.2. <i>O papel judicial e o problema das obrigações políticas</i>	53
2. O ARGUMENTO DA CLARA CISÃO	61
2.1. O que são papéis e como eles podem fazer uma diferença moral	62
2.2. As rotas direta e menos direta para a moralidade dos papéis.....	64
2.3. A rota indireta: o argumento da clara cisão	73
2.4. O caráter “absoluto” das obrigações de papel para seus ocupantes.....	78
2.4.1. <i>O subterfúgio da redescrição de condutas</i>	80
2.4.2. <i>A clara cisão se apegando apenas a parte da história</i>	85
2.4.3. <i>A clara cisão se apegando a um retrato contestável da adjudicação</i>	86

3. OS ARGUMENTOS DO FAIR PLAY, O PAPEL JUDICIAL (E DEVERES DE JUSTIÇA).....	91
3.1. Dois fundamentos diversos para obrigações políticas?	91
3.1.1. <i>O dever natural de obedecer ao direito</i>	94
3.1.2. <i>A obrigação do fair play para os juízes</i>	96
3.2. As obrigações políticas de Rawls prosperam ou sucumbem, juntas	99
3.3. Pois bem, onde está o conflito?	100
3.4. Que tipo de obrigações o <i>fair play</i> efetivamente implica?	104
3.4.1. <i>O fair play não impede quaisquer desvios</i>	105
3.4.2. <i>Você realmente quer esse benefício, MM. Juiz(a)?</i>	107
3.4.3. <i>O subterfúgio da redescrição (parte dois)</i>	108
3.5. Um dever natural muito fraco ou redundante?	111
3.5.1. <i>Objeção da redundância</i>	112
3.5.2. <i>Objeção da fraqueza</i>	114
3.5.3. <i>A desobediência civil é uma saída?</i>	115
3.5.4. <i>A força do dever natural em sociedades moderadamente justas</i>	116
3.6. O <i>fair play</i> e as permissões relativas ao papel	121
3.7. Síntese dos argumentos	126
4. OBRIGAÇÕES ASSOCIATIVAS SÃO OBRIGAÇÕES MORAIS DE PAPEL? .	128
4.1. Dworkin e a obrigação política associativa	130
4.2. Objeções ao caráter constitutivo da obrigação política associativa	136
4.2.2. <i>Obrigações políticas associativas não são reais, são ideias</i>	138
4.2.3. <i>Obrigações políticas associativas são obrigações morais gerais, mas especiais só para seus membros?</i>	139
4.3. Razões associativas não são razões de papel	144
5. ESTRITA OBEDIÊNCIA AO ESTADO DE DIREITO?	155
5.1. O Estado de Direito (e seus limites morais).....	155
5.1.1. <i>Não seja muito formal</i>	157
5.1.2. <i>Seja mais substancial, mas não muito!</i>	158
5.2. Os argumentos constitutivos do Estado de Direito.....	164
5.2.1. <i>Obedeça ao Estado de Direito, e proteja nossas liberdades individuais</i>	165
5.2.2. <i>Juiz, proteja os interesses e a confiança dos cidadãos nas instituições</i>	166
5.2.3. <i>V. Ex.a, resguarde nossa igualdade (formal)</i>	168
5.2.4. <i>É papel do juiz ser um servidor eficiente!</i>	169

5.3.	Objeções.....	170
5.3.1.	<i>Contra o apelo à proteção das liberdades individuais</i>	171
5.3.2.	<i>Contra os argumentos da proteção de interesses e da confiança</i>	173
5.3.3.	<i>Contra a igualdade formal</i>	175
5.3.4.	<i>Contra o argumento da eficiência</i>	177
5.3.5.	<i>Virtudes desarticuladas</i>	183
5.3.6.	<i>A obrigação dos juízes não é garantir a justiça?</i>	184
6.	OS ARGUMENTOS DA DEMOCRACIA: O ELEFANTE NA SALA DE ESTAR	186
6.1.	Se a democracia fosse outra coisa, ela seria semelhante a uma ferramenta, uma pintura ou uma pessoa?	189
6.2.	O majoritarianismo simples	192
6.3.	A democracia deliberativa	194
6.4.	Onde está a democracia deliberativa?	199
6.5.	Democracia entre direitos e desacordos	207
6.6.	O desacordo razoável sobre a democracia waldroniana.....	211
6.7.	Decisões judiciais podem ser moralmente justificadas, mesmo que não sejam apropriadamente democráticas.....	217
7.	INCOMENSURABILIDADE DE VALORES, RAZÕES MORAIS EXCLUDENTES E AS OBRIGAÇÕES DOS JUÍZES	221
7.1.	Incomensurabilidade de valores justificam moralidades relativas a papéis?	222
7.1.1.	<i>O que é a incomensurabilidade de valores?</i>	228
7.1.1.1.	<i>Ideia central</i>	228
7.1.1.2.	<i>A incomensurabilidade de Joseph Raz</i>	230
7.1.2.	<i>Incomensurabilidade e a obrigação de fidelidade dos juízes ao direito</i>	235
7.1.2.1.	<i>Incomensurabilidade e a rejeição da tese da correspondência</i>	236
7.1.2.2.	<i>Dois conceitos sobre liberdade</i>	237
7.1.2.3.	<i>Incomensurabilidade enquanto conflito sobre permissões</i>	237
7.1.2.4.	<i>Incomensurabilidade enquanto conflito entre privilégios</i>	238
7.2.	A teoria da autoridade e suas razões excludentes.....	240
7.2.1.	A concepção de serviço da autoridade jurídica.....	243
7.2.2.	Superando a concepção de serviço	246
7.2.3.	Exemplos insubsistentes	246
7.2.4.	A incoerência das razões para a ação protegidas.....	250

7.3. Síntese geral	254
8. A TESE DA PARIDADE MORAL	255
8.1. A autoridade que sistemas jurídicos conseguem reivindicar.....	256
8.2. A paridade moral e as obrigações do papel judicial.....	260
8.2.1. <i>O significado nominal ou denotativo das obrigações de papel</i>	262
8.2.2. <i>O papel de um papel profissional para as obrigações morais</i>	267
8.2.3. <i>A teoria não-constitutiva da paridade moral</i>	272
8.3. Uma teoria demasiado liberal?.....	272
8.3.1. <i>Um princípio moral absoluto?</i>	274
8.3.2. <i>Dois valores sistêmicos desprezáveis? (e um caso-limite para os desvios judiciais)</i>	276
8.3.3. <i>Responsabilidades morais sem obrigações políticas</i>	281
CONCLUSÃO.....	289
REFERÊNCIAS	292

INTRODUÇÃO

Nesta tese discuto se os juízes têm ou não a obrigação moral de aplicar as disposições normativas do direito aos casos que julgam. Para tanto, considere os casos abaixo:

Yasmin é uma viúva empobrecida que aluga um apartamento do *playboy* endinheirado Rafael, que recebera o imóvel por herança e nunca trabalhou na vida. Yasmin deixou de pagar alguns aluguéis porque teve que arcar uma cirurgia não coberta pelo SUS. O *playboy* decide então mover a ação de despejo e cobrança da dívida. Yasmin está velha e debilitada para conseguir renda extra. A sua aposentadoria é contada, qualquer despesa extraordinária a deixa em apuros. Insensível a isso, Rafael insiste na evicção do imóvel. A análise dos fatos e o depoimento das partes comprova que Yasmin é moralmente inocente, ela não fez nada para merecer o despejo, embora, juridicamente, ela tenha descumprido o contrato. Desse modo, nem mesmo razões morais de justiça parecem exigir uma decisão contra ela. Por exemplo, em termos consequencialistas, o despejo também não vai maximizar a utilidade combinada dos litigantes, porque Yasmin precisa mais do imóvel que Rafael do dinheiro. Lucas, o juiz responsável pelo caso, também não violaria os direitos morais de qualquer litigante se for favorável à viúva. Obviamente, a decisão violaria os direitos jurídicos do proprietário, mas, para começar, ele não tem, ausentes as normas jurídicas cíveis, um direito moral incontroverso de receber o aluguel de Yasmin. Caso o direito não exigisse o despejo, Lucas teria, considerando todas as coisas (*all-things-considered*), uma razão moral bem menos controversa para julgar contra as pretensões do proprietário (BRAND-BALLARD, 2014, p. 81).

Smith vive um relacionamento conjugal conturbado. O seu marido tem um temperamento explosivo e frequentemente espanca não só a esposa como os seus filhos. Apesar da existência de campanhas que incentivam a denúncia contra atos de violência doméstica, Smith tem receio de revelar a gravidade da situação para pessoas próximas ou para a polícia, por temer retaliações futuras do cônjuge. Nesse contexto, Smith tem a crença justificada de que não tardará o dia em que o marido tentará matar não só ela como as crianças. Por crer não ser capaz de garantir a segurança de quem quer que seja caso fujam, ela decide em favor de um ataque preventivo, mesmo tendo plena consciência de que o direito não reconhece como excludente de culpabilidade um caso de retaliação por violência doméstica sem circunstâncias para a legítima defesa. Ela então espera que o marido durma, e o fere letalmente. Jones, o juiz responsável por conduzir o processo que determinará a condenação ou absolvição de Smith, analisa cuidadosamente todos os fatos relacionados ao caso, os meios de prova e depoimentos, e conclui que a ré é moralmente inocente e não mereceria a punição prevista. Jones

evidentemente sabe que as normas penais que incidem no caso exigem a punição quando não há legítima defesa. Logo, assim como Smith, Jones tem que decidir se desconsidera ou não o direito. Ou ele conforma-se com as regras de decisão que exigem a punição, ou absolve a ré por acreditar que ela não merece ser punida embora não haja justificção legal para tanto (HURD, 1999, p. 10).

Teriam os juízes Lucas e Jones o direito de adjudicar em favor dos réus? Ou, pelo contrário, eles não têm a obrigação moral de aplicar as regras cíveis e penais disponíveis? Penso que nesses casos juízes não devem se ater ao direito. Eles devem desviar das regras em vigor para evitar que a coerção estatal seja imposta contra desobedientes inocentes como Yasmin e Smith.

Contra essa hipótese há uma influente intuição presente não só na ciência jurídica, como também na opinião popular de muitas pessoas: os juízes, *em virtude do papel que desempenham*, têm a obrigação moral de obedecer ao direito. Portanto, é dever profissional do juiz sempre se ater ao direito enquanto julgar. Sob essa percepção, um oficial que julga à revelia do direito viola os padrões éticos que definem o papel judicial. Ele é considerado um juiz irresponsável, talvez nem sequer um sujeito apto a desempenhar a função judicial.

Opiniões como essa são um tanto populares. Por exemplo, Steven D. Smith (1988, p. 114) afirma que “juristas e acadêmicos do direito com frequência parecem considerar a obrigação judicial de seguir estatutos legais como se fosse um tanto óbvia para requerer justificção”.¹ M. B. E. Smith (1999, p. 1658) também garante que o consenso sobre juízes sempre estarem legal e moralmente vinculados ao direito é amplo não só entre os próprios juízes como “é, sem dúvida, a sabedoria popular entre os acadêmicos do direito e também entre leigos”.²

Em favor desse famigerado truísmo está a crença de que o papel dos juízes é demarcado por um conjunto de valores ou fins próprios que determinariam as suas obrigações morais. Noutras palavras, haveria uma moralidade interna à prática jurisdicional que justificaria a imposição da coerção estatal pelos juízes. Então, mesmo que cheguemos à conclusão que as punições contra Yasmin e Smith possam ser injustas, juízes estão eticamente obrigados em aplicar o direito para puni-los. Não é trabalho de o juiz corrigir tais injustiças. Mas será mesmo? Muito pelo contrário, é um tanto plausível pensar que o papel do juiz consiste justamente em

¹ Esta e as demais citações em língua estrangeira desta tese foram traduzidas de modo livre pelo autor.

² Ambos são mencionados por Brand-Ballard (2010, p. 4), que também pensa da mesma forma. Ver também Shapiro (2011, p. 532) para uma opinião como essas.

zelar pela administração da justiça. Nesse caso, se o veredito correto requer a desconsideração de razões legais, o juiz desempenha a sua função mesmo quando contradiz o direito em vigor.

Estamos então diante de uma divergência em torno das obrigações morais dos juízes. E é em torno desse desacordo que se encontra o objeto de discussão da tese, as obrigações de papel. Encontrar uma resposta satisfatória para o problema requer a determinação do *status* e da *justificação* moral das obrigações de papel.

As questões mais relevantes que a tese procura esclarecer são: (i) *como* e *se* papéis profissionais, como o judicial, podem ser capazes de constituir obrigações morais especiais para os seus ocupantes; e (ii) se tais obrigações atribuídas ao papel judicial permanecem vinculantes mesmo em casos de conflito com outras convicções morais.

As respostas a essas questões revelarão qual é, digamos, o papel dos papéis. Ou papéis profissionais atuam como determinantes de obrigações morais, ou eles desempenham outra função no nosso raciocínio moral.

Como penso que papéis profissionais não podem atuar diretamente como fonte de justificação das obrigações morais contraídas pelos seus ocupantes, parte da tese é destinada à exposição e análise crítica de um conjunto de teorias ou argumentos que chamarei *constitutivos*.³ Cada um deles procura explicar como juízes têm obrigação moral de fidelidade ao direito, em virtude do papel profissional que desempenham. Portanto, uma parte substancial da minha tese será voltada à apresentação e avaliação crítica dos argumentos constitutivos disponíveis. Após expor as razões que desafiam a plausibilidade desses argumentos, terei de explicar como papéis podem influir nos juízos morais dos agentes que os ocupam de maneira não constitutiva. Desse modo, no capítulo final da tese, eu apresento uma teoria sobre obrigações de papel que considero correta, bem como procuro afastar algumas objeções levantadas contra ela. Mas, antes de abordar os argumentos constitutivos propriamente ditos, é necessário tornar mais claro os termos do problema em discussão. O primeiro capítulo é dedicado a isso.

Entre os capítulos dois a sete, examino criticamente os argumentos constitutivos melhor articulados que pude encontrar. São eles, respectivamente: o argumento da clara cisão, inspirado numa distinção feita por John Rawls entre a justificação de uma prática e a

³ O predicado “*constitutivo*” representa muito do que John Searle (1964; 1997) designou *regras* ou *convenções constitutivas*. Elas são regras ou padrões normativos que emergem sob determinadas práticas sociais e que contribuem para a emergência de instituições ou formas de comportamento específicas e, talvez, atuem também como critérios de avaliação e excelência moral de condutas vinculadas à essas próprias práticas. Esse é o caso dos padrões éticos de certo papel social ou profissão. Os teóricos constitutivos a que me refiro têm essa acepção em mente quando se comprometem com a ideia de que o papel judicial atua como uma fonte de justificação moral para condutas judiciais.

justificação de atos que recaem sobre ela; o *fair-play*, mais um argumento rawlsiano, voltado para justificar obrigações políticas de funcionários públicos; a teoria das obrigações políticas associativas de Ronald Dworkin; uma série de propostas baseadas no ideal político do Estado de Direito (*Rule of Law*); argumentos constitutivos baseados em teorias procedimentalistas da democracia; e duas propriedades normativas abordadas na filosofia moral e jurídica de Joseph Raz, nomeadamente, a incomensurabilidade de valores e a autoridade prática excludente do direito.

Por fim, no último capítulo, apresento a defesa do meu argumento não constitutivo, a tese da paridade moral entre as obrigações do papel judicial, os direitos e os deveres morais dos cidadãos.

1. ENTENDENDO OS PROBLEMAS MORAIS DO PAPEL JUDICIAL

O objetivo do capítulo inaugural é especificar melhor o problema de tese que apresentei brevemente na introdução. Por isso, indicarei em detalhes o que está em jogo na discussão sobre as obrigações morais dos juízes.

O primeiro passo é demonstrar como o desacordo moral em torno das obrigações do papel judicial é um exemplar de um problema abrangente para a ética profissional.

No segundo, retorno aos juízes e defino as características dos casos concretos que põem à prova a adesão moral desses oficiais ao direito, os casos *subótimos*. Também esclareço algumas considerações que precisam ser consideradas para se discutir as obrigações morais correlacionadas à tomada de decisão judicial.

Tendo em vista os problemas morais originados pelos casos subótimos, demonstro no terceiro passo como decisões judiciais que contrariam o direito em vigor são *desvios* que não se confundem com hipóteses onde a discricionariedade judicial é legalmente permitida.

Estabelecidas as bases para a discussão, eu reapresento o problema na forma de um dilema moral, nomeadamente, o *dilema do perspectivismo jurídico*.⁴ É sobre ele que os fundamentos morais das obrigações de papel são postos à prova.

Na quinta e última seção, eu evidencio como o problema da moralidade do papel judicial é abordado por algumas das mais plausíveis teorias da adjudicação e também enquanto uma investigação de interesse para a questão das obrigações políticas. Essa seção, bem como a anterior, são as mais importantes em termos de noções e ideias, pois elas invariavelmente perpassarão a discussão do tema em todos os capítulos subsequentes.

1.1. A abrangência do problema da moralidade dos papéis

Para ilustrar a abrangência do debate sobre as obrigações de papel, seguem abaixo dois casos. O primeiro representa um dilema moral para os médicos; o segundo é um problema para a ética dos advogados.

Diane descobre uma leucemia em estágio terminal. Após consultar a opinião dos oncologistas e do seu médico, o Doutor Timothy Quill, ela descobre que as suas chances de cura não eram nada promissoras. Além disso, Diane soube que a maioria dos casos de leucemia

⁴ No decorrer da tese também me referirei a esse dilema por “*dilema do perspectivismo judicial*” ou mesmo “*dilema judicial*” ou “*problema moral do papel judicial*”.

aguda tratados com quimioterapia não regrediam, e que as condições de vida dos pacientes eram angustiantes. Diante dessas evidências, Diane escolhe não se submeter ao tratamento.

Passado um tempo, depois de muitas discussões com o Dr. Quill e os seus familiares, Diane pede ajuda para morrer pacificamente em sua casa. Infelizmente, ela tem consciência sobre o suicídio médico assistido ou a eutanásia serem proibidos onde vive. Doutor Quill sugere que ela entre em contato com a *Hemlock Society*, uma organização nacional que advoga pelo reconhecimento do direito à morte assistida, e que ampara e aconselha psicologicamente pacientes terminais. Diane acaba conhecendo métodos com os quais ela pode encerrar a sua vida. Certo dia ela pede a Quill uma receita de barbitúricos para tratar da sua “insônia”, embora tanto ela quanto o terapeuta saibam que a overdose do medicamento é suficiente para o suicídio.

Depois de muitas conversas e consultas psicológicas que evidenciaram que Diane não tinha sinais sérios de depressão que afetassem o seu pleno juízo, Quill decide prescrever a receita. Dias depois, após desfrutar momentos felizes em companhia de familiares e amigos, Diane morre após tomar a dose letal. Em comunicado ao legista, Quill declara que Diane sucumbiu em razão da leucemia aguda, sem fazer menção à hipótese de suicídio, para evitar qualquer investigação policial.

Esse caso foi relatado publicamente pelo próprio Doutor Quill.⁵ Apesar de a confissão ter chocado a comunidade médica e jurídica norte-americana, Quill nunca foi acusado pela participação na morte de Diane, embora tenha ganhado notoriedade no caso *Vacco v. Quill* (1997) onde defendeu o reconhecimento legal do direito à morte assistida para um dos seus pacientes terminais.⁶

A despeito da ilegalidade do suicídio assistido, o exemplo é importante como problema moral para a medicina, porque a prática é comumente impedida, ou ao menos desencorajada, pelos códigos de ética médica. Por exemplo, nos Estados Unidos, a *American Medical Association* declara que “o suicídio médico assistido é fundamentalmente inconsistente com o papel profissional do médico”.⁷ Provavelmente boa parte dos códigos de ética médica seguem

⁵ O relato foi publicado no *New England Journal of Medicine*. Ver Quill (1991).

⁶ Com uma decisão unânime a Suprema Corte preservou o direito do Estado de Nova York manter a ilegalidade da morte assistida. Sobre *Vacco v. Quill* (1997), além de outros casos que o precederam acompanhados por uma análise crítica, ver Feinberg (1998). Nos Estados Unidos, a morte assistida é legalizada em apenas sete dos seus cinquenta Estados. No Brasil a prática é proibida.

⁷ Disponível em:

<https://policysearch.ama-assn.org/policyfinder/detail/assisted%20suicide?uri=%2FAMADoc%2FHOD.xml-0-483.xml>. A *American Nurses Association* também considera a prática antiética e proíbe a participação dos enfermeiros em intervenções dessa natureza (VOGELSTEIN, 2017). Quanto ao Brasil, o Código de Ética Médica veda ao médico: “Art. 41: Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal”.

uma tradição da medicina existente desde a antiguidade, o Juramento de Hipócrates,⁸ que sugere ser a obrigação dos profissionais de saúde voltada para a cura e a prevenção de danos contra a vida dos enfermos.⁹

Desse modo, a prática da medicina parece capaz de impor aos médicos, em razão do papel que eles desempenham, uma obrigação moral especial de zelo e cuidado com a saúde dos seus pacientes, que é incompatível com o suicídio assistido. Tal obrigação moral impediria que médicos *qua* médicos permitam o suicídio assistido, mesmo que existam razões morais extremamente favoráveis à eutanásia (*e. g.*, o sofrimento desalentador do paciente terminal e o seu consentimento livre e esclarecido em favor do direito de morrer).¹⁰

Em 1956, em Minnesota nos Estados Unidos, Zimmerman e Spaulding se envolveram num violento acidente automobilístico. Zimmerman acabou sendo considerado culpado e respondia por um processo de reparação de danos em favor dos acidentados. Um desses feridos era David Spaulding, que era menor e passageiro de Zimmerman.

Durante o curso do processo, o advogado de Zimmerman requereu que a vítima fosse examinada por um médico contratado pelo réu. O objetivo era garantir que as lesões de Spaulding não teriam sido exageradas com a finalidade de se locupletar indevidamente com a indenização. O médico de confiança de Zimmerman acabou por diagnosticar um aneurisma de aorta que não fora identificado pelos médicos que socorreram Spaulding. No entanto, o médico, o advogado de Zimmerman, e a seguradora que arcaria com a indenização optam por não divulgar essa informação. Infelizmente, o inexperiente advogado de Spaulding esquece de requerer os exames médicos como contraprova e a vítima só vem a descobrir o aneurisma dois anos depois num checkup de rotina. Mesmo tratada, a lesão o deixa com sequelas motoras permanentes. Em razão das sequelas, Spaulding ingressa com na justiça para responsabilizar aqueles que lhe negligenciaram informação.

A figura de destaque nesse caso é o advogado de Zimmerman, que justificou a decisão de ocultar a moléstia grave de Spaulding invocando uma concepção sobre as responsabilidades

⁸ “... o melhor candidato para uma norma profissional fortemente diferenciada na medicina é aquela consubstanciada na tradição Hipocrática, como ‘causar nenhum dano’ aos pacientes. Isso é interpretado em termos modernos como o dever de manter a saúde, ou prevenir a doença, incapacidade ou morte do paciente” (GOLDMAN, 1980, p. 157).

⁹ Há muita divergência entre teóricos quanto ao Juramento de Hipócrates ser um pilar da ética médica. Mas dada a tradição histórica do juramento e à grande resistência dos conselhos de medicina em admitir a morte assistida, é confortável afirmar que essa é a posição ética dominante entre os profissionais de saúde. Por exemplo, Baumrin (1998), Kass (2002) e Pellegrino (2001) consideram a obrigação de não matar como uma obrigação médica inviolável (SEAY, 2005, p. 519). Já Battin (1998), Seay (2005) e Singer (2018) são favoráveis ao dever moral médico à morte assistida.

¹⁰ Afinal, parece bastante plausível crer que pacientes terminais, com oportunidades pequenas de cura e que terão vidas miseráveis em razão da doença estejam moralmente justificados a ter o direito de escolha sobre a morte.

do seu papel que era (e ainda é) bastante influente, senão dominante, na ética jurídica. O defensor de Zimmerman diligentemente agira conforme a chamada “escusa do sistema adversarial” (“*adversary system excuse*”), um corolário profissional geralmente composto por um agregado de valores, como a confidencialidade entre o advogado e seu cliente, a parcialidade do primeiro quanto aos interesses do segundo, e a neutralidade do advogado perante o mérito moral dos atos do cliente representado.¹¹ Assim, um advogado *qua* advogado – ou seja, *enquanto* exerce seu ofício – contrairia a permissão ou até mesmo a obrigação moral de zelar pelos interesses do seu cliente, mesmo que os objetivos da representação legal possam ser considerados imorais por qualquer pessoa que não exerça o papel do advogado.¹² No caso em questão, o advogado não estaria obrigado a revelar o dano oculto da vítima que não foi identificado pelo autor da ação ou por terceiros, já que suas responsabilidades éticas estão voltadas para a obtenção dos menores prejuízos legais possíveis em favor do seu mandatário.¹³

O advogado é provavelmente a profissão que mais repercute na literatura sobre as obrigações de papel. Tanto é o caso, que o problema moral das obrigações dos juízes é apresentado como

[...] análogo a alguns estudos bem conhecidos sobre ética jurídica. Advogados geralmente justificam suas ações, caso o contrário imorais, empreendidas no curso da advocacia zelosa [*zealous advocacy*], apelando para a ‘escusa do sistema adversarial’. Eles usam essa desculpa para defender sua escolha por advogar zelosamente é moralmente permissível, senão obrigatória. A desculpa tem sido vigorosamente desafiada por David Luban, Willian Simon, e outros. Juízes em exercício, obviamente, não têm clientes. É a característica marcante do papel judicial que o juiz não represente nenhuma parte e permaneça imparcial entre todas elas. Mas alguém pode afirmar que os juízes estão obrigados a ‘zelosamente representar o direito’, mesmo quando o direito requer resultados moralmente desagradáveis. Alguém poderia afirmar que, tanto quanto advogados são permitidos, talvez até obrigados, a tomar certas ações, caso o contrário imorais, que atendam os interesses dos seus clientes, os juízes devem tomar certas ações, de outro modo, imorais quando o direito exige” (BRAND-BALLARD, 2010, p. 16, n. 58).

¹¹ Sobre o “*adversary system excuse*”, ver Luban (2007, cap.1).

¹² Huemer (2016, p. 287) nomeia essa posição convencional na ética adversarial de “Advocacia do Diabo”. Dare (2009, p. 13), que defende um argumento sobre a ética dos advogados ser fortemente diferenciada dos nossos juízos morais ordinários, reconhece a concepção padrão “segundo a qual advogados têm deveres especiais aos seus clientes que tornam atos que de outra forma contariam como moralmente impermissíveis permitidos, ou mesmo obrigatórios”. Os argumentos sobre a ética da advocacia também podem ser melhor conhecidos em Luban (1988) e Wendel (2013).

¹³ Recomendo a leitura de Cramton & Knowles (1998) sobre o caso *Spaulding*. Os autores fizeram uma análise exaustiva de *Spaulding v. Zimmerman* (1962), precedente em que se discutiu a reponsabilidade moral do advogado de Zimmerman. A corte concluiu que tal advogado não tinha uma obrigação ética de revelar a enfermidade oculta de Spaulding durante o curso do litígio. Esse caso também é interessante para se discutir as obrigações morais do médico contratado pela companhia de seguros. Reflexões sobre o papel do médico são tecidas por Applbaum (1999, cap. 3).

Os exemplos adicionais da advocacia e da medicina demonstram que os ocupantes desses papéis se engajam com valores específicos de suas profissões. Desse modo, não importa se o profissional em questão é um advogado, médico ou juiz, o argumento sobre a moralidade dos papéis é o mesmo: a prática de um papel profissional é regulada por certos valores que pretendem determinar obrigações morais específicas.

Logo mais, quando reaperceber o problema do papel judicial, veremos quais são os valores que pretendem modificar as obrigações morais desses profissionais. Por ora, sintetizo o problema geral sobre a moralidade dos papéis profissionais que perpassa esta tese. Andreas Eriksen (2015, p. 374) o resume muito bem:

As normas que vinculam profissionais são derivadas da moralidade ordinária ou de características internas às suas práticas? Essa questão colore muita teoria sobre a ética profissional. O debate se preocupa com o status de normas que governam os papéis profissionais. As normas em questão são requisitos gerais, subordinados ao papel [*role-dependent requirements*], como a confidencialidade, o respeito pela autonomia do paciente, e a advocacia zelosa. Um lado do debate retrata a ética profissional como um ramo da moralidade ordinária, onde os requisitos do papel são normas morais ordinárias ajustadas ao contexto. O outro lado pensa que a ética profissional tem seu próprio fundamento normativo, onde as normas que governam o papel derivam de valores internos à prática profissional. O cerne do debate é a fonte da autoridade dos papéis profissionais: qual é o fundamento da justificação para uma ética que aparentemente diverge da moralidade ordinária?

O relato de Eriksen revela uma divergência filosófica quanto à maneira de entender e justificar as obrigações morais dos papéis profissionais. É por isso que discutirei nesta tese as teorias constitutivas e não-constitutivas sobre a moralidade do papel judicial.

As primeiras acreditam haver um *fundamento* ou uma *explicação* que justifica como o ocupante de um papel profissional pode adquirir a permissão ou mesmo o dever moral de tomar decisões que, não fossem pelo papel ocupado seriam consideradas imorais.¹⁴

Já a tese não-constitutiva rejeita a solução anterior. Segundo seus defensores, não faz sentido que um profissional aponte para seu papel como se ele fosse, por si só, um fator moralmente determinante (DARE, 2016, p. 711). Por isso, não pode haver um conflito moral genuíno entre as exigências da profissão e as normas da “moralidade ordinária”,¹⁵ porque não há como justificar satisfatoriamente obrigações morais derivadas a partir de um papel. O que

¹⁴ Arthur Isaak Applbaum, coloca o problema da moralidade dos papéis como “[...] uma investigação filosófica sobre argumentos fornecidos para defender papéis adversariais, práticas, e instituições na vida pública e profissional. As profissões adversariais no direito, negócios, e governo tipicamente reivindicam uma permissão moral para causar danos a outrem de maneiras que, se não fossem pelo papel, estariam erradas” (APPLBAUM, 2000, p. 3).

¹⁵ No debate sobre as obrigações de papel “moralidade ordinária” é o termo de arte usado para se referir às convicções morais alcançadas por qualquer agente sobre qual é o correto curso de ação a ser tomado, independente das exigências impostas por uma profissão. Além de “moralidade ordinária”, o termo “moralidade crítica” também costuma ser empregado com o mesmo sentido.

há são juízos ou convicções morais consideradas corretas ou incorretas independentemente das convenções de determinado ofício e que são justificados no contexto de cada relação profissional. Nesse caso, um profissional jamais estará justificado a se comprometer com um ato que é considerado moralmente errado, considerado todas as coisas. Logo, *médicos* não estão obrigados a rejeitar suicídios assistidos, advogados não têm carta-branca para defender interesses escusos, e juízes não devem se comprometer moralmente em obedecer ao direito para punir pessoas inocentes.

Por ser um problema abrangente, essa tese pode ser de interesse para profissionais de outras áreas, já que boa parte das reflexões que desenvolverei sobre as obrigações morais dos juízes também podem ser pertinentes para avaliar as responsabilidades éticas de outras profissões.

1.2. Juízes e os casos moralmente subótimos

Na introdução apresentei dois exemplos cuja decisão conforme as normas jurídicas produzem injustiças a pessoas moralmente inocentes. Casos com essas consequências, conhecidos na literatura como *casos de resultado subótimo*, são minhas unidades básicas para analisar as obrigações morais dos juízes.

A definição do que é um caso *subótimo* é proposta por Brand-Ballard (2014, p. 79) em função do que é um caso de resultado *ótimo*:

Um caso de resultado ótimo é aquele em que o direito permite ao juiz alcançar um resultado ótimo. Os demais são casos de resultado subótimo: aqueles nos quais o direito requer que o juiz alcance um resultado subótimo. Num caso de resultado subótimo, o direito requer que o juiz decida a favor de uma das partes, ainda que ele tivesse uma razão *all-things-considered* para decidir contra aquela parte, se o direito o permitisse. Um juiz pode alcançar um resultado subótimo num caso de resultado subótimo mesmo que ele não cometa nenhum erro de fato ou de direito.

Assim, podemos dizer que estamos diante de um caso moralmente ótimo quando o juiz chega a um veredito permitido pelo direito, que coincide com boas e razoáveis convicções morais sobre o caso. Já o caso moralmente subótimo ocorre quando a decisão conforme o direito produz um resultado inferior àquele que poderia ser alcançado sem aderir às normas jurídicas em vigor.

Para ilustrar cada um desses casos, reconsidere o exemplo de Smith, a vítima de violência doméstica. O resultado alcançado se o juiz Jones obedecer fielmente às normas penais será subótimo, já que existem razões morais para crermos que Smith não mereceria ser punida. Todavia, as razões do direito exigem que o juiz puna Smith.

Imagine agora outro cenário onde um ato de agressão iminente contra Smith vai ocorrer. Seu marido está prestes a atacá-la com uma arma branca. Smith se antecipa e acaba ferindo o agressor letalmente. Nessas condições a retaliação contra o agressor é um caso típico de legítima defesa. O juiz que analisar cuidadosamente os fatos e meios de prova poderá concluir que a vítima não merece ser punida. Por haver regra penal prevendo a excludente de ilicitude, a decisão judicial será ótima nessas circunstâncias.

A questão que motiva a tese sobre o papel judicial é saber se a prática do direito é capaz de constituir obrigações morais para que os juízes decidam conforme o direito, mesmo diante da ocorrência de resultados subótimos. Por essa razão, é importante destacar que minha abordagem ainda depende do reconhecimento de algumas premissas apresentadas logo abaixo.

1.2.1. *Crença na possibilidade de casos subótimos*

Sobre essa condição, quero dizer que não há necessidade de o leitor concordar com exemplos específicos de casos *subótimos*. Para os fins da discussão, basta que se aceite que é possível imaginar casos moralmente subótimos decorrentes da aplicação do direito.

Considere o caso da viúva Yasmin. Você pode discordar da conclusão de que ela é moralmente inocente e não merece ser despejada do imóvel locado. Pode ser que você tenha boas razões morais para crer que o despejo de Yasmin é um caso de resultado ótimo. Por exemplo, você pode argumentar que o regime de distribuição de propriedade em vigor é justo e que Yasmin não tem nenhuma pretensão moral sobre a propriedade alheia. Ou, mesmo que o Estado não ofereça políticas públicas de moradia em favor de pessoas como Yasmin, você também pode crer que há boas razões morais para considerar injusta a quebra de qualquer negócio jurídico.

Estou seguindo a mesma parcimônia teórica adotada por Brand-Ballard para analisar casos subótimos. Para discuti-los, e também para encontrar respostas ao problema das obrigações dos juízes, basta que o leitor:

Esteja preparado para distinguir, por sua conta, entre resultados ótimos e subótimos. Você e eu não precisamos concordar a respeito da classificação apropriada de qualquer resultado particular. Afinal, suas opiniões morais e políticas podem diferir das minhas (BRAND-BALLARD, 2010, p. 73).

Se o leitor não pensa que os casos da viúva empobrecida, nem da vítima de violência doméstica são subótimos, pode imaginar uma hipótese ou outro caso concreto em que acredite que o direito exige um veredito injusto sobre uma parte moralmente inocente do processo. Há

vários outros exemplos disponíveis.¹⁶ Essa condição procura respeitar o quanto for possível um *pluralismo razoável* de visões de mundo e doutrinas morais abrangentes, nos moldes imaginados por John Rawls (2011), principal defensor desse ideal de razão pública.

1.2.2. *Crença de que o direito, enquanto sistema de regras, seja capaz de prescrever respostas corretas*

Se normas jurídicas forem incapazes de produzir respostas corretas, não haveria como confirmar a existência de resultados ótimos em casos regulamentados pelo direito. Também não faria sentido discutir a possibilidade de casos subótimos.

Essa condição afasta teorias da indeterminação radical do direito. Tais teorias questionam a função que o direito tem de fornecer aos seus súditos razões confiáveis para guiar suas condutas (BRAND-BALLARD, 2014, p. 76).

O ceticismo sobre regras confrontado por Hart representa uma posição teórica avessa a essa função, já que regras não seriam nada mais do que uma previsão auspiciosa de como os tribunais decidirão disputas de direitos. Céticos radicais também podem pensar que o direito nada mais é do que o conjunto de juízos de valor que tribunais empregaram para justificar suas decisões.¹⁷

O movimento do *Critical Legal Studies* também é contrário a essa crença. Os *Crits*, costumam fazer críticas políticas contra sistemas jurídicos. Ao defender que os padrões normativos do direito são radicalmente indeterminados, eles pensam que juízes podem justificar qualquer decisão que desejam durante a interpretação. Então uma decisão em favor de quaisquer das partes seria legalmente permitida. Além disso, a indeterminação radical permitiria que juízes julgassem em favor de qualquer agenda política que queiram promover. Logo, para os *Crits*, sistemas jurídicos funcionariam mais como instrumentos ilegítimos de dominação do que um veículo para a proteção de direitos e reparação de injustiças.¹⁸

¹⁶ Uma série de casos subótimos são descritos pelo próprio Ballard (2014, p. 82-86), mas também há exemplos em Brennan (2018, p. 181-82), Huemer (2018, p. 1-3), Shapiro (2011, p. 530-34) e em Sarch & Wodak (2018, p. 93-110). Ao longo da tese ainda formularei outros casos subótimos além dos já mencionados.

¹⁷ “... o ‘ceticismo sobre as regras’, ou a pretensão de que falar sobre regras é um mito que esconde a verdade que afirma consistir o direito simplesmente em decisões dos tribunais e na sua predição, pode constituir um apelo poderoso à candura de um jurista”. (HART, 2007, p. 149-50) “[...] a teoria não nega que haja leis: na verdade, denomina-as como meras ‘fontes’ de direito e nega apenas que as leis sejam direito até que sejam aplicadas pelos tribunais” (*ibid.*, p. 150).

¹⁸ Para uma abordagem aprofundada sobre como os *Crits* pensam, os principais defeitos do *Critical Legal Studies*, e como esse movimento surgiu a partir do ceticismo de regras, ver Solum (1987) e Hasnas (1995).

1.2.3. *Crença na imperfeição moral dos resultados exigidos pelo direito*

Noutras palavras, deve existir a crença de que a aplicação do direito positivo produz resultados subótimos, porque existem prescrições legais que, quando aplicadas a casos particulares, não refletem boas razões morais (HURD, 1999, p. 16).

A posição contrária a essa crença seria a de que sistemas jurídicos sempre produzem resultados ótimos e que a existência de casos subótimos é impossível. Teorias avessas a imperfeições são chamadas por Brand-Ballard de “panglossianas”. Elas são exageradamente otimistas sobre a capacidade de o direito produzir resultados ótimos.

Um panglossiano se comprometeria com a controversa afirmação de que sistemas jurídicos são perfeitos. Ou caso não sejam, suas normas não poderão ser consideradas direito válido, já que, por definição, o direito tem sempre que gerar decisões moralmente corretas.¹⁹

Mas a existência de um sistema jurídico nesses moldes beira a utopia.

Talvez as ambições legislativas da Escola da Exegese melhor ilustrem uma visão panglossiana sobre o direito. Ballard (2010, p. 86) também imagina uma versão com um viés não positivista desse mesmo ideal. Um *jusnaturalista* panglossiano diria que uma norma positiva não é legalmente válida, portanto ela não pode adquirir *status* jurídico caso ela produza um resultado moralmente subótimo. O autor pensa não haver *jusnaturalistas* sensatos que defendam um argumento forte como esse.

1.2.4. *Possibilidade de que as decisões judiciais sejam ser informadas por razões extrajurídicas*

Diferentemente das crenças anteriores, essa não põe em questão a existência de casos de resultado subótimo, mas questiona se juízes podem invocar ou não razões morais para evitar que eles ocorram.

Afinal, pode ser que juízes não tenham a obrigação moral de julgar sempre conforme as razões do direito. Então, talvez as teorias constitutivas a respeito de obrigações morais vinculadas a papéis profissionais sejam incorretas, já que a prática do papel judicial não implica fidelidade ao direito.

¹⁹ Sobre os panglossianos, diz Ballard (2014, p. 79): “algumas pessoas têm dificuldade em aceitar a ideia de que o direito, aplicado apropriadamente, poderia proibir seus resultados preferidos. Elas acreditam que casos de resultado subótimo não existem. Elas se queixam quando os juízes chegam a resultados que elas consideram ‘ruins’, mas elas não distinguem entre ‘moralmente ruim’ e ‘juridicamente incorreto’. Elas condenam certas decisões como, ao mesmo tempo, moralmente ruins e juridicamente incorretas. Elas elogiam outras decisões como boas e fiéis ao direito. Se os panglossianos estão certos, então os juízes podem simplesmente perseguir o resultado juridicamente correto em cada caso, confiantes de que, seja qual for esse resultado, ele também será moralmente ótimo”.

Sobre esse tipo de obrigação, Reeves (2010, p. 160) esclarece:

Uma obrigação moral de fidelidade, de fato, impediria a introdução no raciocínio judicial de considerações heterogêneas ao conteúdo do direito e à sua aplicação imparcial. Se juízes geralmente têm uma poderosa razão moral para serem fiéis, então eles podem normalmente ignorar preocupações morais que não são legalmente reconhecidas, já que suas obrigações habitualmente superariam ou invalidariam considerações concorrentes.

Dessa forma, a prática do direito pode ser capaz de limitar o universo de razões que juízes *qua* juízes podem invocar durante a adjudicação. Então, apenas razões autorizadas pelo direito seriam admissíveis e casos subótimos não representariam um problema moral que os juízes teriam responsabilidade para resolver.

1.2.5. *Crença de que juízes podem estar moralmente justificados em desconsiderar o direito em sistemas jurídicos razoavelmente justos*

Não há controvérsia sobre as obrigações morais dos juízes em sistemas jurídicos perversos. Não conheço teórico sensato que afirme que juízes *qua* juízes têm obrigação moral de aplicar o direito de Estados totalitários ou que violem direitos humanos de modo sistemático.

Há consenso mesmo entre filósofos com teorias divergentes sobre o direito:

Hart (2007, p.218-19), como todo bom positivista, reconhece que a aceitação de normas que atuam como padrões de comportamento oficial não necessita de juízos morais para serem consideradas direito. Como questões sobre a natureza e a existência do direito como sistema de normas são apenas descritivas, saber se cidadãos ou juízes têm obrigação moral diante do direito não é uma questão sobre “o que é o direito”. Logo, o sistema normativo de um regime totalitário como o nazista é direito, mas é demasiado imoral para ser obedecido.

Já o não-positivista Dworkin, também nega que o direito nazista pudesse reivindicar obrigações morais. Dworkin considera que o direito é uma prática interpretativa e que sua determinação depende da interpretação dos materiais jurídicos disponíveis à sua melhor luz moral.²⁰ Embora pense que juízos morais sejam necessários para explicar a natureza do direito, Dworkin acredita que não é possível encontrar razões de integridade no sistema jurídico nazista. Sem elas, não há normas nesse ordenamento capazes de ser interpretadas à melhor luz moral. Por consequência, não é possível justificar o uso da coerção estatal sobre seus governados e juízes não têm razões morais para obedecer ao direito nazista.²¹

²⁰ Dworkin considera os materiais jurídicos do regime nazista ou mesmo de qualquer outro ordenamento jurídico como “direito” num estágio “pré-interpretativo”. Sobre esse e os demais estágios, ver Dworkin (1986, p. 65-68).

²¹ Dworkin ilustra essa conclusão sobre ordenamentos perversos através do juiz Siegfried, contraponto do juiz Hércules e funcionário público durante o nazismo (aparentemente o juiz ideal de Dworkin atuaria apenas em

Ao pensar em regimes jurídicos extremamente injustos, alguns podem pensar que não há obrigação moral de fidelidade entre juízes e direito somente nesses contextos. E que, apenas nessas circunstâncias, juízes estão moralmente autorizados a desconsiderar o direito vigente.²² Porém, penso que essa é uma simplificação do problema. Os casos subótimos são apresentados como problemas morais, que ocorrem em sistemas jurídicos que são, em geral, justos. Portanto, a discussão em torno das obrigações morais do papel judicial é muito mais interessante quando investigada, *e. g.*, em ordenamentos jurídicos de democracias liberais.

Como pretenderei demonstrar ao longo da tese, sobretudo no argumento não-constitutivo que defenderei ao fim dela, as obrigações dos juízes representam um problema moral geral de modo que a legitimidade dos regimes jurídicos, embora relevante, não é decisiva para alterar as obrigações morais dos juízes e a conclusão que pretendo alcançar.

1.3. Desvios” vs. “discricionariedade”

Vimos que resultados moralmente *subótimos* existem em casos onde as normas jurídicas aplicáveis exigem uma decisão em favor de uma parte, mesmo que o juiz tenha, considerado todas as coisas, uma razão para decidir contra essa parte, se o direito *permitisse*.

Por causa dessa definição, temos que dar um nome à decisão judicial que desconsidera o direito aplicável. No jargão jurídico já existe o termo “discricionariedade”. Porém, esse termo não vai funcionar. Discricionariedade usualmente representa uma *autorização* institucional para que o juiz tome uma decisão que vá além do conteúdo normativo existente.²³ Isso ocorre

Estados liberais e democráticos): “Devemos, agora, colocar-nos no lugar de Siegfried. [...] Poderíamos decidir que a atitude interpretativa é totalmente inadequada aqui; que a prática, na forma a que chegou, jamais poderá oferecer justificativa alguma, mesmo que fraca, para o exercício da coerção pelo Estado. Depois pensaremos que, em cada caso, Siegfried deveria simplesmente ignorar a legislação e os precedentes, se conseguir fazê-lo, ou por outro lado, fazer o melhor possível para evitar a injustiça recorrendo a qualquer meio a seu alcance. Uma vez mais poderíamos, mas não necessariamente, expressar na linguagem dramática aquela opinião que nega por completo a existência do direito no país de Siegfried. Seja qual for a linguagem que escolhermos, o importante é o sentido de moralidade política: que nada, no mero fato de que seu país tem direito no sentido pré-interpretativo, dá a nenhum litigante direito de conseguir o que deseja em seus tribunais” (DWORKIN, 1999, p. 130). Em obra posterior, Dworkin mantém a mesma opinião: “Os odiosos decretos nazistas não criavam direitos e deveres claros ou discutíveis. O putativo governo nazi era totalmente ilegítimo e não havia quaisquer princípios estruturantes de equidade que sustentassem a aplicação desses decretos”. (DWORKIN, 2011, p. 411).

²² “Alguns irão suspeitar que questões sobre a ética do julgamento sem lei [*the ethics of lawless judging*] só se tornam interessantes sob condições de extrema injustiça. Eles podem assumir que sob condições mais afortunadas, o julgamento sem lei é obviamente antiético, fim da estória”. BRAND-BALLARD, 2010, p. 9).

²³ Ou como Ballard esclarece, “um juiz possui *discricionariedade objetiva* com respeito a duas escolhas incompatíveis que estão abertas a ele se, e somente se, o completo conjunto de padrões jurídicos válidos permitirem realizar qualquer escolha”. (BRAND-BALLARD, 2010, p. 46) Um exemplo de discricionariedade objetiva é encontrado no direito brasileiro: “O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro diz que: ‘Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito’. E o art. 140 do Novo Código de Processo Civil: ‘O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou

porque há materiais jurídicos linguisticamente vagos ou indeterminados. Ou quando o direito é lacunoso e não regulamenta a questão.

Como o jurista Ahron Barak descontraidamente explica,

Onde há discricionariedade judicial é como se o direito dissesse, ‘eu determinei o conteúdo da norma jurídica até esse ponto. Daqui em diante, cabe a você, o juiz, determinar o conteúdo da norma, pois eu, o sistema jurídico, não sou capaz de dizer para você qual solução escolher’. É como se o percurso do direito chegasse a um entroncamento, e o juiz deve decidir qual estrada tomar – sem rota clara e padrão preciso para guiá-lo (BARAK, 1989, p. 8).

O mesmo não ocorre quando o juiz desconsidera o direito em casos subótimos. Nessas circunstâncias juízes não têm autorização institucional. Geralmente casos como esses são regulados por regras claras e não evocam enunciados normativos que provoquem grandes dúvidas de interpretação. Se o juiz foi atento, avaliou com atenção todas as evidências factuais e identificou as regras jurídicas prescritas aos casos, ele concluirá que o direito exige um resultado que está em desacordo com o que a moralidade parece requerer.

Por exemplo, se Yasmin deixou de pagar o aluguel, ela descumpriu o contrato de locação, então está sujeita à ação de despejo. Se Smith consumou um ato contra a vida de uma pessoa sem existir ameaça proporcional e iminente contra sua integridade física, ela cometeu um crime de homicídio passível de punição. Mas se há razões para pensar que Yasmin e Smith deveriam de fato agir como agiram, talvez suas condutas não mereçam ser objeto de coerção conforme as normas jurídicas em vigor.

Como se pode notar, o problema que quero discutir é diferente – e provavelmente mais controverso – do que aquele abordado, por exemplo, no tradicional debate entre Hart e Dworkin sobre o conceito do direito e a textura aberta de seus padrões normativos.

Grosso modo, ao defender que o conteúdo do direito é determinado por fatos sociais, Hart pensava que, quando normas jurídicas deixassem de fornecer respostas claras, as razões de autoridade jurídica se esgotam. Nesses casos, o juiz terá grande discricionariedade para decidir conforme juízos de valor que não foram regulamentados legalmente, mas são necessários para alcançar algum veredito. Já Dworkin, rejeitava que o direito fosse determinado apenas por fatos sociais. Existem princípios no direito, um agregado de valores com força normativa, quase sempre não explícitos, mas presentes nas práticas sociais de uma comunidade.

obscuridade do ordenamento jurídico’. O conteúdo de tais regras denota que o ordenamento *reconhece* que há casos não regulados, e concede poder para o juiz solucionar o caso através de meios institucionalmente reconhecidos, nomeadamente, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” (V. FAGGION, 2016, p. 33).

Tais princípios seriam responsáveis por limitar a discricionariedade judicial,²⁴ de modo que juízes não podem simplesmente decidir conforme seus próprios juízos de valor, caso eles não sejam justificados pelos princípios jurídicos.²⁵

Portanto, não há espaço para o exercício da discricionariedade quando lidamos com casos subótimos. Sob eles a decisão que desconsidera regras jurídicas é tão ilegal quanto a desobediência da pessoa que infringiu essas mesmas regras pela primeira vez. Por essa razão, adotarei ao longo da tese o termo de arte que Ballard deu a esse ato de desobediência. Ele é um *desvio* ao direito:

Um juiz se desvia do direito *simpliciter* quando ele atinge um resultado que não pode ser suportado por qualquer interpretação razoável da autoridade jurídica operativa. O desvio do direito *simpliciter* ocorre quando um juiz desvia de uma regra legalmente válida sem ter nenhuma autoridade legal superior para tanto. (BRAND-BALLARD, 2010, p. 45)

Note que o conceito acima é moralmente neutro e não estipula o mérito dos desvios. Logo, juízes certamente podem desviar do direito de formas espúrias.²⁶ Considere as atitudes dos dois magistrados abaixo, que adjudicam em um sistema jurídico muito semelhante ao nosso:

Lubrico é um juiz que procura manipular normas e procedimentos do direito para satisfazer seus interesses pessoais. Apesar de tentar manter as aparências, é difícil acreditar que Lubrico tenha julgado imparcialmente a maioria dos seus casos. Há suspeitas de que o juiz tenha vendido sentenças para livrar empresários inadimplentes em processos de execução fiscal. Lubrico já chegou a alugar por valor módico um apartamento de luxo que estava no nome de um dos sócios do maior escritório de advocacia com processos na comarca. A maioria dos pedidos do escritório eram procedentes e todos os processos recebiam ganho de causa, não importa o quão desfavorável fossem. Lubrico sabia de quem era o imóvel que alugava, mas jamais declarou sua suspeição.

Já o juiz Lazier nunca foi um profissional dos mais diligentes. Enquanto exerceu jurisdição em varas criminais, Lazier julga um delito de furto de energia elétrica. O réu foi acusado de retirar energia direta do poste para que o consumo não fosse registrado pela

²⁴ Dworkin pensa que juízes só teriam legitimidade para exercer um tipo de “discricionariedade fraca”. Sobre essa discricionariedade e a diferença para a “discricionariedade forte” que o filósofo atribui aos positivistas, ver Dworkin (2002, p. 50-63).

²⁵ Uma descrição mais detalhada do debate Hart-Dworkin é feita por Shapiro (2018).

²⁶ “Um juiz que desvia do direito o faz tanto propositada, consciente, imprudente, negligente ou inocentemente”. (BRAND-BALLARD, 2010, p. 54) Desvios propositados e conscientes podem representar má-fé quando juízes os fazem por razões privadas. Por exemplo, quando são subornados para desviar em favor de uma das partes, ou mesmo quando uma das partes é um parente ou amigo que terá seus interesses frustrados caso o direito corrente seja aplicado (*ibid.*, p. 52). Obviamente, sistemas jurídicos contêm regras processuais de impedimento e suspeição que obstaculizam esses desvios.

companhia de eletricidade. No entanto, durante a fase inquisitiva, surgem novos fatos que indicam que, na realidade, o acusado praticara outro delito. Após cruzar o depoimento de testemunhas, o juiz descobre que o réu havia adulterado o medidor de consumo para enganar funcionários da administradora. Então Lazier decide condenar o acusado por estelionato sem solicitar mudança da denúncia ou oferecer nova oportunidade de defesa para o réu.

Noutro caso, o advogado da vítima comete erro ao oferecer uma queixa-crime de injúria, embora as circunstâncias do caso indicassem que o crime fosse de difamação. Lazier, tão distraído quanto o querelante, também não percebe o erro. Somente o advogado do acusado nota a falha, mas não se manifesta, já que a pena contra seu representante legal será inferior caso a queixa permaneça inalterada. Surpreendentemente, até a data de julgamento nenhum interessado identifica a falha. O réu acaba punido por uma ofensa mais branda.

Lazier também adjudicou na área civil, mas sua atuação também foi longe de ser exemplar. Quando julgou um inventário, se esqueceu de considerar a meação, e confundiu o regime de bens com o qual o *de cuius* se casara. Por consequência, estipulou valores errados na partilha de bens. O juiz também se esquecia de intimar as partes para apresentar provas ou impugnar atos processuais *ex adversos*. Há, inclusive, relatos de que Lazier decidia casos pelo cara ou coroa.²⁷

Os estereótipos dos juízes Lazier e Lubrico apresentam uma série de decisões com erros de interpretação e desrespeito às normas jurídicas, causadas por incompetência, negligência ou má-fé. Tais falhas cabem na definição de desvios apresentada mais acima. De modo geral, essas decisões fogem à interpretação razoável que uma autoridade jurídica competente forneceria, pois, desconsideraram regras de direito material e processual que eram claramente aplicáveis aos casos particulares. É evidente que Lubrico é um juiz corrupto e que suas decisões foram parciais e fruto de sua má índole. Já Lazier cometeu desvios espúrios pelas duas primeiras causas. No primeiro exemplo penal, foi negligente e desconsiderou normas e princípios processuais que garantiam a ampla defesa e a correlação entre a sentença e o conteúdo da acusação. No segundo, cometeu um desvio por incompetência, já que, se tivesse analisado o caso com atenção, aplicaria a regra penal correspondente ao delito praticado.²⁸ Os casos cíveis representam um misto de decisões inconsequentes pelas mesmas causas.²⁹

²⁷ Apesar de anedótico, há um caso real de decisão judicial por sorteio. Ver:

<https://www.nytimes.com/1982/02/02/nyregion/flip-of-coin-decides-jail-term-in-a-manhattan-criminal-case.html>

²⁸ Curiosamente, nesse segundo exemplo há um desvio que produz efeitos jurídicos: desde que não haja recurso que conteste a aplicação incorreta da regra, o réu será punido por um crime que não cometeu.

²⁹ Os exemplos penais representam raciocínios falhos sob circunstâncias de *mutatio* e *enuntiatio libelli* no direito processual penal brasileiro. Sobre essas circunstâncias e a legislação aplicável, ver Badaró (2019, cap. 11). Já os

Obviamente, não pretendo defender que desvios ao direito são sempre moralmente justificáveis como os casos espúrios acima demonstram. Desse modo, desvios inconsequentes não contam. Eu presumo que desvios ao direito somente são justificáveis em casos moralmente subótimos. Nessas circunstâncias juízes estariam sempre, de boa-fé, desejando interpretar o direito de modo correto.

Nesse ponto, sigo novamente Brand-Ballard ao caracterizar o perfil judicial que interessa à discussão:

Meu protagonista comparece ao tribunal. Uma vez lá, ele tenta decidir questões jurídicas de maneira racional. Ele não decide aleatoriamente (a não ser que, talvez, ele determine que seja racional fazê-lo). Ele também não considera simplesmente os fatos apresentados e alcança o que ele considera ser o resultado ótimo sem levar o direito em conta. Em vez disso, antes que chegue a uma decisão, ele determina se há quaisquer padrões jurídicos aplicáveis. Padrões jurídicos contêm muitas fontes putativas de direito, incluindo constituições, tratados, ordens executivas, ordenanças, regulamentos administrativos, e pareceres judiciais. Essas fontes pretendem fornecer padrões jurídicos de decisão. O juiz pode, em última análise, decidir por desconsiderar esses padrões, mas ele sempre quer saber quais são eles”. (BRAND-BALLARD, 2010, p. 37-38).

Portanto, minha tese se restringe em discutir os deveres morais dos juízes na adjudicação apenas sobre casos onde o juiz tem *interesse* em decidir o caso conforme os materiais jurídicos disponíveis. Afinal de contas, os desvios espúrios são implausíveis justamente porque o juiz é temerário e desconsidera o direito sem ter nenhuma boa razão para tanto. Nesses casos os interesses dos juízes são, na melhor das hipóteses, secundários para decidir o litígio corretamente e, na pior, tal interesse sequer existe.

1.4. O Dilema do Perspectivismo Jurídico

Esclarecido o problema da moralidade profissional e as condições sob as quais esse problema se torna pertinente para o papel judicial, tenho condições de apresentar o conflito moral enfrentado por juízes entre aderir ao direito e punir os moralmente justificados, ou desviar e desobedecer suas putativas obrigações profissionais. O conflito foi melhor descrito por Heidi Hurd (1999, p. 1-23) na forma de um dilema que ela nomeou *perspectivismo jurídico*.

O dilema surge pela possibilidade de um conflito moral genuíno e inevitável entre três princípios que têm grande peso normativo:

casos cíveis seriam considerados pelo direito processual brasileiro tipos de *error in iudicando* e *error in procedendo*. Sobre esses erros de decisão, ver Souza (2014, p. 102-106).

O primeiro, o *retributivismo fraco*, representa um apelo intuitivo às condições pelas quais o Estado pode ou não exercer justificadamente o seu poder de polícia. O princípio diz que os indivíduos que estão moralmente justificados por agirem como agiram não devem ser culpados ou punidos por suas ações. A força desse princípio é explicada pela *tese da correspondência moral*. De acordo com ela, a justificção moral de uma conduta determina a justificção de outras condutas relacionadas (ou codependentes) à primeira.

Considere novamente os casos subótimos envolvendo Yasmin e Smith. Se chegarmos à conclusão de que suas infrações ao direito foram moralmente justificadas, elas não deveriam ser culpabilizadas e sofrer punição legal pelos atos que cometeram. A tese da correspondência garante que as demais ações codependentes, como é o caso da decisão judicial, só serão moralmente justificáveis caso reconheçam a inocência daqueles que violaram o direito. Logo, o retributivismo fraco, que nada mais é do que um corolário da tese da correspondência moral,³⁰ é incompatível com a possibilidade de juízes invocarem alguma justificativa moral – como é o caso das suas obrigações de papel – para punir infratores justificados.

Podemos dizer que tanto o retributivismo fraco, quanto a tese da correspondência representam o seguinte princípio ou dever moral: “é *prima facie* errado fazer com que outra pessoa sofra danos sérios e injustos” (HUEMER, 2018, p. 4).

Em oposição ao retributivismo fraco, estão o respeito ao que podemos chamar valores sistêmicos do direito, nomeadamente, o *Estado de Direito* e a *democracia* (HURD, 1999, p. 1). A crença de que juízes *qua* juízes adquirem obrigações morais especiais decorrentes do papel que ocupam é alimentada por esses valores sistêmicos.

O primeiro é um valor complexo de governança através do direito, que requer que os cidadãos e, especialmente, os funcionários públicos do Estado, tenham suas condutas subordinadas por um sistema de leis.

Note, por exemplo, como Waldron (2016) descreve esse ideal:

A exigência mais importante do Estado de Direito é que as pessoas em posições de autoridade exerçam seu poder dentro de uma estrutura de normas públicas bem estabelecidas, ao invés de modos arbitrários, *ad hoc* ou puramente discricionários, com base em suas próprias preferências ou ideologia. Ela insiste que o governo opere dentro de uma estrutura jurídica em tudo o que faça e seja responsável através do direito quando houver uma sugestão de ação não autorizada por aqueles que estão no poder. Mas o Estado de Direito não é apenas sobre o governo. Também requer que os cidadãos respeitem e obedeçam normas jurídicas, mesmo quando discordam das

³⁰ “Note que, se a tese da correspondência for correta, então o princípio do retributivismo fraco se torna apenas um caso especial de sua aplicação. A moralidade do ato de um indivíduo determina a justificabilidade ou a injustificabilidade de sua punição, porque o balanço de razões que determina a moralidade de seu ato é idêntico ao balanço de razões que determina a moralidade de sua punição. Enquanto um agente está justificado em realizar certo ato, outro ator não pode estar justificado em puni-lo por tal ato”. (HURD, 1999, p. 14).

mesmas. Quando seus interesses conflitam com os interesses de outrem, eles devem aceitar as determinações legais sobre quais são seus direitos e deveres.

Tipicamente, o Estado de Direito é concebido como um agregado de características que sistemas jurídicos devem preservar. Por exemplo, ordenamentos jurídicos devem conter leis que são gerais, públicas, prospectivas, coerentes, claras, estáveis e praticamente viáveis ou exequíveis.³¹

Para além desses atributos, geralmente vistos como formais ou instrumentais, há filósofos que acreditam que o Estado de Direito é um valor complexo bem mais substantivo, que também inclui referências à democracia, à proteção de direitos fundamentais, ou a critérios de justiça. Existe uma grande divergência na literatura sobre quais são todos os valores que realmente fazem ou não parte do conceito do Estado de Direito.³² Mas, de maneira geral, há concordância até entre os defensores de teorias substantivas de que os aspectos formais desse valor são relevantes.³³

Dessa forma, não me preocuparei em determinar qual das concepções é de fato correta, porque, para os fins da discussão, a maioria das reflexões sobre o Estado de Direito concordam que esse princípio limita os poderes de decisão dos juízes e, talvez, também impeçam que os mesmos desviem do direito ao menos em sistemas jurídicos razoavelmente justos. Por exemplo, Tamanaha (2007) identifica que uma das funções centrais do Estado de Direito é impor limitações legais para os oficiais do governo. Isso é feito de dois modos: requerendo observância com relação ao direito existente e impondo limites legais ao poder de legislar. A primeira limitação certamente tem os juízes como principal alvo:³⁴

O primeiro tipo de restrição legal é que funcionários do governo devem cumprir leis positivas válidas em vigor no momento de qualquer ação. Essa primeira restrição tem dois aspectos: ações do governo devem ter autorização legal positiva (sem a qual a ação é imprópria); e nenhuma ação governamental pode contrariar uma proibição ou restrição legal. Embora possam existir exceções ou flexibilidade com relação ao primeiro aspecto, o segundo aspecto (o proibitivo) é estrito. Se os oficiais do governo desejarem seguir um curso de ação que viole as leis positivas existentes, o direito precisa ser alterado de acordo com os procedimentos legais usuais *antes* que o curso de ação possa ser perseguido (TAMANAHA, 2007, p. 3-4).

³¹ Essas são as características que Fuller (1969) acredita representarem a “moralidade interna do direito” ou o ideal do Estado de Direito.

³² Essa discordância sobre o Estado de Direito é tão reconhecida que se convencionou distinguir *teorias estreitas* (“*thin*”), das *densas* (“*thick*”). As primeiras se limitam em atribuir ao Estado de Direito valores mais formais, enquanto as segundas vêm pouco valor no Estado de Direito a não ser que o ideal inclua referência a valores moralmente apazíveis. Fuller (1969), Raz (2009) e Kramer (2004) defendem versões estreitas. Já Dworkin (2005), Simmonds (2008), e Waldron (2011) são proponentes de versões densas. Para uma sistematização completa sobre teorias formais e substanciais, ver Tamanaha (2004, caps. 7 e 8) e Møller & Skaaning (2014).

³³ Segundo Tamanaha (2007, p. 3), uma concepção mais estreita ou formal representa uma linha de base que todas as definições em competição compartilham. A diferença é que há certas teorias que vão além desse mínimo.

³⁴ A segunda é mais voltada para funcionários do legislativo.

Com relação aos juízes, isso quer dizer que o Estado de Direito não permite que tomem decisões sem estarem institucionalmente autorizados para tanto, à revelia dos procedimentos legais de alteração da legislação vigente. Dessa maneira, parece ser o caso de que esse valor sistêmico oferece resistência contra os desvios ao direito, mesmo em casos moralmente subótimos.

O Estado de Direito pode então ser considerado um valor determinante para a ética da profissão judicial. Moore (1985, p. 314), por exemplo, menciona que as virtudes do Estado do Direito informam teorias da interpretação e tomada de decisão judicial e geralmente definem o trabalho de julgar. Dessa forma, o Estado de Direito confere razões para agir que seriam únicas para os juízes (HURD, 1999, p. 203). Como Gans (2009, p. 6) menciona, o dever de as autoridades públicas obedecerem ao direito constitui parte do ideal do Estado de Direito. Também sugere que autoridades, ao contrário dos cidadãos, devem mais ao Estado do Direito do que mera conformidade, já que parte da responsabilidade profissional do juiz implicaria num dever positivo de zelar pela preservação desse ideal enquanto julgam.

O segundo princípio é o da democracia, acompanhado pela doutrina da separação dos poderes. Esse princípio de moralidade política assegura o direito de autogoverno aos cidadãos de comunidades reguladas por sistemas jurídicos. Em sociedades democráticas, os indivíduos, através do direito ao voto decidem, por maioria, conceder poderes para um legislativo, que se torna responsável pelo desenvolvimento de políticas e fixação de direitos através de normas jurídicas. Sistemas democráticos também restringem os poderes Executivo e Judiciário a tarefas secundárias de implementação, aplicação e preservação dessas políticas e direitos (HURD, p. 1).

Dessa forma, a democracia e a separação dos poderes também pretendem restringir as razões de decisão que juízes podem invocar durante o julgamento, e não endossam veredictos contrários ao direito.

Em realidade, Hurd indica que esse segundo valor sistêmico não é diretamente endereçado para todo e qualquer juiz, mas aos “desenhistas do sistema” (“*system designers*”), designers institucionais, ou mesmo aos ocupantes de um papel constitucional. Esses são, geralmente, juízes de tribunais superiores ou Supremas Cortes e autoridades responsáveis por administrar Conselhos e órgãos de controle e fiscalização do funcionalismo público, como é o caso dos membros do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) brasileiro.³⁵

³⁵ Hurd (1999, p. 227) imagina que a função “*designer institucional*” é um pouco nebulosa, porque, diferente do juiz que ocupa um papel específico, o papel constitucional pode ser exercido por oficiais que deixam periodicamente seus papéis institucionais específicos com o objetivo de avaliar ou policiar sistemas de jurisdição.

Essa variância na atribuição dos valores sistêmicos aos oficiais do direito – e até mesmo na possibilidade dos desobedientes justificados serem dispensados de manifestar deferência moral para tais valores – é explicado pelo que Schauer chamou *assimetria de autoridade*. Essa representa a possibilidade do ponto de vista moral das pessoas sujeitas à autoridade jurídica variarem entre cidadão, oficiais encarregados com funções de aplicar regras (*e. g.* policiais e juízes), e designers institucionais.³⁶

Grosso modo, o argumento da *assimetria da autoridade* explica um problema da generalidade das regras jurídicas e da sua aplicação em casos particulares.³⁷ Autoridades que criam regras atuam com um olhar generalista, buscando, na medida do possível, antecipar quais casos a aplicação de uma norma jurídica serão justificáveis. Afinal, regras cumprem um propósito importante de coordenação social. Elas atuam como prescrições relativamente determinadas e visam produzir resultados desejáveis caso sejam regularmente seguidas ao longo do tempo (SHERWIN, 2016, p. 47). Então, sob a perspectiva daqueles que concebem normas jurídicas, é racional preferir ampla observância das regras por todos os governados, já que os esforços do legislador foram dedicados à elaboração de normas que produzam a maior quantidade de resultados ótimos. Porém, diante de casos particulares, o ponto de vista dos indivíduos pode ser que a escolha mais racional seja desobedecer às regras tendo em vista as condições de ação disponíveis. Yasmin e Smith, assim como qualquer outra pessoa em circunstâncias semelhantes às delas, provavelmente desobedecerão às normas jurídicas por acreditarem que suas condutas são moralmente justificáveis.

Em razão dessa assimetria, o *perspectivismo jurídico* pode ser ramificado entre o *perspectivismo judicial*, no qual o Estado de Direito representaria o principal valor ético-profissional do juiz, e o *perspectivismo constitucional*, onde os principais valores operativos para os seus agentes serão a democracia e a separação de poderes. Porém, a despeito dessa especificação mais precisa dos valores sistêmicos, os juízes, trivialmente, também terão suas

Desse modo, o papel constitucional também pode ser ocupado por membros do legislativo, como é o caso do Senado, que pode ser provocado para analisar pedidos de impeachment de juízes do Supremo Tribunal Federal, e também do executivo através dos membros do Ministério da Justiça. Grosso modo, qualquer agente responsável por julgar como juízes exercem as responsabilidades do cargo podem assumir esse papel, talvez até mesmo indivíduos que não são funcionários públicos podem exercê-lo, por exemplo, quando ativistas políticos, advogados, acadêmicos do direito, filósofos ou jornalistas manifestam suas opiniões sobre a performance de juízes, ou cortes.

³⁶ “Se a autoridade for assimétrica, se a falta de uma boa razão (moral) para obedecer à autoridade não implica a falta de uma boa razão (moral) para impor obediência a ela, então, *a fortiori*, a prática de impor autoridade – e de forçar o cumprimento de regras *qua* regras – pode ser visto às vezes como justificado...” (SCHAUER, 1991, p. 130)

³⁷ O problema da assimetria da autoridade também foi nomeado “*The Gap*” por Larry Alexander e Emily Sherwin (2001).

obrigações limitadas pela democracia e a separação dos poderes, caso sua putativa obrigação moral de fidelidade ao direito seja justificada.³⁸

Então o princípio da democracia funcionaria, de certo modo, como um valor de cobertura ou segunda linha de defesa para a fidelidade judicial ao direito. Na hipótese de os juízes não se conformarem com o Estado de Direito e desviarem das leis aplicáveis, o segundo valor sistêmico entra em ação para exigir conformidade.³⁹ Isso pode ser feito através de sanções administrativas impostas pelos órgãos de controle da jurisdição, que podem ir desde advertências até o afastamento do cargo.⁴⁰

Tendo exposto os três princípios em conflito, o problema das obrigações morais dos juízes pode ser expresso na forma do dilema do perspectivismo jurídico. De um lado, o retributivismo fraco atua como princípio moral geral que clama que a coisa correta a se fazer é sempre buscar preservar os direitos morais dos indivíduos inocentes, mesmo que a obediência a algumas normas jurídicas seja comprometida. Do outro, o Estado do Direito e a democracia atuam como valores relativos a certos agentes, ou melhor, aos papéis sociais ocupados por tais agentes. Assim, parecem impor uma moralidade diferenciada para os juízes, já que esses podem estar moralmente justificados a punir qualquer desobediente legal.⁴¹

As soluções disponíveis ao dilema são apresentadas por Hurd abaixo:

O dilema está agora claro. Ou devemos abandonar o princípio do retributivismo fraco (e com ele a tese mais geral da correspondência) e concordar com a punição dos desobedientes justificados, ou nós devemos abandonar nossa compreensão tradicional dos princípios sistêmicos que atualmente justificam nosso sistema jurisdicional. Mais

³⁸ Sherwin (2019, p. 356) destaca que “[o]s juízes compartilham o ponto de vista do legislador quando eles assumem o cargo e quanto eles anunciam regras do *common law*. Quando solicitados a aplicar regras a um caso particular, eles vêm o caso pelo ponto de vista particularizado dos indivíduos envolvidos e ficarão tentados a fazer exceções equitativas às regras. Juízes podem compreender o potencial valor de boas regras e o impacto que as exceções terão sobre as percepções dos agentes sobre a confiabilidade das regras. Porém, como os indivíduos, eles tenderão sistematicamente a subestimar os efeitos a longo prazo da justiça [*equity*] em comparação ao efeito imediato das regras. Portanto, se decisões judiciais forem totalmente públicas, a correção equitativa tenderá a diminuir o valor de regras determinadas ao longo do tempo”. Nesse caso, se juízes devem manter deferência aos valores sistêmicos devido ao seu papel, eles precisam aplicar as regras do direito mesmo em casos subótimos e a despeito de se sentirem tentados a desviar do direito.

³⁹ Como Hurd (1999, p. 11-12) estipula: “O direito aparentemente deixa de ser direito se os juízes estiverem autorizados a repensar o saber nele contido em cada caso ao qual ele se aplica e desconsiderá-lo sempre que ele for inferior à regra de decisão que eles elaborariam. Ademais, se os desenhistas do sistema [...] se negarem a disciplinar os membros do judiciário que desobedecem a regras de decisão promulgadas democraticamente, o que será da democracia e da separação de poderes? A maioria não governa a si mesma se os poderes do governo não são mantidos separados se indivíduos isolados estiverem autorizados a substituir os pareceres de uma legislatura democrática por suas próprias opiniões”.

⁴⁰ E como o perspectivismo constitucional pode ser bastante abrangente, e incluir atores que não são oficiais do direito, a putativa obrigação moral dos juízes pode ser defendida através de críticas de juristas, analistas políticos, filósofos, ou mesmo da opinião pública.

⁴¹ “Os papéis que devemos atribuir aos oficiais do direito para alcançar as virtudes do Estado do Direito, e as restrições que devemos impor sobre os oficiais do direito para realizar o autogoverno democrático, parecem exigir ações que não poderiam ser justificadas fora desses papéis e não podem ser renunciados de dentro desses papéis” (HURD, 1999, p. 186).

precisamente, (1) ou juízes devem violar o princípio do retributivismo fraco e punir cidadãos que justificadamente infringiram o direito, ou eles devem violar o Estado de Direito e desobedecer regras de decisão que requerem a punição dos justificados; similarmente, (2) ou os designers do sistema devem violar o princípio do retributivismo fraco e punir juízes que justificadamente desobedecem regras de decisão (ao se recusarem punir cidadãos justificadamente desobedientes), ou eles devem violar os princípios da democracia e da separação de poderes ao permitir a substituição da vontade de uma maioria legislativa pelo julgamento judicial individual.

A primeira alternativa em cada um desses casos parece ser o inevitável resultado da adoção da possibilidade da moralidade relativa a papéis [...]. Se papéis institucionais criam novas razões para a ação (ou eliminam razões para a ação que seriam, de outro modo, válidas), a tese da correspondência é falsa e a moralidade pode obrigar a punição dos justificados. A segunda alternativa parece ser o inevitável resultado de negar a possibilidade da moralidade relativa a papéis. Se cidadãos compartilham com oficiais um conjunto idêntico de razões para a ação, então a tese da correspondência é verdadeira e a desobediência justificada de um cidadão justificará a desobediência por um oficial que, por sua vez, justificará a aprovação de tal desobediência por um desenhista do sistema (HURD, 1999, p. 16).

As duas maneiras de resolver o dilema implicam num entendimento distinto sobre qual é, como já sugeri, o papel do papel judicial. A primeira alternativa é endossada por defensores das teorias que eu classifico como *constitutivas* ou da *determinação moral*, pois essas procuram explicar como papéis conseguem constituir obrigações morais diferenciadas para os seus ocupantes. A segunda representa teóricos que defendem uma teoria *não-constitutiva* ou da *determinação epistêmica*, já que pensam que o papel dos papéis profissionais é tornar mais saliente uma obrigação moral cuja justificação não se reduz aos valores que descrevem tipicamente o desempenho de determinada profissão.

1.5. Como o problema das obrigações morais dos juízes é tratado na filosofia do direito

Agora quero discutir como a questão das obrigações morais dos juízes se relaciona com dois campos de investigação de grande interesse para os filósofos do direito.

1.5.1. As teorias da adjudicação diante dos desvios

Nas subseções abaixo, eu explico como três influentes teorias sobre a adjudicação lidam com o problema dos casos subótimos. São elas, o *formalismo*, o *direito como integridade*, e o *particularismo sensível a regras* ou *jurídico*.

Veremos que ao menos duas soam compatíveis com as teses constitutivas que serão discutidas nos próximos capítulos. Noutras palavras, elas podem admitir que a prática do direito pelos tribunais em sistemas jurídicos razoavelmente justos consegue modificar as obrigações morais dos juízes, dando a impressão de que esses oficiais estariam eticamente justificados a

punir qualquer infrator do direito. Também que há pelo menos uma teoria que admite desvios judiciais, portanto, reconhece que as responsabilidades éticas dos juízes não se confundem com a fidelidade ao direito em vigor.

1.5.1.1. *Formalismo (presumido)*

O formalismo representa um conjunto de teorias que levam bem a sério a fidelidade judicial aos padrões normativos do direito positivo.

Grosso modo, teorias formalistas defendem que normas jurídicas, sobretudo aquelas cujo conteúdo prescrito é expresso em linguagem clara e objetiva – sem o uso de termos linguisticamente indeterminados, ou mesmo, termos avaliativos moralmente carregados como “razoabilidade”, “boa-fé”, “melhor interesse”, “liberdade” – conseguem limitar a autoridade dos tomadores de decisão. Tais normas claras são consideradas regras, já as demais são identificadas como *standards* e, por vezes, como princípios.⁴²

Formalistas costumam explicar a renúncia ao julgamento individual pelo conteúdo autoritativo das regras através de um argumento funcionalista sobre a existência e o propósito do direito. Para esses teóricos, sistemas jurídicos surgiram para organizar nossas vidas em sociedade e resolver numerosos problemas de coordenação em arranjos sociais muito complexos, como é o caso dos Estados Nacionais que temos hoje em dia. Dado o tamanho das comunidades jurídicas modernas, a existência de um código de regras claras, formalmente editadas e publicadas em um único documento – como Constituições ou códigos normativos específicos cíveis, penais, tributários ou administrativos – é essencial para determinar de antemão como disputas de direitos devem ser solucionadas.

Para demonstrar o valor de se tomar decisões baseadas em regras, o formalista Larry Alexander (1999, p. 531-51) pede que imaginemos um arranjo social bem mais simples que Estados Nacionais, digamos, uma tribo com cerca de mil habitantes. A diferença é que essa tribo não tem um sistema jurídico complexo igual ao nosso. Seus membros apenas consentiram que o direito local é composto por uma mísera regra: “deixe Lex decidir nossos conflitos”. Lex é a única autoridade com o poder de adjudicar disputas de direitos e determinar qual membro da tribo está com a razão. Lex é famoso por sua sabedoria e raramente toma decisões arbitrárias. Porém, obviamente, Lex não tem o dom da ubiquidade e não consegue resolver em tempo hábil

⁴² Ver Schlag (1985) para uma distinção simples e completa entre *regras* e *standards*.

todos os conflitos sociais que se acumulam. Lex também não é imortal e não conseguirá resolver conflitos para sempre.

A solução que Lex toma com o consentimento da tribo é editar uma série de normas gerais para regular conflitos semelhantes aos julgados até então, como também para conflitos que não ocorreram, mas poderão ocorrer. Por fim, ficou estabelecido que Lex atribuirá autoridade para que alguns membros da tribo também possam tomar decisões, agora conforme as instruções contidas nas normas da *Lex Códex*. O novo, mas ainda rudimentar sistema jurídico da tribo.

E quanto às características dessas normas?

Já foi dito que Lex elaborou normas *gerais*, que procuram resolver uma gama de conflitos semelhantes. Por exemplo, para regular o trânsito local e evitar acidentes entre motoristas e pedestres, Lex certa vez cogitou editar a norma “dirija com atenção, e velocidade moderada”. Essa é uma norma geral, mais dificilmente é uma *regra séria*, já que ela não põe termo ao problema de coordenação. Como a norma não prescreveu uma conduta específica aos motoristas é difícil imaginar que acidentes deixem de ocorrer, afinal cada motorista pode imaginar velocidades moderadas diferentes – os mais cuidadosos, digamos, 20km/h; os mais tenazes talvez 50km/h. Ao fim, caberá aos novos juízes determinar qual o limite de velocidade é o mais seguro e qual velocidade acima da média justificará a punição dos infratores. Parece óbvio que o *Lex Códex* não cumprirá qualquer função apaziguadora de conflitos se possuir uma série de *standards* como esse. Para realmente resolver disputas de direitos, e alcançar estabilidade e segurança jurídica, o *Lex Códex* precisa de muitas normas cujas prescrições são *determinadas*, como “em vias onde atravessam pedestres, não dirija acima dos 30km/h”.⁴³

A função dessas normas ou regras propriamente ditas e, por extensão, do sistema jurídico que as detém, é justamente evitar que cidadãos e autoridades jurídicas façam juízos avaliativos sobre as todas as razões que têm para agir nas circunstâncias particulares abrangidas pelas regras. O propósito do direito é pôr termo a boa parte das divergências morais, limitando o domínio de razões para a ação apenas àquelas prescritas em regra.⁴⁴

⁴³ Formalistas não desconsideram a importância de *standards*. Eles são extremamente valiosos em circunstâncias onde a proteção ao exercício de liberdades individuais e do espaço para decisões políticas precisa ser regulada, sem ser tolhida. O que os formalistas defendem é que o direito só cumpre bem a função pelo qual ele foi criado, caso sistemas jurídicos contenham muitas regras, provavelmente, em número bem superior aos standards.

⁴⁴ Alexander e Schauer (2007, p. 1583) dizem o seguinte: “o direito existe contra um pano de fundo de divergência e incerteza moral; pois, se pessoas geralmente concordassem sobre o que a moralidade exigisse, então não haveria muita razão para substituir a tomada de decisão moral direta de cidadãos e oficiais pelo direito. Mas, porque esse não é um mundo que nós reconhecemos, e porque divergências morais e práticas parecem endêmicas à condição humana, o direito deve intervir para resolver controvérsias práticas sobre o que deve ser feito. Mas o direito consegue preencher essa função somente se o seu domínio – as razões que o direito consulta para determinar o que deve ser feito – é inferior ao de todas as razões práticas ou mesmo de todas as razões morais”.

Por óbvio, regras não são perfeitas. É utópico crer que mesmo o mais diligente dos legisladores consiga antever uma regra que dê conta de solucionar cada um dos casos que caem no seu âmbito de aplicação. Devido a obstáculos temporais e epistêmicos, regras são inerentemente determinações gerais. Schauer chama essa propriedade das regras de generalizações “*sub-*” ou “*sobreinclusivas*”. Esse aspecto das regras pode ser considerado tanto um vício, quando a maior virtude do modelo de decisão formalista.

Como regras jurídicas são generalizações simplificadas, elas são instrumentos um tanto grosseiros para a solução de casos concretos.⁴⁵ A regra “é proibido a entrada de veículos no parque” foi elaborada em consideração a veículos como ônibus, caminhões, carros e motos. Veículos de passeio e transporte costumam ser poluentes tanto atmosféricos quanto sonoros, e acabam prejudicando a biodiversidade do parque, bem como incomodam a tranquilidade e estorvam as atividades dos seus frequentadores.

Mas há muitos outros meios de locomoção que cabem no âmbito de aplicação da regra. Bicicletas ou patinetes elétricos talvez não devam ser admitidos no parque, pois também interferirão no ambiente de tranquilidade que os frequentadores esperam encontrar. Nessa hipótese, há um problema de subinclusão, já a regra foi elaborada em consideração aos casos mais paradigmáticos de veículos.

Também cabem no âmbito da regra veículos demais, e a sobreinclusão ocorre. Por exemplo, como no caso de um tanque de guerra que quer ser exposto como memorial, de ambulâncias e caminhões de bombeiros cuja entrada pode ser necessária em casos emergenciais. Quanto ao tanque, é difícil imaginar que ele represente um risco à tranquilidade e à segurança dos frequentadores. Já a entrada de ambulâncias e caminhões de bombeiros certamente interferirão nos propósitos que motivaram a regra. Embora seja irracional insistir em reforçar tal regra mesmo quando há propósitos mais importantes em jogo, como a integridade do próprio parque e a integridade física dos frequentadores.⁴⁶

⁴⁵ “Regras podem ser entendidas como instrumentos grosseiros, em dois sentidos diferentes do termo ‘grosseiro’. Em primeiro lugar, regras pretendem-se dotadas de autoridade. Para que as regras possam de fato funcionar como regras, elas devem entrar no lugar ou pelo menos afastar ou oferecer algum tipo de resistência às nossas deliberações ou sopesamento de razões de primeira ordem, isto é, à totalidade de razões relevantes de substância que poderíamos levar em conta na ausência da regra para decidir sobre as nossas ações (ou abstenção das mesmas). [...] Nesse sentido, as regras são grosseiras porque impõem limites artificiais ao raciocínio prático e porque pretendem entrar no lugar do nosso melhor juízo sobre a questão em pauta, isto é, entrar no lugar ou afastar a nossa deliberação acerca da totalidade de razões de substância que consideramos relevantes para a decisão. Regras são instrumentos grosseiros, também, em um segundo sentido: elas são versões simplificações de considerações de substância. No lugar de dizer ‘proteja a vida’ ou ‘dirija prudentemente’, ou ‘promova a dignidade humana’ regras dizem coisas como ‘proibido dirigir acima de 80km/h’. Se não fossem simplificações de considerações de substância, não poderiam entrar no lugar delas ou afastá-las” (STRUCHINER, 2018, p. 201).

⁴⁶ Ruminções sobre a sub e sobreinclusão em “é proibido veículos no parque” e a respeito de propósitos subjacentes ou mais profundos conectados a essa regra, ver Schauer (1988, p. 532-535; 2008).

O maior problema do formalismo é defender que o modelo correto de julgamento implica na deferência estrita às regras sérias. Obedecer cegamente às determinações legais, produz máxima segurança jurídica, mas seu custo moral é elevado. O literalismo ou o textualismo rigoroso, produziriam uma série de resultados indesejados, como proibir que ambulâncias entrem no parque para resgatar rapidamente um frequentador que sofre uma parada cardíaca.

No entanto, há formalistas um pouco mais sensatos que não endossam tamanha devoção às regras. Um deles é Schauer, que defende o “*formalismo presumido*” (ou “*positivismo presumido*”). De acordo com ele, a adesão às regras do direito exerce grande peso normativo sobre a adjudicação. Juízes têm o dever *pro tanto* ou *prima facie* de decidir conforme as normas aplicáveis, e somente em circunstâncias particularmente exigentes é possível desconsiderar as regras em vigor para evitar vereditos absurdos.

Por exemplo, em *United States v. Kirby (1868)*, a corte estadual do Kentucky emitiu uma ordem de prisão contra um carteiro homicida. O Xerife Kirby, diligentemente prende o acusado enquanto entregava a correspondência. Resultado? Kirby foi indiciado por violar uma regra que proibia que o serviço postal fosse interrompido de modo consciente e deliberado. O formalista obstinado teria que admitir que o Xerife fosse advertido, mesmo tendo cumprido seu papel de maneira exemplar. Felizmente, por considerar a aplicação da regra absurda, a corte decidiu absolver Kirby. O tribunal concluiu que o valor da segurança pública claramente superava a tempestividade do serviço postal.⁴⁷

Então, formalistas não precisam se comprometer com a tese de que a autoridade das regras jurídicas é justificada pela exclusão de toda e qualquer razão moral alheia às mesmas. O formalismo presumido ainda consegue oferecer as vantagens da previsibilidade, certeza, e segurança jurídica, de modo que a obediência judicial ao direito consegue oferecer grande resistência contra decisões que procuram rejeitar as generalizações prescritivas das regras.⁴⁸ Tanto é que Schauer faz analogia entre seu formalismo e uma trincheira de guerra, e afirma que seu modelo de decisão é “*entrincheirado*”, justamente porque ele previne que juízes recorram sempre às justificações subjacentes ou alheias às regras durante o julgamento. O formalismo

⁴⁷ *United States v. Kirby* fez precedente na jurisprudência norte-americana, estabelecendo que a aplicação de estatutos legais deve ser julgada com razoabilidade.

⁴⁸ “A vantagem do positivismo presumido [...] é preservar a totalidade de virtudes das regras: certeza, previsibilidade, eficiência, separação dos poderes e previsão dos erros que poderiam ser cometidos ao se aplicar diretamente as justificações subjacentes. Em comparação ao formalismo forte, a vantagem do positivismo presumido é sua capacidade de evitar os resultados absurdos que poderiam fazer o direito cair no ridículo”. (STRUCHINER, 2018, p. 204).

também é conhecido por ser um modelo de decisão opaco, também em alusão à resistência das regras às razões para a ação externas a elas.

Dessa forma, mesmo para sua vertente mais atenuada, o formalismo é um modelo de decisão que impede a ocorrência de desvios judiciais em casos subótimos.

Ao explicar o formalismo presumido, Schauer (1991, p. 204) reconhece que tomadores de decisão só estarão moralmente justificados a afastar uma regra,

Não quando acreditarem que a regra produziu um resultado errado ou subótimo nessa circunstância, não importa o quão bem fundamentada seja tal crença, mas somente, e tão somente, quando as razões para o afastamento forem consideradas pelo tomador de decisão como sendo particularmente fortes.

Portanto, o formalismo presumido parece comprometido com o *perspectivismo jurídico*, já que se admite que juízes podem punir infratores moralmente justificados nos casos subótimos. De fato, Alexander e Schauer (2007, p. 1602) consideram que seus argumentos em defesa do formalismo são morais:

O argumento para limitar as considerações do direito sobre a moralidade é inescapavelmente um argumento moral [...]. O direito, portanto, pode em alguns casos individuais tomar decisões moralmente subótimas, mas essas decisões moralmente subótimas são parte de uma determinação mais larga e inegavelmente moral sobre como tomar as melhores decisões morais em um mundo de conflitos e divergências morais.

Vistos como uma teoria moral, os modelos de decisão formalistas, sugerem que a obrigação dos juízes perante o direito é justificável através de um consequencialismo de regras. Por vezes, o também chamado utilitarismo de regras é uma teoria que defende ser a correção moral de um ato independente da bondade de suas consequências particulares, mas dependente de tal ato estar ou não acordo com um código de regras, que foi escolhido em virtude das boas consequências que ele produz.⁴⁹

Ora, vimos como o formalista considera que a adesão dos juízes a um sistema de regras jurídicas determinadas é mais vantajoso porque adjudicar em favor da obediência legal é, *ceteris paribus*, um estado de coisas melhor do que julgar cada caso particular recorrendo à todas as razões substantivas em jogo. Ou seja, o formalista concorda que as melhores consequências

⁴⁹ Por exemplo, Brad Hooker, que subscreve à teoria, afirma que o consequencialismo de regras “...torna a correção ou incorreção de atos particulares não uma questão das consequências desses atos individuais, mas sim uma questão de conformidade com aquele conjunto de regras razoavelmente gerais cuja aceitação por (mais ou menos) todos teria as melhores consequências.” (HOOKER, 1990, p. 70)

morais são alcançadas quando juízes aplicam regras, mesmo que injustiças ocorram nos casos subótimos.⁵⁰

Portanto, os formalistas não parecem considerar ser moralmente errado violar os interesses de pessoas inocentes. Pelo contrário, punir sujeitos de direito inocentes pode ser a coisa certa a se fazer, dado os pressupostos da teoria de decisão que defendem.

1.5.1.2. *Direito como integridade*

Essa é a teoria de adjudicação de Ronald Dworkin.⁵¹

Diferente do formalismo, o direito como integridade não defende a adesão direta do juiz ao conteúdo autoritativo prescrito em regras. Dworkin pensa que o raciocínio jurídico não ocorre apenas a partir de regras ou *standards*, pois acredita que o direito é determinado por outra categoria normativa, que os formalistas rejeitam ou não dão a devida atenção, os princípios.⁵²

⁵⁰ Michael Stokes (1994, p. 147-48) esclarece a afinidade entre o formalismo e o utilitarismo de regras: “O utilitarismo de regras parece ter uma óbvia aplicação à teoria política e do direito, na medida em que parece plausível, em um sistema jurídico, equiparar o ato de fazer as regras com o papel do legislador, e o ato de aplicar regras para avaliar comportamentos particulares com o papel dos juízes. Se a analogia se mantém, o utilitarismo de regras pode gerar uma teoria da responsabilidade judicial que limita a autoridade do juiz à aplicação de regras”. Schauer (2016, p. 332) também reconhece essa mesma afinidade: “De acordo com uma certa concepção do consequencialismo de regras, provavelmente a predominante, uma ação não é a ação correta caso produza as melhores consequências, mas caso ela concorde com uma regra cujo seguimento disseminado (ou universal) produza as melhores consequências agregadas. De modo semelhante, um juízo jurídico é um juízo jurídico correto, de acordo com a compreensão positivista tradicional, caso ele siga as regras jurídicas aplicáveis, e não somente em razão de produzir o maior grau de justiça, mesmo se concedermos que maximizar a justiça é o objetivo geral de um bom sistema jurídico”. Já Alexander (1999, p. 530) reconhece que o formalismo é uma possibilidade moral apenas para consequencialistas.

⁵¹ Em realidade, o direito como integridade não é apenas uma teoria de decisão judicial, ela também é uma teoria sobre a natureza do direito. Dworkin difere de outros teóricos, sobretudo os positivistas jurídicos, quanto à separação metodológica entre questões filosóficas sobre o direito. Positivistas tipicamente pensam que a análise sobre a natureza do direito, ou seja, a resposta à pergunta “o que é direito?” é apenas uma descrição conceitual e neutra sobre o que são sistemas jurídicos. A exceção são os ditos *positivistas normativos*, como Waldron (2001) e Campbell (2004), por exemplo, que pensam haver um valor moral ínsito na obediência às normas do direito positivo. Para esses autores, a distinção metodológica é, então, menos coerente. Não se fazem juízos sobre méritos morais e políticos nesse momento. Somente após ter definido o que é o direito é que nos seria permitido fazer juízos substantivos e questionar se “devemos obedecer ao direito?”; ou se “juízes têm obrigação moral de aplicar normas jurídicas em todos os casos?”. Essas são questões morais importantes, pertinentes à obrigação política e à teoria da adjudicação, que devem ser respondidas depois da análise conceitual. Dworkin é veementemente contra separar essas questões. Para ele o direito é, necessariamente, determinado a partir dos juízos morais e políticos que fazemos quando ele é aplicado. O direito é uma prática social normativa, e seu conteúdo não pode ser especificado independente dos juízos morais e políticos de uma comunidade. Então natureza do direito, obrigação política e teoria da decisão seriam problemas filosóficos indissociáveis. Consultar Dworkin (1986, p. 87-113) para uma explicação exaustiva das suas divergências metodológicas contra os positivistas. Ver Dickson (2011) para uma defesa metodológica do positivismo.

⁵² Ver Alexander (2013) e Alexander e Kress (2000) para argumentos que questionam a existência dos princípios jurídicos enquanto categoria normativa autêntica.

Princípios são normas jurídicas que, diferentemente de regras e *standards*, não possuem uma forma canônica, ou seja, não são normas expressas, positivadas em códigos de leis. Enquanto regras e *standards* são padrões normativos relativamente determinados (regras mais, *standards* menos), cujo propósito é pôr termo a uma disputa jurídica, princípios são normas que avaliam o mérito moral de regras e *standards*. Seu propósito é oferecer orientação sobre como normas canônicas devem ser interpretadas em casos particulares.⁵³

Para Dworkin, juízes somente exercem o poder de coerção estatal de um modo justificado quando as regras que eles aplicam estão amparadas pelos princípios jurídicos. Tais princípios são razões de fundo que dão, por assim dizer, força moral às regras. Dworkin chama “interpretação construtiva” o procedimento que juízes devem perseguir durante a tomada de decisão.

A forma mais simples de entender como o raciocínio jurídico funciona sob esse modelo é recorrer ao argumento do romance em cadeia. Nesse argumento Dworkin compara a interpretação do direito pelos juízes com a interpretação feita pelos autores de uma obra literária.

Considere as histórias em quadrinhos do Batman.⁵⁴ Com milhares de edições, elas já passaram pelas mãos de vários autores e desenhistas. Através delas os leitores conheceram a jornada de Bruce Wayne, um órfão que se torna um vigilante em Gotham City após ter sua vida marcada pelo latrocínio dos pais por criminosos. Bruce tinha fobia a morcegos, por isso decide assumir a identidade secreta do Batman. O traje de homem-morcego foi escolhido por simbolizar não só a superação dos seus próprios medos, mas também para impor medo aos criminosos.

⁵³ A distinção entre regras, *standards* e princípios não está livre de divergências. É comum identificar *standards* como princípios (o próprio Dworkin o faz). Mas nessa compreensão perdemos a distinção entre normas codificadas que contêm prescrições claras (regras sérias) e normas codificadas que contêm prescrições vagas (*standards*); e princípios passam a ser identificados também como normas editadas com conteúdo vago. Essa dicotomia entre regras e princípios também não capta a ênfase que Dworkin quer dar à necessidade de juízes recorrerem a uma categoria de normas implícitas na prática jurídica, que não estão expressas em documentos jurídicos. Por isso opto por manter um contraste entre regras e *standards*, de um lado, e princípios de outro. Alexander e Sherwin (2001, 169), por exemplo, captam uma distinção semelhante para compreender a função dos princípios na teoria de Dworkin: “na dicotomia regra-princípio sobre tipos de norma, regras – que podem incluir *tanto* regras e *standards* ([um]a primeira dicotomia) – são identificadas por serem positivadas por uma instituição num tempo específico e em uma forma canônica específica. Além disso, regras determinam como litígios que se enquadram dentro dos seus termos devem ser tratados legalmente. Por outro lado, princípios não são positivados e não têm forma canônica, embora eles supostamente reflitam e possam ser modificados por alterações de normas jurídicas canônicas (regras)”. Outra distinção entre esses três tipos de normas é feita por Solum em: <https://solum.typepad.com/legaltheory/2009/09/legal-theory-lexicon-rules-standards-and-principles.html>.

⁵⁴ O principal exemplo que Dworkin deu (1986, p. 232-238) foi sobre “*um Conto de Natal*”, de Dickens. No entanto, penso que uma história em quadrinhos capta melhor os propósitos do argumento.

Conforme liam as edições, o público notou que Batman não matava capangas nem vilões. Batman cooperava com o comissário Gordon, mesmo quando suas ações interferiam com as da polícia. Os bandidos capturados sempre eram entregues à custódia do comissário para serem julgados pelas leis de Gotham.

Agora um novo roteirista é contratado pela *DC comics* para escrever um novo arco de HQs. Ele tem em mente duas linhas narrativas:

A primeira é tornar Batman um herói muito mais impetuoso, para fazer frente aos quadrinhos do Justiceiro, o vigilante da *Marvel Comics*. Dessa vez Batman incluirá armas letais em seu cinto de utilidades. Seu objetivo agora está claro: o Coringa deve ser neutralizado de uma vez por todas.

A outra considera a aposentadoria de Bruce, que passará o disfarce para Dick Grayson, o Robin, seu fiel escudeiro.

Dentre as narrativas consideradas, parece que a primeira não se *ajusta* bem à jornada que o herói teve até o momento. Soa um tanto arbitrário fazer uma mudança brusca nos princípios que Batman adotou para combater o crime em Gotham. Tornar Batman um justiceiro sanguinário não é compatível com a índole e a reputação que o herói construiu.

A opção que aposenta Bruce e coloca Robin como o novo Batman parece mais *coerente* com o passado do herói que a primeira. Afinal, Batman é uma identidade secreta e Bruce jamais a tornou pública. Além disso, Dick Grayson compartilha uma história de vida semelhante à de Bruce. O jovem também ficou órfão pela violência do crime organizado. Como o Batman representa muito mais um símbolo que amedronta criminosos do que a pessoa que traja o uniforme, e considerando que Dick já segue os mesmos valores de Bruce, faz bastante sentido que Robin assuma a identidade do herói que Gotham tanto precisa. Talvez insistir que o Batman precise ser Bruce Wayne é uma regra que não precisa ser mantida, pois, os *propósitos* do herói conseguem ser cumpridos por outra pessoa. Portanto, dentre as opções, a segunda representaria uma decisão mais responsável que a primeira, porque ela é sensível aos propósitos que melhor retratam o tipo de herói que Batman é.

Dworkin imagina que a responsabilidade do juiz ao decidir um caso controverso é um tanto semelhante à responsabilidade do narrador que dá continuidade a uma história já escrita por outros. O novo autor não parece ter boas razões para mudar bruscamente a narrativa do Batman. Ele está vinculado ao que os autores anteriores já escreveram sobre o homem-morcego, de modo que a melhor história que ele pode contar de agora em diante deve ser fiel à narrativa

desenvolvida até o momento.⁵⁵ O mesmo processo interpretativo é então indicado para os juízes. Eles não devem tomar decisões somente de acordo com suas próprias convicções. É necessário demonstrar que as suas razões de decisão se ajustam aos princípios que melhor justificam a história institucional do direito.

A interpretação construtiva requer que o juiz tome decisões que sejam coerentes com a prática jurídica desenvolvida até então. Tal coerência é alcançada quando o juiz analisa se a regra que é instado a aplicar se *ajusta* ao conjunto de decisões judiciais passadas e demais materiais jurídicos disponíveis (como a Constituição, a legislação aplicável, os costumes, e a doutrina) relacionados ao caso que tem em mãos. É nesse conjunto de materiais jurídicos que os juízes identificam os princípios jurídicos que os subjazem. A partir daí o juiz *justifica* como sua decisão interpreta as regras ou *standards* aplicáveis à sua melhor luz moral. Não é à toa que Dworkin caracteriza a interpretação construtiva justamente como uma interação entre duas dimensões, a de “ajuste” e de “justificação” de uma prática social.

A integridade que dá nome à teoria representa justamente a responsabilidade moral que os juízes têm para encontrar uma resposta correta para os litígios, enquanto mantêm coerente a prática do direito. Dworkin (1999, p. 261) afirma que a integridade:

Requer que, até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas.

Portanto, a teoria da adjudicação de Dworkin, assim como o formalismo, também limita o âmbito de razões que o juiz pode invocar enquanto julga. Mas, diferente do formalismo, a restrição de razões não é alcançada pela adesão direta às regras. São os princípios que cumprem essa função. Se o formalismo foi qualificado como opaco em relação às razões subjacentes a regra de decisão, é possível dizer que o direito como integridade torna uma regra “translúcida” à sua justificação, pois há razões subjacentes – os princípios implícitos na prática do direito – que determinam se uma regra merece ou não ser aplicada.

⁵⁵ Segundo Dworkin (1999, p. 276-77): “cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como um produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve. Deve adotar um ponto de vista de um romance que vai se formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama gênero, tema e objetivo, para decidir o que deve considerar como continuidade e não como um novo começo”.

Por essa razão, alguém pode se perguntar se os casos moralmente subótimos existirão sob o direito como integridade. Afinal, se juízes devem sempre consultar os princípios para determinar se uma regra merece ou não ser aplicada, toda decisão que respeita a integridade não é suficiente para absolver desobedientes justificados, como Yasmin e Smith?

No entanto, a integridade não parece capaz de eliminar o problema. A integridade pode, contingentemente, contribuir para a manutenção de casos de resultado subótimo. O próprio Dworkin reconhece que o respeito à integridade produz resultados que teríamos, considerando todas as coisas, razões morais para rejeitar.⁵⁶ Em um exemplo sobre o *common law* norte-americano, Dworkin (1986, p. 218) escreveu o seguinte:

O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados segundo a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz. [...]. Talvez o direito dos Estados Unidos, devidamente interpretado com relação à integridade, incluísse a Lei do Escravo Fugitivo promulgada pelo Congresso antes da Guerra Civil. Se o senso de justiça de um juiz condenasse essa lei por considerá-la profundamente imoral, dado que exigia que os cidadãos ajudassem a devolver os escravos fugitivos a seus donos, teria de considerar se devia fazê-la cumprir por exigência de um proprietário de escravos, ou se devia mentir e dizer que, afinal, esse não era o direito, ou ainda, se não seria o caso de renunciar. O princípio de integridade na deliberação judicial, portanto, não tem necessariamente a última palavra sobre de que modo usar o poder de coerção do Estado. Mas tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz.

No exemplo acima, Dworkin reconhece a hipótese de que à época em que a Lei do Escravo Fugitivo vigeu, a interpretação construtiva do direito poderia recomendar que a regra fosse reforçada judicialmente.⁵⁷ Podemos especular se caso seria considerado subótimo no período; nesse caso o juiz teria que decidir se ele deveria se conformar com as exigências morais que o direito como integridade impunha sobre o papel judicial ou se deveria desviar da melhor interpretação construtiva do direito em vigor.

⁵⁶ Teóricos que discutem a teoria do direito de Dworkin também identificam esse mesmo ponto. Por exemplo, Steven Burton (1992, p. 204-05) reconhece que: “Ronald Dworkin também admite divergências entre direito e moralidade. Para ele, o direito é a melhor interpretação de uma prática histórica. A prática em alguma comunidade pode se prestar a nenhuma interpretação que é moralmente aceitável, mas ainda pode ser “direito” num sentido menos que próspero. *Mesmo em uma prática jurídica próspera, a melhor interpretação do direito pode ser inferior que o ideal moral. Uma decisão segundo a melhor interpretação da prática jurídica pode, portanto, diferir de uma decisão integralmente moral, uma que não seria tão dificultada por acidentes institucionais históricos*”. (grifos meus). Ver também Alexander & Sherwin (2001, p. 155-179), Solum (2010, p. 554-57) e Brand-Ballard (2010, p. 89-90) para evidências adicionais.

⁵⁷ Noutro momento, o próprio Dworkin (1975) argumenta que esse não teria sido o caso. Alguns filósofos como Fallon Jr. (1999), Lyons (2010) e Sebok (1991) discordam e afirmam que o direito como integridade infelizmente favorecia a legislação escravocrata.

É menos evidente que Dworkin tenha considerado que seu modelo de tomada de decisão produz resultados subótimos em tradições jurídicas mais contemporâneas e afortunadas como as nossas. Todos os casos difíceis mais recentes que Dworkin apresentou para provar a plausibilidade da sua teoria— *e.g.*, *Brown v. Board of Education (1954)*, *Tennessee Valley Authority (TVA) v. Hill (1973)*, e *McLoughlin v. O'Brian (1983)* — contêm vereditos que nós podemos razoavelmente crer que foram moralmente corretos, considerado todas as coisas. Mas isso pode ser apenas uma feliz coincidência (BRAND-BALLARD, 2010, p. 89). Não é impossível que em sistemas jurídicos de democracias liberais como a nossa, as interpretações do direito de acordo com seus princípios produzam resultados moralmente subótimos. Por exemplo, é provável que a melhor interpretação construtiva de nossas tradições jurídicas reconheça que honrar contratos firmados entre sujeitos de direito capazes é o princípio que rege todos os negócios jurídicos privados. Nesse caso, o direito como integridade determinará que Yasmin terá que ser despejada do imóvel, mesmo que Yasmin seja inocente, e não tenha descumprido o contrato por má-fé.

Também podemos discordar se os juízes realmente respeitaram os critérios de ajuste e justificação que a teoria exige nos exemplos mais recentes do próprio Dworkin. Tamanaha, por exemplo, não acredita que a decisão em *Brown v. Board of Education (1954)* pudesse ser alcançada através de uma interpretação construtiva. Na realidade, o veredito em *Brown* representaria um desvio ao direito:

A decisão da Suprema Corte de *Brown v. Board of Education*, em 1954, na qual a Corte invalidou a segregação racial legalmente imposta como inconstitucional, aflige a teoria jurídica *mainstream* até hoje. Os autores da *Equal Protection Clause* aparentemente não a entendiam como invalidadora da segregação racial, que era uma prática comum do seu tempo. Logo após a promulgação da Cláusula, a segregação foi mantida como válida pela Suprema Corte em *Plessy v. Ferguson* sem nenhuma mudança subsequente na Constituição. A liberdade de associação poderia ser invocada com igual peso por aqueles que desejavam a segregação ou aqueles que queriam integração. A decisão de *Brown* sem dúvida não era suportada por princípios jurídicos, ou elaboração arrazoada, ou princípio de neutralidade. Daí a decisão não poderia ser conciliada confortavelmente com a Lei Constitucional ou suas interpretações pré-existentes. No entanto, foi correta de um ponto de vista moral, ao menos na visão de muitos no *mainstream* da academia jurídica. (TAMANAHA, 2004, p. 80).

A leitura que Tamanaha fez de *Brown* sugere que os juízes foram incapazes de ajustar suas razões de decisão à melhor interpretação dos princípios jurídicos disponíveis.

Dessa forma, o julgamento conforme princípios jurídicos não está totalmente imune ao dilema do perspectivismo jurídico. Caso existam obrigações morais relativas a papéis e razões

de integridade limitem a responsabilidade ética dos juízes, teremos de concluir que juízes podem ter uma obrigação moral que determine a punição de desobedientes inocentes.⁵⁸

1.5.1.3. *O particularismo jurídico*

Esse é um modelo de tomada de decisão que permite aos juízes alcançar o melhor resultado em cada caso concreto. Para atingir esse objetivo o juiz precisa avaliar todas as razões para a ação subjacentes às regras que ele é instado a aplicar. Caso a regra disponível produza um resultado injusto quando confrontada com as demais razões que levaram à desobediência do réu, o juiz pode ter o dever moral de absolvê-lo, afastando a regra em vigor.⁵⁹

O particularismo jurídico guarda certa semelhança com o particularismo moral, mas não deve ser confundido diretamente com ele. O primeiro é, digamos, primo do segundo.

O particularismo moral representa um conjunto de teorias que lidam diretamente com o raciocínio moral, sem se dedicar a questões jurídicas. Particularistas morais não se preocupam (ao menos por enquanto) em discutir *se* ou *como* o direito pode modificar nos nossos juízos morais. Noutras palavras, tais teóricos não discutem se algo que conta como direito, *e. g.*, um sistema de regras do Estado, consegue constituir obrigações morais. Como se preocupam única e exclusivamente com razões morais, esses particularistas argumentam que regras ou princípios sobre a moralidade não são ferramentas adequadas para a solução de divergências morais. Eles não acreditam que regras ou princípios morais são capazes de determinar se uma conduta é de fato correta ou incorreta.⁶⁰

A versão moral comporta teorias mais radicais ou moderadas quanto ao papel dos princípios, ou regras morais na tomada de decisão moral.⁶¹ A mais radical é uma forma de eliminativismo.⁶² Ela defende que não existem princípios morais. Dessa forma, todas as teorias

⁵⁸ No capítulo 4 retomarei esse ponto. Demonstrarei como não encontramos na teoria de Dworkin um fundamento moral plausível que justifique obrigações relativas ao papel judicial. Nesse caso, sugiro que a teoria de adjudicação de Dworkin não coaduna bem com o dilema moral dos juízes.

⁵⁹ “No modelo particularista, nenhuma consideração do caso em jogo é excluída *a priori*. Qualquer fato que seja importante ou relevante para alcançar o melhor resultado é incluído no cálculo decisório. As regras funcionam apenas como sugestões. Quando indicam resultados contrários àqueles aos quais se chegaria caso se fizesse uma análise que levasse em consideração todos os fatores relevantes, não é necessário aplicá-las” (STRUCHINER, 2005, p. 160).

⁶⁰ “O particularista moral desafia a ideia de que é possível especificar de uma vez por todas as características que sempre serão relevantes para determinar a correção ou a incorreção de uma ação. De fato, o particularista vai além e desafia o que talvez seja a suposição mais profunda da teoria moral tradicional, a saber, que para explicar adequadamente o status deontológico de ações particulares é necessário recorrer a princípios ou regras morais” (TIMMONS, 2012, p. 305).

⁶¹ Sobre o reconhecimento de teorias radicais e moderadas, ver McKeever e Ridge (2005), Horty (2014) e Väyrynen (2011).

⁶² Jonathan Dancy (1983; 1993) é associado à versão mais radical.

generalistas, ou seja, aquelas baseadas em princípios ou máximas morais – como é o caso do utilitarismo ou o kantianismo – estão equivocadas ao propor critérios gerais para a solução de divergências morais. O raciocínio moral é sempre contextual e sensível aos fatos particulares, de modo que seria um erro subsumir juízos morais a normas gerais. Então, teorias generalistas precisam ser dispensadas.

Os mais moderados admitem haver valor em basear nossos juízos morais através de normas gerais, mas elas não são decisivas para determinar o que deve ser feito em cada caso particular. Teóricos moderados acreditam ser possível ou mesmo desejável codificar a moralidade, mas eles pregam certa abstinência no uso desses princípios durante o raciocínio moral. Sob essa concepção normas morais atuam como razões epistêmicas ou guias heurísticos que nos auxiliam a encontrar respostas morais corretas, ao invés de determinar, por si mesmas, a correção ou incorreção de uma conduta.⁶³

Já particularistas jurídicos defendem que julgamentos que envolvem o direito podem ser justificados sem o apelo de regras ou princípios jurídicos (BALLARD, 2010, p. 93-94). Então seus defensores demonstram uma atitude negativa quanto ao uso de regras e princípios do direito como padrões de conduta determinantes na adjudicação. No estágio em que o debate se encontra hoje, nenhum defensor do particularismo jurídico assume abertamente endossar ou não o particularismo moral. Por isso, é uma questão em aberto saber se adeptos do particularismo jurídico também demonstram simpatia ao particularismo moral, já que pode ser conceitualmente possível aceitar o primeiro sem se comprometer com o segundo.⁶⁴ Logo, é seguro dizer que pode haver uma certa sobreposição entre o particularismo jurídico e o moral; e também que a versão jurídica não implica, diretamente, na versão moral.

Retornando ao particularismo jurídico que interessa à discussão, ele, assim como o moral, também admite pelo menos uma versão radical e outra moderada.

⁶³ Por exemplo, Margaret Little (2001, p. 36) sugere que o particularismo pode reconhecer que princípios morais “[...] são heurísticas valiosas: eles auxiliam nossa capacidade de interpretar um caso, servindo para nos lembrar do que pode ser saliente. Ou ainda, eles são resumos de casos passados, úteis não apenas como registros da história, mas como memorandos abreviados do que *tende* a ser relevante. Ou, novamente, são regras de ouro (“*rules of thumb*”), que nos oferecem um conjunto de presunções (“não apunhale!”) que devemos levar conosco mundo afora. Esses são certamente alguns dos usos aos quais princípios morais são aplicados”. Já o particularista moderado Richard Holton (2002, p. 191) acredita que “[o] principal argumento que particularistas têm avançado ainda deixa espaço para um considerável papel para os princípios; e assim deixam em aberto a possibilidade de que os princípios possam desempenhar um papel importante na justificação de veredictos morais”. Ver também Cullity (2002) para outra versão moderada.

⁶⁴ É possível que um particularista jurídico acredite que a moralidade deva ser regida por algum princípio moral, enquanto não acredita que juízes têm que obedecer ao direito para justificar suas decisões. Por exemplo, alguém pode defender o positivismo jurídico e negar que o direito gere obrigações morais, mas acreditar no generalismo moral.

A mais radical também se apoia em uma forma de eliminativismo, ao negar que normas jurídicas são relevantes para embasar decisões judiciais. Por exemplo, Schauer (2001, p. 192) identifica o particularismo jurídico radical como uma versão do realismo jurídico cética às regras do direito:

Os Realistas acreditavam que tomadores de decisão, especialmente os juízes ao decidir casos difíceis, inicialmente fazem um julgamento “considerando todas as coisas” [*‘all-things-considered’*] sobre quem deve vencer. Esse julgamento preliminar, considerando fatores morais, políticos, econômicos e psicológicos, não é arbitrário, mas é particularista ao focar no resultado ótimo *para esse caso*. Tendo tomado essa decisão, o tomador de decisão, o Realista mantém, *então* racionaliza a decisão em termos de uma regra jurídica. Para o Realista Jurídico, regras não servem como fontes de orientação *ex ante*.

Mas assim como o formalismo puro, essa tese particularista soa bastante implausível. Ao contrário da estrita adesão às normas jurídicas, o particularismo jurídico puro renega que o direito possa ser caracterizado como uma ordem normativa cujas diretivas tenham, pelo menos, a pretensão de atuar como um guia confiável de razões para a ação. Se regras jurídicas atuam como meras generalizações *post facto*, parece muito improvável, senão impossível, sequer crer que o direito seja um instrumento de controle social confiável. Por essa razão, somente a versão moderada é interessante, já que ela reconhece que há valor em pautar decisões por meio do direito tanto quanto a diretriz normativa em vigor puder ser moralmente justificada.

O particularismo sensível às regras é essa versão moderada. Eis uma caracterização feita por Schauer (1991, p. 91):⁶⁵

Tal procedimento de decisão parece reconhecer os valores formais de se ter regras enquanto, em simultâneo, considera todos os fatores relevantes em cada caso particular. Ele é então diferente tanto da tomada de decisão baseada em regras [formalismo], quanto do particularismo [radical], e pode então ser chamado *particularismo sensível às regras*. Essa forma de tomada de decisão trata as regras como regras de ouro [*rules of thumb*] no sentido de serem transparentes às suas justificativas substanciais, mas permite que sua própria existência e efeito como regras de ouro se torne um fator para determinar se elas devem ser anuladas quando os resultados por ela indicados divergirem dos resultados sugeridos pela aplicação direta de suas justificativas substantivas.

A teoria reconhece então que o juiz não pode formular uma decisão ignorando o direito aplicável ao caso. O que se nega é que os materiais jurídicos disponíveis restrinjam ou excluam

⁶⁵ Esse modelo de decisão não possui um teórico que se autoproclama particularista sensível a regras tão abertamente quanto os filósofos dos modelos anteriores o fazem com suas teorias. Apesar disso, o particularismo sensível é aceito por Michael Moore (2000, p. 125): “se fosse defender um procedimento de decisão, Schauer está correto em intuir que o particularismo sensível a regras é aquele que eu provavelmente favoreceria”. Heidi Hurd também o aceita, pois, acredita que juízes devem ser ativos praticantes das artes morais, cujas responsabilidades enquanto juízes são reparar o direito quando sua letra e propósitos reivindicarem resultados injustos (HURD, 2018, p. 64). Bem como Brand-Ballard (2010) ao defender que juízes têm razões morais *pro tanto* para desviar do direito em casos subótimos. Além deles David Lyons (1985), Leslie Green (2016) e Anthony Reeves (2010; 2011) também defendem argumentos sobre decisões judiciais que muito se assemelham ao modelo em comento.

da deliberação judicial a consideração de outras razões para agir.⁶⁶ Ou seja, os materiais jurídicos são a principal fonte para o convencimento do juiz, mas não são a única. Todas as considerações relevantes para a solução do caso, mesmo aquelas não previstas pelo direito têm que ser avaliadas. A teoria sugere que o juiz precisa sopesar o valor de obedecer a padrões jurídicos com o valor de proteger direitos ameaçados pela coerção do Estado.⁶⁷ Caso conclua que as regras do direito já produzem o melhor veredito possível, elas são aplicadas. Porém, caso chegue à convicção de que o litigante não mereça ser punido, o juiz pode desviar do direito em vigor.⁶⁸

1.5.1.4. *O impacto do problema das obrigações de papel sobre as teorias da adjudicação*

Dentre as teorias de decisão acima, demonstrei que o formalismo presumido e o direito como integridade são compatíveis com o perspectivismo jurídico, pois ambas, apesar de maneiras distintas, admitem que juízes podem alcançar vereditos subótimos quando interpretam o direito corretamente. Logo, seria permissível que juízes *qua* juízes apliquem o direito contra desobedientes justificados. Por outro lado, o particularismo sensível às regras é contrário à ideia de que a moralidade pode ser relativa a papéis, pois, admite que juízes podem desviar do direito quando a aplicação de suas regras produzirem vereditos injustos em cada caso particular.

Essas evidências constituem mais uma razão para investigar a fundo os fundamentos morais das obrigações do papel judicial, pois para saber qual teoria de decisão soa correta e mais plausível que as demais precisamos saber se juízes *qua* juízes podem, de fato, contrair obrigações morais mesmo quando as exigências do seu cargo divergirem da moralidade ordinária. Caso algum dos argumentos constitutivos dos próximos capítulos forem persuasivos, o formalismo ou o direito como integridade provavelmente estarão corretos. Porém, se a obrigação moral de fidelidade entre juízes e direito não for justificável, o particularismo

⁶⁶ O particularista sensível às regras não concorda com teorias de racionalidade prática como a de Joseph Raz (1986) que defende que ser o direito capaz de excluir razões para a ação do cálculo deliberativo. Veremos mais sobre essa teoria de Raz no Capítulo 7.

⁶⁷ “Um particularista sensível às regras também leva em consideração o valor de se ter e seguir regras, então ele irá desobedecer menos facilmente do que um particularista puro, mas ele ainda não se considera vinculado a regras” (BRAND-BALLARD, 2010, p. 124).

⁶⁸ Ou, segundo Struchiner (2006, p. 169): “para o particularista sensível às regras, diante de cada caso deve-se colocar na balança as justificações geradoras de regras e as justificações substanciais para determinar a decisão. Se o agente responsável pela tomada de decisões percebe que naquele caso específico com o qual está lidando, as razões para se ter a regra são mais fortes que as razões substanciais que podem estar apontando em uma direção contrária à regra, então aplica-se a regra. Ocorrendo a situação contrária, o cenário se inverte e as justificações substanciais são aplicadas”.

sensível às regras será a teoria de decisão que melhor representa os deveres morais de juízes *qua* juízes.

1.5.2. O papel judicial e o problema das obrigações políticas

Até o momento, notamos ser dominante a impressão de que juízes têm uma obrigação de fidelidade que os vinculam moralmente ao direito. Em razão disso, juízes não deveriam desviar em casos subótimos como os de Yasmin e Smith.

No entanto, é plausível admitir que casos subótimos parecem exercer pressão contrária à intuição de que os cidadãos de uma comunidade regulada pelo direito teriam obrigação moral de obedecer ao direito (ou obrigação política). Embora tenhamos boas razões para questionar a autoridade que o direito reivindica para punir infratores em casos subótimos, ficamos com a impressão de que temos uma obrigação moral perante o sistema jurídico que regulamenta nossas vidas. A existência dessa obrigação moral e política daria ao Estado a permissão para exercer seu poder de polícia contra aqueles que transgridam disposições legais pouco controversas.

George Klosko fornece uma descrição típica do problema da obrigação política:

A obrigação moral de obedecer ao direito, ou como é geralmente chamada, obrigação política, é uma exigência moral de obediência às leis de um país. Tradicionalmente, isso tem sido visto como uma exigência de um certo tipo, obedecer ao direito pela razão ‘independente-de-conteúdo’ de que isso é a lei, ao contrário do conteúdo de leis particulares. Ao caracterizar essa obrigação como exigência moral, teóricos distinguem obrigação política da obrigação jurídica. Todos os sistemas jurídicos pretendem vincular as pessoas sujeitas a eles; parte do que queremos dizer quando uma lei é válida é que a população considerada está obrigada a obedecê-la. Essa exigência é geralmente suportada pela coerção, enquanto aqueles que não obedecem estão sujeitos a sanções. Mas esses aspectos da obrigação jurídica deixam em aberto questões mais derradeiras sobre a justificação que o Estado tem para impor tais exigências. A menos que cidadãos tenham exigências morais para obedecer ao direito, eles podem ser forçados a fazê-lo, mas, ao forçar a obediência, o Estado estará agindo injustamente e afetando suas liberdades. (KLOSKO, 2012, p. 511)

A passagem acima sugere que a obrigação política é uma exigência moral geral de obediência às leis do Estado, já que as razões morais que teríamos são avessas à avaliação dos méritos de cada padrão normativo considerado caso a caso. Essa característica da obrigação política é chamada “independência de conteúdo”. Ela assegura o dever de obedecer ao direito como tal. Desse modo, se houver obrigação política, quando o agente praticar uma conduta regulada pelo direito o simples julgamento de que o direito requer que ela faça ϕ tem de ser suficiente para oferecer-lhe uma razão para ϕ , mesmo que sua opinião sobre os méritos da norma jurídica em vigor fosse contrária à obediência (DAGGER & LEFKOWITZ, 2014).

Também se sustenta que a obrigação política é universalmente suportada (“*universally borne*”) já que se clama pela obrigação de todos aqueles que estão submetidos às leis de determinada jurisdição (KRAMER, 2008, p. 180).

Além disso, há grande consenso de que – se a obrigação política for possível – o dever de obedecer ao direito não é absoluto, mas é *prima facie* ou *pro tanto*, de modo que ele pode ser derrotado quando confrontado por considerações morais mais exigentes.⁶⁹

Imagine que Dave passeie de carro com sua esposa grávida numa região deserta da cidade. Subitamente, sua mulher entra em trabalho de parto; Dave não é médico, e não sabe lidar com a possibilidade de um parto normal, ali mesmo, às margens da estrada. Talvez não haja tempo para parar o carro e chamar uma ambulância. Dave decide ignorar todos os semáforos que puder e acelerar o veículo além do limite de velocidade das vias para chegar ao hospital mais próximo (EDMUNDSON, 1998, p. 9). Felizmente, tudo corre bem e mãe e filha ficaram sãs e salvas após o atendimento médico.

Dave violou o direito, já que infringiu algumas leis de trânsito ao correr contra o tempo em busca de um hospital. É justo admitir que o trabalho de parto súbito da sua esposa era uma consideração moral mais exigente que a obediência às leis de trânsito. Assim, obrigação de obedecer ao direito foi derrotada pela obrigação de prestar socorro aos seus entes queridos. Fosse a obrigação de Dave perante o direito absoluta, sua conduta não poderia ser moralmente desculpada. Então é plausível concluir que Dave tem uma justificativa de peso para violar as leis de trânsito, mesmo que o dever legal de as respeitar permaneça intacto e ele corra o risco de ser punido por suas ações.

Nesse caso, se a obrigação política for *prima facie*, o dever moral geral de Dave obedecer ao direito não some simplesmente. Ele continua em força em segundo plano.

A despeito dessas intuições favoráveis à obrigação política, uma série de filósofos políticos contemporâneos pensam que não há uma obrigação moral geral de obedecer ao direito, nem mesmo *prima facie*. Edmundson (1998, p. 14) relata como os cétricos, geralmente chamados *anarquistas filosóficos*, avaliam a força provisional da obrigação política:

As qualificações e exceções ao dever [de obediência ao direito] foram amparadas por considerações morais diferentes do dever em si. Mas essas observações deixam em aberto a possibilidade de que pode sobrar algum espaço para um dever de obediência.

⁶⁹ “Filósofos há muito entenderam o dever de obedecer ao direito como um dever *prima facie* ao invés de um dever absoluto, ou dever *sans phrase*. Um dever *prima facie* é, alguém poderia dizer, um dever candidato, aquele que será de fato o dever de alguém, a não ser que um dever conflitante ou outra consideração moral o supere. Quando esse é o caso, ainda haverá uma razão para fazer o que o dever *prima facie* exigisse, e o agente acertadamente sentirá remorso e uma obrigação para, de alguma forma, compensar pela omissão” (EDMUNDSON, 1998, p. 10).

Alguns filósofos foram além. Não satisfeitos em afirmar que o dever de obedecer ao direito é provisional, de peso insignificante, e supérfluo, eles argumentam que tal dever sob qualquer forma seria incompatível com a moralidade.

Por exemplo, no século dezoito, William Godwin argumentou que noções tal qual o dever de obedecer ao direito equivale a pouco mais do que prejuízos que reduzem o exercício das virtudes supremas do julgamento individual e da benevolência. Mais recentemente, Wolff argumentou que a autonomia pessoal e a autoridade jurídica ou política são irreconciliáveis, e a teórica do direito Heidi Hurd reinterpretou as críticas de Godwin e Wolff ao demonstrar que o dever de obedecer ao direito é incompatível com a própria racionalidade, já que esse dever pretende exigir que, às vezes, ajamos contrários ao balanço de todas as razões.⁷⁰

Grosso modo, os céticos notaram que todos os argumentos até então disponíveis para provar a existência da obrigação política – como, por exemplo, os fundamentos baseados no contrato social ou hipotético, do dever natural, do *fair play*, da gratidão, ou das obrigações associativas – falharam. Como as objeções levantadas contra esses fundamentos foram, ao menos em maior parte, bem-sucedidas, é seguro admitir que a eventual inexistência da obrigação política é atualmente a opinião dominante na literatura.⁷¹

Se considerarmos esses dois entendimentos contemporâneos sobre a obrigação política, notamos que ambos reconhecem a possibilidade de a desobediência jurídica ser possível e moralmente justificável para os sujeitos de direito.

Aos que rejeitam a obrigação política tal desobediência é evidente, já que o direito, por si mesmo, é incapaz de impor obrigações morais. Se a obediência a certas normas do direito for moralmente vinculante será porque as mesmas casualmente refletem razões ou convicções morais que se justificam independentemente de suas propriedades jurídicas.⁷²

⁷⁰ Wolff é Robert Paul Wolff (1970), considerado um dos precursores do anarquismo filosófico. Além dele, outros céticos da obrigação política são Simmons (1981), MBE Smith (1973) e Raz (1979). Esse último, apesar de negar obrigações políticas mesmo, *prima facie*, desenvolveu uma teoria de autoridade, chamada “concepção serviço da autoridade” (*service conception of authority*), que procura conciliar a racionalidade com a submissão à autoridade. Já acadêmicos favoráveis à obrigação política são, e. g., Dworkin (1986), Klosko (2005), Rawls (1964) e Wellman (2001).

⁷¹ Por exemplo, Leslie Green destaca: “Há uma obrigação geral de obedecer ao direito, ao menos em um Estado razoavelmente justo? Cada vez mais teóricos políticos negam essa proposição. É claro, anarquistas, marxistas, e muitos teólogos a têm negado durante todo esse tempo – sua aliança é para com coisas superiores ao, ou de qualquer forma diferentes do Estado. Agora, no entanto, uma quantia de escritores da tradição liberal também passou a negá-la. Chamar isso de um consenso emergente seria mais performativo que descritivo; mas ele é, digamos, uma significativa coalescência de opinião” (GREEN, 1996, p. 301). Noam Gur (2013, p. 326) também expressa a mesma tendência: “Se você propor a um teórico jurídico ou político contemporâneo que ‘não há obrigação moral de obedecer ao direito’ é muito improvável que eles fiquem surpresos ou levantem a sobrancelha. Porque tal negação não é apenas uma posição *mainstream* no discurso acadêmico moderno sobre a obrigação de obedecer ao direito, mas é, possivelmente, até mesmo a opinião atual dominante”.

⁷² “Aqueles que negam que exista qualquer dever geral de obediência ao direito (mesmo *prima facie*) não negam que nós tenhamos um dever moral de fazer aquilo que o direito passa a exigir; mas eles negam que o nosso dever moral deriva da legalidade ou ilegalidade *per se*. Devemos, como Raz coloca, ‘aquiescer ao direito sempre que houver boas razões independentes para fazê-lo’, mas princípios mais profundos governam essas razões e determinam quais deveres nós temos – tanto *prima facie* ou *sans phrase*. Para o cético, o dever de obedecer ao direito simplesmente perde consideração” (EDMUNDSON, 1998, p. 14).

Já aos que a aceitam, o caráter *prima facie* da obrigação política consegue explicar desobediências justificadas nos casos *subótimos*. Afinal, nessas circunstâncias, os cidadãos não teriam escolha a não ser violar as normas jurídicas em vigor para proteger seus direitos ou deveres morais.

E quanto aos juízes? A hipótese desses oficiais possuírem uma obrigação especial de fidelidade ao direito criam algumas possibilidades teóricas interessantes que não foram muito exploradas por filósofos políticos. O mapeamento dessas possibilidades serve para localizar onde recairão os argumentos que discutirei nos próximos capítulos, e permitirão que o leitor avalie a plausibilidade de cada um deles.

Como expus na seção anterior, o *perspectivismo jurídico*, amparado pela assimetria de autoridade, sugere que a exigência de fidelidade ao direito pode variar entre os cidadãos e certos funcionários públicos. Portanto, se a prática de uma função institucional conseguir determinar obrigações morais para seus ocupantes, é possível que juízes possuam um dever moral de obediência ao direito que é diverso daquele exigido aos simples destinatários das normas jurídicas. Nesse caso, é possível que juízes tenham uma obrigação moral de aplicar o direito, mesmo em casos *subótimos*.

Essa variância entre a putativa obediência dos cidadãos e juízes às disposições legais do ordenamento jurídico onde vivem pode ser também notada e explicada através da distinção entre *regras de conduta* e *regras de decisão*.⁷³

Uma regra de conduta é uma norma dirigida aos cidadãos de uma comunidade jurídica para regular seus comportamentos. Ela nos diz que estamos legalmente obrigados ou desobrigados a seguir um comportamento determinado. Geralmente ela também especifica quais consequências legais decorrem da obediência ou desobediência.

Uma regra de conduta é um exemplar das regras que Hart denominou *primárias*. Tais regras trivialmente se aplicam aos juízes, porque juízes também são cidadãos sujeitos ao direito. No entanto, uma mesma norma jurídica que serve como regra de conduta para cidadãos opera como uma regra de decisão para os juízes durante o julgamento.

⁷³ Essa é uma distinção conceitual acerca de uma mesma norma jurídica cumprir diferentes funções a depender do agente para o qual ela é endereçada. Dan-Cohen (1984), no artigo seminal “*Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law*”, atribui à Bentham o desenvolvimento da distinção: “Como Bentham indicou, um único dispositivo legal pode orientar simultaneamente conduta e decisão e, portanto, funcionar tanto como uma regra de conduta, quanto uma regra de decisão. Um estatuto criminal, para usar o exemplo de Bentham, transmite ao público uma mensagem normativa de que certo comportamento deve ser evitado, acompanhado por um aviso da sanção que será aplicada àqueles que se envolverem com a conduta proibida. O mesmo dispositivo legal também se comunica aos juízes: os instrui que, ao verificar que um agente incorreu na conduta proibida, devem administrar-lhe a sanção especificada” (DAN-COHEN, 1984, p. 631). Ver também Hurd (1999, p. 10-11, n. 9), para comentários sobre a relação entre essa distinção e o problema do perspectivismo jurídico.

O papel judicial é um construto social. O desenvolvimento de ordens sociais cada vez mais complexas exigiu o surgimento de um papel com funções especializadas, responsável por administrar a aplicação de regras de conduta e exercer poderes de coerção estatal. O juiz exerce esse papel cujas responsabilidades morais podem estar delimitadas por um conjunto de *regras de exercício*. Essas são regras institucionais que especificam o que deve ser feito por alguém que ocupa um papel profissional (MURPHY, 2006, p. 49).⁷⁴ As regras secundárias de adjudicação, também aludidas por Hart, atuam como regras de exercício para o papel judicial.⁷⁵ Elas conferem aos juízes o poder de aplicar regras jurídicas de conduta para solucionar disputas de direitos e determinar se uma das partes em litígio deve ou não ser punida pelos seus atos.

Como regras de adjudicação permeiam o exercício do papel judicial, elas fazem com que as regras de conduta sejam vistas como regras de decisão para juízes *qua* juízes. Se regras de exercício ou adjudicação atuarem como determinantes de obrigações morais, os juízes terão o dever de aplicar regras de conduta como sanções aos cidadãos desobedientes; mesmo que os desobedientes tenham a crença justificada de que a coisa certa a se fazer é violar o direito.

Desse modo, quando contrastada à putativa obrigação política dos cidadãos, surgem as seguintes possibilidades com relação às obrigações dos juízes (lembrando que o contraste é válido apenas para os sistemas jurídicos razoavelmente justos):

- (1) A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz é insuperável. Ela é derrotável para o cidadão, mas o juiz, enquanto julga, precisa sempre aplicar a regra de conduta que o cidadão desobedeceu;
- (2) A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz também é *prima facie*. Mas elas têm pesos distintos, de modo que a obrigação do cidadão quase sempre é derrotada; enquanto a do juiz dificilmente é derrotada. Nesse caso, o papel tem uma dimensão de peso ou força que altera a direção da obrigação moral dos juízes;
- (3) A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz também é *prima facie*. Ambas podem ter pesos distintos. No entanto, se derrotável para o primeiro, também o será para o

⁷⁴ Um papel social também é constituído por *regras de ocupação* que especificam quais são os critérios para um agente ocupar determinado papel (*idem*, p. 49). Por exemplo, o aspirante ao cargo judicial deve ser um jurista, demonstrar experiência prática e ser aprovado no concurso público para magistratura. Regulamentos sobre a atividade judicial em varas ou tribunais judiciais, como regras sobre o comportamento e o expediente durante a prática forense também podem ser consideradas regras de ocupação. Grosso modo, essas regras fixam um conjunto de condições formais ou acessórias de um papel, enquanto regras de exercício buscam determinar os aspectos mais substantivos do papel, como, *e. g.*, delimitar as responsabilidades morais do juiz durante o julgamento.

⁷⁵ Sobre as regras secundárias de adjudicação, e também sobre as primárias, ver Hart (2007, p. 101-109). Uma exposição didática e condensada sobre essas regras foi feita por Solum (2018) em <https://lsolum.typepad.com/legaltheory/2018/03/legal-theory-lexicon-primary-rules-secondary-rules.html>. Solum (2019) também explica didaticamente a diferença entre regras de conduta e de decisão em https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/12/legal_theory_le_3.html.

segundo. Ou seja, a dimensão de peso do papel não altera a direção da obrigação dos juízes;

- (4) Não há obrigação para o cidadão. Mas juízes têm a obrigação, *prima facie* ou insuperável, de aplicar o direito e punir os agentes que violaram regras de conduta nos casos subótimos.
- (5) Não há obrigação para o cidadão. Também não há para o juiz. Se a desobediência ao direito for moralmente justificada para o primeiro, ela também deve ser para o segundo.⁷⁶

Dentre essas possibilidades, haverá variância entre as obrigações dos cidadãos e juízes em (1), (2) e (4). Já em (3) e (5) as obrigações diante do direito, ou a ausência delas, são as mesmas para os dois atores.

Portanto, se o perspectivismo jurídico for correto – e existirem moralidades relativas a papéis profissionais – (1), (2) ou (4) representam a realidade dos conflitos morais entre a obrigação do papel judicial e os juízos morais ordinários dos desobedientes justificados. Nos capítulos subsequentes, veremos que as teses constitutivas tentam favorecer algum desses argumentos.

A primeira representa a “*tese do solapamento*” (*undermining thesis*), nomeada e identificada por Ballard (2014, p. 89) como uma concepção bastante popular para a maioria dos juristas. Sejam eles advogados, juízes, professores de direito, e acadêmicos interessados em teoria do direito:

De acordo com a tese do solapamento, quaisquer razões (inclusive razões morais) que um juiz pode ter para alcançar um resultado contra-jurídico são solapadas. A tese do solapamento implica que os juízes têm razões morais *all-things-considered* para aderir ao direito em todos os casos. Ela implica que é sempre objetivamente errado (para um juiz) desviar-se do direito, mesmo quando o direito requer resultados objetivamente ruins. Esse é um princípio absoluto de fidelidade judicial ao direito (BRAND-BALLARD, 2014, p. 87-88).

As demais são conjecturadas por Schauer, que também reconhece a primeira hipótese. Em comentário ao problema de a obrigação política ser apenas elaborado em torno dos destinatários de normas jurídicas, diz:

⁷⁶ Outras possibilidades teóricas são possíveis, mas não as listei por serem muito implausíveis ou contra intuitivas. Por exemplo, é possível que as obrigações de ambos os agentes fossem absolutas. Ou que os cidadãos tivessem obrigação política absoluta, mas juízes somente *prima facie*, ou mesmo que os primeiros possuíssem obrigações de quaisquer dos tipos, mas juízes não a possuíssem. Essas últimas duas hipóteses seriam absurdas e contrárias à intuição trabalhada na tese, já que a prática de um papel jurídico enfraqueceria ou cancelaria o dever de obedecer ao direito, ao invés de determiná-lo.

[...] o enfoque geralmente permanece sobre o indivíduo “ordinário” que está putativamente sujeito à autoridade jurídica. [...]

No entanto, muitas leis não são endereçadas aos cidadãos, mas aos oficiais. Nesse caso, surge uma pergunta muito menos frequente: oficiais têm obrigações de obedecer ao direito *somente em virtude do seu papel*? Embora parte da literatura restrita a esse tema tende a usar o termo “moralidade de papel” [“*role morality*”] como marcador para esse conjunto de questões, eu prefiro o termo “obrigação de posição” [“*positional obligation*”] cunhado por John Simmons. Esse último termo alude claramente à questão sobre se, ao se manter dado papel ou posição, impõe-se sobre seu detentor obrigações que ele de outra forma não teria.

Dizer ‘que de outra forma não teria’ não implica resolver se um destinatário do direito *qua* destinatário ou um cidadão *qua* cidadão tem um dever moral de obedecer ao direito. No entanto, independentemente da resposta a essa questão, podemos ainda questionar se oficiais têm obrigações diferentes ou adicionais somente por causa do seu papel, ou posição. Noutras palavras, se não existir uma obrigação de obedecer ao direito, nem mesmo *prima facie*, pode ser que oficiais *qua* oficiais ainda tenham uma obrigação de obedecer ao direito em geral, ou de obedecer aquelas leis dirigidas a eles. Além disso, *mesmo que haja uma obrigação geral de obedecer ao direito, tal obrigação é amplamente entendida como prima facie, ela tem uma dimensão de peso que pode ser maior ou menor. Consequentemente, mesmo se todos os cidadãos tiverem uma obrigação de obedecer ao direito, oficiais podem ter uma obrigação maior, o que significa que a obrigação oficial teria mais força diante de considerações concorrentes do que uma obrigação não oficial de obedecer ao mesmo direito.*

Daí surgem então duas questões relacionadas, mas raramente feitas. Primeiro, se não há obrigação moral geral de obedecer ao direito, há ainda uma obrigação de posição por parte dos oficiais de obedecer ao direito? Segundo, *se há uma obrigação geral prima facie de obedecer ao direito, é a força de tal obrigação maior quando um oficial é o obrigado?* (grifos meus) (SCHAUER, 1992, p. 97-98).

Schauer complementa essa hipótese com o exemplo clássico do semáforo. Devemos permanecer parados diante do semáforo avermelhado em uma via sem trânsito? Se há um dever moral *prima facie* a todos os cidadãos, podemos considerar justificado avançar o sinal e ter nossa obrigação política derrotada nessa circunstância. Porém, e quanto aos oficiais do direito, digamos, os guardas de trânsito? Esses podem ter um dever especial de obediência a leis do Estado, determinado pelas regras de exercício da profissão que desempenham. Nesse caso, as obrigações morais dos guardas de trânsito seriam determinadas *pelo seu papel*. Por essa razão, talvez os guardas de trânsito tenham uma obrigação moral mais forte que os faça respeitar semáforos vermelhos, mesmo quando essa conduta aparentemente não cumpra qualquer propósito moral.⁷⁷

Agora, por outro lado, se a crença em moralidades relativas a papéis for falsa, uma *tese da paridade moral* – que nada mais é que outro modo de especificar a *tese da correspondência* – estará correta.⁷⁸ De acordo com ela, os direitos e obrigações morais de um oficial do direito

⁷⁷ Quanto aos juízes já vimos que as regras de exercício da adjudicação atuam do mesmo modo. Ao invés de impedir que avancem semáforos, magistrados não deveriam desviar do direito.

⁷⁸ Tomo emprestada a denominação dada por Brennan (2018). Ele formula uma tese da paridade moral para defender um argumento equivalente. De acordo com o seu argumento, oficiais do Estado não adquirem permissões especiais para o uso da força, nem imunidade contra ações defensivas, sobretudo, se os atos de coerção do governo forem injustos; daí a tese da paridade moral: “as condições sob as quais uma pessoa pode, em legítima defesa, ou

são equivalentes aos direitos e obrigações morais daqueles que não ocupam esse papel institucional. Logo, não é possível invocar a prática de um papel como fundamento para a existência de obrigações morais diferenciadas para os juízes.

Tanto 3 quanto 5 são compatíveis com a *tese da paridade moral*. O que, em última instância, determinará qual delas é verdadeira será a existência de um argumento satisfatório em favor da obrigação política. Ao longo da tese argumentarei em favor de 5, por acreditar que essa é a leitura provavelmente mais correta sobre as obrigações políticas, embora me contente em admitir que a 3 seja bastante plausível.

em defesa de terceiros, enganar, mentir, sabotar, atacar ou matar um civil, ou destruir propriedade privada, são também condições sobre as quais um civil pode fazer o mesmo contra um agente de governo (que atua *ex officio*) ou contra a propriedade governamental” (BRENNAN, 2018, p. 11). Em linhas gerais essa tese é contrária a ideia de que a ocupação de um papel modifica direitos ou deveres morais dos agentes do Estado, já que as ações dos oficiais têm que ser avaliadas com o mesmo peso moral que as ações dos civis.

2. O ARGUMENTO DA CLARA CISÃO

Neste capítulo discuto a primeira tese constitutiva, proposta pelo filósofo neozelandês Tim Dare.

Dare não desenvolve essa tese com vistas ao dilema judicial do perspectivismo jurídico, mas como uma tentativa de justificar as obrigações morais especiais de profissionais em geral, sendo o advogado o papel escolhido como exemplo central.

O teórico é favorável à concepção padrão das obrigações morais do advogado. Apresentei essa concepção no início do primeiro capítulo. De acordo com ela, advogados adquirem obrigações relativas ao papel favorecidas pelos valores específicos da sua profissão. Princípios como a parcialidade, confidencialidade, e neutralidade diante dos interesses do seu cliente aparentemente determinariam as obrigações morais de advogados *qua* advogados. Nesse caso, o papel do advogado justifica certas condutas que, não fossem pelo papel adversarial, seriam consideradas imorais, como, por exemplo, a empreitada de absolver um réu que o advogado tem consciência de que foi responsável por cometer o homicídio pelo qual é acusado (HUEMER, 2017).⁷⁹ Por essa razão, os argumentos desse capítulo acompanharão algumas reflexões sobre o papel do advogado. No entanto, como expus no capítulo inaugural, o desacordo em torno das obrigações dos juízes é um caso específico de um conflito abrangente entre exigências ético-profissionais e a moralidade ordinária. Então, o problema moral é o mesmo, o que mudam são os valores que seriam responsáveis por alterar as obrigações morais de cada profissional. Assim, a proposta de Dare é suficientemente geral para atuar em defesa da obrigação moral de fidelidade dos juízes ao direito, mesmo diante dos casos subótimos.

A clara cisão é um argumento inspirado por uma distinção desenvolvida por John Rawls no artigo, “*Two Concepts of Rules*” (1955). Através dela, Dare pretende explicar como obrigações morais relativas a papéis são possíveis e como o conflito entre as obrigações profissionais e nossos juízos morais ordinários pode ser mantido.

Início o capítulo expondo como Dare conceitua uma obrigação de papel e como ele procura explicar a intuição de que papéis são capazes de fazer uma diferença moral no nosso raciocínio prático.

⁷⁹ Tanto é o caso que Dare estabelece seu projeto como uma estratégia para dissipar o famoso e incômodo enigma descrito por Lord Macaulay, político britânico e membro do parlamento escocês do século XIX: “essa é a concepção do papel do advogado que tem esse resultado que levou Macaulay a perguntar como ‘é certo que um homem deve, com uma peruca na cabeça e uma faixa no pescoço, fazer por uma guiné o que, sem esses apanágios, ele pensaria ser perverso e infame fazer por um Império?’”. (DARE, 2009, p. 3).

Na próxima parte, eu explico como Dare abre espaço para o seu argumento a partir do fracasso de outra teoria constitutiva, chamada “rota menos direta”, discutida por David Luban. Nessa etapa também veremos como Dare posiciona sua teoria frente não só à proposta de Luban, mas à “rota-direta”. Essa última representa a tese não-constitutiva sobre as obrigações de papel que endossarei ao fim da tese.

Na terceira parte, apresento o argumento de Dare, a estratégia da Clara Cisão (*the ‘Clean Break’ strategy*), junto à distinção rawlsiana da qual ele se aproveita para justificar moralidades diferenciadas por papéis.

Por fim, apresento algumas objeções que questionam o sucesso dessa estratégia e que sugerem que a teoria de Dare não é uma solução satisfatória para o dilema do perspectivismo jurídico.

2.1. O que são papéis e como eles podem fazer uma diferença moral

Dare fixa as bases do seu argumento ao apresentar sua compreensão acerca do que vem a ser um papel e a respeito das obrigações que o acompanham.

Sua definição é semelhante à proposta por Michael Hardimon (1994, p. 334), que concebe papéis como “constelações de direitos e deveres institucionalmente especificados organizados em torno de uma função social institucionalmente especificada”. E obrigações de papel como “um requerimento moral, que se vincula a um papel institucional, cujo conteúdo é fixo pela função do papel, e cuja força normativa flui através do papel” (HARDIMON, 1994, p. 334). À definição de Hardimon, Dare acrescenta um aspecto intuitivo em torno da vinculação do profissional à essas obrigações: sobre aquele que ocupa dado papel criam-se certas expectativas em favor do cumprimento dos deveres instituídos, de modo que desvios de conduta geram surpresa, desconforto, desaprovação ou mesmo desapontamento. Por causa desse aspecto, Dare pensa que não devem existir profundas divergências sobre quais devem ser as obrigações morais que o profissional precisa cumprir enquanto ocupa dado papel. Sua crença é reforçada ao mencionar que o agregado de direitos e deveres que definem e se aderem a um papel já estão prontos e à espera do indivíduo que irá preenchê-lo, como um uniforme já costurado (DARE, 2009, p. 30).

Após explicar o modo com o qual compreende as obrigações de papel, Dare apresenta alguns exemplos que buscam dar suporte à ideia de que as obrigações morais relativas a papéis de fato existem. Seu objetivo é responder afirmativamente à seguinte questão: “há de fato

obrigações que se vinculam especificamente a papéis e que podem exigir ou permitir que seus ocupantes atuem de maneira inconsistente com a moralidade ordinária?” (DARE, 2009, p. 31).

No primeiro exemplo, Dare (2009, p. 32) faz remissão a dois papéis que ele ocupa, o de pai e o de professor universitário. Como pai, reconhece ser senso comum assumirmos que pais e mães têm o direito de preferir o bem-estar e a satisfação dos interesses dos seus próprios filhos em detrimento dos de outras crianças, mesmo que essas últimas precisem de maior ajuda que suas próprias. No entanto, um dos seus filhos decidiu seguir os passos do pai e está graduando na mesma universidade que Dare leciona. Ao ocupar o papel de professor, parece evidente que Dare não deve dar preferência aos interesses do seu filho em detrimento dos demais no contexto universitário. Afinal, um professor *qua* professor tem o dever de avaliar o desempenho acadêmico de cada aluno igualmente.

O outro exemplo, originalmente proposto por Bradley Wendel (2000), supõe um cenário em que você escuta por acaso uma conversa entre um homem e uma mulher que não soa nada casual. O primeiro interpela a segunda com várias perguntas de foro íntimo sobre sua vida sexual. Por exemplo, “quantos parceiros sexuais recentes você teve?”; “você sabia como era a vida sexual dos seus parceiros antes de fazer sexo com eles?”; “você sempre usou preservativos?”. Wendel argumenta que a falta do contexto em que a conversa ocorre, e de qualquer evidência sobre o papel ocupado pelo interpelador, impossibilita concluir se a bateria de perguntas indiscretas era permissível ou não. Se o inquiridor está sentado na mesa de um restaurante num primeiro encontro romântico é bem provável que ele seja um par impertinente ou talvez uma pessoa extremamente preocupada com o eventual risco de contrair uma DST. De todo o modo, as perguntas soam inapropriadas às circunstâncias. Porém, pode ser que a inquirição fosse feita no contexto de uma consulta médica profissional com um ginecologista, ou que o homem seja um pesquisador aplicando um questionário sobre a sexualidade feminina. Nessas hipóteses, o contexto e o papel ocupado pelo sujeito insinuam que as perguntas inconvenientes podem ser justificadas.

Esses exemplos sugerem que a presença de um papel e o conhecimento dos atos normativos relacionados à sua atuação são um tanto relevantes para o discurso e a avaliação moral das ações que os agentes praticam enquanto ocupantes de um papel. Por essa razão Dare (2016, p. 709-10) acredita que a ubiquidade que os papéis têm em nossas vidas e a centralidade dos mesmos para a informar nossos juízos morais estabelece ao menos uma evidência *prima facie* em favor de obrigações morais relativas a papéis.

No entanto, Dare acertadamente reconhece que um argumento em favor de uma teoria constitutiva não pode parar por aqui, pois o máximo que podemos extrair dos exemplos é que

devemos levar a sério o prognóstico de as obrigações morais relativas a papéis serem possíveis. Ainda é necessário demonstrar como papéis podem realmente determinar tais obrigações.⁸⁰ O teórico precisa então explicar como a performance de determinado papel profissional pode alterar o que, considerado todas as coisas, soa imoral em moral, proibido, ou inexigível em requerido (DARE, 2009, p. 33). Noutras palavras é preciso justificar como os padrões morais associados a uma prática profissional podem ser tão genuínos quanto aos da moralidade ordinária, de modo que os deveres morais vinculados ao papel terão primazia sobre outras considerações morais mais gerais.

É o que veremos nas próximas seções.

2.2. As rotas direta e menos direta para a moralidade dos papéis

Antes de apresentar o argumento da clara cisão, também identificado como uma rota indireta de justificação, Dare (2009, p. 33-44) identifica outras duas formas fundamentar obrigações morais vinculadas a papéis presentes na literatura, as rotas direta e menos direta.

Agora não irei apresentar a rota direta em detalhes, pois ela será objeto de um capítulo próprio. Também porque ela é incapaz de justificar moralidades relativas a papéis. Segundo a teoria, uma obrigação de papel é determinada diretamente a partir dos juízos alcançados por nossas convicções morais ordinárias. A rota direta representa uma explicação redutiva das obrigações de papel, de modo que as obrigações morais que um profissional *qua* profissional assume não passam de obrigações morais gerais ajustadas ao contexto em que o ocupante do papel atua. Portanto, essa será a teoria não-constitutiva sobre as obrigações de papel que defenderei ao fim da tese. Assim, peço que os leitores aguardem o momento oportuno para a exposição da teoria e continuem acompanhando o propósito almejado pelos teóricos constitutivos.

Tal propósito é perseguido pela rota menos direta, considerada por David Luban em duas concepções que tentam justificar a primazia da ética adversarial sobre nossas convicções morais externas ao papel. A rota menos direta recorre a uma teoria moral brevemente apresentada no Capítulo anterior, quando apresentei as teorias de decisão formalistas, o utilitarismo de regras. A estratégia dessa rota é a seguinte: é possível derivar obrigações morais relativas ao papel através de um argumento moral geral fornecido pelo utilitarismo de regras. Caso seja bem-sucedida, o conflito moral entre as obrigações profissionais e convicções morais

⁸⁰ “Argumentarei que, se pretendem fazer uma diferença moral, papéis devem ser eles próprios concebidos como a fonte de obrigação para seus ocupantes” (DARE, 2016, p. 710).

daqueles que não ocupam o papel pode ser preservado porque as obrigações de papel também encontrariam fundamento numa teoria moral abrangente que representa, por assim dizer, e num primeiro momento, a moralidade ordinária.

Como expus no Capítulo 1, o utilitarismo de regras determina a correção moral de certas ações a depender das suas consequências. O critério que os utilitaristas de regras defendem é que a conduta ética correta será aquela que se conforma a um conjunto de regras gerais de modo que, se todos os indivíduos considerados obedecerem tais regras, as consequências serão superiores a outras formas de agir.

Assim é possível defender que um advogado de defesa está moralmente justificado a litigar em prol da absolvição do acusado de assassinato, mesmo que tal ação particular seja considerada injusta (*e.g.*, pois o advogado tinha razões sólidas e convincentes para crer que o réu era culpado). Ou ainda, mesmo que o resultado da eventual absolvição traga algum efeito negativo à sociedade (*e. g.*, a hipótese de o réu liberto cometer novos homicídios) (HUEMER, 2017, p. 7). O mesmo raciocínio vale para o dilema do perspectivismo jurídico: o utilitarismo de regras exige que juízes sejam fieis às normas jurídicas vigentes, pois a teoria dá aval à imposição da coerção estatal em casos moralmente subótimos.

Portanto, obrigações morais relativas a papéis são possíveis, pois preservar uma regra geral que determina que os advogados devem defender os interesses dos seus clientes ou uma regra que impede que juízes desviem do direito é mais benéfico às instituições de justiça e à sociedade como um todo.⁸¹

É por isso que Dare (2009, p. 41) classifica essa estratégia de rota menos direta:

Nos termos em que abordamos a diferenciação [moral] de papéis, a mudança para o utilitarismo das regras é uma tentativa de seguir 'uma rota menos direta'. O utilitarismo de regras estabelece regras recorrendo à teoria moral subjacente, mas as obrigações daqueles sujeitos às regras são especificados pelas regras e não pela teoria moral subjacente. Então, se as obrigações de papel pudessem ser especificadas por regras utilitárias, parece que obrigações genuínas diferenciadas por papéis poderiam ser demonstradas.⁸²

“Poderiam” porque Dare considera tal apelo ao utilitarismo de regras malsucedido. O problema é um conhecido dilema que põe à prova o princípio da utilidade, chamado por muitos de objeção da incoerência (MILLER, 2011).

⁸¹ “Regra geral” é empregada aqui de forma bastante lata e não se refere, necessariamente, às regras canônicas de sistemas jurídicos. A regra geral que os utilitaristas se referem pode ser uma norma moral costumeira da prática jurídica. O aspecto relevante é que há grande pressão social por conformidade.

⁸² Robert Goodin chega a associar o utilitarismo de regras ao que ele nomeou “utilitarismo de papéis”. Consultar Goodin (1995; 1998) para uma defesa do utilitarismo de regras como uma filosofia moral apta para representar as responsabilidades de papel dos funcionários públicos.

Eis a objeção:

O utilitarismo é uma teoria que busca determinar ações morais corretas em função do bem-estar superior que produzem em detrimento de outras formas de agir. A versão em comento considera que devemos aquiescer a um sistema autoritativo de regras porque elas promovem utilidade. Porém, se o fundamento utilitário implica que devemos sempre buscar promover o maior bem-estar possível, parece que há algo de errado com a teoria. O utilitarista de regras pede para que os agentes morais suspendam o julgamento justamente sobre o princípio geral da teoria. Nesse caso, seu defensor se vê forçado ou a submeter as regras do seu sistema ao crivo do princípio da utilidade, ou em abandonar o utilitarismo de uma vez, já que essa forma de raciocínio moral parece ser avessa à fidelidade das regras (DARE, 2009, p. 42).⁸³

Para os fins da discussão é relevante considerarmos a segunda perna do dilema antes da primeira. Assim entenderemos como David Luban concluiu que a concepção padrão da ética adversarial é pouco plausível, pois ela considera os valores que asseguram a parcialidade entre cliente e advogado como regras que esse profissional pode deixar de seguir. Também compreenderemos como sua proposta procura preservar obrigações morais diferenciadas pelo papel sem incorrer na outra perna do dilema.

Luban entende que a rota menos direta oferece uma licença institucional. Por meio dela, o agente justifica seus expedientes escusos, que seriam questionáveis não fosse a relevância do seu ofício, porque eles fazem parte de seus deveres profissionais. Tal escusa é um argumento baseado em duas etapas. Primeiro se demonstra que o papel é moralmente desejável. Depois é mantido que a responsabilidade moral pelas ações praticadas pelo profissional recai sobre o papel ou sobre a instituição que o criou e não sobre o profissional. Noutras palavras, Luban (1988, p. 129) esclarece:

A ideia aqui é de que a instituição que cria o papel passa seu estampilho moral para as exigências do papel (da mesma forma que, no utilitarismo de regras, regras que maximizam a utilidade passam seu estampilho moral para os atos que elas requerem que realizemos).

⁸³ Nathanson (2021) salienta que “o utilitarismo de regras soa paradoxal. Ele diz que podemos produzir mais resultados benéficos ao seguir regras, ao invés de sempre realizarmos ações cujos resultados são os mais benéficos possíveis. Isso sugere que nem sempre devemos executar ações individuais que maximizem a utilidade. Como isso poderia ser algo que um utilitarista endossaria?”. Como toda crítica a teorias na filosofia, ela provocou uma defesa dos utilitaristas de regras. Uma das réplicas mais famosas à objeção foi proposta por Hooker (2002), que procurou reabilitar o utilitarismo de regras através do *equilíbrio reflexivo*. No entanto, alguns filósofos acreditam que a solução de Hooker não conseguiu solucionar plenamente o dilema, de modo que continua válido insistirmos na hipótese de colapso ao utilitarismo de atos. Consultar Arneson (2005), Card (2007), e Law (1999) para trélicas nesse sentido.

Então a ideia por trás do argumento é impedir que o ocupante do papel faça juízos sobre o mérito moral dos atos que pratica enquanto executa suas obrigações profissionais. Afinal tais obrigações aparentemente já foram justificadas pela importância que a prática da advocacia e dos valores que a amparam têm para a comunidade.

No entanto, Luban rejeita essa leitura por considerá-la um retrato implausível da imputação de responsabilidade moral aos profissionais. Sob um utilitarismo de papéis o profissional pode abdicar muito facilmente de qualquer responsabilização moral ou pessoal pelos atos praticados enquanto preposto. O advogado que litiga fervorosamente em prol do cliente, ou o juiz que aplica o direito fielmente podem se retratar das injustiças que porventura causaram simplesmente dizendo: “esses são ossos do ofício! Nada posso fazer se as regras que definem minha função às vezes me forçam a praticar más ações”.

O ponto que Luban quer demonstrar é que o utilitarismo de regras pode ser uma teoria moral um tanto rigorista, pois leva os profissionais a aderir cegamente às exigências do seu papel. Porém, esse não parece ser o tipo certo de atitude de um agente moralmente responsável. Em resposta, Luban (1988, p. 121) sugere que

Uma pessoa moralmente responsável é uma pessoa que não deixa de pensar em termos morais sobre o que faz, quando apropriado. Podemos realmente imaginar que tal pessoa não pense em termos morais a respeito de atos, mas apenas de políticas? A deliberação moral não é um programa passivo que aguarda por quaisquer *inputs* pré-selecionados que escolhermos alimentá-la: ela requer, antes de tudo, uma disposição de caráter, isto é, uma característica estabelecida de personalidade. Devemos estar dispostos a olhar para ângulos éticos nas situações que enfrentamos, mesmo que ao fazê-lo seja por vezes embaraçoso ou desagradável. Muitas pessoas não têm essa disposição. E se você a tem, perceberá que ela não pode ser ligada ou desligada ao bel-prazer, nem pode ser direcionada com precisão a apenas um tipo de objeto lógico, uma “política” ao invés de um “ato”.

Na crítica acima, Luban associa o utilitarismo de regras a uma postura que privilegia políticas sobre atos (em oposição à vertente de atos que dá primazia a esses sobre políticas ou, mais apropriadamente, às regras de exercício de um papel). Ainda sugere que não é razoável que um profissional meramente renuncie ao julgamento sobre os méritos das suas regras de exercício em casos particulares. Também pondera que o comprometimento irrefletido do profissional contém deméritos que os adeptos do modelo de políticas sobre atos menosprezam. Luban acredita que um agente que não questiona a moralidade dos seus atos pode também muito bem manifestar a predisposição de não pensar de forma alguma sobre a moralidade das políticas ou valores profissionais.

Para retratar esse lado mais sombrio da responsabilidade profissional, Luban (1988, p. 122) lança mão das reflexões de Hannah Arendt (1999) sobre a banalidade do mal e sobre a difusão da culpabilidade moral em instituições hierarquizadas.

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, Arendt acompanhou o testemunho de Otto Eichmann, um oficial da SS de menor escalão julgado pelo Tribunal de Nuremberg. Eichmann se dizia avesso às perversidades de Hitler e Himmler e pediu a clemência do tribunal contra sua participação no holocausto. Afinal ele apenas estava cumprindo ordens e lidando com a papelada burocrática do governo. Também alegou que jamais acompanhara as atividades dos soldados nos campos de concentração. Arendt reconhece que talvez o tenente não tivesse quaisquer das intenções monstruosas dos seus superiores. Eichmann lhe pareceu um burocrata um tanto provinciano, que diligentemente cumpria seus afazeres para ser promovido. Consternada com a recusa do réu em admitir sua cumplicidade com o holocausto, Arendt cunhou o termo “banalidade do mal” para explicar o comportamento de Eichman. Apesar disso, ela sugeriu que o tenente não poderia ser considerado um “monstro amoral”, suas escusas não poderiam ser justificadas. Ao invés disso, concluiu que Eichmann praticara atos perversos sem intenções claramente perversas por estar absorto nos seus deveres de função e indevidamente alheio à realidade dos seus atos.

Luban reconhece que mesmo que essa análise sobre o perfil psicológico do oficial possa não ter sido inteiramente precisa, a possibilidade de um burocrata executar os encargos da sua posição sem refletir sobre os efeitos de suas ações é uma possibilidade um tanto desoladora.⁸⁴

Diante dessa hipótese, Luban faz sua própria crítica à segunda perna do dilema do utilitarismo de regras. Ele propõe outra leitura sobre os efeitos da difusão da responsabilidade moral em arranjos institucionais – mesmo daqueles que consideramos razoavelmente justos:

⁸⁴ Devo acrescentar que filósofos preocupados com a moralidade dos papéis contestam o problema do distanciamento moral entre o agente e suas exigências profissionais de outras formas. Outra bastante comentada parte dos ensaios existencialistas de Jean-Paul-Sartre. Assim como Arendt elaborou a noção da “banalidade do mal”, Sartre desenvolveu o conceito de “má-fé” para ilustrar como a resoluta identificação do agente frente às exigências do seu papel implica em abdicar demais da sua liberdade, valor que Sartre considerava fundamental para a assunção de responsabilidade. Reproduzo abaixo como Postema (1983, p. 74) considera a análise de Sartre instrutiva para o problema da moralidade de papéis: “Sartre insistiu que levar as moralidades do papel a sério é deixar de assumir a responsabilidade para si e sobre suas ações. A propriedade essencial da consciência humana, segundo Sartre, é sua liberdade absoluta – a capacidade de definir-se em ação independentemente do seu papel ou papéis. Os papéis, no entanto, já vêm ‘prontos’, embalados pela sociedade. Ao atuar em um papel, a pessoa simplesmente age como os outros esperam que ela aja. Simplesmente identificar-se com o seu papel é ignorar que se é livre para escolher não agir dessa maneira. Na opinião de Sartre é, portanto, essencial que alguém seja capaz de se afastar de seu papel. Além disso, embora seja psicologicamente possível se identificar profundamente com seu papel, fazê-lo é, na opinião de Sartre, moralmente impensável e uma forma de má-fé. A identificação é uma estratégia para se esquivar de sua liberdade e, conseqüentemente, de sua responsabilidade por quem o agente é e pelo que ele faz. Ao se abrigar no papel, o indivíduo coloca a responsabilidade por todos os seus atos às portas do autor institucional do papel”. Ver também, G A. Cohen (1966), McIntyre (1999) e Wolgast (1992, p. 40-57) para críticas correlatas sobre o problema do distanciamento moral entre o agente e o papel que ele ocupa.

Quando a agência moral se divide ao longo das linhas da autoridade institucional, parece-me que todo o agente da instituição acabará abdicando da responsabilidade moral, que “recai entre os atores”, de modo que, mesmo em um sistema moralmente justificável, um erro *inatribuível* será cometido. Não estou falando de horrores globais, mas também, em menor escala, de despejos, demissões, e pagamentos rescindidos que, é claro, ninguém intencionava e que não são responsabilidade das pessoas que redigiram os documentos ou executaram as sentenças. (LUBAN, 1988, p. 124).

Por causa desses problemas, Luban propôs outro modelo de justificação para a moralidade dos papéis, um que não incorresse no “dar de ombros” do profissional diante das exigências que lhe são impostas. Ao invés de duas etapas, o novo modelo deve possuir quatro. Segundo os critérios a seguir, uma obrigação de papel só consegue ser moralmente justificável se, e somente se, o profissional – ao refletir sobre as exigências do seu papel – concluir que elas superam as razões morais que ele teria para desobedecê-las no caso considerado. Dessa forma, é necessário que o agente justifique (LUBAN, 1988, p. 131):

- (i) A instituição, demonstrando que ela é moralmente desejável;
- (ii) Seu papel com relação à estrutura da intuição;
- (iii) Suas obrigações de papel, demonstrando que elas são essenciais ao papel, e;
- (iv) O ato que lhe é esperado cumprir, demonstrando que suas obrigações de papel de fato o requerem.⁸⁵

Luban explica como esse processo de justificação moral funciona em um cenário hipotético, o do operador logístico da Oxfam. Tal instituição filantrópica tem como principal missão distribuir mantimentos para pessoas que vivem próximas à linha da pobreza. Dentro da Oxfam a função do operador logístico é conseguir acordos com empresas de transporte local. Imagine então o cenário em que o operador precisa contratar alguns caminhões para levar os mantimentos até a vila remota de um país subdesenvolvido. O único prestador disponível é um poderoso líder envolvido em algumas atividades criminosas. Durante as tratativas, o logístico acaba entreouvindo que o líder planeja o assassinato de um homem inocente. Infelizmente o vilão percebe o fato, e o ameaça: *‘se você avisar as autoridades ou por qualquer motivo meu alvo escapar, o negócio está desfeito!’*

Neste caso, o preposto da Oxfam enfrenta um dilema moral. Parece ser o caso de que o logístico está sob uma obrigação moral de alertar a ocorrência do crime. Por outro lado, ele também parece comprometido com uma obrigação moral derivada a partir do seu papel, nomeadamente, impedir que os aldeões morram de fome. Luban crê que uma escusa em favor

⁸⁵ Luban chamou esse modelo “*The Fourfold Root of Sufficient Reasoning*”, literalmente algo como “*A Raiz Quádrupla do Raciocínio Suficiente*”.

das obrigações de papel é permissível. Se o funcionário seguir os quatro passos da sua cadeia de justificação, ele poderá concluir que salvar muitas vidas da fome ao invés do assassinato de uma pessoa é considerado todas as coisas a ação correta.⁸⁶

A despeito da plausibilidade inicial do modelo de Luban – afinal, as quatro etapas indicam que o desempenho de um papel institucional pode fazer uma diferença sobre as obrigações morais do agente – ele é incapaz de demonstrar que o papel é o fator *realmente determinante* que justifica obrigações morais diferenciadas. Para ver como o papel meramente aparenta alterar as obrigações morais do sujeito, basta imaginarmos que, ao invés de um funcionário da Oxfam, o benfeitor é Elon Musk em pessoa.

O benevolente filantropo decide, sem o intermédio de qualquer instituição, distribuir por sua própria conta e risco uma generosa quantidade de alimentos para uma comunidade muito pobre de um país desenvolvido. Mas, assim como o preposto da Oxfam, ele se depara com o mesmo obstáculo imposto pelo dono dos veículos. Mesmo sem o apoio de uma instituição, qual decisão Musk deve tomar? Penso que a mesma, afinal as consequências morais que Musk precisa sopesar são as mesmas do operador logístico. Ele tem que decidir qual resultado parece ser moralmente superior ao outro. A única diferença é que os méritos morais da ação filantrópica não são apoiados por instituições, mas apenas pelos benefícios que as ações pessoais de Musk podem produzir.

O exemplo acima demonstra que o apelo a um papel profissional não contribui para alterar o status moral da conduta do agente. A obrigação moral do sujeito acaba sendo justificada diretamente a partir da escolha entre cada uma das razões para agir disponíveis em função das suas consequências.

O próprio Luban antecipou essa objeção, embora acredite que ela não funcione, porque somente uma pessoa com poderes sobre-humanos conseguiria salvar muitos, de forma que a instituição e os papéis que ela atribui sempre serão decisivos. Em sua opinião:

A objeção trata seu papel [de preposto da Oxfam] como uma característica acidental ou contingente que provoca o dilema do funcionário entre salvar um ou salvar muitos; mas isso é incorreto, pois sem o papel (e sem poderes sobre-humanos) ele não estaria nesse dilema de uma maneira concebível. Longe de ser uma característica contingente de um problema mais geral, que o agente está em um papel é necessário para que próprio problema seja apresentado, para ser inteligível. Expondo corretamente, o dilema não é ‘para salvar uma vida ou muitas?’, mas ‘para salvar uma vida ou para

⁸⁶ Luban (1988, p. 130) destaca que a pessoa justifica sua escusa profissional da seguinte forma: “ela salienta que a ação do seu papel para concordar com P [o chefe] é exigida pela sua obrigação de papel, que no que lhe concerne é necessária para executar o objetivo institucional do papel, que (finalmente) é justificado pelo bem moral aprazível da instituição: o salvamento de muitas vidas inocentes. Tomadas em conjunto, essas justificativas para a ação do papel superam a obrigação de avisar a infeliz vítima de P”.

cumprir o meu trabalho' (sendo uma condição necessária, mas não suficiente para salvar muitas vidas)?' O dilema é precisamente uma escolha entre uma obrigação de papel e uma obrigação moral comum". (LUBAN 1988, p. 131).

Não tenho tanta certeza sobre essa retratação. Penso que Luban minimizou em demasia o impacto da objeção sobre seu argumento. Não obstante, ser plausível admitir que a filantropia de Elon Musk não terá o mesmo efeito que uma intervenção da Oxfam, as doações pessoais são suficientes para salvar da fome algumas pessoas, então não precisamos do *Superman* para fazer o argumento funcionar. Isso já é o suficiente para o dilema moral surtir efeito: Musk tem que decidir entre salvar algumas pessoas da inanição ou a vida de um inocente.

Daniel Wueste notou o problema e concluiu que o modelo em quatro passos é incapaz de preservar a intuição de que papéis profissionais podem determinar um conjunto próprio de obrigações morais:

O problema aqui é que não apenas os filósofos morais, particularmente utilitaristas, mas quase qualquer pessoa que considera o caso provavelmente questionará: 'porque não ir direto ao ponto?' Conformar-se com a demanda do gângster é justificado, se o for, porque o ato em si produz (ou tende a produzir) um bem moral positivo. Se o funcionário de logística está justificado a se conformar com a demanda do gângster, isso não ocorre devido à instituição e às obrigações de papel que ela impõe, porque em tais circunstâncias, e pensando exclusivamente em termos de mérito, qualquer pessoa teria justificativa para agir dessa forma. Então, não obstante, a alegação de Luban em contrário, a instituição não está cumprindo o trabalho de justificação; ela não é um gerador de justificação, mas é – na melhor das hipóteses – um condúite para a ratificação baseada no mérito da moralidade ordinária. Desse modo, a moralidade institucional aqui é uma moralidade apenas no nome; mais precisamente, o termo 'moralidade institucional' é um nome impróprio. (WUESTE, 2010, p. 412-13)

Portanto, a justificação em quatro etapas de Luban, que pode ser muito bem interpretada como uma forma mitigada do utilitarismo de regras, acaba fracassando enquanto teoria constitutiva, vez que a força de justificação para as obrigações morais do agente *qua* ocupante do papel não conseguem, em última instância, ser derivadas a partir dos valores profissionais específicos que enaltecem seus ofícios.

Importada aos juízes, a objeção sugere que esses oficiais estão habilitados, ou melhor, eles devem, caso necessário, considerar e decidir se o direito não deve ser obedecido no caso concreto. Seus padrões normativos não podem exercer grande autoridade sobre a deliberação judicial. Sob essa perspectiva, as razões do direito atuam, no máximo, como regras de ouro que devem ser revistas pelo magistrado toda a vez que se depara com um caso subótimo. Nesse caso, sempre recairá sob sua responsabilidade e discernimento decidir se o direito merece ser seguido ou não.

Por essas razões, Tim Dare conclui que as estratégias da rota menos direta falham. Luban não consegue preservar um argumento constitutivo que torne as regras de exercício de uma profissão critério suficiente para determinar as obrigações morais do agente. O máximo que o utilitarismo de papéis consegue estabelecer é que as exigências de papéis são razões para agir com caráter *prima facie*. E que essas razões *sempre* estão sujeitas a ser superadas quando entram em conflito com a moralidade ordinária. Desse modo, é permitido que o ocupante do papel aja contra, ou ao menos se abstenha de agir em favor, às normas de conduta do seu papel. De acordo com Dare (2016, p. 714):

[...] a versão de Luban para o utilitarismo de regras é especialmente vulnerável à alegação familiar de que o utilitarismo de regras colapsa em sua variedade de atos precisamente porque ele insiste que os ocupantes do papel permaneçam sensíveis às exigências e à força das justificativas em casos particulares: ele desaba, por assim dizer, pela ‘franqueza’ de sua derivação da obrigação de papel. Ele se encontra em dificuldade nesse ponto, pois quer se apegar à sua ideia central de que instituições e papéis ‘transmitem’ as justificativas da moralidade ordinária para os ocupantes de papéis e seus atos enquanto ocupantes. Ao fazer isso, ele cria sua própria versão do dilema utilitário de regras: ele pode abandonar essa ideia central e negar que a moralidade ordinária tem uma palavra direta na determinação da força e do conteúdo das obrigações de papéis, ou ele pode se apegar a ela, mas deixar-se vulnerável aos tipos de críticas ao utilitarismo de atos [...] que ressurgem contra essa ‘forma colapsada’ do utilitarismo de regras. Como vimos, Luban escolhe a segunda perna desse dilema. Ao fazê-lo ele defende um modelo que, novamente, não pode garantir uma obrigação de papel robusta. Para isso precisamos de outra rota ainda menos direta.

Os tipos de críticas ao utilitarismo de atos que Dare faz menção são especialmente problemáticos para uma teoria que procura fundamentar obrigações morais baseadas em papéis. Isso porque a versão de atos é conhecida por enfrentar dificuldades para explicar a tenacidade das obrigações especiais, em geral – entre as quais as obrigações de papel são espécie, como é o caso das obrigações associativas entre familiares e amigos, ou daquelas oriundas de promessas – diante de situações conflituosas.⁸⁷

No entanto, para o cético que disputa a plausibilidade de moralidades relativas a papéis, o utilitarismo de atos pode ser viável, embora ele carregue consigo outros problemas que precisam ser solucionados; como o fato de a teoria ser vulnerável à objeção da incompatibilidade com a justiça e o respeito aos direitos morais das pessoas. Tal objeção,

⁸⁷ Como Eglston (2014, p. 138) sugere “as obrigações especiais que decorrem de promessas não são as únicas que o utilitarismo de atos é conhecido por negligenciar. Outras incluem as obrigações especiais que pessoas têm com outras pessoas em virtude do que essas outras pessoas conquistaram, ou desejam; e as obrigações especiais que pessoas têm perante suas famílias e amigos. É dito que todos esses casos mostram que a moralidade não é apenas uma questão de maximizar o bem-estar geral”. Ver Norcross (2011) para uma forma de tornar o utilitarismo de atos compatível com a prática de promessas e, talvez, com outras obrigações especiais.

geralmente feita por deontologistas morais, é expressa num exemplo famoso de Judith Jarvis Thompson (1985): um renomado cirurgião tem cinco pacientes que precisam de transplantes urgentes. Cada um precisa de um órgão específico, mas não há doadores disponíveis. No entanto, o médico se depara com o prontuário de um sexto paciente, saudável, que foi ao hospital apenas para fazer check-up. Numa incrível coincidência, o prontuário demonstra que há compatibilidade sanguínea do saudável com todos os cinco convalescentes. Nesse caso, se transplantasse os órgãos do saudável para os doentes, os cinco poderão viver. Sem titubear, o cirurgião anestesia o desafortunado paciente removendo-lhe o coração, um pulmão, um rim, o fígado, e o pâncreas. Felizmente todos os doentes são salvos. O utilitarista de atos parece ter que aceitar que a decisão do médico foi correta, pois muito embora o direito à vida do paciente saudável tenha sido considerado pelo cirurgião, ela não superaria os benefícios de se salvar cinco.

Um cenário em que o juiz é o protagonista também é possível, como nesse exemplo sugerido por Michael Austin (2015):

Imagine que você é um juiz em uma pequena cidade. E que alguém cometera um crime e houve certa comoção social resultando em danos, conflitos violentos e alguns tumultos. Como juiz, você sabe que se condenar um inocente à morte, a cidade será acalmada e a paz restaurada. Se você o libertar, ainda mais agitação irá eclodir, com mais danos para a cidade e sua população. O utilitarismo parece exigir a punição do inocente em certas circunstâncias como essas.⁸⁸

Diante de todos esses problemas vistos acima, Dare propõe outra teoria constitutiva para, mais uma vez, tentar resolver o dilema entre a ética profissional e a moralidade ordinária em favor da primeira. É o que veremos a seguir.

2.3. A rota indireta: o argumento da clara cisão

O argumento da clara cisão procura neutralizar a possibilidade de o profissional recorrer a razões morais ordinárias caso a caso, já que esse foi o aspecto da proposta de Luban que impediu papéis profissionais constituíssem as obrigações morais dos seus ocupantes. Noutras palavras, Dare (2009, p. 44) propõe uma concepção sobre a moralidade dos papéis que assegura que profissionais não estarão habilitados a apelar para a moralidade ordinária enquanto atuam a partir dos seus papéis. Para tanto, o teórico precisa fornecer uma razão satisfatória para impedir que cadeia de justificação de deveres institucionais se transmita para a avaliação

⁸⁸ Casos como esse são conhecidos na literatura como objeção do bode expiatório. Outras versões podem ser encontradas em McCloskey (1965) e Wolf (2016).

particularista dos profissionais. E é aqui que a distinção proposta por Rawls entre a justificação de uma prática e dos atos internos a ela entra em jogo (e jogos entrem em cena como exemplos).

Em *Two Concepts of Rules* (1955), Rawls propôs um argumento capaz de defender o principal comprometimento promovido pelo utilitarista de regras – que, como já expus, é a adesão a um sistema de regras voltados para o bem-comum. Apesar de ter se tornado, ele próprio, um crítico de teorias morais utilitaristas em escritos posteriores, sobretudo em *Uma Teoria de Justiça*, Rawls era simpático a esse comprometimento utilitário.⁸⁹

Nesse artigo, Rawls buscou defender duas práticas sociais que foram mencionadas mais acima e que dificilmente são preservadas sob o princípio da utilidade: o exercício do poder de coerção estatal que segue uma lógica retributivista da punição, segundo a qual somente sujeitos *legalmente* culpáveis merecem ser punidos;⁹⁰ e as obrigações especiais baseadas em promessas.⁹¹

Segundo Dare (2009, p. 45), Rawls notou que um utilitarismo de atos é incapaz de preservar essas práticas; enquanto a versão das regras é uma vertente instável em razão da objeção da incoerência. Além disso, notou que no caso de promessas os críticos do utilitarismo sempre consideram que aqueles que firmam promessas sempre estão intituados a reavaliar seus termos, ou seja, eles assumem que a *prática* de promessas puder ser justificada por fundamentos utilitários, então cada *instância específica* de uma promessa também deve passar pelo crivo do princípio da utilidade.

⁸⁹ Há controvérsia se essa proposta rawlsiana implica realmente num tipo de utilitarismo. Porém, esse não é um ponto tão relevante para minha discussão. O que é importante é saber se o argumento do Rawls – coerente ou não com o princípio da utilidade – é uma boa defesa em favor das obrigações morais relativas a papéis; e se ele escapa dos problemas que Luban enfrentou com a rota menos direta, o leitor interessado em saber mais sobre esse pormenor teórico pode consultar Wolff (2016) e chegar às suas próprias conclusões.

⁹⁰ Fique atento para não confundir com o *retributivismo fraco* que entretém o dilema do perspectivismo jurídico. Esse último é um princípio *moral* que fixa as condições de punibilidade do agente em função do seu merecimento moral. O retributivismo que Rawls parece ter em mente é, muito provavelmente, um princípio *jurídico* ou de legalidade, cujas condições de punibilidade foram fixas por normas jurídicas válidas que, por sua vez, satisfizeram o melhor cálculo utilitário possível que justifica a prática do direito como um todo. Como o próprio Rawls (1955, p. 7) admite, “[a] decisão sobre se empregar ou não o direito, ao invés de algum outro mecanismo de controle social, e a decisão sobre quais leis ter e quais penalidades atribuir, pode ser estabelecida por argumentos utilitários; mas se alguém decidir que se deve ter leis, então decidiu sobre algo cujo funcionamento em casos particulares é retributivo em forma”. Fosse o retributivismo fraco a tese de punibilidade de Rawls, ele fatalmente seria um princípio que os juízes teriam que considerar na tomada de decisão em concorrência aos valores da democracia e do estado do direito. Nesse caso, o adepto da clara cisão encontraria muitas dificuldades para sustentar que as obrigações do papel judicial são morais e implicam fidelidade ao direito institucional.

⁹¹ “Em *Two conceptions of Rules*”, Rawls avança uma concepção de regras enquanto práticas ou instituições com o objetivo de defender (uma forma de) utilitarismo – a teoria que ele endossava à época – de uma objeção difícil, senão fatal. [...] Devido à sua justificação peculiar da moralidade, o utilitarismo parece incapaz de excluir casos cujas circunstâncias são tais que pode ser moralmente obrigatório, por exemplo, condenar um inocente ou não cumprir uma promessa. Rawls avança uma concepção de práticas equivalentes a regras [*‘rule-like practices’*] destinado a superar resultados indesejados como esses de acordo com nossos juízos ponderados [*‘considered judgements’*]” (SALVATORE, 2015, p. 85).

Rawls pensava que os críticos não têm o direito de lançar essas acusações, sobretudo porque eles não se dão conta de que existe uma distinção fundamental entre a *justificação de uma prática* e da *justificação de uma ação particular que recai sobre ela*. Segundo o filósofo, somente antes de as promessas serem firmadas é que os promissores estão livres para avaliar todos os méritos e determinar quais atos serão realizados de acordo o melhor balanço de razões para a ação disponíveis. Porém, feita a promessa, os agentes adquirem motivos para crer que os cálculos consequencialistas terminaram e que o acordo firmado restringirá todas as tratativas futuras. Doravante, parece ser o caso de que a promessa constituiu deveres para o promitente e o promissário adquiriu um direito correlato de exigir que a promessa seja levada à cabo. Podemos então dizer que a prática de se vincular à acordos mediante promessas impôs uma *restrição deontológica* às condutas do promitente, fazendo com que ele renuncie à possibilidade de reavaliar a retidão dos seus atos em suas deliberações futuras (DARE, 2016, p. 715).

Para explicar mais claramente a distinção, Rawls recorre ao exemplo favorito entre os filósofos interessados em normatividade, os jogos esportivos. Consideremos então o futebol:⁹²

O jogo é demarcado por uma série de regras que fixam os critérios necessários para o futebol ser praticado, *e. g.*, o número de jogadores em cada equipe, a forma de contagem de pontos, os mecanismos para garantir a competitividade da atividade (como as regras que estabelecem a substituição de atletas cansados e lesionados; e as que descrevem as circunstâncias para a marcação de infrações, e a penalização dos jogadores pelas faltas desportivas), etc.

Imagine agora o caso do jogador que se queixa contra sua cobrança lateral, feita com os pés ao invés das mãos. Ele suplica ao árbitro que sua marcação é injusta, e oferece como razão que o jogo de hoje não precisa respeitar essa regra. Afinal a disputa está um marasmo completo. Ambos os times estão retrancados e a torcida vaia pela falta de oportunidades ofensivas. Enfim, é bem provável que a partida termine empatada. Porém, se a cobrança do lateral com os pés for permitida o jogo ficará muito mais emocionante dali em diante.

Rawls supõe que reação o árbitro teria diante desse tipo de reivindicação. A resposta mais natural seria dizer que o jogador não entendeu o contexto sob o qual está agindo, ou mesmo que sua súplica é desprovida de sentido.⁹³

⁹² Rawls (1955, p. 25) desenvolve sua analogia com o beisebol. Por razões óbvias, optei pelo futebol para que o exemplo se torne mais palatável à maior parte dos leitores que devem, assim como eu, pouco ou nada saber sobre o desenrolar de uma partida de beisebol para além de arremessos e tacadas.

⁹³ Em suas palavras: “Se alguém quiser praticar uma ação que uma determinada prática específica, então não há outra maneira de fazê-lo a não ser seguir as regras que as definem. Portanto, não faz sentido para uma pessoa questionar se uma regra de uma prática se aplica corretamente ou não ao *seu* caso, onde a ação que ela contempla é uma forma de ação definida por uma prática. Se alguém levantasse tal questão, a pessoa simplesmente mostraria

O objetivo do exemplo dos esportes é sugerir que há certas regras que possuem natureza constitutiva ao contrário de regras com propósitos sumários. As regras dos esportes, bem como regras que demarcam as responsabilidades dos ocupantes de cargos teriam natureza constitutiva. São elas que definem as funções, direitos, deveres e reivindicações conferidos aos agentes comprometidos com essas práticas. Quanto às de natureza sumária, elas já foram apresentadas no Capítulo 1: são as regras de ouro (*rules of thumb*) que representam um resumo de como casos passados foram decididos, e fornecem um conselho geral sobre como o agente deve se portar em circunstâncias similares. Essas, ao contrário das regras sobre práticas, não *determinam* as condutas do agente, apenas *sugerem* uma maneira confiável para lidar com a situação.

Com sua distinção e o exemplo dos esportes em mente, Rawls defende o seguinte argumento:

Práticas como promessas ou mesmo arranjos institucionais como sistemas jurídicos existem porque há regras que definem cargos, responsabilidades e funções. Como essas práticas foram concebidas para ser instrumentos úteis para a realização de certos fins que envolvem o bem-estar dos envolvidos, elas admitem justificações consequencialistas. No entanto, os atos determinados por essas práticas – *i. e.*, as obrigações promissórias ou condutas regidas por regras institucionais, como são as obrigações de papel – não admitem mais justificações puramente consequencialistas, já que esses atos foram estabelecidos *através dessas práticas*, de modo que a justificação dos primeiros é derivada das regras que as definem. Portanto, os participantes dessas práticas não podem, *enquanto participantes*, questionar os méritos dos atos pelos quais eles se responsabilizaram.⁹⁴

É através desse argumento que Dare defende a existência de obrigações morais relativas a papéis. Ele acredita que as obrigações de papel extraem sua força moral a partir das restrições deontológicas impostas por práticas sociais:

O modelo rawlsiano nos permite notar como instituições podem ser justificadas apelando para a moralidade ordinária ou moralidade geral, *enquanto a conduta daqueles dentro dessas instituições não deve ser governado pelas considerações morais originais, mas pelas regras da instituição. Ele nos permite notar, por exemplo, que ocupantes de papéis podem estar sujeitos a conjuntos distintos de obrigações e*

que não entendera a situação sob a qual estava agindo. Se alguém quer realizar uma ação especificada por uma prática, a única questão legítima se refere à natureza da própria prática ('Como faço para firmar um testamento?')" (RAWLS, 1955, p. 26).

⁹⁴ "Podemos pensar nas regras de uma prática como definidoras de cargos, movimentos e ofensas". [...] No caso de ações especificadas por práticas, é logicamente impossível realiza-las fora do cenário fornecido por tais práticas, pois a não ser que haja a prática, e a não ser que as propriedades indispensáveis sejam preenchidas, o que quer que se faça, quaisquer movimentos que alguém execute, deixarão de contar como uma ação que a prática especifica" (RAWLS, 1955, p. 25).

permissões de papel diferenciadas que os impedem de recorrer, de dentro dos seus papéis, às considerações da moralidade ordinária que justificam tais papéis (grifo meu) (DARE, 2016, p. 715).

Para ilustrar os efeitos da separação entre a justificação de práticas e das regras de uma prática, Dare (2016, p. 715) retorna aos quatro passos de Luban vistos anteriormente. Sob a cadeia lubaniana, o agente só estará moralmente vinculado a agir conforme suas obrigações de papel caso a julgue que o ato que lhe é exigido (passo iv), em conjunto com as considerações favoráveis à preservação da instituição, do seu papel dentro desse arranjo institucional e dos seus deveres profissionais (passos i, ii, e iii) superarem as razões morais que ele teria para agir conforme a moralidade ordinária. Porém, se a distinção de Rawls estiver correta, o profissional não poderá mais recorrer ao passo quatro; os três primeiros bastam para justificar a moralidade dos seus atos. Então há uma clara cisão entre a moralidade dos papéis e a moralidade ordinária, já que o argumento rawlsiano assegura que a importância de preservar instituições socialmente valiosas já é, por si mesmo, suficiente para determinar as obrigações morais dos ocupantes de papéis.⁹⁵

É por essa razão que Dare insiste na concepção padrão da ética dos advogados. Da mesma forma, a obrigação moral dos juízes diante do direito também pode ser defendida. Juízes, assim como os advogados, ocupam um papel necessário em instituições jurídicas, por isso eles devem se manter fiéis às regras constitutivas da sua prática. Nesse caso, eles devem respeitar os valores sistêmicos do direito (*i. e.* o Estado do Direito, a democracia e a separação dos poderes), pois eles representam regras constitutivas que determinam as obrigações morais de juízes *qua* juízes.

Portanto, de acordo com o argumento da clara separação, juízes não poderiam desviar do direito para evitar certas injustiças. Mais do que isso, não faz sentido sequer considerar essa possibilidade, pois um agente que põe em disputa as regras do jogo não entendeu qual é o seu papel e a importância de seguir os padrões de conduta que o definem. Ou seja, diante de casos subótimos, juízes têm sempre a obrigação moral de aplicar os materiais jurídicos disponíveis, mesmo que haja razões para crer que o infrator estava moralmente justificado a violar o direito nas circunstâncias em que se encontrava.⁹⁶

⁹⁵ “Os papéis e obrigações de papéis estabelecidos por instituições justificadas podem funcionar como fontes independentes de obrigação moral para aqueles que nelas atuam” (DARE, 2016, p. 716).

⁹⁶ Sob essa concepção, juízes só poderão engajar em raciocínios morais substantivos, ou seja, aqueles que levam em consideração todo o universo de razões morais disponíveis para um agente agir ou se abster de agir, caso existam regras jurídicas institucionais que os autorizem. Já expus no capítulo 1 que juízes têm a permissão do direito para tomar decisões discricionárias, geralmente em casos onde os materiais jurídicos disponíveis são incapazes de fornecer um curso de ação determinado para o caso concreto (casos de vagueza ou lacunosos).

O dilema do perspectivismo jurídico resta então intocado. As obrigações de papel têm fundamento moral e quando elas entram em conflito com razões morais ordinárias (ou externas ao papel) elas sempre vencem.

2.4. O caráter “absoluto” das obrigações de papel para seus ocupantes

Nessa última seção, apresento algumas objeções para pôr em dúvida o sucesso do argumento da clara cisão.

Caso essas objeções sejam persuasivas, acredito que teremos boas razões para rejeitar essa teoria constitutiva sobre as obrigações morais do papel judicial. No melhor dos cenários, as críticas abaixo também servirão para questionar a tese geral de que papéis profissionais determinam obrigações morais diferenciadas.

Começo a exposição notando que a teoria de Dare está claramente alinhada com a tese do solapamento quando lidamos com os juízes. Para recapitular, essa tese afirma que em sistemas jurídicos razoavelmente justos juízes têm razões morais *all-things-considered* para aderir ao direito em todos os casos, de modo que quaisquer razões morais que um juiz possa ter para desviar do direito são afastadas. É precisamente esse o objetivo almejado pela clara cisão. Como as obrigações morais dos juízes são geradas a partir das regras institucionais que definem sua atividade jurisdicional, juízes estão impedidos de recorrer a razões morais extrajurídicas durante seus julgamentos. Juízes têm sempre que seguir as regras do jogo. Sua obrigação de fidelidade ao direito será insuperável, pois qualquer decisão que desvia do direito vigente não poderia ser identificada como uma responsabilidade moral característica de um juiz.

O caráter “absoluto” dessa obrigação acaba sendo qualificado pelas exigências morais aparentes do papel judicial. É evidente que o agente que assume o papel de juiz não precisa se identificar como *a* pessoa obrigada a aplicar o direito em casos subótimos. Obviamente ele tem plenas condições para avaliar o mérito moral das razões para a ação externas ao direito (a não ser que existisse um dispositivo milagroso que bloqueasse o acesso mental do juiz a essas razões). Nessas circunstâncias, se o agente estiver convicto de que o direito não merece ser obedecido no caso em que julga, ele pode sim se recusar a aplicá-lo. No entanto, o defensor da tese do solapamento ou do argumento da clara cisão, argumentará que um juiz *qua* juiz não pode deixar de aplicar o direito em favor de quaisquer razões morais contrárias; é seu dever profissional fazê-lo. Se ele não o faz é porque o agente não se identifica com as exigências morais do seu papel. Sua recusa é incompatível com os padrões normativos que definem sua função. Assim, o que o agente pode fazer caso não compactue com os deveres que lhes são

exigidos é, se lhe for possível, declinar sua competência para julgar o caso subótimo em questão; tentar se exonerar temporariamente; ou talvez até mesmo tomar a decisão drástica de abandonar permanentemente a carreira caso não se sinta confortável com as exigências éticas do cargo.⁹⁷

Esse aspecto se torna evidente quando consideramos como a teoria lida com críticas morais direcionadas às obrigações de papel, e como ela concebe a possibilidade de o ocupante do papel interferir na reforma de obrigações profissionais controversas. Afinal, segundo a clara cisão, as mudanças de uma prática justificada aparentemente não podem ocorrer a partir dela. Então, quando um juiz se vê engajado num tipo de avaliação moral que põe em causa os padrões normativos que determinam sua prática, ele não atuaria mais como um participante dessa prática. Ele deixaria de ser um juiz autêntico e assumiria uma responsabilidade incompatível com o seu cargo.

Segundo o próprio Rawls (1955, p. 25), sob sua leitura moral de regras enquanto práticas,

Se o agente ocupa um cargo definido por uma prática, então as questões relativas às suas ações nesse cargo estão estabelecidas por referência às regras que definem a prática. Se o agente pretende questionar essas regras, então seu cargo passa por uma mudança fundamental: o agente acaba por assumir o encargo de alguém com poderes para mudar e criticar as regras, ou o encargo de um reformista, e por aí vai.

Em decorrência disso, provarei como soa implausível considerar que a obrigação dos juízes perante o direito implica num vínculo moral insuperável; bem como é igualmente incorreto defender um retrato de uma prática onde seus participantes não podem contrariar condutas profissionais moralmente suspeitas.

Meu objetivo geral é demonstrar como a clara cisão em realidade não passa de uma releitura mais sofisticada da primeira versão da rota menos direta rejeitada por Luban mais atrás. Isto é, defender que há obrigações morais diferenciadas por um ofício implica em insistir novamente na ideia de que instituições passam seu estampilho moral a todas as exigências profissionais dos seus prepostos. O argumento de Dare acaba então se comprometendo com a outra perna do dilema utilitário: aquela que requer a obediência cega do profissional às normas institucionais. A única diferença agora é que temos de lidar com a engenhosa solução rawlsiana em favor de obrigações morais diferenciadas por papéis.

⁹⁷ Como Schauer (1992, p. 102) expõe: “Se a moralidade exige que você evite as obrigações do ‘seu posto e seus deveres’ [*my station and its duties*] então você não pode continuar a manter moralmente sua função enquanto é incapaz de cumprir com suas obrigações de função. Se ter o direito alterado não é uma opção, sua única opção é renunciar”.

Nas seções seguintes, colocarei à prova a divisão rawlsiana entre a justificação moral de práticas e das ações internas a elas. Só assim será possível reestabelecer a necessidade de juízes *qua* juízes se envolverem com juízos morais substantivos durante a adjudicação.

2.4.1. *O subterfúgio da redescrição de condutas*

A primeira objeção aconselha resistirmos à tentação de aceitar plenamente a condição central da clara cisão – isto é, a divisão entre a justificação de instituições e de atos – em conjunto com a analogia entre a prática do direito e jogos esportivos.

Penso que tal analogia trivializa os casos em que os profissionais não podem desobedecer às regras que fazem parte da sua prática. Além disso, a comparação não capta muito bem a significância moral em torno da vinculação às regras do jogo, pois ela enfatiza as regras que o definem sem dar a devida atenção a razões para a ação externas ao jogo e que são moralmente salientes.

Para notar o problema, voltemos ao exemplo do futebol em que o jogador insiste em cobrar o lateral com os pés para movimentar mais a partida. É óbvio que o atleta desrespeitaria uma regra característica do futebol e que sua cobrança não pode ser considerada um movimento normal do jogo. A infração, apesar de normativamente significativa do ponto de vista das regras da competição, não é um aspecto moralmente saliente ou controverso, *não obstante, a prática*.

No entanto, para ser persuasiva e oferecer uma defesa robusta de papéis como determinantes de obrigações morais, a analogia teria que apresentar precisamente um caso em que seguir ou não às regras do jogo envolvesse um conflito cujas consequências morais transpassam seus limites. Afinal o ponto controvertido da moralidade dos papéis profissionais são esses últimos tornarem justificada a prática de certa conduta que, não fosse pelo papel em questão, seria moralmente repreensível.

Considere então um exemplo de adesão a regras esportivas envolvendo uma controvérsia moral saliente:

Após vencer o Grande Prêmio da Toscana de Fórmula 1, na temporada 2020, Lewis Hamilton sobe ao pódio vestindo uma camiseta com a frase “prendam os policiais que mataram Breonna Taylor”. Lewis protestava contra o abuso da força por policiais nos Estados Unidos, que resultou na morte de mais um civil inocente por motivos discriminatórios. Logo após o cerimonial a Federação Internacional de Automobilismo (FIA) considerou investigar se o piloto teria violado o artigo 1.2 do estatuto que requer “abster-se de manifestar discriminação em razão

de raça, cor da pele, gênero, orientação sexual, origem étnica ou social, idioma, religião, opinião filosófica ou política, situação familiar ou deficiência no curso de suas atividades”.⁹⁸

Apesar de não ter levado a investigação contra Hamilton adiante, a FIA decidiu esclarecer a questão fixando o seguinte protocolo para as próximas corridas: “Ao longo dos procedimentos da cerimônia de pódio e das entrevistas pós-corrída, os pilotos que terminarem em 1º, 2º e 3º precisam seguir vestidos apenas com seus macacões, fechados até o pódio, e não abertos até a cintura”.⁹⁹

A entidade então deixou claro que Hamilton *qua* piloto não poderia se manifestar contra o racismo. Podemos concluir então que ao ocupar o papel de piloto e se vincular às regras gerais de conduta do automobilismo Hamilton contrai uma obrigação moral que o impede de protestar contra o racismo? Caso Hamilton proteste novamente, ele cometerá um ato moralmente repreensível? Ele, de fato, deve ser repreendido? É possível que Hamilton só possa protestar fora do ambiente competitivo? Por fim, Hamilton só adquirirá permissão moral para protestar enquanto ocupa o papel de piloto após a FIA reformular suas regras protocolares?

Acredito que a resposta mais apropriada é respondermos não para todas essas perguntas. Parece ser o caso de que Hamilton não só pode, como deve protestar contra o racismo enquanto piloto, mesmo em desafio às regras do jogo. Podemos manter essa conclusão mesmo quando reconhecemos que as regras da Fórmula 1 foram todas estabelecidas visando as boas consequências que a prática do automobilismo tem para os competidores, expectadores e anunciantes; e enfoquem a competição e o entretenimento acima de tudo.

Desse modo, sob uma perspectiva utilitária e calcada no propósito central do esporte, os motivos para seguir as regras institucionalizadas são bastante razoáveis. Talvez o esporte traga muito mais satisfação ao público caso os atletas sigam à risca as regras institucionais da sua modalidade. Porém, tais regras não parecem capazes de determinar obrigações quando entram em conflito com juízos morais que transcendem a competição. Quando uma divergência moral saliente surge, nossas intuições parecem apontar para a necessidade de o ocupante do papel assumir a responsabilidade de confrontar os padrões normativos que especificam seu ofício, ao invés de segui-los fielmente – sobretudo quando há boas evidências para crer que as regras do jogo podem interferir na perpetuação de um mal evitável ou na satisfação de uma causa justa. Portanto, ao ser colocado sob as condições devidas, fica difícil aceitar que o exemplo dos jogos

⁹⁸ Disponível em: <https://www.fia.com/file/64797/download>. Acesso em 30 out. 2020.

⁹⁹ Disponível em: <https://www.motorsport.com/fl/news/fia-bans-t-shirts-fl-podium-ceremonies/4882621/>. Acesso em: 30 out. 2020.

e a justificação de suas regras estejam aptos a precluir razões morais para agir que são externas e conflitantes às razões internas ao contexto do jogo.

Sobre esse ponto, é valioso discutir a resposta que Arthur Applbaum apresentou contra a ideia da clara separação. Applbaum pensa que a distinção entre a justificação de práticas e das regras ínsitas a elas é no mínimo desconcertante. Ela atua como uma estratégia de redescrição, pois procura defender que nosso olhar crítico sobre a conduta dos profissionais de instituições justificadas tem que ser recalibrado. Afinal, certos papéis teriam a propriedade de alterar descrições morais relevantes para a avaliação das condutas dos seus representantes. Quando um agente aquiesce aos padrões éticos impostos pela sua profissão ele passa a ter permissão para causar danos putativos a terceiros *por causa do papel e da relevância que seu papel tem para a sociedade*, de outro modo, tal profissional pode alegar “que a descrição relevante, portanto, o significado moral de suas ações são alterados por características da instituição em que ele atua e pelas razões institucionais sobre as quais ele age” (APPLBAUM, 2000, p. 77).

Como papéis especificam um conjunto específico de obrigações, seus prepostos não podem ser criticados, nem podem voltar contra suas exigências profissionais. Quando um agente exerce seu papel, ele permanece moralmente insulado de críticas externas às suas decisões profissionais. E, ao se manter fiel aos seus respectivos valores profissionais, o agente pode, simplesmente, crer que agiu como deveria ter agido.

Com relação ao papel que mais nos interessa, a estratégia de redescrição fornece uma defesa formalista das obrigações judiciais, já que os juízes devem se ater às regras do direito com máxima providência mesmo diante de casos subótimos. Afinal, juízes ocupariam um papel social cujas formas de atuar são movimentos determinados pelos padrões institucionais do direito. Por isso, não faria sentido para o juiz pôr em dúvida suas obrigações de papel, bem como também não faria sentido criticarmos o juiz por alcançar um veredito injusto à parte vencida. A redescrição faz com que juízos externos aos padrões normativos da prática se tornem incompreensíveis, pois o juiz ou as pessoas que põem em dúvida as obrigações do papel judicial não entenderam o propósito para o qual o papel judicial foi constituído.

A mesma estratégia também vale para outros profissionais, como os advogados. Quanto a eles, diríamos que os valores profissionais da advocacia constituem as obrigações morais dos advogados, tornando-os parciais e neutros quanto os interesses dos seus mandatários, e permitindo que ofereçam sempre a melhor defesa jurídica possível, a despeito de quaisquer externalidades injustas. Eles então não podem ser acusados de desonestidade ou pelos ardis que praticam quando tentam, por exemplo, subverter ou omitir a realidade dos fatos para induzir

o tribunal do júri a absolver seu cliente. Logo, quem acredita que advogados podem ser trapaceiros não entendeu como a ética adversarial funciona.

O exemplo apresentado pelos teóricos para ilustrar a estratégia da redescrição é um caso de escusa do sistema adversarial do fim do século XVIII.¹⁰⁰

No Reino Unido, o Earl de Anglesea se apossou do patrimônio de seu sobrinho, James Annesley, herdeiro do espólio do seu pai Richard. Para prejudicar James, o Earl, com o auxílio do advogado James Giffard, maquinou incriminar o sobrinho por homicídio doloso após ele ter alvejado um caçador; a despeito de todos esses envolvidos saberem que a fatalidade fora acidental. Caso fosse condenado, Annesley receberia a pena de morte, e o Earl seria nomeado como herdeiro legítimo.

O processo movido pelo Earl fracassa e Annesley reivindica na justiça sua herança. No litígio sucessório descobre-se a conspiração; também que o Earl confidenciara a Giffard que ofereceria dez mil libras para ver Annesley enforcado para, enfim, satisfazer suas ambições. Durante o processo, o advogado é pressionado pelos representantes de Annesley: “você não considerou um despudor gastar dinheiro para premeditar a morte de outro homem?” (*apud* APPLBAUM, 2000, p. 77). Em resposta, Giffard invoca a estratégia da redescrição: “eu distingo entre prosseguir com uma acusação e premeditar a morte de um homem” (*apud* APPLBAUM, 2000, p. 77). Noutras palavras, *qua* advogado Giffard acredita que não agira da forma errada, suas ações são justificadas porque seu papel o obriga a defender os interesses escusos do seu cliente.

Portanto, de forma geral, a redescrição de condutas angariada pela clara cisão nos diz que:

Nós podemos questionar se as instituições e regras da política eleitoral, mercado de capitais, litigância civil, e conflito armado são justificadas, e podemos avaliar ações particulares definidas por essas instituições pelos critérios internos a elas. Mas não podemos avaliar ações particulares criadas por práticas por critérios independentes. A questão central da moralidade do papel em profissões é esta: *como pode uma ação que de outra forma seria moralmente inadmissível tornar-se permissível quando realizada dentro de um papel?* O argumento da descrição constitutiva responde: *não há ‘caso o contrário’*. A ação, assim descrita, não existe separada da prática portanto, não pode ser executada fora do papel. (APPLBAUM, 2000, p. 89).

Mas será mesmo? Soa um tanto estranho não podermos criticar advogados e juízes por terem tomado decisões éticas espúrias. Muito mais crer que tais decisões estão corretas. Parece-me que o argumento incorre numa espécie de autoengano.

¹⁰⁰ Ver Luban (1988, p. 3-10) e Applbaum (2000, p. 77-81).

Diante desse incômodo Applbaum argumentou que a proposta de Rawls em defesa de regras constitutivas não pode simplesmente se furtar à juízos morais externos. Esses últimos não só podem, como devem figurar entre as razões para a ação que os profissionais e as pessoas afetadas pelos serviços prestados precisam considerar ao avaliar o mérito moral das obrigações de papel.

Para defender seu ponto, Applbaum (2000, p. 91-92) apresenta um exemplo simplório que toca, novamente, no aspecto constitutivo das regras de jogos. Ele pede que imaginemos um grupo de crianças que correm, disputam a posse de uma bola, trocam passes e chutam para uma meta no gramado recém-semeado do vizinho. Quando esse ralha com os garotos, aquele que ocupa a função de árbitro justifica: “Tio, você não vê que estamos jogando futebol? Não estamos esmagando suas mudas! ”.

Esse exemplo compartilha as mesmas condições que o argumento da clara cisão quer validar. Temos uma prática que é, em geral, justificada, mas a instância sob a qual ela ocorre é disputada em razão dos danos causados. Faz sentido crer que a justificação da criança é convincente? Claro que não. Tal subterfúgio não passa de um sofisma. As crianças podem até estar de fato jogando futebol, mas elas obviamente também estão arruinando o gramado do vizinho. Esse ato envolto pela prática é permissível? É difícil admitir.

O experimento mental levou Applbaum chegar à seguinte conclusão:

A descrição constitutiva falha em arrogar-se sobre *[to preempt]* a avaliação moral de ações específicas porque, mesmo se Rawls está certo sobre o uso adequado de descrições específicas da prática, não faltam descrições adequadas. Podemos admitir a possibilidade de uma prática valiosa e justificada, e admitir que as descrições definidas pela prática podem ser julgadas apenas pelos termos estabelecidos pela prática, mas negar que a descrição definida pela prática seja a única descrição adequada. Nosso apego é à descrição constituída como uma descrição, mas não como a descrição. (APPLBAUM, 2000, p. 91).

Se o contraexemplo estiver correto, então podemos questionar as putativas obrigações morais que a prática do direito atribui para os ocupantes dos papéis adversariais. O advogado que procura defender o melhor interesse dos seus clientes não deixa de mentir ou omitir a verdade real dos fatos. E o juiz que aplica corretamente o direito em casos subótimos, respeitando seus valores sistêmicos, também não está isento de causar males a pessoas injustamente coagidas pelo direito. A conduta desses profissionais diante desses atos é, de fato, correta e moralmente obrigatória? Não podemos saber ao certo e de antemão como o argumento da clara cisão queria demonstrar.

Essas objeções sugerem então que a estratégia Rawlsiana da clara cisão procurou defender moralidades relativas a papéis ressignificando o sentido que damos a certos atos em

contextos institucionais. Mas ele não foi bem-sucedido. Dessa forma, “papéis não conseguem expelir descrições pré-convencionais de ações e agentes que são moralmente pertinentes. Descrições, e também os fundamentos para a avaliação moral, persistem.” (APPLBAUM, 2000, p. 109). Isto é, é sempre uma questão em aberto saber se as obrigações de papel são, de fato, moralmente justificadas. Pois, quando elas entram em conflito com questões morais salientes, é bem mais difícil presumir que elas vençam.

Uma dessas descrições pré-convencionais de ações correlacionadas aos agentes é expressa na crença de que sujeitos moralmente inocentes não merecem e não devem ser punidos por suas ações, mesmo que sua punição promova certo bem-estar, ou seja, o princípio do retributivismo fraco. Quando juízes se deparam com um caso subótimo, eles e nós não podemos simplesmente assumir que o direito deve ser aplicado, não importa o quão razoavelmente justo seja o sistema jurídico em questão. Esses oficiais têm a responsabilidade de se certificar que os direitos morais e os interesses dos litigantes não estejam sendo injustamente punidos pelo Estado. Por isso o retributivismo fraco atua como um princípio moral geral e como uma evidência contrária à crença de que a moralidade pode ser relativa ao papel judicial.

Antes de passar à próxima objeção é oportuno mencionar que o retributivismo fraco consegue impedir que a tese que defendo se torne vulnerável à objeção do colapso ao utilitarismo de atos, com o provável fracasso da clara cisão. Esse princípio implica uma cláusula *ceteris paribus* em relação às condições sob as quais uma pessoa merece ou não ser punida, seja em nome do direito ou da moralidade. Conforme a definição, pessoas *moralmente inocentes* em suas ações não merecem ser punidas por uma sentença judicial. Portanto, posso bloquear facilmente a acusação de que, ausente a obrigação moral de adesão às regras do direito, juízes poderiam se aproveitar da sua posição institucional para condenar bodes expiatórios em nome das boas consequências auferidas à comunidade.

2.4.2. *A clara cisão se apega apenas a parte da história*

Outro problema é que a clara cisão enfatiza em demasia os profissionais que atuam na prática e não dá a devida atenção àqueles que não são, por assim dizer, jogadores.

Como expus acima, a analogia dos jogos pela qual se vale o argumento não confronta um embate entre as práticas constituídas por regras e externalidades moralmente salientes.

O enfoque então dado apenas aos eventos que são somente inteligíveis e julgados a partir de normas constitutivas leva a teoria a fazer vistas grossas a terceiros prejudicados pelo profissional que obedece cegamente às exigências do seu papel. Afinal de contas, a distinção

rawlsiana buscou reprogramar nosso modo de avaliar a moralidade dos papéis adversariais a partir de determinadas convenções.

Mas, e quanto às pessoas que são injustiçadas quando as táticas ardilosas do advogado surtem efeito? E quanto à possibilidade real que uma punição jurídica tem para interferir significativamente a vida de uma pessoa?¹⁰¹ Essas externalidades prejudiciais não são seriamente contabilizadas pelo argumento.

Appelbaum se vale dessa objeção e sugere que uma teoria que torna papéis determinantes de obrigações morais é:

[...] pouco convincente porque, ao focar na situação moral alterada do ocupante do papel, elas omitem a situação moral do *paciente* – qual seja, o alvo da ação adversarial. Mas as reivindicações do alvo para não ser destruído perfuram as máscaras que os ocupantes do papel usam. Ocupantes do papel não podem se esquivar das razões que aplicam a eles próprios enquanto pessoas naturais porque as reivindicações das vítimas são dirigidas a todos; descrições constitutivas não podem arrogar-se sobre descrições naturais, pois adicionar uma descrição de uma ação não subtrai do mal que acontece à vítima. (APPLBAUM, 2000, p. 109).

Então temos mais um motivo para questionar a força da clara cisão, já que não é tão plausível crer que a moralidade profissional pode entrar em franco conflito com a moralidade ordinária. Quando há direitos ou deveres morais universalizáveis e que, portanto, são endereçados a todas as pessoas naturais, parece ser o caso de que um agente moralmente responsável não pode deixar de levá-las em conta em suas deliberações; mesmo que, ao considerá-las, ele comprometa a satisfação de certos princípios profissionais que são bastante valorizados, ou talvez superestimados.

2.4.3. *A clara cisão se apega a um retrato contestável da adjudicação*

Uma terceira objeção possível implica em contestarmos mais diretamente a rigidez com a qual a teoria concebe as obrigações dos juizes. O argumento da justificação em dois níveis de

¹⁰¹ Dworkin certa vez destacou a gravidade que uma sentença judicial pode causar à vida das pessoas: “é importante o modo como os juizes decidem os casos. É muito importante para as pessoas sem sorte, litigiosas, más ou santas o bastante para se verem diante do tribunal. Learned Hand, um dos melhores e mais sábios juizes dos Estados Unidos, dizia ter mais medo de um processo judicial que da morte ou dos impostos. Os processos criminais são os mais temidos de todos, e também os mais fascinantes para o público. Mas os processos civis, nos quais uma pessoa pede que outra indenize ou ampare pelo dano causado no passado, ou ameaça de dano, têm às vezes consequências muito mais amplas que a maioria dos processos criminais. A diferença entre a dignidade e a ruína pode depender de um simples argumento que talvez não fosse tão poderoso aos olhos de outro juiz, ou mesmo o mesmo juiz no dia seguinte. [...] Um juiz deve decidir não simplesmente quem vai ter o quê, mas quem agiu bem, quem cumpriu com suas responsabilidades de cidadão, e quem, de propósito, por cobiça ou insensibilidade, ignorou suas próprias responsabilidades para com os outros, ou exagerou suas responsabilidades dos outros para consigo mesmo. Se esse julgamento for injusto, então a comunidade terá infligido um dano moral a um de seus membros por tê-lo estigmatizado, em certo grau ou medida, como fora-da-lei” (DWORKIN, 1999, p. 3-4).

Rawls e a analogia com os esportes retratam um juiz de direito como se fosse um árbitro. Há juízes que entendem seu papel dessa forma. Por exemplo, o então juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, John Roberts, disse o seguinte aos senadores que aprovariam sua nomeação:

Os juízes são como árbitros. Os árbitros não fazem as regras; eles as aplicam. O papel de um árbitro e juiz é fundamental. Eles garantem que todos cumpram as regras. Mas é um papel limitado. [...] Estarei aberto às opiniões estimadas dos meus colegas de bancada e decidirei todos os casos com base no registro, conforme o Estado de Direito, sem medo ou favorecimento, com o melhor da minha habilidade, e vou me lembrar que *é meu trabalho marcar bolas e strikes, não lançar ou rebater. (grifo meu)* (ROBERTS, 2005, p. 55-56).

Tal analogia não é recente. Roscoe Pound (1964, p. 362) notara sua presença percepção popular dos norte-americanos no início do século XX:

Na América nós tomamos como algo dado que um juiz deve ser um mero árbitro, que transmita objeções e defenda as regras do jogo, e que os litigantes devem lutar por seu próprio jogo à sua maneira, sem interferência judicial. Ressentimos essa interferência como injusta, mesmo quando no interesse da justiça.

Chamemos então o modelo endossado pela teoria de juiz-*qua*-árbitro. Ela representa um papel fidedigno da responsabilidade judicial?

Sob uma leitura bastante generosa da analogia, a comparação do juiz com um árbitro não soa de todo descabida se a intenção for sugerir que o juiz não deve favorecer quaisquer das partes em razão de interesses ou preferências pessoais, ou políticas correlatas à questão em julgamento.¹⁰² Porém, o modelo juiz-*qua*-árbitro é mais difícil de ser mantido quando é possível ao juiz chegar à convicção de que as normas jurídicas aplicáveis causam uma injustiça *a despeito de quaisquer crenças pessoais que ele tenha em relação ao caso*.

Para isolar essa questão imaginemos o sistema jurídico hipotético de Egalitária, um país liberal e democrático cujas leis em vigor são em geral muito elogiadas. Sob esse regime jurídico não há grandes desigualdades, há políticas de distribuição de renda e oportunidades para grupos minoritários que antes sofriam com o preconceito étnico e de gênero. Enfim, não há razões para duvidar que o sistema jurídico seja razoavelmente justo. Pelo contrário, ele aparenta ser extremamente justo.

¹⁰² Mesmo essa interpretação não está livre de críticas que focam o modelo do árbitro com um olhar mais pragmático. Por exemplo, McKee (2007, p. 1712) sugere que a analogia “[...] não é inteiramente satisfatória porque ela não aborda o que eu penso ser o equívoco fundamental em que se baseia toda a metáfora da objetividade. A metáfora do árbitro obscurece a realidade do viés pessoal. Superar esse viés é extremamente difícil, mesmo para o juiz mais introspectivo e sincero. Afirimo que nunca iremos além disso se não admitirmos a certeza de que cada um de nós abriga um viés em algum grau, e que nosso preconceito pode estar impactando uma determinada decisão de modos que simplesmente não estamos cientes”.

Apesar de todas essas vantagens, a maioria da população é em grande medida intransigente quanto à legalização de drogas não sintéticas, especialmente a *marijuana*. Tanto é o caso que o consumo, plantio para uso próprio e comercialização para terceiros são criminalizados. No entanto, inúmeros estudos científicos já provaram que da *marijuana* se extraem substâncias com propriedades anestésicas, capazes de conter espasmos, e auxiliar no tratamento de muitas doenças. Mesmo a par das muitas evidências que comprovam que o uso da droga é incapaz de causar dependência superior ao álcool ou à nicotina, que são permitidos, e diante da pressão minoritária para a legalização que beneficiaria a saúde de várias pessoas, o legislativo jamais conseguiu descriminalizar seu uso.¹⁰³ Debates entre os cidadãos, comunidade médica e autoridades do Estado não surtiram efeito. Plebiscitos fracassaram. Dessa forma, democraticamente, a população de *Egalitária* continua favorecendo representantes políticos que mantêm a legislação intacta.

Agora um grupo de ativistas, médicos e consumidores, que utilizam a droga para fins terapêuticos, foram todos presos por terem organizado uma campanha para a arrecadação de fundos para o plantio clandestino. Vários juízes serão responsáveis por julgar o caso e decidir se devem punir cada envolvido pela maioria ou, talvez, a totalidade dos crimes. Muitos deles, assim como a população majoritária, pessoalmente desaprovam a legalização da droga.

Qual é a decisão correta a ser tomada por esses juízes? Parece que temos boas razões para crer que, a despeito de o sistema jurídico em questão ser bastante justo e o regime democrático estar em boa ordem, é injusto punir os envolvidos pelas ações que todos praticaram. Então os juízes devem desviar do direito em questão. Mesmo aqueles que são pessoalmente contrários à legalização devem se esforçar para conter suas inclinações pessoais ao analisar as injustiças porventura perpetradas. Todos eles deverão considerar o princípio do retributivismo frágil em concorrência à preservação dos valores sistêmicos do direito. Nesse caso, decerto concluirão que o reconhecimento dos direitos dos desobedientes deve prevalecer quando confrontados com a democracia e o Estado de Direito.

Se o exemplo que dei é persuasivo, então não devemos aceitar o modelo *juiz-qua-árbitro*, já que ele não admitiria que uma decisão contrária às regras do jogo ocorresse.¹⁰⁴ Os

¹⁰³ Argumentos contrários às leis contra drogas e favoráveis à legalização são defendidos por Huemer (2004). Uma decisão judicial polêmica que manteve injustamente a proibição do cultivo de *marijuana* para fins medicinais é encontrada em *Gonzales v. Raich* (2004).

¹⁰⁴ Reeves (2010, p. 161) argumenta que “O ‘modelo do árbitro’ simplifica grosseiramente a natureza do raciocínio judicial responsável e distorce a posição moral do juiz, particularmente em casos onde um sistema político está sob risco de cometer um erro moral grave. Uma explicação bem-sucedida do raciocínio judicial terá que dar conta do modo pelo qual uma classe específica de normas morais, que podem ou não estar legalmente consagradas, devem figurar na adjudicação”.

juízes estariam moralmente obrigados a punir todos os envolvidos para preservar os valores sistêmicos do direito e seus deveres profissionais. O máximo que a teoria conferiria aos magistrados seria a possibilidade de que cada um deles, atuando fora dos tribunais, enquanto cidadãos, fizessem um *lobby* para a alteração das normas penais pelo legislativo. Ou seja, sua capacidade para conter as injustiças seria tão infrutífera quanto a atuação dos eleitores pró-legalização nas urnas. Enquanto isso, várias pessoas continuariam sendo injustamente punidas em nome da democracia.

Como a analogia com o árbitro não soa mais tão convincente, parece ser o caso de que não podemos conceituar as responsabilidades morais dos juízes de forma tão rígida.¹⁰⁵ Afinal, a responsabilidade de submeter sujeitos de direito à coerção estatal não é um empreendimento simples.

Se temos boas razões para questionar o uso da força no caso subótimo de Egalitária, temos ainda mais razão para acreditar que talvez todas as democracias liberais reais e atuais contêm leis que são moralmente imperfeitas, pois seus sistemas jurídicos incluirão regras ou princípios que ocasionalmente institucionalizam desigualdades, injustificadamente causam danos às pessoas e seus direitos morais, ou ainda regulam paternalisticamente suas liberdades pessoais (REEVES, 2011, p. 321).

Precisamos então admitir a presunção de que, não obstante, as virtudes institucionais que quaisquer regimes jurídicos possuam, a imposição da coerção estatal pelo judiciário pode ser moralmente ilegítima. Como a legitimidade moral pela qual Estados reivindicam obediência é um expediente limitado, juízes nunca podem estar certos que estão agindo com responsabilidade; a não ser que transparentemente considerem juízos morais, em contrapartida às exigências normativas do direito. (REEVES, 2011, p. 339).

¹⁰⁵ Note como o modelo do árbitro fica ainda mais indefensável quando pensamos em um sistema jurídico que já fora considerado razoavelmente justo pela maioria dos juristas e cidadãos em questão, mas que hoje em dia já não satisfaz um limiar mínimo de tolerância. Considere, mais uma vez, o exemplo caso da Lei do Escravo Fugitivo durante o alvorecer do constitucionalismo norte-americano. Nesse contexto o juiz Joseph Story, que se dizia um abolicionista convicto, decidia pela imposição do Ato para garantir a restituição do gentio aos respectivos donos, que pleiteavam tal direito nos tribunais. Correspondendo para um amigo, Story (2001, p. 431) escreveu: “[...] eu nunca hesitarei em cumprir o meu dever como um Juiz, perante a Constituição e as leis dos Estados Unidos, sejam quais forem as consequências. Essa constituição, eu jurei proteger, e não posso esquecer ou repudiar minhas obrigações ao sabor do árbitro. Você sabe muito bem que sempre me opus à escravidão. Mas eu assumo meu padrão de dever como um juiz a partir da Constituição...”. Caso admitamos que o sistema jurídico dos Estados Unidos no período fosse razoavelmente justo, teríamos que aceitar a conclusão absurda de que Story tinha a obrigação moral de restituir os escravos aos seus donos! Casos evidentes de injustiça como esse sugerem que a clara cisão afiança o distanciamento moral entre o agente e suas exigências de função. Também nos faz pensar se ela não dá vazão à “banalidade do mal”. Foram esses problemas que levaram Luban à rejeição de uma teoria sobre obrigações de papel que priorizava políticas ao invés de atos.

Devemos então levar a sério a hipótese de que juízes *qua* juízes desempenham suas responsabilidades numa prática em que uma das funções mais substantivas, o julgamento, não seja determinada somente pelas regras que a especificam.

Applbaum (2000, p. 102) sugere que a maioria dos papéis e práticas sociais e profissionais não são formalmente construídas. Se assim o são, a avaliação crítica de uma prática implicará num desacordo moral genuíno entre os profissionais sobre o que a prática *é* e no que ela implica, ao invés de somente aceitarmos como válidas as propostas do reformista sobre como tal prática *deveria ou deverá ser* um dia. Desse modo,

Uma prática pode reconhecer seus praticantes como modeladores autoritativos e intérpretes da prática. Rawls distingue o encargo do praticante do encargo do reformista ou do criador de regras. Mas algumas práticas podem permitir sua própria revisão pelos praticantes. De fato, alguém pode afirmar que a capacidade para autorreflexão e autocrítica é parte do que distingue profissões de jogos e outras formas de práticas governadas por regras. [...] Uma prática autorreflexiva, que revisa a si mesma, pode simplesmente reconhecer o quem conta e quem não conta como um praticante, sem restringir o que deve contar como crítica válida pelos seus praticantes. (APPLBAUM, 2000, p. 103)

Portanto, é possível que papéis profissionais estejam correlacionados a uma prática que podemos chamar “aberta”, em contraste à prática de jogos que tipicamente é “fechada” (ERIKSEN, 2016, p. 18-19). Em jogos como o futebol ou o automobilismo há regras de ocupação e de decisão que constituem e autorizam os movimentos permitidos e proibidos no contexto da competição. Além disso, já sabemos como os propósitos internos de uma prática esportiva geralmente procuram restringir nossos juízos críticos sobre a atuação dos atletas *qua* atletas. Já práticas profissionais como a adversarial e a adjudicação, também são formuladas por regras com objetivos semelhantes. As de ocupação, determinam certas características e competências que o profissional deve preencher; as de decisão estabelecem certos comportamentos esperados do agente.

A diferença está na menor opacidade (ou maior transparência) que práticas abertas têm em relação às fechadas quanto à subordinação do participante às regras de decisão. Práticas profissionais interferem sobre bens e valores que frequentemente sobressaem – e são tão importantes quanto (ou talvez até mais valiosos) – às próprias convenções profissionais. Por isso, é pouco plausível insistir que as regras institucionais do direito impeçam que juízes *qua* juízes manifestem uma postura crítica sobre certas regras de decisão e contribuam para que essa prática talvez seja ainda melhor no futuro.¹⁰⁶

¹⁰⁶ Por exemplo, penso que Eriksen (2016, p. 19) está correto quando argumenta o seguinte: “nossas práticas sociais mais importantes não são fechadas nesse sentido [enquanto um jogo]. O casamento, por exemplo, é uma

3. OS ARGUMENTOS DO *FAIR PLAY*, O PAPEL JUDICIAL (E DEVERES DE JUSTIÇA)

No capítulo anterior abordamos argumentos consequencialistas favoráveis à fidelidade dos juízes ao direito e às obrigações morais derivadas do papel que eles ocupam. Vimos como a melhor tese disponível baseou-se numa defesa que Rawls fez ao utilitarismo de regras. Também notamos como a distinção entre a justificação de uma prática e das regras por ela determinadas valeu-se extensivamente da analogia entre o direito e os jogos.

Neste capítulo discutirei outro fundamento moral que também é associado aos jogos e ao direito, e que igualmente já fora articulado por Rawls, o princípio do *fair play*. A partir dele surgem teses constitutivas sobre moralidade do papel judicial. A primeira versão é o argumento do *fair play* correlacionado à moralidade dos papéis sugerido pelo próprio Rawls. Já o segundo é, por assim dizer, inspirado pelas reflexões de Rawls, embora ele jamais o tenha defendido nos termos em que o princípio será colocado.

Ao apresentar cada versão, demonstrarei que o apelo ao *fair play* dificilmente sustentará o dilema do perspectivismo jurídico e justificará a obediência moral dos juízes ao direito. Também provarei que mesmo que as reflexões já feitas por Rawls sobre o *fair play* possam estar corretas, é muito provável que quaisquer dessas teorias constitutivas estejam incorretas. Portanto, juízes não terão, mais uma vez, uma evidente obrigação moral de fidelidade ao direito.

3.1. Dois fundamentos diversos para obrigações políticas?

A primeira dessas propostas constitutivas, identificada por Applbaum (2000, p. 72-74) e Brand-Ballard (2009, p. 161-164) parte dos argumentos rawlsianos favoráveis à existência de obrigações políticas presentes em *Uma Teoria da Justiça*,¹⁰⁷ nomeadamente, o dever natural e o *fair-play*.

prática ‘aberta’ (deixe para lá as conotações licenciosas). Participantes que querem alterar as regras porque ela ‘seria melhor na totalidade’ não saem do seu papel de casados e partem para o papel de reformista. É parte da prática do casamento que os participantes (e terceiros) remedeiem as regras enquanto procedem. Portanto, não é somente um erro *moral* acreditar que o casamento entre pessoas do mesmo sexo e o estupro marital sejam oximoros. É uma confusão *conceitual* sobre a natureza aberta dessa prática”. Resguardadas as diferenças evidentes entre a adjudicação e o casamento, há razão para crer que juízes *qua* juízes devem contribuir para que o direito seja reforçado sem injustiças, assim como casais devem, na constância do seu relacionamento, disputar práticas espúrias associadas ao casamento.

¹⁰⁷ A partir de sua obra mais famosa, Rawls não mais considera o princípio da utilidade um postulado moral apto a constituir deveres ou obrigações perante o Estado: “Embora o princípio da utilidade possa ter um lugar dentro de certos contextos devidamente circunscritos, está de antemão excluído como explicação geral da noção de dever e de obrigação” (RAWLS, 2000, p. 371).

O princípio que mais nos interessa é o *fair-play*, pois veremos logo mais que Rawls considerou apenas ele como apto a determinar as obrigações morais dos funcionários públicos em geral (naturalmente, juízes inclusos). Portanto, o cargo ocupado por esses agentes aparentemente atuaria como um gerador de obrigações morais. No entanto, a interação entre o *fair-play* e o dever natural (que considera apenas o *status* de cidadão em um regime jurídico doméstico) será relevante para que eu possa examinar a plausibilidade do *fair play* enquanto teoria constitutiva. Por isso, também levarei o dever natural em conta para rejeitar a hipótese de as obrigações morais dos juízes serem relativas ao seu papel. Por isso prosseguirei da seguinte forma:

Apresentarei o dever natural de obedecer ao direito, já que ele é o mais abrangente e não é manifestamente relativo a um papel social específico desempenhado na comunidade.¹⁰⁸

Depois, mostro como Rawls compreende o *fair-play*, e discuto se esse princípio pode ser visto como um elemento constituinte das obrigações morais de funcionários públicos.

No último passo, argumento que o *fair play* é incapaz de sustentar o dilema do perspectivismo, mesmo que Rawls esteja correto quanto ao dever natural. Apesar disso, defenderei que a solução de Rawls para o problema da obrigação política está provavelmente equivocada, porque ele não levou a sério o problema moral que os casos subótimos causam para a obediência do direito.

Mas, antes de começar, é importante esclarecer que os argumentos de Rawls em favor de obrigações políticas surgiram em função de sua teoria da justiça como equidade. Portanto, tanto o dever natural, quanto a obrigação do *fair-play*¹⁰⁹ estão correlacionados, mas não se

¹⁰⁸ É argüível que se os sujeitos de uma comunidade política teriam um dever natural de obediência, eles o teriam porque ocupam o papel social de cidadão. Inclusive, há quem deduzira esse pormenor nos escritos de Rawls: “Em LB [*Liberalismo Político*] Rawls parece dizer que a obrigação é uma obrigação específica de papel, *i.e.*, uma obrigação distintamente político-moral ligada ao nosso papel e posição enquanto cidadãos de uma forma particular de regime, e que pode entrar em conflito com outros papéis e tipos de obrigações morais não políticas” (LANGVATN, 2016, p. 136). O mesmo valerá para o caso das obrigações políticas associativas que abordarei no próximo Capítulo. Isto está correto em certo sentido. Porém, prefiro considerar o dever natural como um fundamento geral ao invés de associá-lo a um papel, pois, no contexto de uma ordem jurídica local, o que está em causa é a diferença na força ou no fundamento moral entre o putativo dever dos cidadãos frente às obrigações dos juízes. Então, como o papel judicial é o ponto controverso, é apropriado realçá-lo em contraste a um dever geral que não é tão significativamente diferenciado como são os dos papéis profissionais. Além disso, como veremos à frente, a teoria do dever natural é alvo da objeção de que não é adequado chamar a obediência às leis de determinada comunidade de um dever natural, pois deveres naturais não derivam sua existência de nenhum arranjo político. Assim, se há deveres morais, eles são devidos a qualquer pessoa do planeta.

¹⁰⁹ Em “*Uma Teoria da Justiça*” Rawls passou a chamá-lo “*princípio da equidade*”, mas sua formulação é essencialmente a mesma quando ele ainda era conhecido por *fair-play*. Tosi (2018, p. p. 5) explica, corretamente, que “equidade” causa certas confusões, pois seu uso é mais lato sendo entendido como um tipo de imparcialidade entre pessoas. Já o *fair play* reporta uma ideia mais específica, nomeadamente, agir perante os outros nos limites de um esquema de cooperação determinado por regras. Por isso, manterei o termo original porque ele capta melhor os propósitos do argumento do que “equidade”.

confundem, com os dois princípios de justiça que os cidadãos escolheriam caso vivessem em uma sociedade bem ordenada.

Esses dois últimos são princípios que Rawls atribui às instituições governamentais domésticas, e que seriam voluntariamente aceites pelas pessoas através do contrato social hipotético, conhecido como *posição original*. Esse contexto representa um experimento mental onde os sujeitos se encontram sob “o véu de ignorância”, uma espécie de amnésia temporária onde os cidadãos de uma democracia liberal, muito semelhante às do mundo real, estão cientes das desigualdades enfrentadas, mas não sabem quais vantagens socioeconômicas eles possuiriam. Nesse cenário, Rawls estipula que os dois princípios que ele formulou seriam os escolhidos.¹¹⁰

No entanto, o dever natural e o *fair play* não dizem respeito ao desenho institucional, mas procuram guiar o comportamento daqueles que vivem sob a autoridade de regimes jurídicos legítimos. Noutras palavras, são princípios voltados para os indivíduos, que seriam escolhidos ainda na posição original depois dos princípios de justiça.¹¹¹

Apesar desses princípios sobre obrigações políticas terem sido inspirados pelos princípios de justiça, não me preocuparei em detalhá-los. Também não os considerarei quando propuser minhas objeções, pois creio que elas se sustentem sem ser necessário aprofundar esses outros princípios. Nesse aspecto, abordo o problema da obediência ao direito em Rawls da mesma forma como ela vem sendo tradicionalmente feita por outros teóricos políticos.¹¹² Suponho então que os méritos do dever natural e do *fair play* podem ser questionados de modo mais apartado. Além disso, não é garantido que uma análise exaustiva dos princípios para os indivíduos em conjunto com os princípios de justiça altere os resultados das minhas conclusões. Nem o próprio Rawls se preocupou em fazer uma interpretação mais integrada entre eles em

¹¹⁰ Os princípios são o da “liberdade” e o da “igualdade”. Esse último também é conhecido por seus dois postulados subjacentes: “*igualdade equitativa de oportunidades e diferença*”.

¹¹¹ “[...] embora seja possível escolher muitos dos deveres naturais antes dos deveres para a estrutura básica sem mudar os princípios de modo substancial, a sequência em ambos os casos reflete o fato de que as obrigações pressupõem princípios para as organizações sociais. E alguns deveres naturais pressupõem esses princípios, por exemplo, o dever de apoiar instituições justas. Por esse motivo, parece mais simples adotar todos os princípios para indivíduos depois dos princípios para a estrutura básica. O fato de que os princípios para instituições serem escolhidos antes demonstra a natureza social da virtude da justiça, sua íntima ligação a práticas sociais que são enfatizadas com tanta frequência pelos idealistas” (grifo meu) (RAWLS, 2000, p. 117-18).

¹¹² Todos os filósofos listados a seguir já o fizeram dessa forma: Dworkin (1986, p. 193), Greenawalt (1989), Horton (1992, p. 98-108), Klosko (2008), Edmundson (2004, p. 230-34), e Simmons (1979, p. 143-156).

“*Uma Teoria da Justiça*.”¹¹³ Também não é garantido que recorrer a uma abordagem mais integrada resolva os problemas que serão apontados à frente.¹¹⁴

3.1.1. *O dever natural de obedecer ao direito*

Rawls apresenta o dever natural de obedecer ao direito¹¹⁵ junto a uma categoria ampla de direitos naturais, positivos e negativos, *e. g.*, o dever de ajudar àqueles que necessitam ou estão em perigo (desde que não implique em perda ou riscos excessivos ao benfeitor); o dever de não prejudicar ou ferir terceiros; e o dever de não causar sofrimento desnecessário.

Ele destaca que esses últimos deveres naturais, digamos paradigmáticos, se aplicam à todas às pessoas e independem de atos voluntários para serem adquiridos ou se tornarem exigíveis. Além disso, suas existências não dependem, necessariamente, de instituições ou práticas sociais específicas. Seus conteúdos também não seriam constituídos pelas regras desses arranjos. Noutras palavras, todos esses deveres são gerais e devidos a qualquer sujeito, logo, não pertencem à categoria dos deveres ou obrigações especiais. Então é impossível que eles representem uma obrigação de papel.¹¹⁶

Após discorrer sobre essas características dos deveres naturais, Rawls (2000, p. 98) revela aquele que mais nos interessa indiretamente: o dever de justiça, que ele considera ser fundamental a partir do ponto de vista da justiça como equidade. Desse modo, Rawls já nos sinaliza duas coisas importantes com relação aos deveres naturais. Primeiro, que os demais deveres que ele exemplificou existem e parecem ser vinculantes independente de sua teoria de justiça. Segundo que o dever natural em questão só é inteligível a partir dos princípios de justiça para a estrutura básica (ver nota n. 111). Portanto, diferente dos demais, esse dever *a priori* só

¹¹³ No momento em que esquematiza os princípios necessários para uma teoria completa sobre a justiça – que também inclui princípios para as relações internacionais – Rawls (2000, p. 116-17) diz: “Não abordarei, a não ser de passagem (§ 58), *os princípios para o direito internacional; nem tentarei fazer uma discussão sistemática dos princípios para indivíduos. Mas certos princípios desse tipo são parte essencial para qualquer teoria de justiça*”. (grifo meu).

¹¹⁴ A título de curiosidade, a teoria de Rawls já foi alvo de críticas que questionam o método do contrato hipotético e a escolha dos dois princípios de justiça estipulados. Por consequência, a teoria como um todo falharia em justificar a autoridade moral das instituições políticas. Críticas recentes desse tipo foram feitas por Huemer (2012) e Freiman (2017).

¹¹⁵ Por vezes, ele também o chama simplesmente de *dever natural de justiça* ou mesmo o retrata como um *dever de apoio e obediência às instituições*.

¹¹⁶ É importante notar que Rawls se refere à “dever” e à “obrigação” sem considerá-los sinônimos. Ele os diferencia em função do voluntarismo do agente diante das exigências morais, de modo que somente a categoria das obrigações são adquiridas mediante atos de vontade. Apesar disso, intercambiar entre significados menos estritos dos termos é bastante comum na filosofia política. Simmons (1979) e Zimmerman (2013) são autores que também diferenciam os termos. Já Lefkowitz (2006), Smith (1973) e Klosko (2008) estão entre aqueles que intercambiam os termos. Para mais detalhes sobre tal tratamento diverso, ver Brandt (1964) e V. Faggion (2016).

é devido entre os cidadãos de uma sociedade bem ordenada e não representa uma exigência moral atribuível à toda e qualquer pessoa do mundo. Então esse último pertenceria à categoria dos deveres ou obrigações especiais, e até mesmo pode ser um candidato apto para determinar obrigações de papel ou profissionais, como a judicial.¹¹⁷

Enfim, o dever natural de obedecer ao direito é enunciado:

Do ponto de vista da teoria da justiça, o dever natural mais importante é o de apoiar e promover instituições justas. Esse dever tem dois aspectos: primeiro, devemos cumprir nossa parte obedecendo às instituições justas existentes que nos dizem respeito; segundo, devemos cooperar para a criação de organizações justas quando elas não existem, pelo menos quando podemos fazê-lo sem grande ônus pessoal. Decorre daí que, se a instituição básica de uma sociedade for justa, ou tão justa quanto se pode razoavelmente esperar nas circunstâncias concretas, todos têm um dever natural de fazer o que delas se exige. (RAWLS, 2000, p. 370).

Implícito em seu enunciado e também em razão do seu pensamento liberal alinhado aos ideais democráticos, fica claro que tal dever natural é incompatível com a obediência moral dos cidadãos aos sistemas jurídicos injustos, que não compartilham ou prezam tais valores políticos. Afinal tais sistemas não respeitariam os princípios para a estrutura básica da sociedade.¹¹⁸ Agora, e o mais importante, Rawls pensava que os cidadãos teriam o dever natural de obedecer ao direito em democracias liberais, *mesmo que este contenha regras que provoquem injustiças*. Então, a concepção rawlsiana de justiça toca diretamente meu tema de tese e, ao que tudo indica, é contrária à desobediência do cidadão em casos subótimos onde a coerção jurídica é recomendada. Rawls é um tanto explícito nesse ponto quando fala da obediência à constitucionalidade dos padrões jurídicos vigentes:

A constituição é vista como um procedimento justo, mas imperfeito, estruturado para garantir um resultado justo, na medida em que as circunstâncias o permitem. É imperfeito porque não há nenhum processo político factível que garanta que as leis estabelecidas segundo seus parâmetros são justas. Nas atividades políticas não é possível atingir uma justiça procedimental perfeita. Além disso, o processo constitucional deve depender em grande parte de alguma forma de votação. Suponho, para simplificar, que uma variante da regra de maioria, devidamente circunscrita, é uma necessidade prática. No entanto, as majorias (ou coalizões de minorias) estão fadadas a cometer erros, se não por falta de conhecimento e discernimento, pelo menos como resultado de posições parciais e interesseiras. Contudo, *nosso dever natural de apoiar instituições justas nos obriga a acatar leis e políticas injustas, ou pelo menos a não lhes fazer oposição usando meios ilegais, desde que elas não ultrapassem certos limites de injustiça. Tendo de apoiar uma constituição justa, devemos respeitar um de seus princípios essenciais, o da regra da maioria. Num estado de quase-justiça, portanto, temos normalmente o dever de obedecer a leis*

¹¹⁷ Mais à frente explico porque não investiguei esse fundamento sob essa leitura.

¹¹⁸ “[É] um erro argumentar contra a justiça como equidade, e as teorias contratualistas de forma geral, alegando que elas têm como consequência o fato de que os cidadãos deverem obrigações a regimes injustos que conquistaram seu consentimento sob coerção, ou conseguem sua aceitação tácita de modos mais refinados” (RAWLS, 2000, p. 120).

injustas em virtude de nosso dever de apoiar uma constituição justa. Sendo os seres humanos o que são, há muitas ocasiões em que esse dever será invocado. (RAWLS, 2000, p. 392-393). (grifo meu)

Esses são efetivamente os aspectos mais importantes que precisamos saber sobre o dever de obediência às instituições justas. Muito em breve retomarei-lhe para especificar as conclusões que podemos extrair frente aos problemas da moralidade dos papéis. Mas ainda preciso descrever como Rawls põe a outra variável em jogo, o *fair play*. Vamos a ele então.

3.1.2. A obrigação do *fair play* para os juízes

O princípio do *fair play* considerado por Rawls (2000, p. 119) diz respeito a todos os requerimentos morais que são obrigações, mas que não são deveres naturais.

Então o *fair play* justifica condutas voluntariamente assumidas pelos agentes de uma comunidade política. Atos como promessas, juramentos, contratos, enfim, toda uma classe de comprometimentos aptos a serem devidos à certos indivíduos correspondem a obrigações determináveis pelo *fair play*. Isso se dá porque Rawls pensava que a *cooperação* entre os indivíduos e os *benefícios* decorrentes desfrutados por todos os envolvidos são valiosos a ponto de validar inúmeras exigências morais.

Aqui está a versão de Rawls para o argumento:

[Q]uando um número de pessoas se envolve num empreendimento cooperativo mutuamente vantajoso, seguindo certas regras e assim restringindo voluntariamente a própria liberdade, aqueles que se submeteram a essas limitações têm direito a uma aceitação semelhante por parte dos que se beneficiaram com a sua submissão. Não devemos lucrar com os esforços cooperativos dos outros sem fazer a parte que nos cabe” (RAWLS, 2000, p. 380).

Na categoria dos atos voluntários, Rawls identificou aquele assumido pelos ocupantes de um cargo público em regimes constitucionais. Tal ato conferiria ao agente a obrigação de cumprir com os deveres do cargo; sendo tais deveres os determinantes do conteúdo obrigacional.

Rawls pensava que deveres do cargo não são deveres morais, mas tarefas ou responsabilidades atribuídas à certas posições institucionais. Ele queria pontuar que, trivialmente, obrigações morais não são deveres naturais.¹¹⁹ Porém, isso não nos impede considerar as exigências de cargos públicos como moralmente vinculantes, já que se supõe que o *fair play* justifique a moralidade dos mesmos. Assim, mesmo que Rawls diferenciasse a

¹¹⁹ Por óbvio, deveres naturais são exigíveis a despeito de quaisquer compromissos porventura assumidos.

categoria dos deveres e das obrigações, podemos chamar os deveres do cargo de obrigações de papel na terminologia mais lata empregada na filosofia política. Como exemplo, Hardimon (1994, p. 335) reconhece que “obrigações deriváveis do que Rawls chamou ‘o princípio do *fair play*’ podem suportar obrigações de papel, mas não são elas próprias obrigações de *papel*”.

Interpreto o contraste feito por Hardimon como o reconhecimento de que o *fair play* é um fundamento moral mais amplo, pois ele não justifica *apenas* obrigações de papéis. Imagine, por exemplo, uma promessa feita entre dois juízes que se comprometeram a comparecer a uma escola para falar sobre direitos fundamentais. Talvez o princípio do *fair play* torne essa promessa uma obrigação moral entre os juízes e à escola. Nesse caso, o *fair play* não representa, necessariamente, uma obrigação de papel, já que a obrigação gerada pelo *fair play* não tem uma relação direta com o papel do juiz e com os deveres que juízes *qua* juízes exercem somente em virtude do papel. Afinal, é plenamente possível que uma dupla de juristas, filósofos, cientistas políticos ou jornalistas bastante versados em direitos humanos consigam oferecer a palestra. Porém, quando o contexto é apropriado e estamos falando dos deveres do cargo como Rawls está, o *fair play* pode ser o fundamento moral para obrigações de papel ou profissão que os teóricos constitutivos procuram.

Dessa maneira,

[...] uma pessoa que assume um cargo público deve obrigações aos seus concidadãos, cuja confiança e fidelidade ela buscou e com os quais está cooperando, na direção de uma sociedade democrática. De forma semelhante, assumimos obrigações quando casamos e também quando aceitamos cargos de autoridade judicial, administrativa ou de outro tipo. Contraímos obrigações através de promessas e compromissos tácitos, e até mesmo quando entremos num jogo, ou seja, a obrigação de jogar seguindo as regras do jogo e com esportividade. (RAWLS, 2000, p.121) (grifos meus).

Após sugerir que o contexto judicial está apto a constituir obrigações morais para os juízes, Rawls pontua como seria problemático pensar em obrigações políticas para os cidadãos nesses termos. Afinal é muito difícil acreditar que todos os sujeitos que vivem sob um regime razoavelmente justo manifestaram um ato voluntário de adesão às regras do jogo jurídico; nem mesmo que os benefícios oferecidos pelo Estado foram aceites ou satisfazem os interesses daqueles que os receberam.¹²⁰ Daí a razão para Rawls ter investido no dever natural de justiça ao invés do *fair play*.

¹²⁰ Esse ceticismo quanto à abrangência do *fair play* também é compartilhado por outros filósofos políticos. Um deles é Simmons (1979, p. 139), que sumariza bem o problema do *fair play* entre cidadãos e governo: “a maioria dos cidadãos, penso eu, se enquadram em uma destas duas classes: aqueles que não ‘aceitaram’ [os benefícios da cooperação social] porque não receberam os benefícios (com os fardos que os acompanham) de bom grado, e aqueles que não ‘aceitaram’ porque eles não consideram os benefícios do governo como os frutos de um esquema de cooperação. Mas se não se pode pensar que a maioria dos cidadãos aceitou voluntariamente os benefícios do governo através do esquema político cooperativo, então a tese de obrigação política do *fair play* não será

Como resultado, temos então que a justiça como equidade fornece duas explicações distintas para justificar a obediência moral ao direito. Cidadãos teriam um dever natural; já os juízes e outros oficiais do direito adquirem obrigações morais vinculadas à função ou papel que desempenham, por causa princípio do *fair play*.

Portanto, a filosofia política de Rawls fornece uma via para que obrigações morais relativas ao papel judicial sejam possíveis:

O que devemos notar aqui é que há vários modos pelos quais podemos estar vinculados a instituições políticas. Na maioria dos casos o dever natural de justiça é o mais fundamental, já que vincula os cidadãos de uma forma geral e sua aplicação não exige atos voluntários. O princípio da equidade, por outro lado, vincula apenas aqueles que ocupam cargos públicos, por exemplo, ou aqueles que, estando em melhor situação, promoveram seus objetivos dentro do sistema. Há, então, um outro sentido de *noblesse oblige*: ou seja, que os mais privilegiados provavelmente terão obrigações que os vinculam de um modo mais forte a um esquema justo. (RAWLS, 2000, p. 124).

Para entender como o *fair play* pode ser o candidato certo para as obrigações morais dos juízes, Ballard (2010, p. 162) pensa no juiz Jack. Ao assumir o papel judicial Jack participa de uma prática que é mutuamente vantajosa e cooperativa, cujas obrigações de papel são realizadas de acordo com regras jurídicas. Também parece ser o caso de que todos os outros juízes restringem suas liberdades ao obedecer às regras do direito. Afinal os oficiais conformam-se às regras de exercício do papel (regras de decisão, ou de adjudicação) e com várias regras de conduta que são também direcionadas aos cidadãos em geral. Nesse caso, é bastante provável que Jack se beneficie do sistema jurídico ao menos de duas formas:

- (i) *Com relação à sua pessoa privada e enquanto um sujeito de direitos que desempenha voluntariamente um papel social saliente em sua comunidade.* É por isso que Jack pode pagar suas contas, ter um plano de saúde, comprar um sedã, se associar ao clube de tênis e pagar serviços de *streaming online*. Todos esses benefícios são obtidos através dos proventos que recebe enquanto funcionário público;¹²¹
- (ii) *Em razão de ser um juiz propriamente dito,* Jack ocupa um papel social que geralmente é bastante honroso e estimado em sua comunidade. Para além do prestígio que o cargo oferece, a adjudicação pode ser uma atividade intrinsecamente valiosa e motivante que Jack escolhera com profunda admiração. Por fim, Jack pode ainda se beneficiar através dos desejos que ele possui de contribuir para o desenvolvimento do direito. Ao aderir às

adequadamente geral em sua aplicação, mesmo em estados democráticos”. A objeção mais famosa contra o *fair play* foi formulada por Nozick (1974, p. 93-95). Ver também Huemer (2012, p. 86-93), Smith (1973) e Dworkin (1986, p. 193-95) para críticas similares.

¹²¹ Nesse caso, com respeito à ausência de uma obrigação política abrangente gerada pelo *fair play*, os cidadãos que não ocupam cargos públicos e aqueles que não firmaram contratos legalmente exigíveis, podem negar que o sistema jurídico lhes fornece quaisquer benefícios.

regras do jogo, como o *stare decisis*, o juiz pode cooperar direta ou indiretamente com o aperfeiçoamento dos precedentes jurisprudenciais, ou com a doutrina. Assim suas razões de decisão podem ser citadas pelos seus pares ou por juristas consagrados. Por meio do zelo à legalidade, quiçá Jack realizará seu sonho de ser nomeado Juiz da Suprema Corte.

Como podemos notar, o *fair play* é um princípio bastante atraente para a moralidade do papel judicial. Agora, a questão pertinente que precisamos fazer é: os argumentos rawlsianos apresentados *realmente* dão vazão ao dilema do perspectivismo jurídico e, por consequência, admitem que juízes têm que obedecer ao direito, mesmo que isso implique na punição dos desobedientes moralmente justificados?

A seguir respondo à pergunta provando que, mesmo na presença dessas duas perspectivas distintas sobre a obrigação política, a teoria de Rawls dificilmente comporta obrigações morais relativas ao papel judicial. Também aproveito a seção para argumentar que os princípios para os indivíduos não são tão plausíveis, de modo que a melhor opção provavelmente será rejeitá-los. Assim, a partir das objeções a seguir, concluirei que nem cidadãos, nem juízes, devem obedecer à todas as leis em casos subótimos e em virtude do sistema jurídico ser razoavelmente justo.

3.2. As obrigações políticas de Rawls prosperam ou sucumbem, juntas

Apesar de Rawls ter oferecido dois fundamentos distintos a respeito das obrigações morais dos cidadãos e dos juízes em uma mesma comunidade política, isso não basta para defender o conflito entre as obrigações do papel judicial e a moralidade ordinária. Para isso ocorrer é preciso que exista um confronto moral específico envolvendo os dois princípios para os indivíduos.

Duas coisas têm que correr:

- 1º) A hipótese de que os infratores legais não poderiam ter obedecido seu dever natural de justiça num caso particular. Noutras palavras, mesmo que o dever de justiça voltado para os sujeitos de direito tenha certo peso moral, ele é derrotado por razões morais mais fortes. Por exemplo, o princípio do *retributivismo fraco* superará-lo;
- 2º) Que os juízes preservem todas as suas obrigações de fidelidade ao direito através do *fair play*, mesmo diante da desobediência dos cidadãos em casos subótimos.

Só assim um dos fundamentos morais de Rawls para as obrigações políticas suportarão o perspectivismo jurídico. Isso requer que o princípio do *fair play* derrote ou mine a influência

do princípio do retributivismo fraco (e, por extensão, da tese da correspondência ou paridade moral) enquanto os juízes decidem. Então o teórico constitutivo precisa mostrar que os argumentos rawlsianos para a obrigação política dão vazão a esse conflito moral. Doravante demonstro como essas condições não se obtêm.

Primeiro, sugiro que a leitura mais coerente dos dois princípios de justiça jamais preservaria o dilema do perspectivismo jurídico. Se estiver correto, isso já é suficiente para frustrar os interesses dos teóricos constitutivos.

Depois, tomando por base a compreensão mais coesa acima, explico como o princípio do *fair play* pode ser corretamente interpretado. Daí, demonstro como não é possível torná-lo compatível com o perspectivismo jurídico.

No entanto, como veremos mais abaixo, essa conclusão não tornará os desvios judiciais ao direito automaticamente justificáveis. Por isso, para defender que juízes não têm que obedecer ao direito – nem mesmo sistemas razoavelmente justos – não basta tornar o *fair play* inoperante. Preciso também questionar a plausibilidade do dever natural de justiça.

É o que farei na terceira etapa da minha argumentação, onde examino se as reflexões de Rawls sobre a resistência moral dos cidadãos às leis injustas – a desobediência civil – é um meio adequado para afastar o direito em casos subótimos. Sugerirei que a desobediência civil não remedia o problema moral. Ora ela é uma forma de resistência inerte, ora ineficaz. Concluirei sugerindo que não devemos levar tão a sério a insistência de Rawls pela obediência moral de leis razoavelmente injustas em sociedades bem-ordenadas, ou em sociedades próximas do seu ideal de justiça.

3.3. Pois bem, onde está o conflito?

Para começar, precisamos saber se Rawls disse algo a respeito de um eventual conflito entre os princípios para os indivíduos.

No entanto, essa possibilidade jamais foi examinada de forma franca em “*Uma Teoria de Justiça*”; nem, pelo que saiba, noutras produções. Os momentos em que Rawls tenciona abordar conflitos entre deveres e obrigações são econômicos. Abaixo apresento todas as menções que pude encontrar. Por meio delas demonstrarei que Rawls não admitiria um conflito moral genuíno entre as obrigações judiciais e a moralidade ordinária.

Logo ao apresentar a importância do dever natural e do *fair play* para sua concepção de justiça, Rawls (2000, p. 93) esclarece que não fará qualquer discussão sistemática dos princípios

para os indivíduos (ver também nota n.113)¹²². Mais à frente, ao explicar porque esses dois princípios deveriam ser os escolhidos, Rawls detalha as condições sob as quais o desrespeito às leis injustas seria admissível; como quando discute as hipóteses da desobediência civil e da objeção de consciência. Porém, seus comentários ficam circunscritos aos casos de desobediência ao dever natural e não à obrigação do *fair play*, como se nota abaixo:

Nesta explicação da justificativa da desobediência civil, não mencionei o princípio da equidade [*fair-play*]. O dever natural de justiça é a base primeira de nossos vínculos políticos com um regime constitucional. Como já observamos (§ 52), *apenas os membros mais favorecidos da sociedade tendem a ter uma clara obrigação política, em oposição a um dever político. Sua melhor situação permite que consigam cargos públicos e facilita a obtenção de vantagens oferecida pelo sistema político. Uma vez feito isso, contraem para com os cidadãos em geral a obrigação de defender a constituição justa. Mas os membros de minorias subjugadas, por exemplo, que têm um forte argumento para praticar a desobediência civil, em geral não têm nenhuma obrigação política dessa natureza. [...] Minha discussão da desobediência civil coloca-se apenas em termos do dever de justiça...* (RAWLS, 2000, p. 417-18) (grifos meus).

A única menção à possibilidade de conflito entre deveres naturais e obrigações morais que pude encontrar ocorre quando Rawls justifica a importância de postular o *fair play* em conjunto com o dever natural, ao invés de reduzir nossas exigências políticas e jurídicas apenas a esse último:

[T]emos o dever natural de acatar a constituição, por exemplo, ou as leis básicas que regulam a propriedade (na suposição de que são justas), ao passo que temos a obrigação de cumprir os deveres de um cargo que conseguimos conquistar, ou de seguir as regras de associações ou atividades às quais nos filiamos. *Às vezes, é razoável ponderar obrigações e deveres de modo diferente, quando conflitam entre si precisamente por não se originarem da mesma forma. Pelo menos em alguns casos, o fato de as obrigações serem voluntariamente assumidas fatalmente afeta a avaliação que dela fazemos quando se chocam com outras exigências morais. Também é verdade que os membros mais bem situados da sociedade têm maior probabilidade que os outros de contrair obrigações políticas, que não se confundem com os deveres políticos.* Geralmente são essas pessoas que estão mais habilitadas a conseguir um cargo político e a beneficiar-se das oportunidades oferecidas pelo sistema constitucional. Elas, portanto, estão mais fortemente vinculadas ao esquema de instituições justas. Para salientar esse fato, e enfatizar o modo como muitos vínculos são voluntariamente contraídos, o princípio da equidade nos é útil. (RAWLS, 2000, p. 381-82) (grifos meus).

Tendo em vista os excertos acima, alguém poderia crer que Rawls endossaria o conflito genuíno entre a moralidade profissional dos juízes e a moralidade ordinária, portanto, aceitaria o dilema do perspectivismo jurídico. Afinal, na segunda passagem Rawls pondera que o *fair*

¹²² Nessa passagem Rawls não deixa muito claro se a análise sistemática que ele não fará será *entre o dever natural de justiça e o fair play* ou *entre a correlação entre esses e os princípios para instituições* em ordens domésticas. Por causa dessa eventual ambiguidade, penso que a evidência que apresentei acima e a leitura que apresentei acompanhada pela nota n. 7 são ambas válidas. Mesmo que esteja errado quanto à ambiguidade, a declaração de Rawls soa para mim mais voltada à discussão sistemática entre os princípios para os indivíduos.

play ao menos altera a força moral das obrigações políticas que oficiais do direito contraem quanto contrastadas aos deveres dos cidadãos em geral.

Já na primeira passagem, Rawls parece sugerir que somente cidadãos teriam o direito de praticar atos de desobediência civil; enquanto os funcionários do governo aparentemente não terão o mesmo direito, em razão da obrigação política constituída pelo *fair play*.

Por isso, é possível que o *fair play* constitua um dever de fidelidade judicial ao direito forte o suficiente para derrotar os desvios em todos os casos subótimos. Essa é uma das hipóteses de variância entre as obrigações políticas dos cidadãos e juízes que expus ao fim do Capítulo 1: A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz também é *prima facie*. Porém, elas têm pesos distintos, de modo que a obrigação do cidadão quase sempre é derrotada; enquanto a do juiz dificilmente é derrotada. Daí juízes estariam legitimamente autorizados a punir os desobedientes justificados. Por consequência, o perspectivismo jurídico estaria validado.

Embora a leitura acima seja uma possibilidade, penso que ela não só é apressada, como incorreta. Isso porque em ao menos três passagens Rawls dá a entender que o *fair play* não deve entrar em franco conflito com o dever natural. Isso impediria que as razões para a ação de cada agente estejam ambas corretas – ou seja, que a coisa a certa a se fazer para o sujeito de direito é infringi-lo, ao passo que para o juiz será a punição do primeiro.

Veja o que Rawls (2000, p. 124) disse:

Devemos notar que, uma vez que o princípio da equidade pode estabelecer um vínculo com ordenações justas existentes, *as obrigações abrangidas por ele podem sustentar um vínculo já presente, que deriva do dever natural da justiça*. Assim uma pessoa *pode* ter, ao mesmo tempo, um dever natural e uma obrigação de sujeitar-se a uma instituição e de fazer a parte que lhe compete (grifos meus).

E também sobre o desafio de balancear os deveres naturais quando eles concorrem com outros requerimentos morais:

[C]omo devem ser ponderados esses deveres quando entram em conflito, seja entre si, seja com as obrigações e com o bem que se pode conseguir por meio de ações supererrogatórias? *Não existem regras óbvias para resolver essas questões*. Não podemos dizer, por exemplo, que os deveres antecedem lexicalmente as ações supererrogatórias, ou as obrigações. (RAWLS, 2000, p. 376). (grifo meu)

Por fim, quando explica que o seu dever natural foi pensado como uma alternativa superior ao princípio da utilidade, sem ir além, Rawls rapidamente sugere que o *fair play* seria um princípio complementar ao dever de justiça:

Presumo, portanto, que o dever natural de justiça seria escolhido em detrimento de um princípio da utilidade, e que, do ponto de vista da teoria da justiça, esse dever constitui a exigência fundamental em relação aos indivíduos. Os princípios da

obrigação, *embora compatíveis com ele, não são alternativas, tendo antes um papel complementar.* (RAWLS, 2000, p. 373-74) (grifo meu).

Essas passagens parecem indicar que o *fair play* não opera como um fundamento constitutivo próprio. Na primeira Rawls denota que obrigações estabelecidas através do *fair play* podem ser derivadas do dever natural de justiça, que reflete as ordens jurídicas razoavelmente justas em vigor. Na segunda, Rawls não está seguro quanto à qual requerimento moral deverá prevalecer em casos de conflito. Enquanto na terceira, é mais assertivo quando pondera que obrigações com maior força moral não são alternativas, mas complementos ao dever natural.

Para avaliar a repercussão de todas as evidências textuais que extraí acima, considere o juiz Jack novamente – agora diante de um caso subótimo que ele deve decidir:

As evidências de fato e de direito dão a Jack a crença justificada de que o infrator é moralmente inocente. Parece então que o dever natural de justiça foi derrotado para o desobediente justificado. A coisa certa a se fazer era de fato infringir o direito, pelo menos na perspectiva do desobediente. E quanto a Jack? Ele enfrenta um conflito moral. Já sabemos que o dever de justiça foi superado para o desobediente, e que Jack certamente não tem seu putativo dever de justiça em conflito nesse contexto, afinal ele não cometera a mesma infração pela qual o réu está sendo processado. Portanto, os requerimentos morais em conflito para Jack são: (a) os deveres naturais de não causar danos injustificados a terceiros, e de auxiliar aqueles que necessitam ou estão em perigo sem demasiado risco ao benfeitor (ou, sem surpresas, os postulados que integram o retributivismo fraco) de um lado; e (b) a putativa obrigação do *fair play* associada ao papel judicial do outro.

Considerando todas as evidências coletadas em “Uma Teoria de Justiça”, podemos concluir que Jack deve de fato punir o desobediente? Parece difícil sustentar essa conclusão. Penso que, quando consideramos todas as menções que Rawls tenha feito sobre o conflito entre deveres e obrigações, só podemos assinalar dois entendimentos.

O parcimonioso, onde admitimos que, apesar de ter abordado dois fundamentos distintos para a obediência política, Rawls jamais antecipou a possibilidade de um conflito genuíno entre a moralidade profissional e a moralidade ordinária. Nessa leitura, a justiça como equidade fornece uma base escassa para que uma tese constitutiva da moralidade judicial.

O assertivo, que é um pouco menos modesto, mas, a meu ver bastante plausível. Ele implica afirmar que Rawls certamente rejeitaria o conflito moral genuíno entre os deveres naturais e as obrigações do papel judicial. Sob essa leitura, o princípio do *fair play* ainda conta obviamente como uma justificação moral distinta do dever de justiça. Porém, ele *jamais será*

um explanans independente do dever de justiça. Portanto, diremos que, sob a justiça como equidade, a correção moral de ambos os princípios segue a mesma direção. Noutras palavras, a obrigação moral do *fair play* imposta aos juízes acompanha a correção moral estabelecida pelo dever natural de obedecer instituições justas, devido por *cada e a cada* sujeito de direito. Caso o dever de justiça seja derrotado, a obrigação moral dos juízes também o será. Nesse caso, o princípio não será um determinante moral próprio da obrigação de fidelidade entre os juízes e o direito – o dever natural será o verdadeiro determinante. Na melhor das hipóteses, o *fair play* atuará como *intensificador* de uma exigência moral que é vinculante embora não dependa diretamente do papel judicial. Então, pode ser que juízes tenham, através do papel que ocupam, uma razão moral mais forte que os cidadãos têm para obedecer ao direito diante de casos *subótimos*.

Se a segunda interpretação for a correta, fica muito difícil invocar qualquer argumento rawlsiano como uma tese constitutiva sobre as obrigações de papel, pois, ao contrário do que se poderia pensar, os princípios para os indivíduos respeitam a paridade moral e são plenamente compatíveis com a tese da correspondência.

3.4. Que tipo de obrigações o *fair play* efetivamente implica?

Por força das duas interpretações mais sóbrias do *fair play* vistas acima, creio que já há boas razões para rejeitarmos seu uso como justificativa para o problema da moralidade dos papéis.

No entanto, mesmo cientes que o *fair play* rawlsiano não mais favoreça seus argumentos, pode ser que ainda haja teóricos constitutivos que não estejam totalmente convencidos. Esses querem se apegar à hipótese de que o *fair play* é forte o suficiente a ponto de impedir que os juízes desviem do direito nos casos subótimos.

As objeções que apresento a seguir procuram dissuadir essa insistência de uma vez por todas. Também servem para delimitar o escopo do *fair play* enquanto princípio que dá força à *algumas* obrigações judiciais, nomeadamente, todas aquelas que não entram em conflito direto com a tese da correspondência moral.

Ao contrário da objeção anterior, em que rebati uma interpretação que envolvia ambos os princípios para os indivíduos, as próximas focam apenas no *fair play* e partem das conclusões de Applbaum sobre o problema das obrigações de papel. Vamos então a elas.

3.4.1. *O fair play não impede quaisquer desvios*

Appelbaum notou que os defensores de uma tese robusta sobre a moralidade dos papéis superdimensionam indevidamente o argumento do *fair play*. Appelbaum, como já sabemos, é contrário à ideia de que há uma divisão do trabalho moral entre papéis que constituam obrigações específicas para certas funções em determinados contextos. Sua resposta contra conjuração do *fair play* é a seguinte:

[A] praxe da divisão por papéis no serviço público não deveria ser considerado um esquema de cooperação, cujas regras os oficiais estão moralmente obrigados a obedecer sob o princípio do *fair play*? De fato, mas o *fair play* aqui requer apenas que um oficial público não tome proveito da cooperação de terceiros por meio de violações autointeressadas das regras do jogo – um procurador-geral que viola leis de imigração, contratando estrangeiros ilegais, por exemplo. O argumento do *fair play* falha em atingir um oficial conscientemente dissidente, em oposição a um *free-rider*. O oficial consciencioso não está sendo injustamente beneficiado por violar seu papel – o mais provável é ele sofrer por sua dissidência – nem ele causa dano ao esquema de cooperação social. Exatamente o oposto: ao apelar para o senso de justiça do público, e mantendo para escrutínio o fracasso da divisão formal do trabalho político e moral em atender adequadamente à justiça, ele fortalece instituições do governo justas e legítimas. (APPLBAUM, 2000, p. 73).

Assim, o *fair play* não serve para favorecer o perspectivismo jurídico. Nesse caso, o correto será admitir uma interpretação um pouco mais restrita do princípio. Ele é muito plausível quando limita o apelo a considerações que dificilmente representam boas razões. Como é o caso da maioria das razões privadas, pessoais, prudenciais, políticas ou até mesmo econômicas. Isto é, o princípio impede ou ao menos desencoraja a interferência de razões motivadas apenas por interesses particulares ou ideológicos. Porém, esse tipo de vantagem dificilmente está ao alcance dos juizes quando eles desviam do direito nos casos subótimos.

Para compreendermos melhor essa objeção, reconsidere o juiz Jack mais uma vez. (Prometo, essa será a última!)

Suponha agora que Jack é um juiz de primeira instância, e que ele desviou em alguns casos subótimos. Como decisões judiciais precisam ser motivadas, é bem provável que seus desvios serão notados.¹²³ Os litigantes derrotados certamente recorrerão das decisões noutra instância. Não tardará o momento em que os juizes dos tribunais superiores ficarão cientes dos desvios e da falta das razões legais que embasariam as sentenças de Jack. Por óbvio, sabemos

¹²³ Talvez Jack faça um “desvio furtivo” e justifique suas decisões com uma mentira branca sobre o que o direito exigiria, quando, na prática, a melhor interpretação disponível de fato recomendasse a punição do infrator. Vários filósofos políticos e do direito defendem esse subterfúgio, mas divergem quanto ao seu uso em casos subótimos, restringindo-o apenas para casos extremamente injustos ou em regimes jurídicos iliberais. Sobre o apelo a falsas racionalizações do direito na adjudicação ver Brand-Ballard (2010, p. 270-76), Brennan (2018, p. 181-205), Butler (2007), Dworkin (1978, p. 326-27) e Goldsworthy (2011).

que o direito é uma instituição social altamente hierarquizada; também que a pressão por conformidade às leis é muito forte,¹²⁴ sobretudo entre os juízes das instâncias inferiores diante das superiores – entre juízes do mesmo escalão, mesmo em instâncias superiores, a pressão por conformidade é menos intensa, mas ainda significativa.

Espero que todos concordem que os fatos que descrevi acima representam um arquétipo autêntico – para não dizer universalizável – da prática jurídica. Portanto, caso esses fatos se mantenham constantes como poderemos intuir com certeza que os desvios praticados beneficiarão Jack? Não podemos.

E, mesmo que haja situações onde um juiz consiga se beneficiar, é sempre uma questão em aberto saber se elas ameaçariam significativamente os valores sistêmicos do direito.

Além disso, não basta apenas que juízes se beneficiem dos desvios; as vantagens têm que ser *injustamente* obtidas para que o argumento do *fair play* tenha algum peso. Imagine agora o seguinte cenário: Jack desviou corretamente nos casos que julgou e, coincidentemente, todas as decisões satisfizeram as preferências morais e políticas mais progressistas que Jack compartilha. É admissível que o juiz se beneficie desse cenário. Ele pode, por exemplo, atrair os olhares de um presidente progressista no futuro, que o nomeará para a Suprema Corte. Mas essa seria uma vantagem *injusta* conquistada por Jack? Não parece ser o caso, afinal os desvios impediram que o direito punisse várias pessoas indevidamente.

Porém, mesmo que aceitemos que a conquista de benefícios pelos desvios seja possível, ela pode ser um tanto incerta, afinal a pressão por conformidade às razões do direito é bastante forte, especialmente em democracias liberais. Pelo contrário, é provável que os desvios tragam mais prejuízos que vantagens a Jack, já que seu ativismo o expõe a críticas ou à censura, seja pela opinião pública, em geral, ou pelo ideário profissional dos demais magistrados. Jack também se expõe a eventuais sanções disciplinares que podem ser movidas contra ele. É comum aos códigos de ética da magistratura administrarem penas de advertência, afastamento ou, até mesmo a remoção do cargo.¹²⁵ Se os desvios foram considerados violações das regras de adjudicação, os juízes desobedientes fatalmente terão sua reputação posta em xeque.

¹²⁴ Ela é decerto bem mais intensa quando comparada à pressão imposta entre os cidadãos em geral, pela crença nas obrigações de papel sempre implicarem em exigências morais especiais.

¹²⁵ As condições que motivam sanções como essas podem variar conforme o sistema jurídico considerado. Por exemplo, Brand-Ballard relata que sanções decorrentes de desvios no direito norte-americano são improváveis, mas não impossíveis. Embora tais punições não se concretizem, juízes que desviam costumam sofrer várias ameaças de sanção, pois muitos juristas veem esse tipo de ativismo como manifestação de inaptidão para o cargo (BRAND-BALLARD, 2010, p. 7; 61-65; 68-70). Surpreendentemente, o ordenamento jurídico brasileiro não parece regulamentar a questão. A Lei Orgânica da Magistratura (LC n. 35, 1979) e o Código de Ética da Magistratura (2008) não mencionam qualquer hipótese de punição do magistrado por uma decisão que contraria o direito por razões morais. A primeira limita as sanções apenas em casos de abuso de linguagem, no art. 41: *salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas*

Devo notar que juízes podem se beneficiar injustamente de desvios ao direito, mesmo que os benefícios não se revertam em vantagens ligadas ao papel judicial. Já expus essa hipótese no Capítulo 1 quando discuti os casos dos desvios espúrios. Juízes como Lubrico desviam do direito motivados somente por ganhos pessoais, financeiros ou políticos.¹²⁶ Nesses casos o princípio do *fair play* é perfeitamente aplicável e tem grande peso contra os desvios. No entanto, como já disse, casos de desvios espúrios não interessam à tese. Lembre-se, o problema central das obrigações de papel é analisar como pode ser possível um profissional justificar a prática de um ato que, não fosse pelo papel ocupado, seria imoral. Quando lidamos com os desvios espúrios o problema não surge, porque é muito difícil imaginar que um juiz logrará êxito justificando seus desvios sem ter razões de justiça que lhe deem suporte; nem mesmo a intuição geral de que juízes têm uma obrigação moral de fidelidade ao direito é posta à prova sob essas condições. Por fim, o princípio do retributivismo fraco nem sequer está em jogo. Esse último nos diz ser geralmente errado fazer com que outra pessoa sofra danos sérios e injustos, por consequência, o Estado não deve exercer seu poder de polícia. Mas nos desvios espúrios não está claro que um dano sério e injusto é perpetrado em nome do direito contra um dos litigantes. Longe disso, é mais certo que juízes mal-intencionados sejam, eles próprios, os responsáveis por ofender o retributivismo fraco.

3.4.2. *Você realmente quer esse benefício, MM. Juiz(a)?*

Outra objeção possível consiste em reconhecermos que juízes como Jack talvez não aceitem quaisquer benefícios porventura desfrutados pela adesão ao direito quando o resultado exige a punição de inocentes.

Imagino que juízes bem-intencionados prestam juramentos do tipo “*prometo bem desempenhar os deveres do meu cargo, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição da*

opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir. No segundo há dois deveres éticos direcionados à tomada de decisão, o art. 24 (“*O magistrado prudente é o que busca adotar comportamentos e decisões que sejam o resultado de juízo justificado racionalmente, após haver meditado e valorado os argumentos e contra-argumentos disponíveis, à luz do Direito aplicável.*”), e o art. 25 (“*Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.*”); porém eles são inconclusivos quanto ao problema dos casos subótimos. A ausência de regulamentação específica sugere que, a despeito de quaisquer ameaças de sanção, uma eventual punição nessas circunstâncias não só será injusta, como ilegítima.

¹²⁶ Por exemplo, Lubrico desviou e forçou uma falsa racionalização do direito para culpar e afastar da vida política candidatos influentes do poder executivo ou legislativo, sem ter evidências suficientes para puni-los. Em virtude desses desvios, Lubrico assumiu o risco de manchar sua reputação como juiz. Mas isso pouco o preocupava, afinal seu real interesse era abandonar a magistratura em troca de outra oportunidade profissional que convenientemente se tornou disponível.

República Federativa do Brasil e as leis do País”¹²⁷, com a expectativa legítima de que as normas jurídicas do seu ordenamento sejam instrumentos de justiça. Se essa condição está correta, então o *fair play* não pode interferir contra os desvios, pois nenhum juiz sensato deve se beneficiar quando o direito produz injustiças contra terceiros.¹²⁸

Uma estratégia para contornar essa objeção consiste em afirmar que, para rejeitar o *fair play*, eu assumi uma teoria sobre o bem baseada na satisfação de desejos e calcada num aspecto psicológico de aceitação – ou seja, para saber se uma pessoa é beneficiada ou não pela cooperação social temos que investigar suas reais motivações (TOSI, 2018, p. 4).¹²⁹ Entretanto, essa teoria de bem seria controversa, já que, sob uma teoria de “Lista Objetiva”, há certos bens que, presumivelmente, todos os agentes que cooperam gostariam de ter.¹³⁰ Nesse caso, os benefícios de se ter um sistema jurídico e exercer o papel judicial nele seriam bens que todo juiz gostaria de ter (BRAND-BALLARD, 2010, p. 162).

Em resposta, diria que a teoria da lista objetiva é tanto baseada numa presunção geral quanto à que fiz sob uma teoria baseada na satisfação de desejos. Assim, essa defesa não parece ser mais persuasiva que a minha.

Porém, mesmo que a teoria da lista objetiva seja correta, o teórico constitutivo do *fair play* tem um ônus argumentativo que eu não tenho: ele deve nos convencer, ao invés de meramente assumir, que o *fair play* é uma razão de peso que supera a moralidade ordinária quando os benefícios presumidos da adesão judicial ao direito são conquistados infringindo os direitos morais de terceiros.

Como acredito que esse ônus não será satisfeito, essa tentativa de resgate também falha.

3.4.3. O subterfúgio da redescrição (parte dois)

A crítica acima me leva a uma última objeção que os leitores já conhecem.

¹²⁷ Esse é o juramento que os Juizes do Tribunal Superior de Justiça fazem.

¹²⁸ Ou como Huemer (2012, p. 92-93) sugere, “se uma pessoa razoavelmente considera um projeto injusto ou imoral, dificilmente estará tomando proveito [*free riding*], tirando vantagem dos outros, ou tratando terceiros desigualmente [*unfairly*] ao se recusar suportar tal projeto. Portanto, indivíduos não agem sem equidade quando se recusam em cooperar com leis que eles consideram injustas”.

¹²⁹ Essa estipulação é bastante comum. Simmons, por exemplo, assume uma concepção de bem baseada em desejos quando sustenta que o *Fair Play* rawlsiano só conseguiria impor obrigações se os benefícios forem aceites entre os participantes da cooperação, ao invés de meramente *recebidos*. Assim, “benefícios que nós ativamente resistimos obter, e aqueles que nós recebemos sem conhecimento, ou de modos sob os quais não tivemos qualquer controle, não parecem ser benefícios que nós aceitamos. Para aceitarmos um benefício, penso eu, nós gostaríamos de dizer que um indivíduo deve 1) ter tentado conseguir (e ter conseguido obter) o benefício, ou 2) ter recebido o benefício ciente e de bom grado”. (SIMMONS, 1979, p. 129).

¹³⁰ Klosko (1987, p. 246), que já chegou a defender uma teoria abrangente do *fair play* para a obrigação política, defende a teoria da lista objetiva de bens.

No capítulo anterior, vimos como os defensores de teorias constitutivas têm a tendência de justificar a moralidade das obrigações de papel através do argumento da redescrição. Uma tentativa de insular o mérito e a avaliação moral de razões para a ação em contextos profissionais das nossas razões morais ordinárias. Uma das críticas foi que o subterfúgio da redescrição faz vistas grossas ao retributivismo frágil quando se apega à crença de que profissionais adquirem obrigações especiais que eles não teriam, não fossem por seus papéis. O mesmo defeito ocorre quando o *fair play* é invocado inadvertidamente. Quando esse princípio é considerado, os benefícios judiciais auferidos pela adesão (ou da falta dela) ao direito viram o centro das atenções enquanto os interesses e os direitos dos sujeitos de direito são, na melhor das hipóteses, relegados em segundo plano; na pior, esquecidos. Já expliquei que a redescrição de condutas foi incapaz de justificar argumento consequencialista da clara cisão. Por isso, *a fortiori*, também temos que rejeitá-lo no caso do *fair play*.

Podemos chamar essa última objeção de “problema do *insider-outsider*”. Ele funciona mais ou menos assim:

Sabemos que o *fair play* só pode obrigar os oficiais de uma prática jurisdicional, mas não consegue obrigar todos os cidadãos. Assim, qualifiquemos os juizes como os *insiders* que se beneficiam do esquema cooperativo. Já os cidadãos seriam os *outsiders*, pois eles não se beneficiariam voluntariamente da obediência ao direito ou através do procedimento da tomada de decisão.

Dito isso, Simmons levanta o problema do *insider-outsider* quando questiona algumas premissas do argumento do *fair play* de Hart, que, por ser uma teoria mais geral que o princípio rawlsiano, ela tem muitos pontos em comum com esse último, assim posso considerar essas mesmas questões no contexto das obrigações judiciais.

Ao examinar as propriedades mais salientes do *fair play*, nomeadamente, a participação em uma prática baseada em regras e a conquista de benefícios através da cooperação, Simmons (1979, p. 103) diz o seguinte:

Sob essas condições, quando uma pessoa (que presumidamente deve ser um participante, embora Hart não especifique esse ponto) se beneficia pelos outros terem obedecido às regras, ela tem uma ‘obrigação de *fair play*’ para também seguir às regras, e aqueles que seguiram as regras têm um direito à sua cooperação.

Uma grande lista de perguntas relativas a essa proposta imediatamente surge. [...] Como nós especificamos a classe de beneficiários a quem as obrigações são atribuídas? (Quem conta como um participante, e quem é um “outsider”?) Deve a “justa parte” dos benefícios ser recebida para obrigar o recipiente em fazer sua “justa parte” ao seguir as regras? A lista pode continuar (grifo meu).

No contexto das obrigações de papel podemos acrescentar outra pergunta à lista: *Os eventuais benefícios ofertados podem ser aceitos quando o arranjo cooperativo prejudica direitos e interesses de pessoas atingidas pela prática?* Se considerarmos os desobedientes justificados e demais sujeitos de direito como outsiders ou alvos da prática jurisdicional, creio que o teórico constitutivo do *fair play* seja forçado a responder “não” à última pergunta que propus. Ou pelo menos oferecer uma resposta mais convincente que a *redefinição de condutas*. Portanto, ou o teórico constitutivo deve abandonar o apelo ao *fair play* de uma vez por todas, ou ele precisa de argumentos melhores que os atualmente disponíveis.

Curiosamente, Hart reconheceu que o *fair play* tem suas condições de aplicação limitadas pelos direitos morais de cada cidadão. A passagem que apresento a seguir é então uma boa evidência teórica contra seu uso em resposta ao problema da moralidade dos papéis:

Quando um número de pessoas conduz qualquer empreendimento conjunto conforme regras e assim restringem suas liberdades, aqueles que se submeteram à essas restrições quando exigidos têm um direito a uma submissão similar daqueles que se beneficiaram por sua submissão. *As regras podem garantir que oficiais tenham autoridade para obrigar a obedecer [...], mas a obrigação moral de obedecer às regras nessas circunstâncias é devida aos membros cooperadores da sociedade, e eles têm o direito moral correlato de obedecer.* (HART, 1955, p. 185).

Então, caso um juiz tenha que decidir se pune ou absolve um infrator que desobedeceu ao direito por razões morais bastante convincentes, não há base para crer que o desobediente tenha se beneficiado injustamente. Daí o infrator não tem o direito moral de obedecer à coerção pelo direito, ou melhor, o Estado não pode reivindicar o direito de ser obedecido. Mas se não há tal direito, e por ele ser correlato à putativa obrigação de fidelidade judicial, fica impossível justificar a obrigação moral que os juízes teriam de punir esses infratores, pois benefícios seriam auferidos por oficiais em contraprestação pelo uso da força contra pessoas que não teriam um dever correlato de obedecer. Sob essas circunstâncias o perspectivismo jurídico justificaria um arranjo institucional desigual e injusto quanto às vantagens da cooperação, vez que os juízes se beneficiariam ao tomar decisões com viés formalista, ao passo que os sujeitos de direito seriam, ao contrário de beneficiários potenciais, prejudicados em virtude da adesão aos padrões jurídicos. Portanto, o perspectivismo jurídico é, novamente, falso.

Por fim, imagino que o defensor ferrenho do *fair play* responda: veja bem, eu discordo. Você não foi tão caridoso com o meu argumento! Eu admito que os benefícios para os juízes não podem ser os únicos a ser considerados. O que eu realmente defendo é que indivíduos devem suportar certas injustiças, e ceder à violação dos seus direitos morais nos casos

subótimos, porque eu acredito que, mantidas essas condições, *todas as pessoas* se beneficiarão equanimemente da cooperação e aceitação geral de todos às normas jurídicas em vigor.

Essa última cartada também é inócua. Ao comprometer-se com ela – e insistindo que a obrigação de fidelidade judicial ao direito ainda é necessária – o teórico constitutivo conquistará no máximo uma vitória pírrica, ainda não livre de problemas. Isso porque, no momento em que o defensor obstinado faz remissão aos benefícios da cooperação social voltados para todos os sujeitos, ele abandona momentaneamente a defesa robusta da moralidade do papel judicial que tanto o encantava. Tal manobra é fatal, pois o princípio do *fair play* deixa de atuar como um determinante moral relativo ao papel judicial. Em última instância, essa leitura do princípio se torna indistinguível do argumento mais abrangente do *fair play* que Rawls defendera antes de desenvolver a *justiça como equidade*.¹³¹ Por consequência, o conflito moral genuíno entre a moralidade ordinária e a moralidade judicial não tem vez, porque apelos abrangentes do *fair play* buscam arrogar-se à moralidade ordinária justificando a obrigação moral de todas as pessoas perante às leis em regimes jurídicos razoavelmente justos.¹³²

3.5. Um dever natural muito fraco ou redundante?

O que nos resta saber agora é se o dever natural de justiça é um fundamento convincente para a obediência geral dos indivíduos em casos subótimos, pois, caso Rawls esteja correto, todos os cidadãos deverão obediência às leis que são moderadamente injustas; e juízes terão uma forte obrigação fundada no *fair play* para puni-los.

Desde o princípio note que, assim como na última tentativa de resgatar o *fair play* vista logo acima, essa estratégia não resguarda o perspectivismo jurídico. O dilema entre a moralidade ordinária e profissional é solucionado em favor dos valores sistêmicos do direito, que terão força suficiente para superar o retributivismo fraco.

Nesse momento, estou lidando então com a leitura *assertiva* dos princípios de Rawls para a obrigação política. Isto significa que ambos apontam para a mesma direção de correção moral: ou cidadãos e juízes terão que obedecer ao direito, ou ambos o desobedecerão.

Minha preocupação agora é somente com o dever natural, pois ele será o único fundamento constitutivo de nossas obrigações para com o Estado. Aqui o *fair play* não explica

¹³¹ Como expus não muito tempo atrás, essa configuração do *fair play* foi considerada uma justificação bastante limitada para o problema da obrigação política, por Rawls e por vários outros filósofos políticos.

¹³² No melhor dos mundos, se correto, o *fair play* poderia apenas implicar numa obrigação moral mais forte para juízes quando comparada à obrigação dos demais sujeitos de direito, mas ele jamais daria azo ao perspectivismo jurídico.

como a obrigação política é possível, ele é apenas um *intensificador* desse tipo de obrigação, pois torna ela mais forte quando uma pessoa exerce um cargo no funcionalismo público.

Apesar de o dever natural não preservar o perspectivismo jurídico, sendo, portanto, inofensivo para o problema moralidade dos papéis, ele ainda é um obstáculo formidável para minha tese.¹³³ Afinal, meu objetivo é defender não apenas que juízes não têm obrigação moral de fidelidade ao direito, baseada no seu papel, mas que eles, assim como qualquer cidadão aparentemente não tem obrigação geral de obediência. Por isso, eu preciso enfraquecer o dever natural para que a minha conclusão se torne mais plausível.

Nas seções a seguir primeiro apresento duas objeções, a da redundância e da fraqueza do dever de justiça rawlsiano. Depois delas, antecipo algumas respostas possíveis que insistem em defender o dever de justiça em ocasiões de suboptimalidade moral, uma é baseada na defesa que Rawls fez da desobediência civil e a outra é inspirada na ideia da justiça procedimental imperfeita em democracias liberais não-ideais. Demonstrarei como essas duas tentativas não são satisfatórias. Ao fim, concluirei que mesmo que um dever natural de justiça não possa ser refutado, ele é demasiadamente fraco para justificar a punição judicial daqueles que desobedeceram ao direito.

3.5.1. *Objeção da redundância*

Começo recapitulando que Rawls, ao que tudo indica, estava inclinado em admitir que todos os cidadãos de democracias liberais têm um dever natural de obedecer às leis do Estado mesmo que certas injustiças ocorram. Então os casos subótimos não deveriam ser motivos de preocupação, pois somente eventos de notória injustiça não legitimariam o exercício da coerção estatal. Logo, os casos da viúva Yasmin, da esposa agredida Smith, assim como muitos outros implicarão punições em face do desrespeito às leis e às convenções sociais que as sustentam.

Para contestar tal obrigação judicial suportada pelo dever de justiça, basta que eu apresente um caso subótimo onde o desrespeito às normas jurídicas em vigor plausivelmente supere esse dever natural em uma sociedade bem-ordenada. Creio que já tenha apresentado um caso como esse no capítulo anterior. O exemplo sobre a proibição do uso e cultivo de *marijuana*

¹³³ Hurd não deixa dúvidas quanto ao objetivo almejado pelo dever natural, pois se “o direito fornece às pessoas razões para a obediência em todas as circunstâncias, exceto nas mais excepcionais, o dilema do perspectivismo jurídico certamente pode falhar ao inspirar sérias preocupações. Embora os cidadãos, em circunstâncias excepcionais, possam se achar moralmente justificados a violar o direito; e os juízes, em tais casos, possam se encontrar divididos entre as exigências da tese da correspondência e os valores sistêmicos que dão sentido ao seu papel como juízes, dificilmente alguém caracterizaria isso como uma causa de crise para a filosofia do direito (HURD, 1999, p. 95).”

em Egalitária satisfaz as necessidades da objeção. Recorde que as leis de drogas são as únicas que causavam entreveros em Egalitária. Todas as demais prodigiosamente nunca prejudicaram pessoas inocentes. Então Egalitária certamente pode ser qualificada como uma sociedade bem-ordenada em termos rawlsianos. É justo inclusive admitir que ela se sobressai nesses quesitos.

Daí indagamos:

Diante de numerosas evidências teóricas e empíricas favoráveis à legalização, é razoável punir todos aqueles que desrespeitaram as leis de drogas, *porque essa foi uma decisão tomada segundo os devidos procedimentos democráticos?* Parece bastante difícil admitir que sim, a não ser por um profundo preciosismo diante dos valores institucionais que Egalitária favorece.

Logo, se aceitamos que não é razoável punir os desobedientes justificados de Egalitária, teremos de concluir que as únicas leis que padeciam com a suboptimalidade moral não possuem autoridade legítima para ser impostas. Essa conclusão põe o dever natural de justiça em sérios apuros, pois o contraexemplo sugere que ele é um dever especial vácuo ou um dever natural redundante. Isso se dá não só pela excelência de Egalitária em respeitar os direitos morais da maioria da população, mas sobretudo pela nossa resistência contra a imposição das leis de drogas.

Se nenhuma pessoa inocente deve ser prejudicada pelo direito em Egalitária, é porque reconhecemos que nenhum padrão jurídico vigente pode entrar em conflito com nossos outros deveres naturais, gerais e universalizáveis. Então parece ser o caso de que a existência de um dever natural de justiça é bastante contestável. Afinal se a cada ocasião em que identificamos um conflito moral que envolva direitos em uma sociedade bem-ordenada, decidirmos desviar das regras jurídicas em favor dos infratores justificados, estaremos suportando somente deveres naturais gerais ao invés de um dever político especial. Por isso, ele seria um dever vácuo ou redundante

A objeção da redundância que apresentei acima se assemelha ao “problema da especificidade” (*particularity problem*) notado por Simmons, que também acredita que as teorias do dever natural não funcionam. Ele argumenta que se elas conseguem justificar algo, não será um dever natural constituído politicamente, pois não é possível que deveres naturais sejam especiais, mas somente deveres gerais que encontram às vezes respaldo em regras jurídicas.¹³⁴ Veja como Simmons (2005, p. 166) apresentou a objeção:

¹³⁴ É por força do problema da particularidade que a tentativa de constituir obrigações especiais diferenciadas para os juizes é bastante implausível. Se já é difícil entreter a possibilidade de deveres naturais especiais à categoria dos cidadãos de uma comunidade política, imaginar obrigações políticas específicas sob esse fundamento para juizes ou outros funcionários públicos é algo ainda mais espinhoso. Por isso, não investigarei essa hipótese a fundo. Ver Brand-Ballard (2010, p. 164-167) para objeções ao pretenso dever natural relativo ao papel dos juizes.

Um dever moral geral de promover a justiça – ou qualquer outro valor imparcial – não pode vincular especialmente uma pessoa em apoiar ou obedecer um Estado, ou sociedade específicos (como se fosse “o meu próprio”). E o dever moral de obedecer ao direito é precisamente tal vínculo moral especificado. Isso torna a derivação de um dever de obedecer ao direito doméstico desesperadamente problemática do princípio. Direitos naturais, lembre-se, obrigam aqueles que os têm não por qualquer coisa que essas pessoas fizeram, ou por causa das posições especiais que elas ocupam, mas devido ao caráter moral dos atos exigidos. [...] Isso significa que deveres morais naturais me obrigam perante pessoas ou instituições que não são próximas a mim (ou à minha instituição) tão fortemente quanto àquelas que estão. Assassinar russos é tão errado quanto assassinar americanos. Instituições políticas suecas merecem suporte tanto quanto, ou pela mesma razão, que as instituições justas do Reino Unido. Mas, porque isso é verdadeiro, é difícil conceber como um dever natural poderia obrigar cidadãos especialmente às suas próprias instituições domésticas ou leis específicas. É fácil notar porque Sócrates deve promover justiça. É muito mais difícil notar porque Sócrates deve especialmente apoiar Atenas ou considerar a si mesmo especialmente vinculado pelo direito ateniense se, ao fim e ao cabo, é a importância da *justiça* aquilo que explica o seu dever.

Portanto, caso algum rawlsiano se sinta incomodado em admitir que a imposição do direito no caso subótimo de Egalitária é necessária, é muito provável que ele não esteja mais endossando qualquer dever natural de obediência às leis da sua instituição política.

3.5.2. *Objeção da fraqueza*

Mas, talvez, um rawlsiano busque contornar essa objeção. Imagine que o dever de justiça pudesse ser controlado por um botão de volume. O rawlsiano pode tentar diminuir o volume ou o *limiar* de casos que ele considera bastante injustos. Isso o permitiria dizer que a maior parte, senão todos os casos subóticos que eu apresentei até o momento são injustos a ponto de ser superados pelo princípio do retributivismo fraco. Então sou eu quem estaria equivocado em questionar o *status* moral do dever de obedecer às instituições justas.

Apesar de admitir que essa réplica é viável, não creio que ela seja uma estratégia que o defensor do dever natural queira aceitar com facilidade, não sem desfavorecer seu comprometimento com os valores da democracia e do Estado de Direito. Essa dedução parte da afirmação explícita de Rawls à necessidade de obedecermos às leis e políticas injustas, ou ao menos não oferecermos resistência usando meios ilegais, desde que os padrões jurídicos não ultrapassem certos limites de injustiça. Sua anuência é então referendada pelo dever democrático de respeitar a regra da maioria, que Rawls considera princípio essencial em sociedades bem-ordenadas. Porém, essa solução não se isenta de outra objeção: se o limiar de justiça foi reduzido para isentar casos subóticos incômodos, o rawlsiano pode até afiançar a existência de um dever de obedecer às regras de instituições justas, mas esse dever será bem mais fraco do que o imaginado.

A seguir, discuto e rebato uma possível tentativa de resgate do dever natural com um meio de resistência às leis injustas defendido pelo próprio Rawls

3.5.3. *A desobediência civil é uma saída?*

E quanto à possibilidade de a desobediência civil ser exercida? Ela não é um mecanismo de resistência às leis injustas em sociedades democráticas? Pegue o exemplo da insurreição às leis de drogas em Egalitária, os dissidentes não praticaram a desobediência civil? Se esse é o caso, então a justiça como equidade dá boas-vindas aos casos subótimos. Logo, não seria necessário pôr em dúvida o dever natural!

Quanto a essa réplica, devo dizer que ela não está realmente disponível ao rawlsiano.

Primeiro, porque Rawls (2000, p. 319) restringe a desobediência civil para os casos que ele considera sérias violações de justiça.

Segundo, porque a desobediência civil não foi pensada com vistas para uma sociedade bem-ordenada, mas para sociedades quase justas, que ainda não respeitam inteiramente os princípios da justiça como equidade (RAWLS, 2000, p. 319).

E, terceiro, porque a desobediência civil é um *ato político de protesto* que busca uma mudança de atitude das instituições frente aos casos de injustiça. Assim, a desobediência civil não implica, necessariamente, na desobediência dos próprios padrões jurídicos que estão sendo contestados. Dessa forma, Rawls sugere que desobedientes justificados assumem o risco de se tornarem mártires caso uma eventual punição legal lhes seja imposta em caso de protesto (RAWLS, 2000, p. 320-21).

Por isso, recorrer à teoria da desobediência civil é uma má jogada. O que a inclusão da desobediência civil nos mostra é uma evidência de que Rawls não considerou casos subótimos como objetos de reparação moral, pois esses deveriam ser hipóteses para a transigência de todos os cidadãos. Além disso, mesmo que a desobediência civil fosse uma via para desrespeitar o direito em casos subótimos, ela seria um meio ineficiente e limitado para resolver injustiças. Ineficiente porque a teoria não isenta de pena os desobedientes que porventura violaram a regra protestada. Limitado por ser um ato político que se presume público de modo que ele deixaria casos de desobediência como de Yasmin e Smith à míngua, já que é difícil imaginar como ambas protestariam dadas as circunstâncias de fato em cada cenário.

3.5.4. *A força do dever natural em sociedades moderadamente justas*

Até o momento apresentei objeções que questionaram a força do dever natural em sociedades bem-ordenadas, ou seja, apenas nas sociedades que pautam suas ações em respeito aos dois princípios da justiça como equidade. Porém, a ideia de sociedades bem-ordenadas é uma idealização de Rawls, provavelmente não há no mundo real uma democracia liberal que siga à risca os princípios rawlsianos da liberdade e da igualdade.

Para exemplificar, Rawls explicitamente admitiu que seu próprio governo à época em que refletia sobre a justiça não era uma sociedade bem-ordenada. Sobre os Estados Unidos, disse: “Nossa sociedade não é bem-ordenada: a concepção pública de justiça e sua compreensão de liberdade e igualdade ainda estão em disputa” (RAWLS, 1999, p. 569).

Desse modo, como fica o problema da obediência política e nosso putativo dever natural de justiça em democracias liberais não-ideias?

A resposta é desencorajadora à causa do dever natural. Afinal, se já não tínhamos muitas razões para crer que o dever de justiça é particularmente forte a ponto de superar nossos outros deveres gerais em condições ideais, é plausível crer que tal dever será um tanto mais fraco em sociedades menos justas. Podemos, inclusive, especular se os Estados Unidos entre os anos de 2017 e 2020 nem sequer foi um bom exemplar de uma democracia liberal não-ideal, quando o país foi governado por um presidente com ideais de extrema-direita. No momento em que escrevo essa tese, o Brasil se encontra em situação semelhante. Nosso país já não é mais considerado uma democracia liberal pelo instituto sueco V-Dem., que contém o maior banco de dados sobre democracias no planeta.¹³⁵ Assim, temos motivos adicionais para pôr em dúvida o dever político de justiça.

Porém, mesmo diante das objeções apresentadas até aqui, imagino que ainda existam pessoas que não estejam plenamente convencidas. Elas ainda acreditam que o dever de obedecer ao direito tem força para impor a obediência à alguns casos subótimos salientes. Presumo que esses defensores mais resilientes estão até dispostos a aumentar seus limiares de injustiça, mas não querem abdicar da necessidade de haver padrões legais que jamais poderiam deixar de ser obedecidos por todos, muito menos pelos juízes, como é o caso das normas constitucionais fundamentais. Eles insistirão na ideia de que sociedades domésticas não-ideias se pautam em um sistema de resolução de conflitos que é justo embora procedimentalmente imperfeito.

¹³⁵ Noticiado por Chade (2020) em El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-05-05/brasil-perde-status-de-democracia-liberal-perante-o-mundo.html>. Acesso em: 10 nov. 2020.

Por isso, quero argumentar agora que nem mesmo essas normas devem ser necessariamente obedecidas, mesmo reconhecendo que elas incorram em casos subótimos mais brandos. Portanto, vou sugerir que, se houver esse dever, o limiar de obediência ao direito será ainda mais baixo. Para tanto, tenho que apresentar um exemplo concreto com as seguintes características: i) há grande resistência contra a desobediência e os desvios dos padrões jurídicos que o regulamentam; ii) a crença no dever político se mantém, a despeito do sistema jurídico não ser uma democracia liberal exemplar; e iii) que tenha sanções leves em caso de desobediência. Com isso em mente, reflita:

Se os cidadãos da democracia brasileira têm um *direito* ao voto, eles têm o *dever legal e moral* de votar?

Suponho que muitos (teóricos liberais inclusos) têm a firme convicção de que há esse dever moral.¹³⁶ Já quanto ao dever legal, as coisas são mais controversas, pois estamos lidando com o direito de o Estado exigir a participação de todos os cidadãos aptos para o voto. Também com o uso da coerção para desencorajar abstenções.¹³⁷

Acredito que o problema do voto obrigatório preenche todas essas características, de modo que ele é uma fonte formidável de casos subótimos. Ele também é um bom exemplo, pois coloca como nenhum outro a questão da adesão aos procedimentos democráticos na frente e ao centro da tomada de decisão. Afinal, o cidadão que deliberadamente se abster descumprirá regras que especificam o valor da democracia no direito brasileiro. O juiz que desvia e não pune as abstenções igualmente desconsidera as mesmas regras enquanto exerce o papel judicial. Em nosso ordenamento não votar constitui um desrespeito direto a uma norma constitucional, o art. 14, que considera o voto obrigatório um dever político dos cidadãos alfabetizados entre dezoito e setenta anos.

Vários argumentos podem ser invocados para sustentar esse dever legal. Por exemplo, o voto compulsório: é simplesmente um corolário do dever natural de justiça; é uma maneira para todos os cidadãos sinalizarem que a democracia é uma escolha consensual; assegura a legitimidade do governo; torna um governo mais democrático; aumenta a representatividade de todo e qualquer grupo ou classe social; demonstra justa gratidão pelas liberdades que a democracia nos proporciona; contribui para aumentar a autonomia individual; impede que

¹³⁶ Rawls (2000, § 36) dá vazão ao dever moral de votar quando fala sobre igualdade e participação política. Ver Beerbohm (2012) e Maskivier (2019) para argumentos favoráveis a esse dever moral. Apesar de visto como justificado acima de qualquer suspeita, o dever moral de voto em democracias é surpreendentemente difícil de ser defendido. Brennan (2011) e Freiman (2020) apresentam essa dificuldade e sugerem que seria até melhor que boa parte dos cidadãos deixasse de votar.

¹³⁷ Defesas liberais com inspirações rawlsianas são encontradas em Engelen (2007), Hill (2014), Lacroix (2007), Umbers (2020) e Wertheimer (1975).

cidadãos se beneficiem injustamente dos esforços daqueles que votaram, etc.¹³⁸ Não me preocuparei em saber se o dever de justiça rawlsiano basta para justificar esse direito político, ou se quaisquer das outras explicações são necessárias. Também não poderei apresentar contra-argumentos específicos para cada uma.¹³⁹

Porém, há uma objeção geral que é suficientemente plausível para defender o meu ponto:

Se houver outro procedimento eleitoral, ainda democrático, que consegue alcançar resultados virtualmente idênticos ao sufrágio universal, não poderemos aceitar que o Estado possa nos forçar a votar, muito menos nos punir em caso de abstenção.¹⁴⁰ Um desses modelos alternativos é chamado *lotocracia* ou voto por sorteio.¹⁴¹ Nele uma parcela demográfica significativa da população é selecionada randomicamente em cada região do país, estado ou município. Por exemplo, vamos supor que no Brasil, 10% da população é sorteada. Como estamos falando de um percentual expressivo de pessoas, elas representam uma imagem fidedigna da população ao nível socioeconômico, político-partidário e ideológico.¹⁴² Feito o sorteio, obviamente não basta exigir que os selecionados votem, eles precisam consentir que estão dispostos a exercer esse direito. Para tanto, o Estado pode pedir para os cidadãos assinarem um contrato, que pode envolver ou não alguma contraprestação para comparecerem ao pleito (*e. g.*, os contemplados podem receber uma quantia, digamos, de R\$ 500,00, ou mesmo receber algum desconto em serviços públicos ou cartorários).¹⁴³

Alguns podem pensar que a lotocracia não é de forma alguma um modelo de decisão democrático. Mas penso que essa impressão é bastante difícil de se sustentar. Sob uma compreensão bastante comum de democracia,¹⁴⁴ podemos dizer que ela é: uma maneira de se

¹³⁸ Note como parte dessas justificativas reproduzem argumentos tradicionais da obrigação política.

¹³⁹ Ver Brennan (2014) para essas objeções específicas.

¹⁴⁰ Brennan (2014, p. 5) argumenta que para justificar o voto compulsório não é suficiente acenar para as putativas boas consequências do modelo. É crucial mostrar que elas são do tipo *certo*. Também que o resultado esperado só poderá ser alcançado através da coerção estatal. Portanto, para o voto compulsório ser uma prática justa, não deve existir qualquer outro procedimento democrático e não coercivo disponível. Caso haja, não será mais razoável manter a compulsão eleitoral em detrimento de outras que não apelam para o uso da força.

¹⁴¹ Para argumentos mais detalhados sobre o voto democrático por sorteio, ver além de Brennan (2014), López-Guerra (2011). Há ainda outras formas possíveis de lotocracia como as analisadas por Amar (1984) e Guerrero (2014).

¹⁴² Apesar de parecer baixo, esse percentual excede em muito o número necessário para se atingir um nível de confiança estatística de 99%. Para ilustrar, Brennan (2014, p. 37) demonstra que num universo de cerca de 200 milhões de norte-americanos, 20.000 eleitores são suficientes para alcançar um índice com 99% de precisão, com uma margem de erro de apenas 0,69.

¹⁴³ Dessa forma, caso não compareçam ou justifiquem a ausência, o Estado terá uma razão mais convincente para exercer seu poder de coerção, vez que a abstenção provoca a quebra de uma relação de confiança.

¹⁴⁴ Decerto a caracterização apresentada não está livre de divergências. Talvez teóricos políticos que concebem a democracia sob o viés do proceduralismo puro considerem que a descrição acima é muito redutora. Em sua visão a democracia é muito mais um ideal que um mero sistema de governo. Ela é um *modus vivendi*. No entanto,

alocar poder e tomar decisões políticas, exercido de alguma forma pelo povo, onde todos os cidadãos compartilham igualmente o poder político, e que é geralmente exercido através de eleições regulares de representantes políticos.¹⁴⁵ Assim, a lotocracia é um modelo tão democrático quanto o sufrágio universal, pois em ambos a alocação do poder político é feita da participação dos cidadãos em condições de igualdade. A diferença mais marcante está na manifestação dessa igualdade. No sufrágio universal todos têm o direito e talvez o dever de participar. Na lotocracia todos têm o direito, mas não têm dever legal de participar, sendo tal direito expresso na oportunidade de todos participarem, caso sorteados (JAKOBI, 2019, p. 49).¹⁴⁶

Portanto, a maior vantagem da lotocracia está na ausência da coerção pelo Estado contra aqueles que não desejam ou não se sentem preparados para participar e votar com consciência. Mas ainda há outras vantagens importantes frente o voto compulsório:

Por envolver menos eleitores, ela custa muito menos para os cofres públicos enquanto produz os mesmos resultados. Assim milhões podem ser investidos com saúde, educação ou geração de emprego, etc.¹⁴⁷ Também custa menos tempo dos eleitores. Não falo somente tempo para comparecer ao dia do pleito, mas do tempo necessário que o eleitor deveria dedicar para conhecer não só as propostas de cada candidato, como também para adquirir conhecimento político de qualidade. Apenas dessa maneira ele terá a convicção de que seu voto será a melhor escolha possível.

Quanto a essa última vantagem, teóricos políticos vêm apresentando fatos alarmantes sobre obstáculos práticos e cognitivos que os eleitores em geral enfrentam para consumir conhecimento político de qualidade. Achen & Bartels (2017), Caplan (2008), e Somin (2016)

tal caracterização procedimentalista é mais controversa que a apresentada, afinal ela defende que a democracia é “muito mais que isso!”, mas não nega as características que expus.

¹⁴⁵ Thomas Christiano (2006) a define do seguinte modo no verbete “*Democracy*” da *Stanford Encyclopedia of Philosophy*: “o termo ‘democracia’, como o utilizarei neste artigo, se refere de uma forma muito geral a uma forma de tomada de decisões em grupo caracterizada por uma espécie de igualdade entre os participantes em uma etapa essencial da tomada de decisão coletiva.”

¹⁴⁶ Defesas de lotocracias acabam se vinculando à ideia de que a melhor compreensão da igualdade política é a igual *oportunidade ao voto* ou *equitativa distribuição de acesso à influência política relevante*, por ser instrumental ou mesmo procedimentalmente superior ao *sufrágio universal* (JAKOBI, 2019).

¹⁴⁷ Por exemplo, Brennan (2014, p. 38) estipula que à mínima população sorteada para alcançar a margem confiável dos 99% para as eleições presidenciais nos EUA, 20.000 eleitores, custaria em torno de 50 milhões de dólares (20 corresponderiam ao valor pago pela participação de cada eleitor, o restante com as despesas gerais do pleito). O valor é baixíssimo comparado aos custos do sistema eleitoral vigente que atinge a magnitude dos bilhões (*e. g.*, as eleições presidenciais em 2000 custaram 1 bilhão de dólares). No Brasil, os valores não destoam tanto. Segundo o Tribunal Superior Eleitoral, R\$ 1,28 bilhões foram destinados para custear as eleições municipais de 2020, desses, em torno de 650mi para cobrir as despesas do dia do pleito, 320mi para remuneração de pessoal, 10mi alocados para eventualidade de eleições suplementares e 310mi para a manutenção e aquisição de novas urnas. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/eleicoes-2020-custo-do-pleito-deve-girar-em-torno-de-r-647-milhoes>. Acesso em: 21 nov. 2020.

demonstram que parte substancial dos eleitores optam por permanecer desinteressados ou totalmente alheios à busca pelo conhecimento político. Grosso modo, eleitores não reconhecem que os ganhos em votar da melhor forma possível superam os custos de todas as horas dedicadas à política. Também mostram que, quando se dedicam, os eleitores não o fazem de forma arrazoada, neutra e crítica, pois tendem a só consumir informação que reforçam preferências ideológicas de grupos sócio-econômicos ou políticos com os quais já se identificam. Esses obstáculos não são nada bons para a crença no voto compulsório. Por ser virtualmente impossível – para não dizer questionável – também exigir que as pessoas se envolvam com a política pelas razões e motivações certas, o voto obrigatório força a participação de eleitores que votam mal. Conseqüentemente há o alto risco de que representantes ruins ou incompetentes sejam eleitos. Mas sob a lotocracia, é possível especular que a qualidade dos votos será superior quando comparados ao voto obrigatório, pois é provável que entre os eleitores sorteados, muitos consentiram em votar devido ao maior interesse que têm nas questões políticas.

Apresentei o argumento da *lotocracia*, pois ele é uma proposta interessante para revelar os problemas que o voto compulsório provoca sobre a qualidade, competência e eventual legitimidade moral da representação política eleita. Apesar disso, mesmo que alguém discorde da plausibilidade dessa proposta, há ainda outro modelo muito plausível, o sistema eleitoral voluntário, como o que vigora nos EUA, por exemplo. Ele também é suficiente para contornar o problema da coerção que o sistema compulsório enfrenta, embora ele não solucione o problema dos déficits informacionais e atitudinais sobre a aquisição de conhecimento político.

Como já temos boas razões para questionar a imposição do voto obrigatório, posso afirmar que as pessoas que deliberadamente se abstêm não merecem ser punidas.

Reconheço que o direito brasileiro prevê algumas exceções, ao garantir ao eleitor o direito de justificar sua ausência. Porém, a existência de exceções não é relevante, pois, se o voto compulsório é injusto, o próprio ato de justificar também representa um uso indevido da coerção. Dessa forma, o cidadão que deixa de justificar o voto, ou o justifica sem apresentar razões, ou provas que lhe concedam a escusa, age como um *desobediente justificado*. Logo, ele não merece ser punido e, por efeito da tese da correspondência, o juiz eleitoral não estará moralmente obrigado a aplicar-lhe a multa ou em suspender seus direitos políticos por escusas irregulares.¹⁴⁸

Se o leitor ainda não estiver convencido, considere as circunstâncias excepcionais da pandemia do novo coronavírus. Durante as eleições municipais, o voto obrigatório foi mantido

¹⁴⁸ Uma escusa sem provas, de consciência, ou até mesmo “não compareci, pois, preferi maratona *The Witcher* na *Netflix*” não deveriam merecer punição legal.

no Brasil. Nesse contexto, para além das causas típicas para a escusa, (e. g. estar fora do domicílio eleitoral), as autoridades recomendaram que os eleitores com comorbidades ou que apresentassem sintomas da COVID-19 ficassem em casa. Eles poderiam justificar mediante a apresentação de atestados médicos que comprovassem tais fatos. Poder público e imprensa jamais admitiram que o receio de contaminação fosse uma escusa, muito menos recomendaram a abstenção àqueles preocupados com a disseminação da doença. Porém, é bastante plausível crer que, mesmo com os protocolos sanitários adotados, existia um risco não trivial de contaminação por uma doença viral grave. Penso que essa é uma razão relativamente incontroversa para superar nosso putativo dever de votar. Nesse contexto, juízes eleitorais deveriam ter certamente desviado do direito e aceito ao menos quaisquer justificativas que mencionassem o medo de contrair a doença.¹⁴⁹

Portanto, concluo que mesmo que o dever natural de justiça seja possível em sociedades moderadamente justas ele será, *ceteris paribus*, muito fraco, pois quando ele entra em conflito com nossos direitos ou deveres gerais, é difícil crer que ele não tenha que ser superado.

3.6. O *fair play* e as permissões relativas ao papel

Em que pese as objeções que apresentei até o momento, aparentemente há uma interpretação alternativa do *fair play* capaz de justificar a moralidade relativa dos juízes e o problema do papel judicial. Applbaum investiga se o princípio constituiria *permissões morais* para que certos profissionais imponham prejuízos contra alvos em disputas adversariais. A estratégia faz um novo apelo às nossas intuições sobre o *fair play* no contexto dos jogos.

A ideia é que jogos só se mantêm enquanto práticas competitivas – cumprindo assim seu propósito – caso sejam constituídos por regras que dão aos jogadores a oportunidade para fazer lances ofensivos, que, *a priori*, não seriam permitidos fora desse contexto. Por exemplo, lutas de MMA só são o que são porque os lutadores têm a *permissão* para o uso da violência física contra os adversários. Já no pôquer os jogadores podem enganar o oponente através do blefe. Applbaum (2000, p. 114) vê analogias como essas sendo invocadas em contextos profissionais:

De modo similar, é amplamente aceito que as regras permissivas dos jogos profissionais, como advocacia, gestão empresarial e política eleitoral geram

¹⁴⁹ De fato, suspeito que muitos desviaram dessa forma, pois dado o número elevado de justificações, é bastante comum que o juiz eleitoral delegue para os servidores dos cartórios a tarefa de aceitar ou recusar as escusas. A fundamentação de sua decisão será pró-forma, “de acordo com os artigos x e y da Constituição e da Lei Federal nº. z defiro as justificativas dos eleitores supracitados”.

permissões para se envolver em táticas enganosas e coercivas que, não fossem pela permissibilidade do jogo, seriam moralmente repreensíveis (grifo meu).

Nesse caso, é possível defender que os juízes têm a *permissão moral* para o uso da força contra os litigantes devido ao seu papel, das regras da prática de resolução dos conflitos nos tribunais e do *fair play*, que instanciam as normas institucionais do sistema jurídico.

Applbaum salienta que todas as pessoas porventura envolvidas têm que ser consideradas efetivos participantes da prática. Dessa forma, a proposta consegue se desvencilhar do problema do *insider-outsider* já visto anteriormente.¹⁵⁰ Como os alvos de sanção são considerados jogadores no conflito, repreender movimentos que fogem às regras do jogo com movimentos permitidos no jogo seria a escolha mais natural a ser tomada.

Então há uma mudança de enfoque. A imagem predominante do profissional que segue as normas do seu papel é agora coadjuvante. O mais importante é considerar a prática enquanto interação entre o profissional e os destinatários dos seus atos:

A ideia é que os alvos da ação adversarial são eles próprios jogadores em uma disputa cujas regras permitem seu tratamento como alvos, e a permissão moral para atingi-los se segue de algo que eles fazem – eles participam da disputa (APPLBAUM, 2000, p. 109).

Essa nova interpretação torna o *fair play* imune de todas as objeções que lancei contra ele. Elas errarão o alvo porque critiquei os desígnios constitutivos do princípio sobre *obrigações morais* de papel. Mas agora lidamos com uma categoria de direito totalmente diferente.

A proposta parece capaz de explicar o dilema do perspectivismo jurídico, porque o *fair-play* não estará sendo invocado para justificar as controversas obrigações morais de todos os cidadãos da comunidade política, muito menos as problemáticas obrigações morais especiais dos juízes. A leitura apenas diz que o julgamento conforme o direito é uma empreitada mutuamente benéfica para todos os seus participantes, a ponto de justificar a permissão para o uso da força pelos juízes.¹⁵¹ As intuições que já temos sobre a permissibilidade de movimentos ofensivos nos jogos sugerem que essa leitura está no caminho certo (ou assim pensariam seus adeptos).

Outra aparente vantagem é que seria mais simples e modesto demonstrar que a punição conforme às regras do jogo é permitida, ao invés de justificar a obrigação judicial de punir. Noutras palavras, enquanto obrigações são juízos morais imperativos, permissões não o são.

¹⁵⁰ Essa estratégia é bastante atraente, já que é muito comum filósofos do direito enfatizarem sujeitos de direito como efetivos participantes da prática jurídica. Dworkin (1977; 1986) é o maior exemplo entre todos.

¹⁵¹ “[...] muitas das instituições sociais constituídas por disputas estratégicas governadas por regras estão mais inclinadas a ser empreendimentos cooperativos mutuamente vantajosos do que toda uma sociedade moderna.” (APPLBAUM, 2000, p. 122).

Dito isso, apresento a seguir o argumento formulado por Applbaum (2000, p. 123). Por ser geral decidi não o transcrever. Ao invés disso, optei por reformular suas premissas, deixando o problema do papel judicial em evidência. Eis o argumento:

O juiz é participante de uma prática análoga aos jogos, que lhe confere a permissão moral para interferir na liberdade ou frustrar os interesses dos litigantes (também participantes), mesmo ausente seus consentimentos. Cinco condições asseguram esse direito:

- (I) *Regras permissíveis*: a prática contém regras que autorizam o exercício da coerção;
- (II) *Necessidade*: a presença das regras permissíveis é necessária para a preservar a estabilidade e o sucesso da prática enquanto um empreendimento mutuamente vantajoso;
- (III) *Vantagens mútuas*: considerados todos os benefícios e os deméritos (como o próprio fardo de se tornar alvo de sanções), a prática é mutuamente benéfica quando comparada com o cenário onde a resolução jurisdicional de conflitos não está presente. Os participantes são todos aqueles afetados pela prática que voluntariamente procuram usufruir dos benefícios da prática.¹⁵²
- (IV) *Justiça*: o empreendimento é justo de três modos: a) sob uma concepção razoável de justiça, os litigantes ou alvos do poder jurisdicional devem receber uma justa contribuição dos benefícios e dos fardos do empreendimento;¹⁵³ (b) o empreendimento distribui os benefícios e os fardos, geralmente de forma justa, a todos os participantes; e c) o empreendimento não impõe quaisquer externalidades injustas sobre aqueles que não são participantes (*e. g.* terceiros não envolvidos no litígio, ou àqueles que não são membros da comunidade política);
- (V) *Benefício voluntário*: ao preferir solucionar conflitos judicialmente ao invés da ausência dessa prática e ao suportar os benefícios e fardos da cooperação, o alvo da coerção – embora não consensualmente – aquiesceu quanto aos benefícios que o direito lhe aufere. A procura voluntária pelos benefícios não pode ser forçada por meio da coerção, deve ser uma escolha informada, e a hipótese de não se beneficiar está presente e não é custosa.

¹⁵² Por exemplo, os litigantes se beneficiariam pela própria presença de um sistema institucionalizado para a resolução de conflitos que seria imparcial e acessível. Todos os membros da comunidade, litigantes em potencial, também se beneficiariam dos proventos socioeconômicos que o sistema jurídico viabilizou para todos. Os próprios juizes, ou até mesmo os advogados e os defensores públicos, também se beneficiam através da remuneração que recebem pelos serviços prestados enquanto ocupantes de papéis sociais relevantes no contexto do Direito e da Justiça.

¹⁵³ Applbaum (2000, p. 132) não assume que essa concepção razoável é a rawlsiana. Então sua formulação do *fair play* não requer os dois princípios da justiça como equidade. Qualquer teoria sobre a justiça, presumivelmente liberal-igualitária, e quem sabe menos focada no problema da obrigação política, pode ocupar esse espaço.

Embora criativa, não creio que essa versão do *fair play* seja bem-sucedida. Muito pelo contrário, tal estratégia erra completamente o alvo, ao menos por duas razões.

A primeira parte da seguinte questão: invocar o *fair play* como um princípio constitutivo de *permissões* morais é uma estratégia que os teóricos constitutivos queiram assumir?

Penso que não, por um motivo bastante simples: a principal preocupação que leva o teórico constitutivo ao argumento da moralidade dos juízes ser constituída a partir do seu papel é o fato de o judiciário representar um poder contramajoritário. Por temer que os juízes monopolizem o uso da força contra a legitimidade democrática, decisões com vieses ativistas precisam ser desencorajadas. É por isso que o juiz, assim como nenhum outro funcionário público, teria um forte dever de fidelidade ao direito. Porém, se o *fair play* só consegue constituir permissões morais, como será possível para os opositores do ativismo argumentar contra os desvios dos juízes?

As permissões são uma espécie de direitos que, por definição, são inexigíveis contra àquele que os detém. Elas se contrapõem aos deveres ou obrigações, esses direitos de reivindicar algo; tanto que Hohfeld categorizou permissões como um “*não-direito*”.¹⁵⁴ Exigir que um agente cumpra sua permissão é um erro categorial,¹⁵⁵ pois a pessoa que possui uma permissão tem um direito de não interferência oponível contra terceiros. Portanto, quando sugere que juízes *qua* juízes têm permissão moral para punir os desobedientes justificados, o teórico constitutivo estará admitindo que os juízes têm a discricionariiedade para decidir se, consideradas todas as coisas, o direito merece ser obedecido ou não. Mas essa é justamente a consequência que ele mais deseja evitar! Sugerir que o *fair-play* constitui permissões especiais para os juízes não impede que os desvios nos casos subótimos ocorram.

Para o opositor do ativismo, defender permissões morais é ainda pior, pois elas dariam aos juízes um direito não oponível de decidir se desviam ou não em qualquer caso subótimo. Também uma oportunidade para os mesmos serem menos coerentes em seus vereditos. Pouco importaria se houvesse casos semelhantes, ou se decidissem obedecer ou desobedecer por sorteio, afinal não haveria meios para obrigá-los a respeitar o Estado de Direito e o *stare decisis*.

Para além da falta da motivação certa para o argumento, ele apreende o que está em causa de forma errada. Quando considera os litigantes não apenas como alvos, mas legítimos jogadores, a proposta também representa os juízes mais ou menos como jogadores dentro da disputa judicial. Eles precisam ser assim considerados para que seus movimentos ofensivos, as

¹⁵⁴ Ver Hohfeld (1923, p. 35-50). Também em Edmundson (2006, p. 175-82), e Hurd (1999, p. 31).

¹⁵⁵ Fosse exigível estaríamos diante de um dever ou uma obrigação, jamais uma permissão.

sanções, sejam permissíveis contra os alvos dos seus vereditos. Mas isso é muito estranho. A analogia dos jogos é insatisfatória quando consideramos a posição que os juízes e os litigantes ocupam no conflito. No caso das disputas de MMA e do pôquer, os jogadores têm a permissão para impor ofensas contra seus oponentes. Isto é, ambos são participantes em pé de igualdade. No entanto, os juízes e os litigantes estão de modo algum em posição de igualdade. Somente os juízes têm a permissão para o uso da força no contexto da adjudicação. Então, a analogia com os jogos sequer é apropriada, pois, confunde o *status* de “participante” com o de “jogador”, embora o primeiro acomode muito mais agentes que o segundo.¹⁵⁶

Mesmo assumindo que esses dois problemas sejam eventualmente contornados, o *fair play* moderado ainda tem premissas disputáveis. Por exemplo, os passos (II), (III) e (V) são controversos.

As condições estipuladas em (II) e (III) são um tanto rígidas: primeiro, a necessidade das regras permissíveis para a bem-aventurança da adjudicação; e, segundo, o cenário contrafactual onde a prática em voga está ausente. Alguns pontos precisam ser esclarecidos: A presença dessas regras é indispensável para que a tomada de decisão judicial cumpra seus propósitos? Mesmo que necessárias, desrespeitá-las em casos de suboptimalidade são ameaças tangíveis ao sucesso da empreitada? E quanto às alternativas apresentadas aos participantes, não há cenários intermediários para além da prática atual e sua ausência?¹⁵⁷ Como essas questões não são esclarecidas, (II) e (III) não são muito convincentes.

Nas premissas (III) e (V) também há problemas, que são um tanto semelhantes.

A condição da vantagem mútua assume que os participantes alvos da coerção voluntariamente buscam por benefícios que a prática proporciona. Mas essa forma de aceitação nem sempre assinala complacência do participante. Talvez ele tenha usufruído dos benefícios por indiferença, ignorância, ou dificuldade para evitar o benefício (APPLBAUM, 2000, p. 131).

Dificuldade para evitar as consequências determinadas pelas regras do jogo é o que enfraquece (V), que diz que as permissões para o uso da força são justificadas quando o alvo pode escolher não se beneficiar da prática, desde que essa não lhe seja custosa. Considere os casos subótimos sobre a ilegalidade do consumo e do cultivo de *marijuana* e do dever de votar. Desobedientes justificados que violaram o direito porque precisavam dos princípios medicinais

¹⁵⁶ No contexto de um conflito na justiça o juiz, as partes, seus advogados, testemunhas, peritos, etc. são todos participantes. O juiz obviamente é o “arbitro”, talvez os peritos também ocupem essa função. Os “jogadores” seriam os litigantes, e, talvez, os terceiros envolvidos no processo. Quanto aos advogados, eles poderiam também figurar como jogadores na disputa, ou mesmo como “treinadores” dos seus clientes.

¹⁵⁷ “Uma regra adversarial pode gerar benefícios e adicionar valor para uma empreitada já mutuamente vantajosa sem que a regra seja necessária para a existência continuada da empreitada enquanto um esquema mutuamente vantajoso” (APPLBAUM, 2000, p. 126).

da droga, e que decidiram não se beneficiar da resolução de conflitos na justiça teriam que renunciar seu direito de defesa. O mesmo ocorreria com o objetor do voto obrigatório quanto ao direito de justificar sua abstenção. Esses e outros casos subótimos sugerem que as escolhas dos desobedientes justificados dificilmente foram voluntárias e não custosas.

O problema de empregar o *fair play* para constituir permissões de papéis jurídicos é que ele não é suficiente para responsabilizar as pessoas que recebem benefícios oferecidos pelo Estado de Direito, mas não respeitaram as regras do jogo. Do mesmo modo que você não está obrigado a pagar por *best-sellers* que foram jogados no seu alpendre sem sua anuência, o entregador não tem qualquer permissão para amassar seu canteiro de margaridas, mesmo que os livros sejam mais valiosos para você do que as flores (APPLBAUM, 2000, p. 130). Por isso, benefícios não solicitados são incapazes de produzir permissões oponíveis àqueles que as reivindicam. A presunção de direitos é sempre favorável aos alvos de sanções que podem – e talvez devem – se opor contra a coerção jurídica, sobretudo quando têm boas razões para fazê-lo.¹⁵⁸

Em resumo, o *fair play* reconfigurado se mostrou ainda mais implausível que a formulação original do argumento. Ele simplesmente não funciona quando o papel em questão é o judicial. Talvez ele sirva para demonstrar permissões morais de outros papéis profissionais, cujo conflito seja entre participantes autorizados a fazer os mesmos movimentos. Ainda assim, ele não soa muito promissor.

3.7. Síntese dos argumentos

Nesse capítulo, evidenciei que o teórico constitutivo tinha à disposição outro argumento rawlsiano para justificar como o papel judicial constituiria obrigações morais. Em *Uma Teoria da Justiça*, Rawls de fato discutiu dois *explanans* distintos para resolver o problema da obrigação política em favor da obediência ao direito. O dever natural lidaria com a obediência dos cidadãos; enquanto o *fair play* cuidaria das obrigações institucionais assumidas pelos funcionários públicos. Mas não há evidências sólidas o suficiente para se afirmar que o *fair-play* seja uma defesa robusta para a *role morality* judicial. A melhor interpretação disponível não dá vazão ao dilema do perspectivismo jurídico, pois o princípio é incapaz de alterar a direção da putativa obrigação moral do juiz quando sua adesão às normas jurídicas entra em

¹⁵⁸ “Quando se trata de permissões adversariais, dado o erro presumível que é restringir liberdades e frustrar interesses, deve haver uma presunção (refutável) contra assumir a participação voluntária de outrem” (APPLBAUM, 2000, p. 131).

conflito com os direitos morais das pessoas. Portanto, se o *fair-play* fizer uma diferença moral na obrigação política dos juízes será *intensificando* essa obrigação, ao invés de constituí-la.

Na segunda parte do capítulo, apresentei objeções que minaram a força do dever natural de justiça, o único fundamento apto para constituir as obrigações políticas. Defendi duas possibilidades, ambas contrárias à obediência do direito em casos moralmente subótimos: ou o dever de justiça é redundante, pois ele é redutível aos nossos deveres morais gerais e, portanto, não conflitaria com o princípio do retributivismo fraco; ou o dever de justiça de fato é possível e o conflito com outros deveres naturais também é possível, mas ele é demasiadamente fraco para superá-los quando se opõem. Assim, por quaisquer resultados, o dever de justiça também é insuficiente para justificar a adesão de cidadãos e juízes às normas jurídicas em casos moderadamente injustos.

Por fim, discuti uma última estratégia para que o *fair play* atuasse constituindo normas morais relativas à papéis. Sob uma leitura menos exigente, o *fair-play* justificaria a permissão para os juízes empregarem o uso da força legal contra os desobedientes justificados. Rejeitei essa leitura demonstrando como ela erra o alvo a uma distância maior que a compreensão rawlsiana do princípio.

4. OBRIGAÇÕES ASSOCIATIVAS SÃO OBRIGAÇÕES MORAIS DE PAPEL?

Dworkin desenvolveu um interessante argumento fundado em relações associativas compartilhadas entre membros de uma comunidade política. De acordo com ele, esses vínculos associativos conseguem impor obrigações morais entre as pessoas e o direito. Ademais, Dworkin (1986, p. 195-96) afirma que as obrigações que ele caracteriza como associativas *são* obrigações de papel. Além dele, outros filósofos políticos o seguem e tipicamente atribuem uma relação de identidade, indistinção ou implicatura entre obrigações de cunho associativo e de papel.¹⁵⁹

Como demonstrei no Capítulo 1, Dworkin deu à sua teoria de decisão uma proeminência à integridade como uma virtude ou exigência institucional fundamental para os juízes. Também vimos como respeitar a integridade pode ser uma exigência forte o suficiente para colocar o tomador de decisão em um dilema moral: ou ele se mantém fiel às regras e princípios do direito ou ele desvia das normas a depender do grau de injustiça imposto pelas instituições jurídicas. Então, caso a integridade atue como um constrangimento moral forte contra a desobediência judicial, é possível que o dilema do perspectivismo jurídico e a existência de obrigações morais relativas ao papel sejam explicados através do argumento associativo.

Essa aparente predominância que os juízes sobre a integridade exercem na adjudicação são ainda mais evidentes pelo fato de Dworkin ter elaborado uma teoria do direito focada nas decisões judiciais. Uma evidência bastante clara desse enfoque é encontrada no epílogo da sua obra mais famosa:

O direito é um conceito interpretativo. *Os juízes devem decidir o que é o direito interpretando a prática dos outros juízes decidindo o que é direito. Teorias gerais do direito são, para nós, interpretações gerais da nossa própria prática judicial.* Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação na ideia de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos independentes de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, eles devem agir coerentemente uns com os outros. *Ressaltei a terceira concepção, do direito como integridade, que une a teoria do direito com a adjudicação.* Ela faz com que o direito não dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.

Essas interpretações mais concretas são indubitavelmente jurídicas porque são dominadas pelo princípio adjudicativo da integridade inclusiva. A tomada de decisão judicial difere da legislação, não de algum modo singular, unívoco, mas como a complexa consequência da dominância desse princípio. *Avaliamos seu impacto reconhecendo a força superior da integridade na tomada de decisão judicial, embora não inevitavelmente nos vereditos dos tribunais, ao observar como a legislação encoraja juízos sobre a política que a adjudicação não possui, e como a integridade*

¹⁵⁹ Simmonds (2000, 71, p. 71), Renzo (2012, p. 108) e Manson (2014, p. 3) são exemplos.

inclusiva impõe restrições judiciais de papel distintas (grifos meus) (DWORKIN, 1986, p. 410).

Meu objetivo será então investigar se uma teoria de vínculo associativo é adequada não só para justificar as obrigações morais especiais dos juízes *qua* juízes, como também as obrigações morais dos cidadãos em geral. Assim farei, pois, Dworkin concebe essa teoria como um fundamento que interliga a obediência moral do direito à integridade.¹⁶⁰

O percurso argumentativo que tomo neste capítulo não será muito diferente daquele que segui no anterior, quando avaliei a força moral dos argumentos do *fair play* e do dever moral enquanto determinantes de obrigações políticas para juízes e cidadãos. Naquele momento, discuti se o *fair play* enquanto fundamento para a obrigação política dos juízes seria forte o suficiente para manter a obediência desses oficiais diante da desobediência justificada dos cidadãos nos casos *subótimos*. Agora farei o mesmo com as obrigações associativas. A diferença é que ao contrário de Rawls, que especificou dois fundamentos para a emergência de obrigações políticas, Dworkin trabalha apenas com vínculos associativos. Embora tenha dito, como visto logo acima, que juízes desempenham um papel com exigências mais restritas.

Assim, investigo se a obediência ao direito como integridade é mais forte para os juízes a ponto de impor uma obrigação moral para punir infratores justificados. Provarei como é equivocado crer que juízes preservariam tal obediência moral diante dos casos *subótimos*. Logo, se cidadãos não têm obrigações políticas associativas, juízes também não a terão, de modo que a paridade moral de direitos e obrigações entre agentes é preservada.

Dessa vez, inverterei o sentido do trajeto em busca de melhor clareza na exposição. Primeiro, deixo de lado o problema das obrigações morais dos juízes, e apresento e critico o argumento das obrigações associativas como fundamento para a obediência política de todos os cidadãos. Essa etapa é importante para demonstrar como, dificilmente, qualquer cidadão deveria ter obedecido ao direito em casos *subótimos*, por força de seus vínculos associativos para com a comunidade política. Só depois desmistifico a possibilidade de manter o argumento da obrigação associativa em função de o cargo judicial implicar em exigências de papel diferenciadas.

Divido o capítulo em três partes:

Na primeira parte, explico a teoria de obrigação política associativa de Dworkin.

¹⁶⁰ “No que diz respeito à obrigação política, a afirmação central de Dworkin é que ela surge quando um sistema jurídico exhibe o distinto ideal político da integridade” (PERRY, 2006, p. 188).

Na segunda, apresento algumas objeções quanto à incapacidade vínculos associativos justificarem a imposição de obrigações morais a todos os cidadãos de uma comunidade política, sem aludir a diferenças entre o papel social de cada agente dentro dessa comunidade.

Na terceira, discuto uma distinção feita por Brewer-Davis (2019) entre *razões associativas* e *razões de papel ou função*. Veremos, através dela, como esses fundamentos morais são de tipo distinto, pois os eventos que instanciam relações associativas seriam distintos daqueles constituídos pelo fato de o agente ocupar determinado papel. Se plausível, essa distinção, acompanhada por alguns resultados que cheguei na segunda parte, revelará consequências um tanto inesperadas quanto aos deveres dos juízes:

- (A) Que obrigações associativas têm íntima correlação com a ideia de parcialidade moral, de modo que, talvez, a experiência de qualquer vínculo associativo dependa dessa ideia para ser inteligível;
- (B) Em decorrência de (A), e em virtude de algumas de nossas convicções sobre o papel judicial ser, necessariamente, especificado em torno da imparcialidade e da obrigação moral de reparar violações injustificadas de direitos, seria equivocado defender que juízes *qua* juízes tivessem obrigações morais a partir de vínculos associativos;

Também aproveito a ocasião para sugerir que, sob uma leitura mais coerente do direito como integridade, Dworkin evitaria o dilema judicial que venho discutindo; muito embora ainda pense que seu argumento geral sobre obrigação política precise ser abandonado.

4.1. Dworkin e a obrigação política associativa

O argumento associativo foi elaborado por Dworkin com a intenção de ser uma proposta mais plausível para a obrigação política em comparação às alternativas voluntaristas, especialmente a teoria do consentimento ou do *fair play*. Essas fundamentaram a obediência moral ao direito sob a concordância dos indivíduos às normas do direito ou por sua anuência em prol de arranjos cooperativos *prima facie* benéficos. Grosso modo, teorias voluntaristas são problemáticas porque é muito difícil sustentar que cada membro da comunidade política efetiva ou tacitamente assentiu obedecer ao direito, ou mesmo adquiriu um dever de contraprestação por uma série de proveitos sob os quais nunca demonstrou vontade em cooperar.¹⁶¹

Desse modo, a teoria associativa é qualificada como uma resposta não voluntarista, porque o argumento evoca a filiação à comunidade política como fundamento, fazendo com

¹⁶¹ Para uma análise mais detalhada das objeções ao voluntarismo, ver Dagger e Lefkowitz (2014) e Dworkin (1986, p. 190–95).

que o relacionamento do sujeito perante os outros membros seja a fonte das obrigações. Isso permite explicar como membros de dado grupo podem adquirir obrigações entre si, muito embora jamais tenham voluntariamente escolhido ser membros ou se ver obrigados sob o sistema jurídico em vigor (VOSSEN, 2011, p. 479). É o que se nota no seguinte comentário de Dworkin (1999, p. 237):

A maioria das pessoas pensam que tem obrigações associativas apenas por pertencer a grupos definidos pela prática social, o que não é necessariamente uma questão escolha ou consentimento, mas também que pode perder essas obrigações se um dos membros do grupo não lhe estender os benefícios decorrentes de pertencer ao grupo. Esses pressupostos comuns sobre as responsabilidades associativas sugerem que a obrigação política poderia ser incluída entre eles... (grifo meu)

Assim considerações a respeito do que significa ser um membro da comunidade política, como um sentimento de identidade ou relacionamento compartilhado entre os agentes, são as prováveis causas responsáveis por explicar a obrigação política. Dworkin escolhe o caso paradigmático da amizade como exemplo e argumenta que, mesmo considerada consensual, amizades não se fixam por um comprometimento contratual deliberado, mas através de uma série de eventos e escolhas, muitas vezes incogitados, que vão constituindo a relação e a percepção de que um agente deve satisfação moral especial para o amigo. Sugere, portanto, que é a *história compartilhada* entre amigos o fato capaz de constituir obrigações.¹⁶²

É por essa razão que deveres associativos são considerados um tipo de obrigação especial, pois eles surgem e são explicados em função da ideia de preocupação especial compartilhada entre os membros dessa associação. Diz-se que deveres associativos se distinguem de deveres gerais que são devidos a todas as pessoas enquanto pessoas, pois deveres gerais são incapazes de explicar porque daríamos maior peso aos interesses de agentes com os quais compartilhamos um vínculo mais particularizado (KIME, 2011, p. 50).¹⁶³ Portanto, obrigações especiais têm um alcance limitado já que elas são devidas apenas a uma classe específica de agentes, *i. e.*, àqueles com os quais mantemos certos tipos de relacionamento (MOKROSINSKA, 2012, p. 68).

Além disso, o argumento de que agentes suportam obrigações morais a partir de práticas sociais envolve um tipo de explicação que exige certo esforço para ser compreendido, a sua

¹⁶² Segundo o próprio Dworkin (2007, p. 239), “é uma história de eventos e atos que *atraem* obrigações, e raramente nos damos conta de estar assumindo um *status* especial à medida que a história se desenrola. As pessoas ficam constrangidas quanto às obrigações da amizade, nos casos normais, apenas quando alguma situação exige que honrem tais obrigações”.

¹⁶³ Um exemplo de dever geral é não causar males injustificados a terceiros, e um exemplo de dever especial pode ser a obrigação de ajudar um familiar endividado com seus excedentes financeiros ao invés de doar o mesmo valor para a Oxfam.

reducibilidade. A dificuldade ocorre por o termo ser empregado para representar pelo menos duas ideias na filosofia política.

A *reducibilidade* pode envolver a *fonte de justificação* dos deveres especiais. Ou deveres especiais são meras redefinições de obrigações derivadas de princípios mais gerais no contexto de certos relacionamentos, ou deveres especiais são constituídos e validados apenas invocando o próprio valor do relacionamento como justificação. Nesse último caso, o vínculo associativo é, ele próprio, suficiente para prover razões para a ação aos sujeitos.

O *reducionista* não se contenta em invocar a filiação como um fato moral básico para justificar a emergência de obrigações especiais, estas se constituem a partir de princípios mais gerais, externos ao próprio relacionamento (LEFKOWITZ, 2006, p. 574). O máximo que a filiação a um grupo nos revela é o tipo de vínculo e o conteúdo das obrigações especiais, mas não a justificação moral dessas (MOKROSINSKA, 2012, p. 68). O *reducionismo* pode então justificar deveres especiais porque pessoas formam relacionamentos em razão do consentimento tácito, promessas, ou pela perspectiva de receber benefícios oriundos do relacionamento, ou porque manter certos relacionamentos é valioso de um ponto de vista universalizável (MOKROSINSKA, 2012, p. 68). Por exemplo, pode ser útil que pessoas contraiam obrigações especiais porque esse fato contribui para ao bem-estar geral agregado de todos os sujeitos.

Já explicações não *reducitivas* dizem que certos tipos de associações têm valor por si mesmas e, por causa disso, sujeitos não deveriam abandonar os comprometimentos resultantes delas. Seglow (2013, p. 1) pensa que essa abordagem guarda uma fidelidade fenomenológica superior quanto às nossas experiências de vida em torno das obrigações especiais que contraímos. Afinal de contas, por oposição, o *reducionismo* exige que nós adotemos um ponto de vista externo aos nossos relacionamentos para justificar que deveres eles envolvem. Desse modo acredita que “a melhor explicação dos deveres envolvidos em nossos relacionamentos salientes deve ser coerente com a maneira como encaramos esses relacionamentos de dentro, como participantes deles” (SEGLOW, 2013, p. 2).

Lefkowitz (2006, p. 574) identifica pelo menos duas estratégias não *reducitivas* de explicação: a ocupação de um papel social ou a assunção de certos relacionamentos com outros agentes é essencial para a formação da identidade do sujeito; ou o apelo ao valor não-instrumental de se participar de certos relacionamentos.

A *reducibilidade* pode também identificar *onde se localizam* os fundamentos das obrigações especiais. Se na própria relação que representa a associação ou somente nas interações particulares entre os participantes da associação. O *reducionista* defenderá que

obrigações especiais só se justificam e são moralmente relevantes para os associados que desfrutam do relacionamento com outras pessoas, ou seja, elas se reduzem às interações pessoais entre os agentes. Já o não reducionista pensa que obrigações especiais são devidas entre todos os que possam ser considerados membros da associação, portanto elas valem mesmo entre aqueles que não se envolvem com os demais (JESKE, 2001, p. 23).

Tendo visto as características básicas para teorias associativas e as estratégias disponíveis para justificar obrigações especiais, vejamos como Dworkin desenvolve sua própria concepção:

Após argumentar que a convicção das pessoas aponta para a aquisição de obrigações de modo involuntário, ele indica que o tipo de obrigações que tem em mente são *obrigações de papel* que ele prefere tratar genericamente por obrigações associativas ou comunais. Essas seriam “responsabilidades especiais que a prática social atribui ao fato de se pertencer a algum grupo biológico ou social, como as responsabilidades de família, amigos ou vizinhos” (DWORKIN, 2007, p. 237). Afirma ainda que filósofos têm ignorado esse tipo de argumento para a obrigação política, talvez por duas razões: o fato de vínculos associativos só serem cognoscíveis entre sujeitos que mantenham relações mais pessoais junto a seus pares, algo que seria falso em comunidades políticas extensas; e a ideia de que vínculos associativos em comunidades políticas seriam fontes de injustiça, por penderem para o nacionalismo ou preconceitos étnicos, vez que os vínculos associativos formados seriam tribalísticos, isto é, baseados por crenças ideológicas e modos de vida compartilhados por grupos determinados de pessoas (DWORKIN, 2007, p. 237-238). A partir dessas preocupações, Dworkin passa a propor uma explicação teórica que torne as obrigações políticas associativas imunes a esses problemas.

O argumento associativo de Dworkin é condicional e dependente de quatro *attitudes* que os membros de comunidades políticas precisam manifestar. Antes de apresentar as quatro condições, é útil mencionar que Dworkin faz uma distinção entre uma comunidade “básica” (*bare community*) e uma comunidade “verdadeira” (*true community*). A primeira é uma comunidade capaz de constituir vínculos associativos, pois preenche requisitos um tanto triviais para gerar obrigações políticas – como condições genéticas, geográficas e históricas – mas não efetivamente as têm. Já a segunda é a comunidade que atende às quatro condições e torna-se genuína fonte de obrigações morais para seus governados. Portanto, caso uma comunidade política não preencha essas quatro condições, não se pode garantir que os cidadãos tenham obrigação moral de obedecer ao direito.

As condições são:

- (1) Os membros devem considerar suas obrigações como especiais, o que representa a já mencionada característica distintiva entre obrigações associativas e obrigações gerais;
- (2) Tais obrigações têm que ser vistas como pessoais e dirigidas a cada membro do grupo;
- (3) Os agentes também devem considerar que suas obrigações geram uma responsabilidade geral de preocupação com o bem-estar de cada membro, e;
- (4) Essa preocupação tem que ser igualitária entre os membros do grupo.

Há ainda outro aspecto crucial para a teoria, muito embora ele não esteja expresso nessas quatro atitudes. Essas atitudes não seriam psicológicas. Logo, não é função delas exprimir o comportamento real de um número fixo de participantes sobre os vínculos associativos compartilhados. Mas, Dworkin admite, uma comunidade encontrará dificuldades para persistir caso seus membros não manifestem motivação para agir conforme as quatro condições ou não compartilhem algum laço emocional entre si.

A despeito disso, ele afirma que as quatro condições representam uma *propriedade interpretativa* determinada pela prática social que os membros com o senso adequado de responsabilidade deveriam preencher (DWORKIN, 1986, p. 201). É através dessa especificação que o filósofo pretende escapar à objeção de que comunidades políticas manifestam um vínculo tão tênue entre seus membros que eles não imaginariam estar obrigados entre si através do direito, já que não haveria motivação para que os indivíduos demonstrassem igual respeito e consideração por outros membros com os quais nunca conviveram. Essa estratégia identifica Dworkin como um não redutivista na segunda acepção, já que a justificação para a emergência de deveres especiais não se reduz às interações pessoais entre os sujeitos.

Quanto à objeção do nacionalismo e do racismo, a condição (2) soa apta a solucioná-la, vez que as responsabilidades entre os membros têm que ser pessoais, ao invés de voltadas para o grupo, diminuindo, por consequência, o impacto do tribalismo ideológico.

Por fim, Dworkin (1986, p. 202-06) considera como sua teoria de obrigações associativas lida com conflitos de justiça, já que é possível que comunidades preencham as quatro condições estipuladas e se tornem verdadeiras, mas sejam injustas ou promovam injustiças. O problema é identificado como um conflito entre a integridade e a justiça e pode ocorrer de dois modos: quando razões associativas manifestas na comunidade política são injustas com indivíduos que não participam da associação; e quando há injustiça entre alguns membros da associação porque, embora houvesse uma concepção sincera de igual respeito e consideração entre seus membros, ela é espúria. Em geral, esses conflitos são entre obrigações associativas e deveres abstratos de justiça devidos a qualquer pessoa.

Em resposta, Dworkin insiste no caráter interpretativo da comunidade política e argumenta que considerações de justiça atuam como padrão de avaliação ou mesmo correção das obrigações associativas. Portanto, se se chegar à conclusão de que a prática social de uma comunidade produz injustiças, as obrigações por elas geradas poderiam ser desconsideradas.

Mas em que pese sua avaliação interpretativa das práticas, o teórico pensa haver casos em que a injustiça pode não ser tão grave e que em tais circunstâncias surgirão dilemas, pois haveria obrigações associativas injustas que não seriam totalmente extintas.¹⁶⁴ Dworkin (1986, p. 205) ilustra esse cenário apresentando o exemplo de uma comunidade cujas práticas familiares dão aos pais autoridade para determinar o dote conjugal de suas filhas enquanto os filhos não sofrem essa interferência. Dworkin ainda supõe que nessa prática não há desigualdade substancial entre homens e mulheres, todos tratados com igual respeito e consideração, e que o direito paterno de escolher o dote é visto de boa-fé como uma forma de expressão dessa igual consideração. Nesse caso, a melhor interpretação moral da prática forneceria razões de integridade para que o dote conjugal persista como justificável. Noutras palavras, apesar de soar injusta, tal prática está apta a constituir uma obrigação moral associativa das filhas com relação a seus genitores.

Em razão disso, me pergunto se o grau de injustiça de uma comunidade política torna a explicação de Dworkin redutiva na sua primeira acepção (quanto à fonte de justificação para as obrigações especiais). Isso porque apelos irrestritos à justiça conseguem reduzir atitudes associativas completamente a princípios morais gerais. Penso que Dworkin também deve ser considerado não redutivista nesse sentido. Como evidência, temos que Dworkin quer demonstrar que obrigações associativas não são estritamente voluntárias, de forma que elas sejam irreduzíveis a princípios mais gerais como é o caso do retributivismo fraco, por exemplo. Também é difícil crer que Dworkin tenha reduzido sua explicação ao princípio da utilidade, ou talvez até mesmo se gostaria de reduzi-la a deveres universalizáveis de justiça, por exemplo.¹⁶⁵ Uma das objeções que apresentarei na próxima seção (4.2.3) pretende tornar essa questão mais clara.

¹⁶⁴ Argüivelmente esses seriam os casos *subótimos* na aplicação do direito que criam o dilema do perspectivismo jurídico.

¹⁶⁵ Dworkin (1986, p. 206-07) deixa transparecer intenções não redutivas na seguinte passagem: “a melhor defesa da legitimidade política – o direito de uma comunidade política de tratar seus membros como destinatários de obrigações em virtude de decisões coletivas da comunidade – *vai ser encontrada não no árido terreno dos contratos, ou dos deveres de justiça, ou das obrigações de fair play, que podem valer entre estranhos, onde os filósofos esperavam encontrá-las, mas sim no campo mais fértil da fraternidade, da comunidade e de suas obrigações respectivas. A associação política, assim como a família, a amizade e outras formas de associação mais íntimas e locais, está em si própria prenhe de obrigação*” (grifos meus).

4.2. Objeções ao caráter constitutivo da obrigação política associativa

Tendo feito a exposição das características centrais da teoria política associativa de Dworkin, passo agora à discussão de algumas de suas objeções. As críticas questionam como as relações entre os sujeitos de uma comunidade são insuficientes para constituir obrigações políticas especiais.

4.2.1. *Atitudes psicológicas contam ou não contam?*

A primeira objeção que apresento foi identificada por Leslie Green e John Simmons. Ambos questionam as quatro condições para a emergência das obrigações políticas associativas, sobretudo, que elas não procuram exprimir atitudes psicológicas atuais dos membros da comunidade, como crenças ou desejos.

Green (2004, p. 535) pensa que essa especificação do caráter das atitudes associativas é prejudicial à própria ideia de obrigações contraídas na própria prática, pois tornar a atribuição de razões associativas num tipo de raciocínio desconectado da experiência dos seus destinatários mais parece um abandono de empreitada.¹⁶⁶

Note que Dworkin afirmou seu ponto a respeito da importância que obrigações associativas têm a partir dos vínculos que formamos com nossos familiares e amigos. Também, sugeriu que a ideia de obrigações especiais surge em relações de amizade a partir da história compartilhada que constituímos ao longo do tempo com pessoas próximas a nós. Tal histórico parece certamente envolver uma atitude psicológica entre os sujeitos que compartilham motivações especiais, sem ela não nos seria possível vivenciar a experiência de possuir razões associativas. Desse modo, se Dworkin retira o caráter psicológico desse tipo de razão parece difícil sustentar como um sujeito poderia compreender ser destinatário de obrigações políticas de sua comunidade *enquanto* cidadão, já que as condições não dependeriam das atitudes psicológicas convergentes de um número razoável de pessoas que já se veem como vinculadas por obrigações políticas especiais. O agente poderia talvez adquirir sua responsabilidade

¹⁶⁶ Como Green (2004, p. 535) disse: “[Dworkin] nega que as condições para a obrigação associativa envolvam crenças ou desejos atuais dos membros da associação, ou mesmo de quem quer que seja. Elas são ‘propriedades interpretativas’: ‘práticas que pessoas com o nível certo de consideração adotariam – não uma propriedade psicológica de um número fixo de membros atuais’. É dizer, uma comunidade básica se torna uma comunidade verdadeira se um certo argumento complexo for verdadeiro, a despeito das atitudes de seus membros. Deixando a retórica de Dworkin de lado, isso está obviamente de algum modo afastado de obrigações associativas e da visão orgânica da vida social que as inspira. Tais obrigações buscam explicar a força moral do contingente e acidental; quando elas se originam de uma imputação interpretativa necessária que ninguém pode, na verdade endossar, desvinculada da vida dos seus subordinados, fica claro que deixamos as obrigações associativas lá atrás”.

política através do raciocínio analógico das obrigações especiais entre amigos e familiares, mas o próprio Dworkin admite que os tipos de relacionamento e a força dessas razões são distintos entre si. Enquanto as responsabilidades contraídas entre amigos ou familiares dependem de vínculos emocionais e contato pessoal entre seus membros, isto está ausente em comunidades políticas. Então o recurso ao raciocínio analógico não suporta o nível adequado de preocupação exigido entre cidadãos.

Além disso, Dworkin não deixa claro se a análise das atitudes psicológicas precisa estar ausente em qualquer forma putativa de vínculo associativo, ou se somente quando lidamos com comunidades políticas. Dworkin sugere que qualquer arranjo associativo está sujeito ao método interpretativo, mas somente afirma que atitudes psicológicas não contam após distinguir entre comunidades básicas e verdadeiras, conceitos que atribuiu às comunidades políticas, referindo-se, portanto, diretamente ao problema da moralidade política. A falta de clareza produz um enigma: devem todas as formas de associação ser avaliadas apenas como propriedades interpretativas?

Caso sejam, a empreitada de tentar justificar obrigações associativas pareceria fracassada desde o início, pois se atitudes psicológicas não são confiáveis, já não se pode dar crédito ao apelo de que a maioria das pessoas pensa ter obrigações associativas pelo pertencimento a um grupo.¹⁶⁷ Noutras palavras, os exemplos paradigmáticos da família e da amizade soariam incognoscíveis, já que estados emocionais não podem contar como explicação das obrigações contraídas.

A opção restante é menos estranha, mas revela uma inconsistência na abordagem conceitual proposta, já que os exemplos paradigmáticos que Dworkin dá para demonstrar a ideia de obrigações especiais fazem apelo a atitudes psicológicas, enquanto não contam quando lidamos com comunidades políticas. Logo, nos vemos forçados a concluir que Dworkin conseguiu no máximo formular uma concepção *sui generis* de obrigação associativa, a política, pois nela as atitudes psicológicas constituintes de deveres especiais não contam para justificar as obrigações contraídas entre os sujeitos e o direito.

Ainda quanto ao problema entre o relacionamento associativo e as atitudes psicológicas, Jeske desenvolve um interessante argumento contra a obrigação política. Seu alvo direto não é a proposta de Dworkin em si, mas a teoria de Scheffler (1997) que também é não redutiva e involuntarista. Jeske (2001, p. 36) pede para considerarmos seu “relacionamento” com Joe Schmoe do Texas, uma pessoa desconhecida pela filósofa, mas que é texana assim como ela.

¹⁶⁷ Uma objeção semelhante à essa também é encontrada em Wellman (1997, p. 192).

Apesar de ambos serem cidadãos do Texas, Jeske está provavelmente certa em não se sentir particularmente afetada ao saber que Schmoe faleceu subitamente ou foi abduzido e substituído por Fred Schmed. Tal indiferença é compreensível e não parece justo culpá-la pela falta de sensibilidade. O fato de não sofrer abalo emocional pelo triste destino de Joe ocorre porque ambos não compartilham vínculos especiais entre si, afinal de contas suas existências enquanto indivíduos são desconhecidas por ambos. Em razão disso, Jeske (2001, p. 37) reflete sobre o exemplo em comparação com um relacionamento de amizade:

Então “ser meu compatriota” é relevantemente diferente de “ser meu amigo”: Joe Schmoe e eu somos compatriotas em virtude de ambos ocuparmos um papel ou termos certa propriedade, e cada um de nós poderia ocupar esse papel ou ter tal propriedade independentemente do que é verdadeiro para a outra pessoa. Mas que Fred Schmed e eu somos amigos é tal que ele não poderia ser adquirido se Fred Schmed e eu não compartilhássemos uma certa história um com o outro e tivéssemos certas atitudes entre nós. [...] Mas que Joe e eu somos compatriotas é um fato constituído por Joe ter certas propriedades que não são propriedades relacionais que me envolvam e por eu ter certas propriedades que não são propriedades relacionais que envolvam Joe; noutras palavras, nosso relacionamento é resultado de cada um de nós ter propriedades que poderíamos ter mesmo que a outra pessoa tenha ou não existido. No entanto, não é isso que se passa quanto ao fato de Fred e eu sermos amigos: as propriedades que cada um de nós tem sobre as quais a nossa relação de amizade depende para existir são tais que não poderíamos ter se a outra pessoa não existisse. Que Joe e eu somos compatriotas é então análogo ao fato de que Jane e eu somos pessoas gentis, ao invés de o fato de Fred e eu sermos amigos.

Em razão disso, Jeske (2001, 39-40) conclui que vínculos políticos não são relacionamentos sob qualquer sentido substantivo, o que a faz rejeitar teorias de obrigação política associativa, afinal elas estendem a noção do que é compartilhar um relacionamento além do reconhecível apenas para acomodar intuições sobre moralidade política.

4.2.2. *Obrigações políticas associativas não são reais, são ideias*

Essa objeção decorre da primeira.

Ao discutir a opção teórica de desvincular atitudes psicológicas como critério para atribuir obrigações especiais, Simmons (2000, p.78-79) confessa ser bizarra a sugestão de que a melhor interpretação das “práticas”¹⁶⁸ sociais como família ou amizade envolvem preocupação com a igualdade e reciprocidade de seus membros mesmo que esses membros não manifestem atitudes de preocupação um pelo outro. Também indica que o próprio Dworkin reconhece que grupos raramente irão se reunir ou se manter por muito tempo sem que

¹⁶⁸ Ênfase dada pelo próprio autor.

efetivamente demonstrem algum vínculo emocional entre si. Mas Dworkin igualmente duvida que membros de comunidades políticas manifestem esse tipo de laço emocional. A crítica segue e Simmons sustenta que, no interesse de uma abordagem realista da comunidade política, não se pode desprezar que diferenças entre grupos religiosos, étnicos, partidarismo político, classes econômicas, etc., são tão profundas a ponto de ser difícil aceitar que tais vínculos darão lugar à igualdade e reciprocidade mais abstrata que a tese das obrigações políticas associativas requer. Portanto, a objeção revela que a teoria de obrigação política de Dworkin talvez seja um tanto ideal, já que é muito difícil imaginar como comportamentos tribalísticos, mantidos por laços emocionais e identitários dariam espaço para obrigações especiais contraíveis a partir de uma comunidade verdadeira.¹⁶⁹

Manson (2014, p. 40), que também acredita que de Dworkin apresentou uma teoria ideal sobre obrigações políticas associativas, pensa ser até possível extrair alguma valia de vínculos associativos: Dworkin apresentou uma concepção de moralidade política pela qual podemos nos inspirar. Mas teria ela alguma relevância prática? Certamente as quatro condições para uma comunidade genuína são desejáveis, é bom aspirar por mais fraternidade entre os membros do nosso Estado. Porém, sem o apoio de argumentos que proponham um guia de ação para nos deslocarmos de condições não ideais para o modelo ideal da comunidade verdadeira, fica difícil investir em tal teoria.¹⁷⁰

4.2.3. *Obrigações políticas associativas são obrigações morais gerais, mas especiais só para seus membros?*

A terceira objeção é a da dispensa da razão associativa como geradora de obrigações morais. Essa crítica surge quando da análise do putativo conflito entre direitos e obrigações, que podem colocar o direito como integridade, de um lado, e a justiça, do outro.

No Capítulo 1, já expus como Dworkin lidou com esse conflito no caso concreto da Lei do Escravo Fugitivo nos EUA do século XIX. Naquele exemplo, Dworkin sugeriu que o juiz poderia não ter obrigação moral de obedecer à norma caso o direito como integridade

¹⁶⁹ Wellman (1997, p. 193) também compartilha a mesma conclusão: “dada a apatia e a antipatia geradas pelo racismo e pelo provincialismo em voga nos Estados atuais, parece irreal atribuir essa igual, especial e pessoal preocupação aos cidadãos dos Estados multinacionais existentes”.

¹⁷⁰ Manson (2014, p. 40) expressa seu ceticismo do seguinte modo: “Que Dworkin recomende que todos tenham mais preocupação para com o próximo parece um esforço valioso, mas um que é um tanto vão. Alguém já pensou sinceramente que deveríamos nos preocupar menos um com o outro? Parece improvável. Podemos pensar ser problemático que Dworkin somente recomende mais consideração para com os membros da comunidade, mas mesmo se assumirmos que isso possa ser feito legitimamente, sem encorajar fervores nacionalistas, ainda há muito pouco a dizer sobre o que devemos fazer [para atingir o ideal político]”.

justificasse sua aplicação. Já quanto aos casos *subótimos* discutidos nessa tese, creio que Dworkin teria de admitir que os juízes teriam obrigação moral de aplicar o direito interpretado conforme a integridade, já que ele aceita que haverá casos onde a injustiça em caso de obediência não seria flagrante a ponto de macular a reivindicação moral das obrigações associativas.

Porém, penso que Dworkin está errado em insistir que vínculos associativos teriam tamanha força para superar considerações morais de justiça. Creio nem mesmo o próprio Dworkin estivesse tão convicto a respeito desse ponto. Para tanto, voltemos ao exemplo da seção anterior, onde Dworkin sugere que uma filha teria a obrigação moral associativa para obedecer à exigência do pai em conceder o dote marital às filhas.

Em resposta ao exemplo que ele próprio formulou, Dworkin é um tanto vacilante, já que admite que a obrigação associativa da filha ser deferente aos desejos paternos tem que ser superada por um apelo à liberdade ou outro fundamento universal de direitos, digamos, a justiça. Mas se esse é o caso, é difícil acreditar que essa prática familiar tenha de fato imposto uma obrigação moral para a filha aquiescer às exigências paternas, já que razões de liberdade e justiça externas à prática parental é que determinaram a coisa a certa a se fazer. Elas efetivamente cancelaram a reivindicação associativa do genitor. Mas se esse foi o caso, a integridade não parece ter a força que tem para suplantar questões de justiça em casos subótimos no fim das contas. Minha crítica aqui é a mesma feita em resposta ao dever natural rawlsiano de justiça: se a todo momento em que há boas razões para crer que a putativa obrigação associativa é desconsiderada em consideração a razões de justiça e respeito aos direitos gerais das pessoas, isso conta mais como uma evidência contrária a existência desse tipo de obrigação moral do que evidência favorável a ela.

No entanto, a resposta de Dworkin não parou por aí. Ele argumenta que a filha que se casa contra a vontade do pai tem algo a se lamentar pela desobediência à sua putativa obrigação associativa. Também afirma que ela deve ao pai ao menos uma explicação, talvez um pedido de desculpas, além de ela ter que se esforçar em manter sua posição social como membro de uma associação familiar que tem o dever de honrar. Agora completa, a resposta de Dworkin ainda é inconclusiva para determinar se a filha tinha alguma *obrigação moral* associativa para com sua família, já que ela pôde ser facilmente derrotada por razões morais externas à prática. Porém, a necessidade de o pedido de desculpas e do esforço de se manter membro dessa comunidade paternalista sugere que essa última ainda é vista por Dworkin como uma forma de associação moralmente justificável e digna de respeito.

Bem, creio que apesar da insistência de Dworkin, já não temos mais razão para dar tanto crédito à sua crença nas obrigações associativas. Isso porque Dworkin supõe que o dote familiar paternalista seria a *única* característica de estaríamos dispostos a considerar injusta, já que todas as outras práticas familiares seriam substancialmente justas. Porém, como estamos diante do único exemplo que efetivamente Dworkin deu para explicar a resistência das obrigações associativas com a justiça e, nem mesmo nele a obrigação associativa superou razões de justiça, só podemos concluir que Dworkin não ofereceu um caso favorável às obrigações associativas. Por mais que Dworkin insista que a filha tem algo a se lamentar e deve um pedido de desculpas à família paternalista isso é insuficiente para nos convencer que ela teria pelo menos uma obrigação determinada a partir de tal vínculo associativo. O que Dworkin precisaria nos apresentar é pelo menos um exemplo onde uma putativa obrigação *política* associativa superasse razões de justiça em conflito, então, mesmo a resposta de Dworkin é equívoca, pois ela não prova a existência da obrigação que ele queria especificar.¹⁷¹ Podemos, sim, dizer que a filha teria algo a se lamentar; não por desrespeitar uma obrigação moral, mas por ter experimentado um paternalismo tão antiquado. Afinal, porque uma mulher deve um pedido de desculpas a uma comunidade familiar paternalista que restringe sua liberdade para constituir vínculos afetivos com quem quer que seja?¹⁷² O pedido de desculpas e a necessidade de honrar obrigações como essa só contribui para a persistência de uma prática social espúria que deveria desaparecer. O que a filha deve – e isso não é uma obrigação associativa devida aos pais, mas uma necessidade moral geral de autoafirmação – é demonstrar para seus pais, e para a comunidade paternalista, como essa prática precisa ser modificada.

Marmor (2019, p. 14-15) fez uma avaliação crítica incisiva à resolução de Dworkin, contra o padrão de correção moral requerido pela integridade no exemplo:

Oh, bem, sejamos gentis e vamos supor que Dworkin não teria escolhido esse exemplo se escrevesse hoje em dia. No entanto, o problema é que o exemplo não importa, a ideia permanece. E a ideia é que a integridade é inerentemente conservadora, porque atribui um peso considerável à maneira como as coisas são, e já o são há algum tempo. Devemos tornar nossas leis e políticas coerentes com as decisões e compromissos do passado, da melhor maneira possível. O que quer dizer que as obrigações de uma pessoa decorrentes de considerações de integridade “decorrem do fato histórico de sua comunidade ter adotado esse sistema, que é então especial para ela, e não da presunção

¹⁷¹ É interessante ainda notar que Dworkin não apresentou um exemplo do contexto político e jurídico, que seria precisamente o exemplo que ele deveria ter formulado para favorecer a causa das obrigações políticas. Ao invés disso, ele apelou para um exemplo de uma relação associativa familiar, ou seja, para um contexto diverso daquele que está realmente em causa. Isso nos dá mais uma razão para crer que seu argumento das obrigações associativas é muito mais frágil. Noutras palavras, a ausência de um exemplo convincente sobre vínculos associativos abrangentes compartilhados entre pessoas ou vários grupos de pessoas com relação a todos os sujeitos de direito da comunidade é testemunho dessa fraqueza.

¹⁷² Para críticas mais completas que aprofundam na solução proposta por Dworkin e estimam consequências indesejadas para além das práticas familiares, ver Bern (1991).

de que ela [a pessoa] o teria escolhido se a opção tivesse sido inteiramente sua” (DWORKIN, 1986, p. 211). Noutras palavras, a integridade é inerentemente rotulada com relação ao passado, com relação a princípios de longa data que a comunidade preza, mesmo que esses princípios estejam longe do ideal e não são exatamente como poderiam ter sido.

Eu não gostaria de negar que muitas pessoas se sentem da forma como Dworkin se sente sobre os valores da tradição e da importância de se fazer mudanças incrementais, contínuas, tanto quanto possíveis, em tradições passadas. Eu não compartilho esse sentimento, e se isso me faz um radical, tenho orgulho de ser um. De todo o modo, o passado já pesa demais sobre nós, sem ajuda moral; moralmente falando, penso que a única consideração relevante aqui é aquela que atua contra frustrar expectativas legítimas. Se e quando as expectativas das pessoas contra a mudança não são muito legítimas para começo de conversa, não há custo moral em prol de uma abrupta ou radical cisão com o passado. Um sexista não pode se queixar de que é errado afastar-se abruptamente de práticas sexistas passadas, porque elas eram tão profundamente enraizadas em nossas culturas por séculos. Na medida em que a integridade aconselha contra isso, tanto pior para a integridade.

A interferência paternalista de escolha quanto ao casamento é uma prática injusta, ponto. E como não há razões de integridade capazes de inverter o rumo dessa convicção. Não há qualquer argumento associativo capaz de obrigar pessoas do sexo feminino a essa prática espúria.

Se minhas críticas foram corretas, então creio que fica muito difícil aceitarmos haver obrigações políticas associativas. Assim tal teoria deve ser rejeitada, mesmo em circunstâncias onde a comunidade política é razoavelmente justa, mas ocorrem resultados injustos em casos particulares, que poderiam ser evitados.

Para concluir a crítica, apresento a objeção que Simmons propôs. O objetivo dela foi demonstrar como vínculos associativos são incapazes de determinar obrigações morais; são considerações de direitos e justiça, e não a integridade das práticas associativas, as legítimas fontes de justificação moral:

[N]ão fica claro quanto trabalho moral está sendo realmente realizado pelos requisitos da prática local – em contraste aos princípios de justiça e igual consideração usados para julgar a vinculação de obrigações locais. Dworkin, é claro, acredita que o apelo às obrigações locais “particularize” a aplicação de seus princípios morais gerais, de modo que esses princípios possam ser entendidos como vinculantes a nós especialmente em nossos próprios países (ou associações). Mas o que ele parece motivar em vez disso são perguntas sobre porque nossas próprias associações locais devem ser consideradas como moralmente centrais – porque elas devem ser consideradas como titulares de nosso especial (ou mesmo exclusivo) suporte em face de outras associações estrangeiras que podem ser melhores (mais justas) ou mais necessitadas de amparo – dado que nossas próprias obrigações associativas locais são tão facilmente suplantadas pelos requisitos gerais e externos de justiça e igual consideração (SIMMONS, 2000, p. 79, n.35).

Supõe-se que práticas associativas locais fossem internamente justificáveis ou justificáveis por si mesmas para serem capazes de gerar obrigações morais (SIMMONS, 2000,

p. 70). Desse modo, a objeção revela com mais clareza como a teoria de Dworkin é incapaz de oferecer uma explicação que torne o vínculo associativo compartilhado entre os membros da comunidade política o real fator constitutivo de obrigações morais. Assim, fica muito difícil sustentar que os cidadãos de uma comunidade política têm obrigação de obedecer ao sistema jurídico de sua comunidade política, já que essa obrigação moral é quase sempre suplantada por razões morais externas à prática.

Essa última objeção mostra como Dworkin não consegue manter uma explicação não redutiva quanto à justificação moral das obrigações associativas. Em que pese essa conclusão, um dworkiano pode retrucar que a objeção erra o alvo, já que não haveria necessidade para Dworkin justificar obrigações políticas associativas apelando para considerações internas à prática. Porém, o maior problema dessa concessão é que estratégias redutivas são argumentos céticos às obrigações associativas, já que elas buscam demonstrar que o apelo a relacionamentos compartilhados entre os cidadãos de uma comunidade política é irrelevante como o *explanandum* que daria à obrigação política seu caráter especial.

Simmons (2005, p. 115) esclarece que,

[A] partir do momento que o teórico associativo permite que apenas práticas externamente justificáveis possam definir exigências moralmente genuínas, então ele nos deve uma explicação do porque nós devemos considerar a prática, ao invés dos valores que a certificam, como a fonte das exigências morais relevantes. Tanto quanto me é dado ver, tais explicações são inacessíveis a partir de teorias associativas, provavelmente pela simples razão de que as exigências que são definidas *internamente* em práticas sociais (como práticas da política e jurídicas) não podem ser moralmente justificadas de modo plausível ou discernível sem apelar para considerações morais *externas*. E qualquer apelo a tais considerações externas transformará a teoria Associativa em uma teoria na realidade baseada em pretensões Transacionais [vonluntaristas] ou de Dever Natural. Teorias associativas sobre o dever de obedecer devem, para tornar suas afirmações de dever moral plausíveis, se transformar em teorias não-associativas. (trad. livre)

É por isso que Dworkin precisaria manter o compromisso com o não reducionismo também para a justificação das obrigações associativas. Afinal de contas, se as obrigações da comunidade política acabarem derrotadas por princípios gerais de justiça, as primeiras nunca conseguirão alterar o balanço de razões para a ação dos cidadãos da comunidade. Ou, mesmo assumindo que elas consigam derrotar considerações substantivas de justiça, tal obrigação política será demasiado fraca ou circunstancial, já que ela seria incapaz de justificar uma obrigação geral de obediência que permitiria ao direito punir cidadãos nos casos moralmente subótimos. Isto é, apenas em casos excepcionais uma obrigação desse tipo teria força residual para fazer frente ao princípio do retributivismo fraco.

Como não imagino que esse problema do não reducionismo e os das objeções apresentadas dificilmente serão um dia contornados, concludo pela rejeição ao argumento associativo das obrigações políticas.

4.3. Razões associativas não são razões de papel

Essas foram então as objeções. Há que se destacar que as críticas apresentadas nos três tópicos anteriores indicaram como Dworkin não foi bem-sucedido em estender o alcance da concepção das obrigações especiais presentes em arranjos sociais mais entrelaçados para as comunidades políticas. Assim, cidadãos não teriam como adquirir obrigação política.

Note que até o momento nem sequer discutimos a hipótese de juízes – ao invés de vistos apenas como cidadãos da comunidade, mas como oficiais do direito – possuírem esse tipo de obrigação política *em virtude do* papel judicial. A razão para tal, acredito, é porque muito embora tenha dito que obrigações de papel seriam associativas, Dworkin jamais investigou a fundo a capacidade dessas obrigações serem diferentes entre diferentes ocupantes de papéis sociais na comunidade política. Ele só argumentou em favor a existência de obrigações políticas entre os cidadãos em uma comunidade política, sem jamais ter investigado ou mesmo proposto algum argumento que defendesse a persistência de obrigações políticas associativas mais robustas para os juízes.

Então, mesmo que Dworkin tenha sugerido que juízes *qua* juízes teriam uma exigência mais forte para aderir ao direito como integridade, ele nunca nos disse como isso de fato deveria ocorrer com relação à sua teoria das obrigações associativas. Nem mesmo há, diferente do que ocorreu com os argumentos rawlsianos do capítulo anterior, um fundamento constitutivo *a priori* diferenciado entre cidadãos e oficiais do direito. Por isso, não acredito que o dilema do perspectivismo judicial seja compatível com o direito como integridade.

Penso que a leitura mais coerente do direito como integridade favoreça uma tese da correspondência ou da paridade moral entre direitos e obrigações entre juízes e cidadãos. Portanto, assumindo que Dworkin estivesse correto a respeito das obrigações políticas associativas poderíamos aceitar o seguinte: A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz também é *prima facie*. Ambas podem ter pesos distintos. No entanto, se derrotável para o primeiro, também o será para o segundo. Assim sendo, a melhor interpretação que encontro seria admitir que os cidadãos não poderiam desobedecer ao direito em casos *subótimos*, eles todos teriam que ser punidos e os juízes teriam a obrigação moral correspondente para puni-

los.¹⁷³ Nesse caso, Dworkin poderia até argumentar que a obrigação moral e política dos juízes é mais forte para esses oficiais em relação aos demais sujeitos de direito, desde que a direção dessa obrigação seja a mesma para ambos.

Em que pese a minha interpretação, invocar o argumento das obrigações associativas enquanto argumento constitutivo para a moralidade do papel judicial ainda é uma possibilidade. Por isso, quero demonstrar agora que essa possibilidade de fato não está disponível, porque um fundamento moral associativo difere de um fundamento moral baseado em papéis. Ao longo da análise espero reunir evidências suficientes para demonstrar que as obrigações morais do papel judicial não deveriam decorrer de razões associativas.

Filósofos morais e políticos utilizam com frequência linguagem das obrigações para se referir ao aspecto moral que certas práticas sociais possuiriam, mas agora quero demonstrar como podemos falar sobre vínculos associativos sem imaginar que eles implicam em obrigações morais entre aqueles sujeitos que compartilham esse vínculo, ou esse tipo de razão associativa. Aqui estou empregando razões num sentido lato, assim como Brewer-Davis (2019, p. 2) o fez para se referir a qualquer ato ou comportamento normativo imposto por uma relação associativa. Então quando falo em razão associativa quero me referir a um imperativo normativo que os membros de um grupo esperam que os demais cumpram mesmo que, em última análise, essa conduta se revele moralmente injustificada. O objetivo agora é tornar mais claro *como se configuram* vínculos associativos ou de papéis sociais ou *que forma têm* argumentos associativos ou sobre papéis. Para tanto não é necessário saber se as razões ou motivações desses tipos normativos são moralmente substantivos, ou não, porque esse não será o elemento que os distingue.

Levando essa terminologia em conta, não afirmaria, por exemplo, que razões associativas ou de papel têm, necessariamente, conteúdo moral ou são voltadas para fins morais. Já vimos na seção 4.2.3 como é problemático considerar práticas associativas, como o paternalismo sobre certas escolhas familiares, como fontes de obrigação moral. Além disso, também é possível imaginar terroristas desenvolvendo vínculos associativos com propósitos nefastos contra a humanidade.¹⁷⁴ Obviamente não faz sentido sugerir que os terroristas

¹⁷³ Essa é, mais uma vez, uma versão da paridade moral que favorece a existência de obrigações políticas, embora não acredite que ela seja correta.

¹⁷⁴ Na literatura sobre relacionamentos, parcialidades, e obrigações especiais há divergências a respeito de *relacionamentos externa* ou *internamente negativos* gerarem razões associativas entre os membros de uma associação. Os primeiros representam o caso dos grupos terroristas ou de um bando de salteadores que acreditam contrair razões para prejudicar terceiros, enquanto os segundos representam relacionamentos constituídos por laços ou projetos destrutivos aos próprios agentes do grupo, como é o caso de uma sociedade de piratas normalmente forjada a partir da ganância, luxúria e trapaça. Sobre a discussão, ver Kolodny (2010) para uma visão contrária, e

adquirem obrigações morais de tal associação ou que um terrorista contrai obrigações morais *qua* terrorista. Também parece contra intuitivo negar que *terrorista* não possa ser aceite como um papel determinado por fatos sociais, ou que um grupo de terroristas não é uma forma de associação, só porque suas práticas não geram obrigações morais.

Dito isso, vimos na seção 4.1 como Dworkin explicou que adquirimos obrigações especiais de amizade em virtude de uma história compartilhada. Portanto é a série de eventos de confraternização, camaradagem, ou mesmo de apuros passados entre amigos que contribuem para a existência de um relacionamento específico entre os sujeitos; e tal relacionamento é o fato global responsável por gerar razões associativas.

Esse fator constitutivo realçado por Dworkin encontra ressonância na literatura dedicada em obrigações especiais numa concepção conhecida por Teoria dos Relacionamentos. Essa é uma dentre as teorias não reducionistas que buscam explicar deveres associativos a partir do valor que atribuímos à vínculos especiais que compartilhamos com outros agentes.¹⁷⁵ Como já indiquei, o campo geral de discussão opõe não reducionistas e reducionistas, sendo que esses tentam explicar como podemos contrair algumas obrigações especiais a partir de certos princípios morais gerais, portanto, duvidam que fatos relacionados ao vínculo firmado entre os sujeitos possam vindicar razões de parcialidade contraídas na prática.^{176 177}

Signatários de uma teoria dos relacionamentos destacam a implicação entre deveres associativos e a parcialidade moral, já que as obrigações especiais constituídas pela relação entre os agentes motivam os membros da associação a fazer escolhas morais em favor dos seus pares:

Brewer-Davis (2012) para uma em favor desses relacionamentos atuando como fatos motivadores de vínculos associativos.

¹⁷⁵ As outras teses não reducionistas são a Teoria dos Indivíduos e a Teoria dos Projetos.

¹⁷⁶ Para uma defesa não reducionista de obrigações especiais, baseada na teoria dos relacionamentos, ver Arrell (2014). Uma defesa reducionista recente e crítica à teoria dos relacionamentos é feita por Löschke (2017).

¹⁷⁷ Segue aqui outro modo de entender o debate, agora com o fato adicional da parcialidade: “ao lado do reducionista está o imparcial; no lado do não reducionismo, o parcial.[...] O reducionista sobre a parcialidade não precisa argumentar que há *nada* em relacionamentos especiais ou negar o fato descritivo de que, na prática, estamos inclinados a fazer mais por aqueles com os quais compartilhamos relacionamentos especiais, mas, o que eles negam, é a inclinação de conceder relacionamentos especiais e as razões, e deveres de parcialidade que eles geram qualquer influência moral fundamental”(WELLMAN, 1997, p. 184). “Christopher Heath Wellman (2000, p. 540), por exemplo, admite que podemos ter deveres especiais em relação aos nossos associados, mas requer que eles, sejam quais forem, devem ser explicados em função de fatos morais mais fundamentais que carregam consigo significação indispensável. [...] Doutro lado, não reducionistas sobre parcialidade estão muito impressionados com o pensamento de que os relacionamentos em que participamos são moralmente valiosos por si mesmos, e uma consequência que enxergam disso é que tais relacionamentos podem, como resultado, gerar razões e deveres moralmente básicos para fazer algo para aqueles com quem compartilhamos tais razões e deveres que não temos com mais ninguém; razões que não existiriam se não fossem pelo relacionamento, e isso não pode ser explicado, derivado ou reduzido a qualquer nível mais fundamental além do próprio relacionamento” (ARRELL, 2014, p. 18-19).

As razões especiais que temos com certos outros são razões de parcialidade. Elas contrastam com razões de imparcialidade, ou seja, razões que temos de tratar todos os outros igualmente, independentemente de nossas relações com eles. ‘Razões de parcialidade’ têm muito em comum com termos similares usados noutros lugares, tais como ‘obrigações de laços especiais, ‘deveres associativos’ e ‘obrigações de relacionamento’... (BREWER-DAVIS, 2012, p. 356)¹⁷⁸

Imagine uma versão do dilema do bonde desgovernado em que Cammie tem que escolher entre salvar seu irmão ou dez turistas estrangeiros que desconhece. Se os irmãos realmente disfrutavam uma relação associativa e razões associativas exercem peso sobre o raciocínio prático, temos que concluir que Cammie tem uma obrigação especial de prestar socorro ao seu irmão e que, talvez, Cammie está moralmente justificada em ser parcial quanto ao salvamento do irmão mesmo em detrimento da maior utilidade moral atingida pelo salvamento dos dez desconhecidos.

Notamos aqui, novamente, como a experiência de razões associativas é compreendida como relacionamentos e conexões criadas entre os agentes. É sobre esse aspecto constitutivo que Nina Brewer-Davis desenvolve o argumento da distinção entre razões associativas e de papel. Ela esclarece ser comum interpretar essas razões em termos dos papéis sociais que as pessoas ocupam. Por exemplo, ocupar o papel de mãe dá à pessoa razões para tratar suas próprias crianças de modo diferente às demais (BREWER-DAVIS, 2019, p. 2). Porém, muito embora essa intuição possa estar correta, ou seja, que papéis conseguem gerar razões especiais, não é um apelo direto ao relacionamento nutrido entre mãe e filho o fator constitutivo de obrigações de papel. Noutras palavras, há uma confusão, e uma sobreposição, entre diferentes tipos de razões em exame.

Considere que um salva-vidas tem razão em resgatar nadadores à deriva. Essa razão atribuível ao seu papel existe independente de qualquer relacionamento que se tenha estabelecido entre o salva-vidas e os nadadores, já que o primeiro pode nem sequer conhecer os segundos (BREWER-DAVIS, 2019, p. 4). O mesmo ocorre com várias outras, ou talvez, todas as relações profissionais. O médico-cirurgião possui razões de papel para tratar da saúde de qualquer ferido encaminhado para a UTI; o defensor público advoga em prol do melhor interesse dos litigantes aos quais foi endereçado; o juiz tem que alcançar vereditos em disputas de direitos sem estabelecer qualquer vínculo com as partes do processo.

Pense agora que um empregado tem razões para encontrar com seus colegas do trabalho no *happyhour* da empresa. Essas razões não derivam diretamente das funções do seu trabalho,

¹⁷⁸ Ou ainda: “As relações especiais relevantes para a parcialidade ética são aquelas que geram razões não-universalizáveis ao sujeito das quais é uma condição necessária que elas possam, quando apropriadamente incitadas, traduzirem-se em deveres associativos de parcialidade. (ARRELL, 2014, p. 68)

que implicam em cumprir sua jornada diária, desempenhando as tarefas designadas. Ou ainda, há o caso do irmão que possui obrigações de papel quanto às suas duas irmãs, mas trata uma delas com maior apreço porque compartilham vários gostos em comum, se consideram *nerds*, por exemplo; enquanto não mantém convívio saudável com a outra irmã com quem está sempre trocando farpas (BREWER-DAVIS, 2019, p. 4).

O primeiro exemplo revela que o trabalhador, embora tenha constituído razões associativas com seus colegas, não precisa necessariamente ter essas razões para desempenhar suas obrigações de papel. É possível, inclusive, imaginar que esse trabalhador criasse vínculos associativos com as mesmas pessoas num mundo possível em que todos não trabalhassem na mesma empresa. O que ocorre é que o papel que ocupa atua como meio facilitador para a emergência de relacionamentos entre as pessoas, já o segundo exemplo sugere ser possível que a presença de razões associativas entre os membros de um grupo entre em conflito com razões de papel. Logo, de modo mais geral, esses dois exemplos indicam que razões de papel podem existir independente de razões associativas.

É através da reflexão em exemplos como esses que Brewer-Davis esclarece haver outro fator responsável por gerar razões de papel. Enquanto razões associativas têm caráter interpessoal e dependem do relacionamento nutrido entre os envolvidos para se constituírem; razões de papel são autorreferentes porque são constituídas e justificadas em função de como o indivíduo se identifica com o papel que ocupa (BREWER-DAVIS, 2019, p. 2). Noutras palavras,

Em uma perspectiva de papéis sociais, o que importa é o indivíduo que ocupa o papel e as maneiras como ele o faz, ao invés de seu relacionamento com outra pessoa. O que significa habitar ou me identificar com o papel é me compreender de um certo modo, me considerar um certo tipo de pessoa. Perguntar se tenho uma razão de papel é fazer perguntas a mim mesmo e o tipo de pessoa que considero ser, em vez de perguntar sobre outra pessoa ou meu relacionamento com tal pessoa. Isso é, em última análise, o que considero a verdadeira diferença entre razões de papel e razões associativas, razões de papel são justificadas em termos autorreferenciais, enquanto razões associativas são justificadas interpessoalmente (BREWER-DAVIS, 2019, p. 6).

Portanto, é a identificação do sujeito com o papel social – que é determinado (ou determinável) por um conjunto de normas ou valores – o fator característico para divisarmos razões para agir atribuídas pelo papel social.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Sciaraffa (2009, p. 110) também compreende razões de papel desse modo: “Quando um agente se identifica com um papel, ele se identifica com uma meta compreensiva baseada no papel – isto é, ele persegue uma meta abrangente que geralmente requer conformidade com os deveres do papel. Se essa meta abrangente é racional, então o agente perceberá os bens fundamentais do significado e autodeterminação através de geralmente obedecer seus deveres de papel. [...] Ao se identificar com um papel baseado numa meta racional abrangente, ou um papel racional, um agente adquire, desse modo, uma outra razão justificatória adicional (uma razão que não teria se ele meramente ocupasse, mas não se identificasse com o papel racional) para se sujeitar aos seus deveres de papel”.

Essas implicações a respeito de razões vinculadas por um papel não são recentes, embora só tenham sido devidamente articuladas por Brewer-Davis. Elas foram inicialmente teorizadas por Michael Hardimon em “*Role Obligations*”. Em sua contribuição original, Hardimon (1994, p. 334) entende que um papel se refere a constelações de direitos e deveres institucionalmente especificados e organizados em torno de uma função social. Também tem o cuidado em reconhecer que obrigações de papel não deveriam ser usualmente tratadas como uma espécie de obrigação associativa, pois acredita que obrigações de papel são compreendidas em termos de instituições ao invés de grupos, já que suas normas se vinculam a papéis institucionalmente determinados ao invés da filiação a um grupo (HARDIMON, 1994, p. 335). Em razão disso, Hardimon não reconhece que a amizade como um papel social propriamente dito, porque ela não representa uma forma de instituição. As obrigações entre amigos são constituídas através do próprio relacionamento criado entre eles; e se extinguem quando, por algum motivo, esse vínculo é rompido. O mesmo não ocorreria com razões de papel presentes em uma família ou nalguma profissão, pois esses são formas sociais institucionais, cujas exigências normativas persistem com a perda, sucessão, troca, ou entrada de novos agentes enquanto ocupantes de certo papel. Noutras palavras, a prática social de um papel carrega consigo regras que definem cargos e funções que podem ser ocupados por diferentes agentes em diferentes momentos; e instituições são estruturas contínuas que se auto reproduzem ou que, de modo mais alegórico, teriam vida própria (HARDIMON, 1994, p. 335).

Em que pese essas evidências em favor da distinção entre tipos de razões, um teórico não conformado pode contrapor sugerindo que um sujeito é incapaz de desempenhar bem as obrigações do seu papel a menos que adquira obrigações associativas em relação aos seus pares. A observação pode até ter um fundo de verdade, mas ela não torna razões de papel e razões associativas indistintas novamente. Talvez o reparo nem sequer funcione com todos os papéis sociais.

Vejamos como responder a essa provocação:

Como ficou evidenciado no exemplo dos três irmãos apresentado mais acima, a presença de uma razão associativa pode entrar em conflito com uma razão de papel, já que o irmão

Note que na explicação de Sciaraffa não há remissão ao desenvolvimento de um relacionamento entre agentes como fator responsável pela aquisição de razões de papel. Além disso, intui-se que deveres de papel reivindicam certa autoridade sobre a razão prática do agente que independe de sua real motivação, já que o agente pode ocupar um papel sem se identificar com suas razões. Àqueles que possam pensar que essa leitura feita por Sciaraffa poderia funcionar como um argumento constitutivo de obrigações, temo informar que o próprio filósofo rejeitou essa possibilidade: “eu compartilho com Simmons a ideia de que papéis e deveres de papel são por si mesmos normativamente inertes. Isso porque eu concebo papéis e seus deveres da mesma maneira que os positivistas jurídicos concebem as leis e a obrigação jurídica: nomeadamente, papéis sociais e deveres de papel são fatos sociais de certa espécie” (*ibid.*, p. 108).

enquanto irmão não deveria tratar com maior consideração os interesses da irmã com a qual desenvolveu um relacionamento mais próximo e parcial.

Aqui antecipo outra objeção, porventura levantada por um dworkiano que considera vínculos associativos e de papel sinônimos da mesma relação normativa: se utilizamos uma das quatro condições para contrair obrigações associativas, nomeadamente, a necessidade de tratar todos os membros do grupo com igual respeito e consideração, o irmão está agindo de forma errada e deve interpretar sua atitude adequando-se às exigências avaliativas da prática associativa. Penso que essa réplica tem alguma tração, mas apenas se duas condições se sustentam: (i) o fato das obrigações associativas e as de papel forem as mesmas; e (ii) que o vínculo psicológico entre os agentes que compartilham razões especiais por causa do seu relacionamento não for determinante.

Quanto à (ii), já vimos como é problemático desvincular uma tese sobre obrigações associativas das atitudes psicológicas compartilhadas pelos agentes da prática social, já que, sem a última, fica difícil enxergar como um agente compreenderia a experiência de compartilhar razões associativas entre pessoas com as quais se relaciona. Além disso, a desconsideração do vínculo emocional soa contrária à própria ideia de que relacionamentos contraídos na prática possam constituir obrigações associativas.¹⁸⁰

Já quanto à (i) vimos, não só pelas caracterizações oferecidas por Brewer-Davis e Hardimon, mas através dos exemplos dos salva-vidas e de outros profissionais, que há algo no modo como compreendemos obrigações de papel que não consegue ser somente captado por uma tese constitutiva baseada em relacionamentos, nomeadamente, a possibilidade de obrigações de papel serem contraídas independente da formação de qualquer relacionamento entre os agentes.

Aliás, esse aspecto não parece congênito apenas quando pensamos em papéis profissionais. Pense em relações de maternidade e paternidade. Desde o momento em que Leandro e Ana Laura descobriram que serão pai e mãe, pode-se dizer que eles adquirem uma série de obrigações especiais para com seu futuro filho. Eles precisam arrumar novo espaço em seu apartamento, adquirir utensílios para o cuidado e conforto do bebê, como fraldas,

¹⁸⁰ Brewer-Davis (2015, p. 269-271) chega a questionar se as quatro atitudes de Dworkin para comunidades verdadeiras são realmente necessárias como critérios para a aquisição de obrigações associativas genuínas. Por exemplo, quanto ao critério de que todos os membros devem manifestar igual consideração entre uns e outros, é possível que existam associações fortes o suficiente que gerem obrigações associativas sem esse critério, como pode ser o caso de uma mulher cujo pai valoriza seus filhos mais do que suas filhas ainda ter algumas obrigações associativas para com seu pai, como cuidar de sua saúde quando idoso, mesmo em virtude da desigualdade de sua condição. Ou pode ser que a obrigação dessa filha não dependa necessariamente de qualquer relacionamento associativo com seu pai, mas se explique apenas a partir de uma obrigação de papel.

mamadeiras, chupetas, berço, etc. Maria Luiza deve dedicar atenção especial com sua alimentação e saúde durante a gestação, como evitar o consumo de álcool ou o tabagismo. Todas essas obrigações se contraem antes mesmo da experiência associativa verdadeira com o recém-nascido se desenvolver.

Pode-se reconhecer também que obrigações paternas persistem mesmo sem o desenvolvimento de qualquer vínculo associativo, no caso do sujeito que descobriu ser pai após uma ação de reconhecimento de paternidade movida pela genitora. O filho foi concebido em um encontro íntimo passageiro e os genitores não constituíram qualquer laço afetivo; já o pai considera o filho fruto da relação um fardo, pois não desejava constituir família. Apesar da indiferença paterna e do prognóstico indesejável para a criança, que provavelmente será criada sem o suporte afetivo do genitor, é plausível afirmar que o pai adquiriu obrigações de papel em relação ao filho a partir da concepção. Obrigações essas, reconhecidas e reforçadas por vários sistemas jurídicos, que impõem ao menos o dever de prover recursos para o sustento do filho até que este deixe a menoridade.

Por essas razões, a réplica dos defensores de obrigações associativas *qua* obrigações de papel não funciona. O que os exemplos dados revelam é a presença de algumas importantes interações existentes entre certos papéis e razões associativas, parece ser o caso que papéis mais íntimos como os familiares funcionam melhor quando, a partir deles, se formam alguns relacionamentos associativos entre os indivíduos. É por essa razão que vemos com certo pesar o fato de relações familiares persistirem na ausência de um vínculo emocional genuíno e duradouro entre seus membros.

Talvez até mesmo alguns papéis que surgem pela prestação de um serviço profissional se mantêm pelo desenvolvimento de algum vínculo associativo entre os envolvidos. É o caso da *baby-sitter*. Um dos motivos para os pais contratarem uma babá é a expectativa que ela nutra algum relacionamento mais amigável não só entre os pais, mas principalmente com o menor. Talvez o fato da *baby-sitter* não contrair qualquer vínculo emocional pela criança seja uma razão para os pais dispensarem seus serviços.

Porém, a impressão de que papéis e associações possam se aprimorar até certo ponto não parece ser uma propriedade atribuível a qualquer interação. E é nesse ponto que a presença de razões associativas soa estranha quando consideradas junto ao papel dos juízes ou vários outros papéis profissionais.

Há certas funções cujo bom desempenho não parece requerer a presença de razões associativas, muito pelo contrário, a existência dessas pode ser prejudicial. Isso ocorre porque há profissões que impõem certo distanciamento profissional entre o prestador de serviço e os

demais sujeitos envolvidos. Imagine a Doutora Jennifer Melfi, psiquiatra de Tony Soprano. A fim de fazer diagnósticos confiáveis, Melfi deveria manter distância profissional e evitar constituir interações emocionais mais próximas com Tony. Afinal de contas, ao desenvolver razões associativas Melfi assume o risco de traçar perfis parciais e duvidosos sobre a psique de Soprano ou até mesmo fará com que mantenha em confidencialidade as intenções criminosas de Soprano contra inocentes – que Tony deixara transparecer nos seus momentos de instabilidade emocional. Nesse caso, o distanciamento profissional atua como um corolário para o papel do psiquiatra.

Em relação ao papel judicial, a distância profissional também é um atributo importante. Por toda a argumentação desenvolvida até aqui, parece claro que juízes *qua* juízes não devem desenvolver vínculos associativos como se fossem obrigações políticas de papel, por que razões associativas estão intimamente correlacionadas com a ideia de parcialidade entre aqueles que compartilham obrigações especiais.

Já que a teoria associativa de Dworkin foi incapaz de instanciar obrigações políticas para a categoria ampla dos cidadãos em comunidades políticas, quando pensamos somente na putativa obrigação política especial dos juízes perante o direito, notamos como essa hipótese soa estranha. O risco, já apontado nas objeções, é que vínculos associativos ao nível político sejam voltados para a parcialidade moral sobre certos grupos ou perfis ideológicos que enviesam o julgamento dos envolvidos. Por consequência os sujeitos que darão preferência aos interesses do próprio grupo em detrimento das demais pessoas da comunidade política.

Para fins de argumentação, considere a base teórica para o argumento constitutivo que mais se aproximaria das obrigações associativas dworkinianas:

A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz também é *prima facie*. Mas elas têm pesos distintos, de modo que a obrigação do cidadão quase sempre é derrotada; enquanto a do juiz dificilmente é derrotada. Nesse caso, o papel tem uma dimensão de peso ou força que altera a direção da obrigação moral dos juízes.

Para um dworkiniano defender esse argumento invocando a teoria das obrigações associativas, ele teria, basicamente, que substituir todas as remissões que Dworkin fez aos membros da comunidade política pelos juízes dentro das quatro condições para comunidades verdadeiras. Outra alternativa seria mantê-las intactas e considerar que os juízes são aqueles membros da comunidade verdadeira que certamente terão obrigações políticas; fora seu poder para empregar o uso da força, que seria avalizado pela integridade em casos subótimos.

Penso que quaisquer propostas seriam bastante estranhas. Tenho dúvidas até mesmo se Dworkin as aceitaria. Isso porque, por mais que ele tenha salientado que a integridade teria uma força especial sobre a adjudicação – chegando, inclusive, a dizer que sua teoria implicaria em restrições sobre o papel judicial – houve momentos em que Dworkin afirma algo diferente.

Ele chega a dizer, explicitamente, que o direito precisa falar como se tivesse uma única voz. Como se os direitos e as políticas estabelecidos fossem todos coerentes, a ponto da interpretação alcançada pelo juiz justificasse o uso da força sobre todos os sujeitos de direito da comunidade:

O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. Eles têm o direito, em princípio, de ter seus atos e assuntos julgados conforme a melhor concepção daquilo que as normas jurídicas da comunidade exigiam ou permitiam na época em que se deram os fatos, e a integridade exige que essas normas sejam consideradas coerentes, como se o Estado tivesse uma única voz (DWORKIN, 1986, p. 218).

Além de dizer que decisões jurídicas corretas têm que representar uma única voz, Dworkin também reconhece que os próprios cidadãos têm legitimidade para dar voz própria à interpretação do direito que eles consideram correta. Eis a passagem:

O que é o direito? Ofereço agora um tipo diferente de resposta. *O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma esfera diferente de comportamentos. Tampouco por alguma lista de oficiais com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O Império do Direito é definido pela atitude, não pelo território, o poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para inspeção, mas ela deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para nos servir bem, inclusive nos tribunais.* É uma atitude interpretativa e autorreflexiva, dirigida à política no sentido mais amplo. *É uma atitude protestante que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os comprometimentos públicos de sua sociedade para com os princípios, e o que tais comprometimentos exigem em cada nova circunstância* (DWORKIN, 1986, p. 413) (*grifos meus*).

Mas se isso agora é o caso, já não faria sequer mais sentido falar em uma “consciência moral coletiva”, posto que teríamos duas vozes dissonantes oferecendo a melhor leitura moral do direito:¹⁸¹ A do cidadão reivindicando que a sua interpretação do direito é a melhor (e que o uso da força é injustificado); e a do juiz (batendo o martelo e afirmando que o direito como integridade justifica, sim, a punição do desobediente).¹⁸²

¹⁸¹ É por isso, que considero ser muito mais plausível admitir uma tese da paridade moral em direção às obrigações políticas associativas de cidadãos e juizes.

¹⁸² Creio que o esse problema do eventual conflito entre as obrigações morais dos juizes e os direitos, e deveres morais das pessoas é fruto de uma questão mal resolvida por Dworkin ao longo da sua carreira, a respeito do conflito aparente entre o valor da integridade e a justiça. Em *Law's Empire* Dworkin levantou a possibilidade do conflito. Porém, em escritos posteriores, principalmente, em *A Justice for Hedgehogs*, Dworkin (2011) diz ser um monista acerca de valores. Isso implica que ele não mais aceitaria que valores poderiam entrar em conflito genuíno, logo, integridade e justiça não se confrontariam e a persistência do dilema do perspectivismo jurídico seria

Fora isso, o teórico constitutivo teria que reabilitar uma teoria de vínculos associativos baseados em relacionamentos contra uma posição teórica bem sedimentada, que entende que razões associativas são o que são porque foram constituídas através de vínculos emocionais ou psicológicos entre os membros de um grupo. Ele também teria que nos dizer como juízes compartilhariam algum dever associativo perante todos demais cidadãos ou entre eles próprios; uma que não transparecesse qualquer ideia de parcialidade moral perante alguns membros da comunidade, já que isso seria evidentemente incompatível com a necessidade de juízes *qua* juízes exercerem um ofício que é caracterizado a partir das exigências morais da equidistância e da imparcialidade.

Por todas essas razões, acredito que recorrer às obrigações associativas como um fundamento constitutivo da obrigação moral e política especial para os juízes seria, no mínimo, pitoresca. A classe normativa das obrigações associativas é simplesmente anômala demais para acomodar alguma obrigação judicial que fosse convincente.

impossível. Waldron (2019, p. 10) expressa esse mesmo problema que identifiquei ao longo da tese entre a integridade e a justiça: “enquanto a importância de tal integração seja a tese de *Justice for Hedgehogs*, a maior parte de *Law’s Empire* tratou de três virtudes [justiça, equidade e integridade] como se tivessem que ser sopesadas uma contra a outra. Então está tudo um pouco bagunçado”. Por razão dessa ambivalência não solucionada entre valores tão caros à sua compreensão do direito e da teoria política, várias interpretações se tornam possíveis. Por exemplo, Andrea Faggion (2020, p. 327) plausivelmente argumenta que Dworkin é melhor compreendido quando o valor da integridade seja subsumido à justiça, porém, o preço a ser pago seria a rejeição da teoria das obrigações políticas associativas: “Acima de tudo, as obrigações associativas não podem justificar a abrangência e a coercividade inerentes ao domínio da obrigação política. Sendo assim, pode Dworkin recorrer a uma estratégia melhor para contabilizar as obrigações políticas? Argumentei que ele não pode, dado que sua teoria ‘Protestante’ do direito fundamenta a fidelidade dos cidadãos às suas crenças em relação ao direito verdadeiro, em vez de justificar a obediência às diretivas de autoridade”. Se esse for o caso, é possível conceber que o direito como integridade colapsa numa forma de particularismo sensível às regras. Penso que essa é a melhor leitura a ser extraída da filosofia mais recente de Dworkin, embora muitos dworkinianos talvez discordem. São muito poucos aqueles que assim o fizeram, o único filósofo que conheço que tenha feito essa leitura foi Reeves (2011).

5. ESTRITA OBEDIÊNCIA AO ESTADO DE DIREITO?

Nos últimos capítulos apresentei e rejeitei argumentos típicos da obrigação política que se relacionavam à moralidade do papel judicial. Demonstrei como versões do utilitarismo de regras, do *fair play* e das obrigações associativas não conseguem explicar como os juízes devem preservar sua pretensa fidelidade moral ao direito institucional quando os padrões jurídicos aplicáveis entrem em conflito com a moralidade ordinária. Então nenhum deles determina que o juiz deve se comprometer necessária e moralmente aos valores sistêmicos do direito. Por consequência, o dilema do perspectivismo jurídico é solucionado em favor do princípio do retributivismo fraco. Quando o juiz se depara com um caso subótimo, ele deve considerar o desvio.

Então, podemos afirmar que essas teorias foram tentativas fracassadas de justificar uma adesão peculiar dos juízes aos valores do Estado de Direito e da democracia. Mas será que esses fundamentos políticos não seriam mais que meras razões adicionais ou acessórias à moralidade judicial? E se os valores sistêmicos, por si próprios, atuarem como fundamentos da moralidade relativa dos juízes?

Nesse capítulo, e no próximo, investigo essa hipótese. O objetivo agora é avaliar se um apelo direto ao Estado do Direito e à democracia são suficientes para explicar as obrigações especiais dos juízes.

Quanto ao Estado de Direito, provarei que um número limitado de compreensões sobre esse valor sustentam a moralidade relativa ao papel judicial. Depois, apresento que tipos de argumentos constitutivos podem ser invocados dentre as candidatas que sobraram, rejeitando-os ao longo do caminho.

5.1. O Estado de Direito (e seus limites morais)

A importância do Estado de Direito e sua posição no dilema do perspectivismo jurídico já foram apresentados no Capítulo 1. É importante recapitular que, para atuar como fundamento constitutivo para as obrigações morais dos juízes, o Estado do Direito tem que ser considerado um valor ou princípio proeminente para a moralidade profissional do juiz.¹⁸³ Tão importante a

¹⁸³ Para ser mais técnico, esse argumento constitutivo tem implícita a afirmação de que “os valores do Estado de Direito são razões para a ação que são únicas aos adjudicadores. Elas entram no balanço de razões que justificam a ação judicial, mas não entram na balança de razões que justificam condutas particulares [privadas...]. Como tal, os valores do Estado de Direito atuam como uma fonte de moralidade relativa ao papel que pode muito bem justificar a punição dos desobedientes justificados” (HURD, 1999, p. 204).

ponto de considerarmos que um juiz que não o obedece talvez sequer seja digno de exercer o cargo que ocupa.

O Estado de Direito é frequentemente considerado o ideal político mais importante para ordenamentos jurídicos contemporâneos. É invocado por filósofos, juristas, políticos e pela mídia para justificar ou condenar ações do governo, decisões judiciais ou o sistema jurídico como um todo, de modo que ele exorta um poder retórico sem igual (HAMARA, 2013, p. 11).

A despeito da notoriedade que o Estado de Direito recebe, também é relevante recordar que há profundas divergências teóricas a respeito do que *ele consiste e no que ele implica*. Tanto que Waldron (2002, p. 137) chega ao ponto de considerar que o Estado de Direito é um conceito essencialmente contestável, isto é, um ente que resiste em ser apropriadamente caracterizado. Taiwo (1999, p. 154) afirma que é muito difícil falar sobre o Estado de Direito, afinal parece haver mais concepções sobre ele do que seus próprios defensores. Muitas desses conceitos são tão diferentes que fica impossível imaginar que um dia alcançaremos consenso sobre o que o Estado do Direito significa. Mas se esse é o caso, então não é um tanto traiçoeiro dizer que o Estado de Direito é um valor que determina as obrigações dos juizes? Embora acredite que essa crítica seja válida e tenha alguma plausibilidade, seria um tanto apressado rejeitar o Estado de Direito dessa forma, já que sequer consideraríamos quaisquer argumentos a seu favor.

Não obstante, esse não deixa de ser um desafio não só para o teórico constitutivo, mas para qualquer abordagem sobre o impacto que o Estado de Direito teria sobre a tomada de decisão judicial. Por isso, é fundamental saber contra quais maneiras de caracterizar o Estado do Direito estou lidando, pois nem todas elas implicarão no problema da moralidade judicial que venho discutindo.

Grosso modo, há teorias mais *estreitas* e as mais *densas*. As primeiras definem o Estado de Direito em torno das propriedades formais que possui; enquanto as segundas, apesar de reconhecerem que tais propriedades estão presentes, enaltecem que o Estado de Direito só consegue ser satisfatoriamente compreendido porque ele seria não apenas um valor político, mas também um valor decididamente moral. Teorias desse calibre acreditam que o direito institui procedimentos e mecanismos de cooperação social e solução de conflitos que merecem a adesão de todos os cidadãos, sobretudo dos oficiais, vez que obedecer ao direito é talvez a única via para proteger os direitos e os interesses de todos.

É por causa dessas diferenças que esclareço nas subsecções abaixo que tipos de abordagens podem dar vazão ao dilema do perspectivismo jurídico. A seguir mostro como teorias demasiado formais não servem. Na próxima, veremos que argumentos constitutivos só poderão ser formulados por teorias mais substantivas – embora não por todas elas.

Meu objetivo então não é somente didático, mas também crítico. Quero demonstrar como a margem para conceber o Estado de Direito como constituinte peculiar da moralidade judicial é um tanto limitada. Caso seja bem-sucedido, já conseguirei apresentar um motivo para questionarmos o sucesso desse argumento constitutivo.

5.1.1. Não seja muito formal

É quase uma unanimidade nas análises sobre o Estado de Direito a menção dos oito desideratos apresentados por Lon Fuller (1969). Aqui não farei diferente, já que essas características costumam ser invocadas tanto por filósofos que concordam que os oito são atributos salientes do conceito, quanto por aqueles que discordam e propõem conceitos mais expansivos. Assim, diz-se que um sistema jurídico respeita o Estado de Direito se, ao menos, suas normas forem gerais, públicas, prospectivas, claras, logicamente consistentes, praticamente possíveis, relativamente constantes, e previsivelmente aplicadas.

Esses desideratos são, eles próprios, alvo de divergências entre os teóricos. Mesmo daqueles que até consideram as oito características suficientes para entender o Estado de Direito, pois eles ainda discordam quanto a qualidade dessas características. Isso porque Fuller sugeriu que tais elementos representariam uma “moralidade interna” do direito. No entanto, muitos teóricos formais consideram essa qualificação infeliz, enquanto muitos simpáticos às abordagens mais substantivas, se inspiraram no enaltecimento de Fuller para demonstrar que o Estado de Direito é um valor decididamente moral.

Então, há teóricos que consideram sequer que Estado de Direito é um valor moral pelo qual podemos avaliar quão correta é uma prática jurídica. Esses desideratos, acompanhados de outros aspectos formais ou não, permitem aos sistemas jurídicos canalizarem comportamentos sociais, promover arranjos cooperativos, e avalizar uma governança ordeira. Mas nenhuma dessas vantagens específica, necessariamente, estados de coisas moralmente aprazíveis.

Considere, por exemplo, como Raz (2009, p. 211) descreveu o Estado de Direito pela primeira vez:

O Estado de Direito é um ideal político que um sistema jurídico pode possuir em maior ou menor grau. Isso é lugar-comum. Também se insiste que o Estado de Direito é apenas uma das virtudes que um sistema jurídico pode possuir, e através do qual ele é julgado. Não deve ser confundido com a democracia, justiça, igualdade (perante o direito ou de outra maneira), direitos humanos de qualquer tipo ou respeito pelas pessoas, ou pela dignidade da pessoa humana. Um sistema jurídico não democrático, baseado na negação de direitos humanos, em pobreza extrema, em segregação racial, desigualdades de gênero, e na perseguição religiosa pode, em princípio, agir em conformidade com os requisitos do Estado de Direito melhor do que quaisquer dos

sistemas jurídicos de democracias ocidentais esclarecidas. Isso não significa que ele será melhor que tais democracias ocidentais. Ele será um sistema jurídico imensuravelmente pior, porém, se destacará em um aspecto: em sua conformidade com o Estado de Direito.

Kramer também não considera que o Estado de Direito represente um ideal moralmente valioso, pois acredita que os desideratos fullerianos também podem ser obedecidos com afinco pelos oficiais do direito, por razões puramente prudenciais:

Oficiais perversos podem exibir um genuíno comprometimento aos preceitos de Fuller por razões autointeressadas; e tais razões autointeressadas não precisam ser parasitárias sobre razões morais (como seria verdadeiro se a única razão autointeressada consistisse em um esforço para se aparentar virtuoso). Como a proposição ‘devo parar de fumar’, os princípios fullerianos não são por si mesmo moralmente fecundos. Seus *status* morais variam de acordo com as circunstâncias em que atuam. (KRAMER, 2003, p. 71).

Como se nota acima, teóricos formais acreditam que o Estado de Direito não passa de um valor meramente instrumental à satisfação de um projeto qualquer de governança que consiga fortalecer a cooperação através da conformidade de todos os envolvidos às normas em vigor.¹⁸⁴ Nesse caso o Estado de Direito não seria tão diferente de uma faca em termos dos usos que ela pode oferecer: ela até pode ser um instrumento doméstico que facilita nossa alimentação, contribuindo de algum modo para nosso bem viver, mas a lâmina também pode ser usada como arma-branca, para a ameaçar e assassinar à sangue-frio.¹⁸⁵

Em razão disso, fica bastante óbvio concluir que teorias formais não servem como fundamento para a moralidade judicial. Assim, apenas teorias substantivas podem dar vazão ao dilema do perspectivismo jurídico.

5.1.2. *Seja mais substancial, mas não muito!*

Agora apresento um panorama sobre quais aspectos os teóricos substanciais creem fundamentais para compreender o ideal do Estado do Direito.

¹⁸⁴ Ver também Lamond (2012) e Tamanaha (2007) para entendimentos nesse sentido. A posição de Lamond é ainda um pouco diferente. Apesar de admitir que sistemas jurídicos perversos são compatíveis com o Estado de Direito, ele sugere uma teoria instrumental, mas argumenta que ela não é nem demasiado estrita ou substantiva; é um meio-termo. A opinião de Lamond indica, mais uma vez, como abordar o Estado do Direito é controverso e como a divisão entre teorias formais e substanciais talvez seja mais valiosa em termos didáticos do que um reflexo de todas as teorias disponíveis no mercado. Mais à frente demonstro que, se houver uma compreensão do Estado do Direito que constitua obrigações morais especiais para juízes, ela provavelmente será uma tese substantiva intermediária.

¹⁸⁵ Essa é precisamente a analogia feita por Raz (2009, p. 225-26) sobre o valor instrumental do Estado de Direito.

Minha intenção nesse momento não é apenas alcançar um maior esclarecimento teórico. Também aproveito a análise para apresentar um desafio geral quanto à capacidade das teorias substantivas justificarem o problema da moralidade judicial. Ele consiste em demonstrar que quanto maior for o apelo a valores substantivos, ficará cada vez mais difícil aceitar que as obrigações morais dos juízes são relativas ao seu papel profissional. Isto é, quanto maior for o valor e as características morais atribuídas ao Estado de Direito, mais próximo estaremos de admitir que ele não pode conflitar com o retributivismo fraco durante a tomada de decisão judicial.

Grosso modo, divido as teorias substantivas em duas classes:

Há teses que se contentam com os desideratos de Fuller, dado que seus defensores acreditam que eles de fato representam “uma moralidade interna do direito”, logo, não seriam meramente formais. Assim, o propósito dos teóricos alocados nessa classe, como é o caso de Finnis (2011) e Colleen Murphy (2004) é demonstrar que os oito critérios fullarianos (ou versões ligeiramente reformuladas) fazem do Estado de Direito um valor moral.

A outra classe é representada por teóricos que reconhecem a importância dos desideratos formais, mas acreditam que eles de forma alguma esgotam a compreensão do ideal. Para além desses aspectos, o ideal do Estado de Direito é composto por valores procedimentais e substantivos que lhe conferem seu *status* moral, como remissão à igualdade, respeito aos direitos humanos, liberdades individuais, e fidelidade aos procedimentos democráticos. Nessa classe, podem ser inclusas as compreensões de Dworkin (1986) e Waldron (2011), por exemplo.¹⁸⁶

Portanto, de modo geral, podemos afirmar que todos os teóricos substantivos afirmam que o Estado de Direito é um valor moral. Por isso, obrigações morais podem ser constituídas a partir dele.

O desafio que proponho é o seguinte: há um subconjunto de teorias substantivas que soa incompatível com a persistência do conflito moral entre o Estado de Direito e o princípio do retributivismo fraco. Desse modo, tais teorias não demonstrarão que a obediência dos juízes às normas institucionais do direito é manifesta diante de casos moralmente subótimos. Por consequência, somente um subconjunto limitado de teorias substantivas poderia dar vazão ao dilema do perspectivismo e às obrigações morais relativas do papel judicial, nomeadamente, apenas aquelas que restringem o ideal a uma lista de características à moda Fuller.

¹⁸⁶ Os autores que mencionei em cada uma dessas classificações são apenas exemplos. Não teria condições de fazer uma análise exaustiva de outras propostas e teóricos, embora pense que essa divisão capte bem as teorias disponíveis sobre o Estado de Direito.

Para visualizar meu ponto, considere a maneira como Dworkin certa vez explicou o Estado de Direito contra uma teoria que rejeitava, a “concepção centrada no livro de regras”:

Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção “centrada nos direitos”. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de tribunais e outras instituições judiciais do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável. O Estado de Direito dessa concepção é o ideal de governo por meio de uma concepção pública precisa dos direitos individuais. Não distingue, como faz a concepção centrada no texto legal, entre o Estado de Direito e a justiça substantiva; pelo contrário, exige, como parte do ideal do Direito, que o texto legal retrate os direitos morais e os aplique. (DWORKIN, 2001, p. 7).

Note como Dworkin destacou que sua concepção deve resguardar os direitos e deveres morais dos cidadãos nos tribunais. Também que o Estado de Direito não pode se distinguir de um ideal de justiça substantiva. Em razão disso, e a despeito de quaisquer reservas que Dworkin tenha atribuído em favor da integridade com relação a materiais jurídicos passados, é bastante plausível imaginar que considerações substantivas de justiça aliadas à proteção de direitos e deveres morais incluam e atribuam um peso considerável ao princípio do retributivismo fraco. Nesse caso, é difícil crer que juízes terão um dever moral de aplicar os padrões jurídicos em vigor contra os desobedientes justificados. Dworkin sugeriu que tais direitos têm que ser reconhecidos pelo direito positivo. Como eles não estão sendo respeitados em casos subótimos e as evidências indicam que o infrator não merece ser punido, penso que, essa compreensão do Estado de Direito recomenda desvios judiciais ao invés de impedi-los. Portanto, não é possível que essa teoria substancial constitua obrigações judiciais que se oponham à moralidade ordinária.¹⁸⁷

Penso que a compreensão de Waldron também não será compatível com os objetivos dos teóricos constitutivos. Ele apresenta uma teoria que diz ser procedimental e cujos atributos imbuem valor moral ao Estado de Direito. Por ser discípulo de Dworkin, e demonstrar profundo

¹⁸⁷ Outros teóricos também chegaram a conclusões semelhantes à minha. Por exemplo, antes de desenvolver uma leitura moral e procedimental do Estado de Direito que pensa ser tão dworkiniana quanto à do criador, Waldron (2004, p. 319-32) entende a “concepção de direitos” como uma defesa substantiva de direitos morais, que independeriam necessariamente de qualquer fidelidade aos padrões normativos institucionalizados pela prática jurídica. Já Tasioulas, simpático às teorias formais, indica que a “concepção de direitos” é tão substancial a ponto de se tornar supérflua: [...] a compreensão de Dworkin, no entanto, parece excessivamente expansiva na medida em que equipara o Estado de Direito com a justiça em geral, pelo menos enquanto esta última se relaciona com o direito. Isso porque uma venerável tradição de pensamento - que inclui Grotius, Hume, Kant e Mill - constrói o conceito de justiça escolhendo apenas aqueles deveres morais que têm direitos morais associados e que, pelo menos idealmente, deveriam ser legalmente consagrados ou exigíveis. A análise dworkiniana sofre um obstáculo semelhante àquele que derrubou a ideia do Estado de Direito enquanto Estado de Direito legítimo: ela ameaça tornar o ideal do Estado de Direito redundante a outro ideal, neste caso, a justiça...” (TASIOULAS, 2020, p. 120).

apreço ao direito como integridade, Waldron propõe uma tese alternativa à “concepção de direitos” que considerou demasiado substantiva para preservar a fidelidade dos juízes frente o direito. Os oito desideratos também não bastam, já que ele tem a convicção de que as pessoas têm em mente uma aspiração muito mais altiva sobre o ideal que uma mera lista de caracteres formais (WALDRON, 2011, p. 4). Por isso, acrescenta dez características procedimentais que considera indispensáveis. Assim, o Estado de Direito representa um ideal moral quando sistemas jurídicos possuem procedimentos que assegurem (WALDRON, 2011, p. 6):

- (a) Tribunais imparciais que julguem baseados em evidências e argumentos apresentados formalmente a eles, relacionados com as regras jurídicas que impõem sanções;
- (b) Oficiais do direito treinados, cuja independência de outros poderes e agências do governo é garantida;
- (c) O direito de representação por advogado, resguardados tempo e oportunidades hábeis para a defesa;
- (d) O direito para o litigante estar presente em todas as fases cruciais do processo;
- (e) O direito de confrontar testemunhas contra o interpelado;
- (f) A garantia de que evidências apresentadas pelo governo sejam coletadas com a supervisão devida;
- (g) O direito de apresentar evidências em próprio nome;
- (h) O direito de apresentar argumentos jurídicos sobre provas e normas jurídicas relevantes para o caso;
- (i) O direito de ouvir o veredito do tribunal, que corresponda às provas e argumentos que lhe foram apresentados;
- (j) Um direito de apelação a algum tribunal superior.

Por fim, Waldron (2011, p. 16) explica que (a)-(j) captam um aspecto profundo e fundacional da ideia de um sistema jurídico: o direito institui uma forma de governança que trata as pessoas com respeito, como se elas tivessem uma leitura e perspectiva próprias sobre a aplicação do direito sobre suas condutas. Em razão disso crê que assegurar a aplicação do direito a condutas individuais com respeito aos atributos procedimentais implica respeitar a dignidade dos sujeitos de direito enquanto pessoas capazes de compreender e explicar seus próprios atos.

Com as características e a importância moral da teoria procedimental no lugar, questiono: a concepção de Waldron determina uma obrigação moral por parte dos juízes aos padrões jurídicos institucionalizados? Penso que não, ao menos nem tanto. Deixe-me explicar.

Se considerarmos o conteúdo dos procedimentos (a)-(j), virtualmente nenhum deles impede ou recomenda que os juízes não desviem. Primeiro, note que todos os critérios

procedimentais estão voltados para a proteção de direitos e interesses dos litigantes. Então o propósito dos critérios (a)-(j) parece ser garantir que o exercício do poder de coerção estatal seja feito pelas razões certas, com respeito aos direitos morais de cada sujeito de direito. Quando direcionados aos juízes (a)-(j) asseguram, sobretudo, a imparcialidade e a independência. E impedem que tomadores de decisão julguem sob a influência de razões privadas e prudenciais.

Os únicos procedimentos que chegam mais próximo de impedir que juízes fundamentem suas decisões conforme razões morais que estão além das normas institucionalizadas talvez sejam (a) e (h). O problema é que (a) apenas recomenda que tribunais (por extensão, juízes) imparciais decidam conforme as evidências e os argumentos apresentados pelas partes *em relação às normas que determinam a imposição de punições*. Mas (a) não *requer* que juízes imponham essas regras, apenas que eles considerem elas durante o julgamento. Já (h) está mais voltado para os litigantes que têm direito de apresentar argumentos jurídicos sobre as provas e padrões jurídicos relevantes ao litígio. Mesmo quando interpretamos que as partes só podem aduzir argumentos de defesa que demonstram algum erro formal ou material na aplicação dos padrões jurídicos ao caso concreto, não podemos, a partir disso, concluir que os juízes têm que fundamentar suas decisões apenas em conformidade com os padrões jurídicos aplicáveis; nem que eles não podem invocar considerações morais que, junto às evidências de fato e de direito, demonstram que um dos litigantes não merece ser punido. Na realidade, (h) nem sequer proíbe que os litigantes e seus advogados invoquem argumentos morais que não foram recobertos pelas regras.

Por essas razões – e a despeito de quaisquer eventuais conflitos entre a integridade jurídica e a justiça – acredito que a leitura procedimental de Waldron não provê uma obrigação especial de fidelidade entre juízes e o direito. O que sua teoria consegue explicar é que juízes têm fortes razões morais, provavelmente uma obrigação moral, de respeitar todos esses procedimentos. Apesar disso esses procedimentos não especificam uma obrigação moral especial de adesão dos juízes às normas de conduta do direito que exigem a punição de um desobediente justificado.¹⁸⁸

¹⁸⁸ Penso que, apesar de sensíveis ao contexto da adjudicação, esses procedimentos não são peculiares ao direito, entendido aqui como uma prática pública de resolução de conflitos perante o Estado. Considere, por exemplo, que o gestor de recursos humanos de uma multinacional deve decidir se um dos empregados merece ser demitido por justa causa. Obviamente ele não é um juiz de direito, mas ocupa uma posição decisória análoga. Parece certo que ele tenha que respeitar uma série de normas procedimentais para decidir, livre de vieses e por evidências íntegras, se o empregado merece ser demitido ou não. Caso siga procedimentos comparáveis à (a)-(j), e analise o conflito da maneira justa, o gestor consegue resolver todos os dissídios internamente, sem que eles sequer sejam judicializados. Se estiver correto, é possível imaginarmos outros conflitos, noutros contextos decisórios em que critérios procedimentais semelhantes à (a)-(j) sejam todos desejáveis, talvez necessários. Então um conjunto de

Tendo exposto brevemente as teorias sobre o Estado de Direito de Dworkin e Waldron, concluo com relativa segurança que há teorias substantivas que são demasiado substantivas a ponto de diminuir a relevância do Estado do Direito enquanto um valor sistêmico que requer a adesão obstinada dos juízes às normas jurídicas institucionais. Por tudo que foi dito sobre essas teorias, podemos dizer que concepções demasiado substantivas têm um temperamento particularista de regras, visto que nenhum dos aspectos procedimentais ou substanciais investigados se opuseram à condição de um juiz fundamentar uma decisão que desafie a autoridade dos materiais jurídicos em vigor. No entanto, se esse for o caso, o Estado de Direito não parece capaz de sustentar obrigações morais que são relativas ao papel judicial.

Portanto, somente o grupo de teorias substantivas que acreditam que atribuem valor moral na satisfação de desideratos mais formais do Estado do Direito são as que estão mais habilitadas para demonstrar que o papel judicial determina obrigações morais peculiares aos seus oficiais. Esse subconjunto tem um temperamento formalista, porque as teorias disponíveis costumam atribuir um valor moral ínsito na tomada de decisão judicial enquanto *modelo de regras*. Isto é, todos os padrões jurídicos institucionalizados são vistos como generalizações que oferecem resistência contra justificações subjacentes ao seu conteúdo prescritivo. Então é mais provável que as leituras de Finnis, e Murphy, e quem sabe do próprio Fuller, sejam as candidatas que restam.

Dentre elas, talvez Finnis seja aquele que mais claramente tenha favorecido o dilema do perspectivismo. Ele descreve o Estado de Direito à moda Fuller. Através de oito desideratos, reconhece que esse é um valor cujos propósitos são garantir clareza, certeza e previsibilidade das relações humanas em comunidades políticas (FINNIS, 1980, p. 262; 322). Também considera que seu valor é moral, pois pensa que os desideratos do Estado de Direito satisfazem o bem-comum dos cidadãos que vivem sob a autoridade de um regime jurídico, especialmente daqueles razoavelmente justos.¹⁸⁹ Finnis (1980, p. 337-38) também estipula que a autoridade

procedimentos do tipo (a)-(j) não são ínsitos ao papel judicial ou outros papéis jurídicos, eles nada mais são do que padrões morais gerais para se decidir bem em diversos contextos. Nesse caso, uma explicação plausível à especificidade dos procedimentos que Waldron atribuiu ao Estado do Direito se daria em função dos fatos sociais que envolvem decisões jurídicas distinguirem-se em dimensão e se apresentarem em contextos diferentes de deliberação – *e. g.*, são decisões que tipicamente envolvem instituições governamentais domésticas e são de interesse público e coletivo gerais – e não em função de representarem valores políticos ou morais de um tipo peculiar.

¹⁸⁹ “[...] o exercício da autoridade de acordo com o Estado de Direito normalmente contribui enormemente para o bem comum (mesmo quando ele restringe a busca eficiente de outros objetivos); é um importante aspecto da justiça comutativa tratar as pessoas como tendo direito à dignidade da autonomia (X.4), e da justiça distributiva permitir a todos igualdade de oportunidade de entender e obedecer à lei. Assim, o exercício da autoridade legal de outra forma que não de acordo com os justos requisitos de maneira e forma é um abuso e uma injustiça, a menos que aqueles envolvidos concordem, ou deveriam concordar, com um procedimento mais rápido para eliminar a “burocracia” que, nas circunstâncias, iriam prejudicar a justiça substancial” (FINNIS, 1980, p. 339).

do direito só é útil para o bem-comum, caso as diretivas do direito sejam tratadas como razões para a ação excludentes. Isto é, elas reivindicam obediência a despeito de juízos morais contrários aos méritos de cada norma jurídica.¹⁹⁰

Por fim – e o passo crucial em direção ao dilema do perspectivismo – Finnis menciona que há uma obrigação moral de obedecer ao direito que decorre da importância de preservar sistemas jurídicos cujas leis são voltadas para o bem-comum. Quanto a ela, reconhece que para juízes ou outros oficiais do direito o grau de conformidade aos padrões jurídicos pode implicar em plena, ou quase plena obediência, como se o direito considerado fosse de fato justo (FINNIS, 1980, p. 346). Mas com relação aos sujeitos de direito em geral, Finnis admite que eles têm o direito de desconsiderar regras que considerem injustas caso não satisfaçam seus melhores juízos sobre seus méritos (FINNIS, 1980, p. 345).

Ao reconhecer que as obrigações dos cidadãos e dos juízes perante o direito podem variar em força, a ponto de exigir plena obediência dos segundos, Finnis avaliza obrigações morais relativas ao papel judicial. Fato este que não foi notado só por mim: “Então, Finnis claramente contempla uma situação na qual um cidadão agiria corretamente ao desobedecer uma lei, enquanto um juiz também agiria corretamente ao aplicar tal lei sobre o cidadão” (NYE, 2020, p. 12).

Dou-me por satisfeito com essa análise preliminar sobre a interferência do Estado do Direito nas reflexões sobre o problema do papel judicial. Agora sabemos que há compreensões reduzidas sobre esse valor, capazes de justificar uma obrigação moral especial dos juízes *qua* juízes perante o direito.

A seguir veremos que tipos de argumentos constitutivos podem ser invocados por esse subconjunto limitado de teorias substanciais, e como eles não são tão convincentes.

5.2. Os argumentos constitutivos do Estado de Direito

Os argumentos capazes de constituir obrigações morais para juízes procuram justificar como a adesão desses oficiais aos materiais jurídicos disponíveis protegem alguns ou todos os desideratos mais formais do Estado de Direito. Hurd (1999, p. 203-52) identificou ao menos

¹⁹⁰ “Enfatizei o modo como o empreendimento de exercer autoridade por meio do direito atua postulando um sistema de regras que deriva sua autoridade não da adequação intrínseca de seu conteúdo, mas do fato da estipulação ser feita de acordo com regras estipuladas. Enfatizei até que ponto o sistema resultante é concebido, no pensamento jurídico, como internamente completo (“sem brechas”) e coerente, portanto, como isolado (por assim dizer) do fluxo irrestrito do raciocínio prático sobre o que é justo e serve ao bem comum” (FINNIS, 2011, p. 355).

quatro desses argumentos: proteção da liberdade individual; proteção geral de interesses e da confiança; proteção da igualdade; e eficiência das instituições de justiça.

Apresentarei brevemente como cada um deles explica o problema da moralidade dos papéis em favor de uma obrigação moral especial entre os juízes e o direito. Na próxima seção apresento algumas objeções pontuais e gerais contra eles. A meta é plantar uma semente de dúvida entre aqueles que confiam na força moral dos desideratos formais e que creem que o Estado de Direito é um valor profissional incontestável para a ética judicial.

5.2.1. Obedeça ao Estado de Direito, e proteja nossas liberdades individuais

Segundo esse argumento, juízes têm uma obrigação moral especial de aderir ao direito, pois a obediência desses oficiais proporciona maior liberdade aos indivíduos. Tal liberdade é diretamente proporcional à capacidade que os sujeitos têm de prever com maior certeza as consequências de suas ações através da imposição uniforme das regras jurídicas a todos os casos concretos que elas respaldam.

Como os juízes são oficiais que detêm certo monopólio para o uso da força eles ocupam um papel social de destaque. Por isso, quaisquer dos seus atos judiciais parecem ter um efeito colateral maior para o cálculo das consequências de cada conduta individual. Quando o juiz profere uma sentença, suas razões de decisão são públicas e capazes de alcançar muita notoriedade, a depender dos interesses individuais e coletivos envolvidos, bem como das divergências morais do litígio em questão. Caso o juiz desvie do direito, a decisão contra as regras fará com que os cidadãos desconfiem da sabedoria do legislador contida nas regras, por consequência, é possível que mais conflitos sociais e insegurança jurídicas se sucedam.

A proteção da liberdade individual satisfaz os desideratos formais da generalidade prospecção, clareza, consistência, possibilidade prática, constância e previsibilidade.

Então, se os juízes somente conseguem tornar as punições óbvias ao aplicar os materiais jurídicos em vigor a todos os desobedientes, tanto injustificados quanto aos justificados, então tais oficiais aparentam ter uma razão moral de papel para punir quaisquer infratores (HURD, 1999, p.205-06).

5.2.2. Juiz, proteja os interesses e a confiança dos cidadãos nas instituições

Esse argumento se sustenta na capacidade de o Estado de Direito proteger a confiança entre os sujeitos que aquiescerem às normas jurídicas e construíram planos e projetos de vida em torno dessa obediência. Tal proteção pode ser sustentada por meio de três respostas:

Através de um ideal de equidade (fairness): garante aos sujeitos que, de boa-fé, confiaram nas diretivas jurídicas de autoridade não tenham seus interesses ameaçados pelos desvios judiciais. Essa resposta se apoia na ideia de que os indivíduos são colocados em uma posição pior, ao terem sua expectativa *default* – a obediência às normas jurídicas – surpreendida pelos desvios.

A resposta favorece uma obrigação judicial diferenciada da moralidade ordinária, pois o apelo à equidade se apoia na intuição de que o desvio implica num desrespeito à ética judicial. Ao não punir o infrator, o juiz causa uma surpresa indevida a todos que confiaram na autoridade do direito, que é muito maior comparada à desobediência justificada de qualquer cidadão. Como o peso da quebra de confiança é superior *devido ao papel judicial*, juízes teriam razões para a ação fortes o suficiente para justificar sua adesão ao direito. Os sujeitos de direito em geral teriam razões bem mais fracas, já que a desobediência de um indivíduo não provocaria qualquer comoção digna de surpresa para os devotos seguidores das regras.

Pelo argumento da Indústria: essa pode ser invocada como trunfo caso a primeira falhe. Isso porque mesmo que os obedientes tenham injustificadamente confiado na obediência de todos os demais – mesmo daqueles que tinham boas e fortes razões para infringirem às regras – esse argumento diz ser papel do juiz evitar que os esforços dos obedientes sejam desperdiçados. Assim, eles têm o dever de não desviar em casos subótimos.

A aparente força desse argumento pode ser extraída do famoso caso *Tennessee Valley Authority v. Hill (1978)* onde os juízes da Suprema Corte reconheceram que uma empreiteira poderia encerrar a construção de Represa Tellico, mesmo admitindo que ela ameaçaria a extinção de uma espécie de peixe. Uma das razões invocadas seria a perda de milhões de dólares já investidos, gastos em função da confiança que a empreiteira depositou na consulta prévia ao comitê de apropriação imobiliário, que, embora não fosse o órgão de decisão competente, afirmara que a construção não violava qualquer legislação ambiental.

Com um argumento sobre convenções coordenativas: nesse caso, a manutenção da confiança é necessária, caso o contrário, o direito será incapaz de pôr termo aos problemas de

coordenação e dilemas do prisioneiro.¹⁹¹ Então, mesmo que o juiz tenha fortes convicções contrárias à adesão das regras, ele não deve desviar. Essa resposta se baseia no seguinte raciocínio:

[...] se as vantagens da coordenação podem somente ser obtidas caso os cidadãos se conformem às convenções coordenativas (como às regras de trânsito) e não deixem de favorecer as soluções cooperativas para os dilemas do prisioneiro (como aquelas estabelecidas por leis tributárias, leis sobre proteção ambiental e leis criminais), e se os cidadãos só se conformarão com tais convenções apenas quando puderem confiar na adesão dos demais sobre essas convenções, os juízes terão então uma razão para punir aqueles que violam leis que desempenham funções de coordenação para proteger importantes interesses em confiança (HURD, 1999, p. 214-15).

Essa resposta também implica em obrigações morais diferenciadas pelo papel, na medida em que é possível imaginar que os cálculos morais sobre a confiança e a manutenção de interesses em torno do direito pode variar entre cidadãos e juízes. Ambos refletem sobre o impacto que sua adesão às normas jurídicas terá sobre a confiança que os demais depositam em prol da obediência geral. No caso dos juízes, o impacto aparenta ser superior quando comparado aos demais cidadãos em função do papel que desempenham na administração das razões autoritativas do direito.

Porque juízes detêm o poder e a responsabilidade de impor sanções sobre o comportamento de terceiros, são vistos pelo público como uma fonte confiável de informações sobre o direito. Então cidadãos identificarão nas decisões judiciais razões para coordenar seus interesses cotidianos. Na medida em que juízes passem a desafiar a autoridade das regras em casos moralmente subótimos, aumentam-se os prognósticos de que os esforços coordenativos do direito serem dilapidados. Diante de um futuro um tanto alarmante, onde a desobediência ao direito se torne desenfreada, é necessário admitir que juízes precisam ter razões morais para a obediência muito mais rigorosas; suficientes para obriga-los a punir os desobedientes justificados.

O exemplo a seguir torna essa resposta em favor da moralidade diferenciada dos juízes mais palatável:

¹⁹¹ Esse é o tipo de argumento do qual Finnis se valeu para o valor do Estado de Direito. Ao falar da capacidade que o direito possui para interferir sobre nossas razões práticas em prol do bem-comum, Finnis (2011, p. 63-4) explica que “o direito alcança a proeminência que pretende em determinados problemas de coordenação. Os motivos para reconhecer esse status privilegiado são vários. O direito, se concedido esse status, oferece a perspectiva de combinar velocidade com clareza na geração de soluções práticas para problemas de coordenação, constantemente emergentes e mutáveis, e na sugestão de dispositivos pelos quais tais soluções podem ser geradas. Suas instituições para conceber e manter soluções garantem a justiça pela estabilidade, a praticabilidade e a generalidade ou caráter não discriminatório das soluções, e pela imposição dessas soluções aos *free-riders* e outros desobedientes, por processos que minimizam a arbitrariedade e desvios autointeressados ou partidários através desses mesmos processos. Em suma, são os valores do Estado de Direito que conferem ao sistema jurídico o direito distinto de ser tratado como a fonte para soluções autoritativas”.

Um cidadão pode, corretamente, calcular que passar por um sinal vermelho no meio da noite não afetará substancialmente a prática de parar diante de semáforos vermelhos, mas um juiz pode calcular, corretamente, que a absolvição desse cidadão afetará de modo substancial aquela prática. À medida que os cidadãos olham para a imposição judicial das regras de trânsito como evidência de que os outros se conformarão com essas regras, uma absolvição pode levar os cidadãos a pensar que os outros alterarão seus comportamentos. Consequentemente, isso por si só fará com que eles considerem racional alterar seus próprios comportamentos. Uma absolvição pode então ter um efeito dominó que força os cidadãos a olhar além do direito em busca de esquemas de coordenação alternativos pelos quais possam reduzir lesões de trânsitos em cruzamentos. Na medida em que é provável que o fato de um juiz deixar de punir um transgressor afete a saliência de uma solução de coordenação da qual outros dependem – embora o fato de um cidadão deixar de conformar-se a essa solução não o seja – um juiz terá uma razão de maior peso para se conformar à regra de decisão que exige a punição de um cidadão desobediente do que esse cidadão terá para se conformar à regra de conduta que assegura a coordenação. O argumento da coordenação parece, assim, apoiar uma moralidade relativa a papéis (grifos meus) (HURD, 1999, p. 219).

5.2.3. *V. Ex.a, resguarde nossa igualdade (formal)*

O apelo à igualdade é provavelmente o mais conhecido entre os três. A igualdade assegurada pelo Estado de Direito fornece uma razão para tratar casos presentes e futuros de modo semelhante às decisões judiciais proferidas no passado, mesmo que juízes tenham agora razões para crer que os vereditos anteriores são equívocos e injustos.

O motivo para considera-lo um ideal diferenciado para o papel judicial é, novamente, ser intuitivo admitir que a preocupação com a igualdade no cálculo moral dos juízes é uma razão com peso muito maior quando comparada à deliberação dos cidadãos. Essa crença explica uma das demandas mais prosaicas invocadas pelos juristas, sobretudo os penais: os juízes devem garantir que sanções tenham um senso comparativo de proporcionalidade, baseado na dosimetria da pena feita pelas autoridades judiciais antecedentes, mesmo que o juiz atual esteja convicto que a punição devida para o caso julgado seja desproporcional à severidade da ofensa que o réu cometera.

A igualdade formal favorece uma série de desideratos formais como a generalidade, prospecção, previsibilidade, constância, publicidade e clareza. Então essa resposta impede os desvios ao direito, pois, enquanto o caso for moralmente subótimo, o julgador deverá descontar as razões que o levaram a crer que o réu é um desobediente justificado e depositar o caso julgado no mesmo banco de réus culpáveis.

5.2.4. *É papel do juiz ser um servidor eficiente!*

A última resposta disponível é um argumento sobre a eficiência da prestação jurisdicional. Juízes devem aderir ao direito diante de casos subótimos, pois os custos envolvidos na avaliação das razões de conduta subjacentes às regras jurídicas é demasiado elevado. Quanto mais tempo e energia forem gastos em avaliar se padrões jurídicos relativamente incontestes devem ser realmente impostos, maior será o volume de casos à espera de decisão nos escaninhos dos juizados.

Esse argumento que associa o Estado de Direito com a eficiência foi bem-apresentado por Schauer (1991, p. 37):

Quando os juízes nos tribunais são canalizados por regras relativamente precisas para decidir os casos com base em um número comparativamente pequeno de fatores facilmente identificados (O réu estava dirigindo a mais de 55 milhas por hora; O requerente ficou doente após consumir um produto fabricado pelo reclamado?), todo o processo é simplificado, exigindo menos tempo e evidências do que teriam sido necessárias em um procedimento mais autônomo quanto às regras em que uma gama mais ampla de fatores estava aberta para consideração (O reclamado estava dirigindo com segurança? A doença do requerente foi causada por negligência do reclamado?). Um sistema baseado em regras é, conseqüentemente, capaz de processar mais casos, operar com menos dispêndio de recursos humanos e, enquanto a simplicidade baseada em regras também promove maior previsibilidade, evitar que um número maior de eventos seja julgado formalmente.

Hurd (1999, p. 247-49) nota dois pontos importantes sobre o argumento.

Primeiro que o Estado de Direito necessitaria ser preservado pela obediência judicial, independente de qualquer juízo prático que fizéssemos sobre a competência exemplar dos juízes para avaliar a justiça na aplicação do direito. Isto é, o apelo à eficiência institucional se mantém mesmo que reconhecêssemos que todos os juízes do sistema jurídico desviassem em todos os casos subótimos sem jamais cometer erros. Isso porque o tempo despendido para avaliar o mérito das razões subjacentes em cada caso e a demanda de litígios ainda seriam fatores capazes de reduzir a eficiência na prestação jurisdicional a longo prazo, tornando a resolução de conflitos na justiça ainda menos célere do que ela é atualmente. Schauer é bastante claro sobre essa presunção idealizada:

Estou tomando o cuidado de tratar a eficiência como um valor independente do valor que procedimentos simplificados têm para diminuir o número de erros do tomador de decisão. [...] é importante isolar a maneira pela qual a eficiência pode ser promovida por regras a despeito da ausência de qualquer receio específico sobre erros na tomada de decisão. Mesmo se um tomador de decisão livre para procurar por condução perigosa ao invés de dirigir com excesso de certa velocidade sempre tomaria a decisão correta, mesmo se um juiz sempre identificasse corretamente a negligência, e mesmo se um judeu atento sempre determinasse corretamente quais alimentos seriam impuros, um sistema baseado em regras ainda resultaria em menos tempo e menos

esforço por parte desses tomadores de decisão, liberando seus recursos para outras tarefas. (SCHAUER, 1991, p. 147).

O segundo diz respeito ao escopo do argumento sobre os ocupantes do papel judicial. Ele está mais voltado para justificar as obrigações dos oficiais do direito que têm uma preocupação maior em preservar a eficiência da prestação jurisdicional. No capítulo 1, enquanto apresentei o impacto da democracia sobre o dilema judicial, especifiquei o papel social anômalo do *designer institucional*, nomeadamente, o ocupante de um cargo jurídico responsável por julgar e interferir no modo com o qual o sistema de justiça presta seus serviços à comunidade. Também mencionei que esses oficiais lidam com uma versão mais pormenorizada do problema moral dos papéis, o perspectivismo constitucional, pois o papel desses servidores é julgar os julgamentos dos juízes, e avaliar se os desvios desses últimos merecem alguma represália institucional.

Assim, juízes de cortes superiores ou membros do comitê de ética da magistratura são os oficiais que estão mais encarregados a aderir ao Estado de Direito enquanto encarregado de garantir a eficiência. De todo modo, mesmo que juízes de instâncias inferiores não tenham a mesma incumbência de gerir a celeridade processual que seus superiores teriam, eles ainda são bastante impactados por esse valor sistêmico. Se formos mais rigorosos, podemos dizer que a eficiência atua como um mecanismo de intimidação do sistema jurídico sobre as razões de decisão dos juízes. Por receio de que sua decisão seja criticada nas cortes superiores, temor de que sua reputação seja abalada perante seus pares; ou mesmo medo de sofrer algum tipo de sanção disciplinar desencorajam os desvios.

Então, novamente, temos um argumento constitutivo para obrigações morais diferenciadas pelo papel. Todo juiz, especialmente os responsáveis por avaliar o mérito das decisões judiciais em instâncias inferiores e as condutas éticas dos demais da magistratura, teriam uma obrigação moral de aderir ao direito justificada em função dos benefícios que o Estado de Direito assegura à administração da justiça.

5.3. Objeções

Agora apresento algumas críticas contra esses argumentos constitutivos que apelam diretamente ao valor do Estado de Direito.

As quatro primeiras são objeções dirigidas à cada uma dessas respostas para o dilema do perspectivismo. As duas últimas são mais gerais e atingem todos esses argumentos.

Com isso, espero cobrir o terreno o melhor possível, pois caso as objeções pontuais não sejam inteiramente satisfatórias, as objeções gerais contribuirão para demonstrar que o Estado de Direito não é um valor capaz de alterar a direção das obrigações morais dos juízes.

5.3.1. *Contra o apelo à proteção das liberdades individuais*

Hurd (1999, p. 206-7) notou que esse argumento constitutivo não faz do Estado do Direito um valor profissional que altera a direção das razões para a ação dos juízes em casos subótimos.

O problema é que invocar a proteção das liberdades individuais através da obediência às regras depende de uma condição que não é claramente explicitada pelo argumento. Assume-se que os cidadãos estão propensos ao cometer erros de julgamento à medida que o juiz decida em contrariedade às regras aplicáveis ao caso. Lembre-se o Estado de Direito preserva a liberdade individual porque a obediência judicial às regras em casos subótimos permite que os cidadãos antevejam as consequências de suas ações através da imposição uniforme das regras jurídicas. Implícito nessa justificação há a seguinte suposição contrafactual: em sendo admitidas decisões judiciais contrárias ao comando autoritativo das regras, os sujeitos de direito poderão, sistematicamente, subestimar a sabedoria do direito, por consequência, desobediências injustificadas ocorreriam desenfreadamente. É por isso que não deveríamos admitir os desvios judiciais do direito.

O defeito do argumento é que ele não deveria conjecturar sobre os erros de julgamento dos indivíduos. Ao fazer isso, o Estado de Direito deixa de ser uma razão de princípio para a adesão moral dos juízes às normas jurídicas. A preocupação com a liberdade individual só consegue explicar a obediência judicial se não confiarmos na capacidade dos cidadãos avaliarem, por si próprios, qual é a melhor razão para a ação nas situações em que se encontram. Mas essa estimativa é muito severa. Ela nem sequer corresponde a certas doutrinas exculpatórias admitidas por alguns sistemas jurídicos. Uma delas é a chamada de “*choice of evils*”, que é uma justificativa contra a coerção legal semelhante ao que é o estado de necessidade para o direito brasileiro.¹⁹²

¹⁹² Em crítica à teoria da autoridade de Raz, Ehrenberg (2013, p.60) explica: “*Choice-of-evils* envolve o uso de razões que são geralmente morais, talvez pessoais, e geralmente não legais (pelo menos em primeira impressão) para se defender contra a condenação pela prática de um delito. Se o direito reconhece essa justificativa como uma defesa para um determinado crime, então está reconhecendo que as próprias razões do sujeito podem triunfar portanto, não são excluídas pela suposta reivindicação excludente de autoridade por parte do direito. Se o direito prevê possibilidade de novas justificativas serem defesas bem-sucedidas, então o direito abre espaço para razões

Há sistemas jurídicos que permitem a absolvição das condutas ilícitas do agente que claramente violou uma prescrição jurídica vigente. Por exemplo, pode ser admitido que o alpinista de primeira viagem que se perdeu nas montanhas não seja punido pela invasão de domicílio e pelo furto de mantimentos do chalé que adentrara à força para sobreviver. Jessie também não deveria ser punido mesmo que tenha dirigido com a habilitação suspensa enquanto levava a convulsionada Jane para o pronto-socorro. Nesses dois casos, é possível que o direito não condene os ilícitos perpetrados, pois o infrator tomou a decisão correta de praticar um mal menor ao invés de obedecer fielmente às regras. Como essa doutrina de necessidade reconhece que os indivíduos podem justificar seus atos através de razões para a ação contrárias a regras claras, ela evidencia que a preocupação com os erros de julgamento sobre as regras não é difundido por todo o direito.¹⁹³

Assim, se já encontramos, mesmo que apenas num conjunto limitados de casos, a possibilidade de os cidadãos contrariarem normas jurídicas claras por razões morais, temos uma razão que favorece mais os desvios judiciais em casos subótimos ao invés de uma adesão fiel às normas jurídicas disponíveis.¹⁹⁴

superantes que devem não ser jurídicas quando invocadas, vez que não há descrição do conteúdo dessas razões dentro dos limites do direito”.

¹⁹³ “Em certo sentido, a defesa da necessidade nos permite atuar como legislaturas individuais, alterando uma disposição penal específica ou elaborando uma exceção única a ela, sujeita à revisão judicial, como uma legislatura real formalmente o faria à mesma sob essas circunstâncias. Por exemplo, ao permitir que prisioneiros que escapam de uma prisão em chamas reivindicuem a justificativa da necessidade, presumimos que o legislador, ao confrontar esse problema, teria permitido uma exceção à lei que proíbe fugas da prisão” (*United States v. Schoon, 1991*).

¹⁹⁴ Imagino alguém levantando a seguinte objeção contra minha tese: oras se uma doutrina do estado de necessidade é reconhecida por alguns sistemas jurídicos, os juízes não estariam desviando do direito de forma alguma. Afinal há um padrão jurídico previsto que autoriza o juiz decidir *contra legem* em casos subótimos. Então, desvios ao direito institucionalizado não seriam possíveis. Essa é uma boa objeção, mas não creio que ela enfraqueça ou mesmo invalide os problemas que vendo discutindo. Em resposta, já disse que *alguns* sistemas jurídicos adotam doutrinas do mal menor para absolver os desobedientes justificados. Então, se a objeção se sustenta, o problema da moralidade do papel judicial ainda se mantém para os regimes jurídicos que não admitem estados de necessidade. Como segunda resposta, mantenho que mesmo em regimes jurídicos que normatizam a doutrina haveria – para não dizer que há – resistência para estendê-la à toda gama de casos moralmente subótimos. Pense em todos os casos que apresentei até o momento, talvez o estado de necessidade sirva como argumento para absolver Smith pelo homicídio de seu esposo, mas será ele seria admitido como fundamento exculpatório que impeça a punição nos outros casos? É difícil crer que sim. Por exemplo, o caso do dever de votar não soa compatível com esse tipo de justificação; já quando ao caso da distribuição de *marijuana* para um doente epilético não tem a defesa do mal menor reconhecida pela Suprema Corte dos EUA (em *United States v. Oakland Cannabis Buyers' Cooperative, 2001*), embora a proibição ainda cause injustiças. A terceira resposta é que, ao invés de colocar minha tese em apuros, ela favorece sua hipótese de fundo. Afinal venho argumentando contra teorias que enxergam as obrigações morais dos juízes com um temperamento formalista. Em maior ou menor grau, qualquer teoria dessas crê que juízes não devem contrariar o conteúdo autoritativo das normas jurídicas. Porém, se juízes pudessem invocar o *choice of evils* para qualquer caso subótimo, já não estamos sequer mais admitindo que as obrigações morais dos juízes podem divergir da moralidade ordinária; nem mesmo que sistemas jurídicos possam substituir ou superar razões para a ação alheias ao conteúdo prescrito nas normas jurídicas. Se juízes reconhecessem o estado de necessidade em quaisquer casos subótimos, essa seria virtualmente a única norma de decisão que eles obedeceriam, mas se esse é o caso, como os teóricos de viés mais legalista poderiam preservar a intuição de que sistemas jurídicos conseguem exercer influência prática sobre nossos julgamentos individuais?

5.3.2. *Contra os argumentos da proteção de interesses e da confiança*

Em resposta às reivindicações da equidade e da indústria podemos dizer que ambas são disputáveis, pois apelos dessa natureza apenas seriam razoáveis se as expectativas assumidas pelos sujeitos de direito não forem moralmente repreensíveis. Aqui, assim como no reconhecimento das justificações de necessidade, há casos jurisprudenciais que enfraquecem a reivindicação do Estado de Direito. No mais famoso deles, *MacPherson v. Buick Motor Co. (1916)*, a Suprema Corte rejeitou a defesa da montadora que alegou não ter responsabilidade pelas lesões automobilísticas dos seus consumidores finais, causadas por vícios ocultos na manufatura. Segundo a Buick, ela acreditava ter um direito de não indenizar protegido pela regra de reserva contratual que regulamentava casos de responsabilidade, e determinava que somente os distribuidores dos veículos tinham direito de processá-la. A montadora alegou que sua eventual condenação representava uma quebra de expectativa e confiança, já que, caso soubesse de antemão que teria o dever de indenizar os consumidores ela teria certamente vendido seus veículos por um valor que cobrisse os riscos. O Tribunal negou o recurso, concluindo que a montadora possuiria um dever moral e legal de construir veículos seguros, sendo seu dever moral uma razão que suplantaria qualquer restrição imposta pelos materiais jurídicos disponíveis.

Então, mesmo que a decisão acima não envolvesse a punição de um desobediente justificado conforme venho definindo, ela mostra que a prática do direito já reconhece instâncias onde as justificativas da justiça formal e da indústria não foram persuasivas. Como nenhuma distinção relevante é dada para explicar porque o tratamento dos desobedientes justificados precisa ser diferenciado, temos outra evidência favorável aos desvios judiciais.

Já em resposta à defesa do Estado de Direito através de convenções coordenativas, Hurd (1999, p. 219) nota que esses argumentos também são incapazes de fornecer uma razão de princípio conclusiva em favor da obediência judicial às normas jurídicas, pois o apelo à preservação das convenções coordenativas também é dependente de estimativas consequencialistas sobre a propensão dos cidadãos cometerem erros de julgamento. Somente se assumissem que o cenário ideal onde os cidadãos fossem decisores exemplares e raramente cometessem erros de julgamento é que esse apelo ao valor do Estado de Direito determinaria uma genuína obrigação para os juízes aplicarem fielmente as regras do direito. Então, a importância do Estado de Direito no resguardo de convenções coordenativas valiosas não consegue ser mais que uma consideração moral com um certo peso, que não pode ser ignorado

pelo juiz enquanto julga. Porém, embora relevante, ele sempre será um valor superável quando conflitar com o retributivismo fraco.

Considere agora um caso subótimo envolvendo leis de trânsito. Jessie, aquele mesmo que conhecemos mais acima, dirige em alta-velocidade para salvar sua namorada Jane de um ataque convulsivo. Acima do limite de velocidade, ele cruza o semáforo, que estava verde. Para o azar de todos, ele colide com uma ambulância, que cruzava o semáforo vermelho, também em direção ao hospital, em alta-velocidade e com o giroflex ligado. Agora o sinistro chegou aos tribunais e o juiz Walter precisa decidir quem foi o culpado, e quem terá o dever de ressarcir os danos causados (só para tranquilizá-lo, Jane e o paciente na ambulância sobreviveram, assim como os demais envolvidos). Após analisar as evidências apresentadas no processo, Walter descobre que a ocorrência de Jane era urgente, já que a convulsão obstruía suas vias aéreas. Também é informado que o estado do enfermo atendido pelo serviço de saúde não era grave, ele estava estável e poderia chegar ao hospital em segurança, sem alardes. O juiz sabe muito bem que a legislação contém uma regra relativamente clara, que excepciona ambulâncias das infrações de trânsito a que os condutores de veículos de passeio se sujeitam. Dito tudo isso, como Walter deve decidir?

Caso o Estado de Direito determine suas obrigações morais e o argumento das convenções coordenativas fundamente esse valor moral, Walter precisará adotar um temperamento formalista e concluir que seu sistema jurídico já regimentou apropriadamente a solução para o caso: ambulâncias têm a permissão (se você quiser adicionar, até mesmo um dever derivado do papel ocupado pelos socorristas) para violar regras de trânsito em prol da assistência médica. Portanto, a despeito do esforço de Jessie ter seus méritos, ele deve ser culpado pela colisão, por ignorar o alerta sonoro do resgate. No entanto, ao tomar decisão favorável às convenções de trânsito, Walter estará na prática preterindo evidências bastante razoáveis não só para afastar a culpa de Jessie, como também para reconhecer o provável erro de julgamento do motorista da ambulância, que poderia muito bem percorrer a distância até o hospital sem soar as sirenes.

O exemplo nos mostra que convenções coordenativas também podem ser maculadas por más ações e erros de cálculo de maneira semelhante à propensão atribuída aos sujeitos de direito em geral. Por essa razão, não podemos aceitar que a adesão dos juízes ao Estado de Direito e às normas jurídicas é justificável, *all-things-considered*. Então uma decisão de Walter em favor das regras não pode estar correta. Quando trata a legislação de trânsito à moda formalista – como uma regra séria – Walter acabará por conceder proveitos injustificados aos socorristas,. noutras palavras, isso significaria interceder em favor dos “*free-riders* das ambulâncias”.

Com relação ao exemplo, pode-se argumentar que Walter poderia muito bem considerar ambos culpados, de modo que o dever de indenizar pudesse ser solidariamente distribuído entre Jessie e o motorista da ambulância. Reconheço que essa solução é bastante plausível, e estou satisfeito em admiti-la.¹⁹⁵ Apesar dessa concessão, ela não invalida o ponto que venho defendendo, por duas razões:

A primeira é que a possibilidade de Jessie ser absolvido ainda se mantém bastante sólida sendo corroborada por todas as evidências disponíveis. Walter pode também ter a sensibilidade de considerar o motorista da ambulância o maior culpado pelo acidente, e majorar o quinhão da reparação que ele deve, por respeito à desobediência justificada de Jessie. Em ambas as soluções, não mais estaremos defendendo um conflito moral genuíno entre obrigações judiciais e a moralidade ordinária, já que a tentativa de acomodar no veredito a preocupação com o futuro dos arranjos cooperativos voltados para o bem-comum e o retributivismo frágil aponta na direção de uma sobreposição entre a moralidade profissional do juiz e à moralidade ordinária. Dessa forma, não é correto assumir que a posição *default* do juiz seja atribuir, invariavelmente, maior peso aos valores sistêmicos do direito em detrimento dos direitos morais das pessoas. Isso já é mais do que suficiente para rejeitarmos a persistência do dilema do perspectivismo jurídico.

A segunda é que essa solução mais transigente ainda é favorável ao meu argumento, pois se a decisão de repartir a culpa entre os dois motoristas for correta, posso ainda insistir que o juiz praticou um desvio, afinal ele desconsiderou a autoridade da regra que excepcionava a obrigação de os socorristas respeitarem às leis gerais de trânsito, fazendo com que os motoristas de resgate também tenham pontos descontados da sua carteira de habilitação. Essa decisão é, em última análise, compatível com o *particularismo sensível às regras*.

Creio que as razões que apresentei já são suficientes para questionar a correção moral do argumento das convenções coordenativas. Agora mostro como o argumento da equidade é muito menos promissor que todas essas defesas sobre a proteção de interesses e da confiança.

5.3.3. *Contra a igualdade formal*

Há ao menos três dificuldades com o argumento da igualdade. Primeiro porque a intuição de que a igualdade de tratamento deve ser um tipo de razão especial, visto que ela teria uma conexão importante com o papel desempenhado pelo juiz, é um falso positivo.

¹⁹⁵ Wodak & Sarch (2018) defendem decisões judiciais nessas linhas numa estratégia que eles chamam “opções suficientemente satisfatórias” (*Satisficing Options*).

A ideia de tratar casos presentes e futuros como o foram no passado *não é* uma exigência relativa ao papel judicial para além da afirmação bastante trivial de que juízes são sujeitos que lidam constantemente com tomadas de decisão e que consideram as deliberações dos seus antepassados. Mas tratar igualmente casos *que sejam* semelhantes é uma estratégia de deliberação um tanto prosaica, virtualmente qualquer pessoa pode recorrer-lhe, *e. g.*, como quando o pai superprotetor Anselmo considera não autorizar que sua filha de dezesseis anos vá ao show do Gojira no Rock in Rio, baseado no fato de ter impedido que sua irmã mais velha fosse à edição anterior, também quando tinha dezesseis anos. Anselmo nunca confessou às filhas, mas acreditava que, fossem homens, ele permitiria que os menores curtissem shows de Heavy Metal.

O exemplo mezinho acima também já nos revela o segundo problema: a igualdade enquanto fundamento para o Estado de Direito é um método irrazoável para a tomada de decisões que aspiram ser moralmente boas. Não faz sentido Anselmo também impedir que sua caçula vá ao dia do Metal no Rock in Rio pelas razões espúrias que tinha. Se o festival possuía bons padrões de segurança e era permitido à faixa etária das adolescentes, o pai poderia autorizar a menor, pedir desculpas à filha maior pelo erro cometido e, quem sabe, pagar o ingresso para que ela vá ao show, dessa vez com a irmã caçula.¹⁹⁶

O apelo à igualdade de tratamento parece apenas baseado num aspecto intertemporal que perpassa casos que são semelhantes quanto aos seus fatos. Mas esse é um aspecto muito rude para justificar a correção moral de qualquer decisão. Alexander (1989, p. 10) estava certo quando notou que “não há valor de igualdade intertemporal com peso suficiente para apoiar restrições por precedentes; igualdade intertemporal não pode converter uma decisão moralmente errônea em uma correta”.

Essas duas objeções em conjunto mostram que os juízes, em virtude de seus papéis, teriam um poder mágico de utilizar a igualdade de tratamento para justificar a punição dos justificados. Infelizmente, as duas também provaram que papéis não têm esse poder especial e

¹⁹⁶ Alexander defende exatamente esse ponto, embora seu exemplo não favoreça à causa do Heavy Metal tanto quanto o meu. Sobre o argumento da igualdade formal, diz: “Mesmo o caso de decidir se devo permitir que meus filhos assistam a um concerto de rock é enganoso neste ponto. Se os perigos de permitir que uma criança de treze anos compareça ao concerto superam os prazeres, e se minha responsabilidade como pai é tal que não devo permitir que meus filhos compareçam sob essas circunstâncias, então meu erro em relação à minha filha não deveria acarretar peso na decisão de atender ao pedido de meu filho. Seria uma perversão do papel da igualdade como um valor moral invocá-la como uma razão para colocar em risco o bem-estar de meu filho. Minha resposta à previsível queixa de tratamento desigual de meu filho é que é a irmã dele que sofre a verdadeira queixa, a saber, que a coloquei em perigo ao permitir que ela comparecesse. Em suma, o senso de igualdade com peso moral não pode exigir a perpetuação de uma conduta que de outra forma seria imoral” (ALEXANDER, 1989, p. 10). Os dois exemplos mostram que se as razões contra ou a favor da ida aos shows de rock forem boas, o apelo à igualdade de tratamento, não pode ser, ele próprio, um valor moral relevante para a tomada de boas decisões.

que a igualdade de tratamento é uma forma disfuncional para justificar decisões de relevância moral.

A última dificuldade é que a igualdade só consegue atuar como um valor moral desde que os aspectos moralmente relevantes de casos assemelhados recebam o mesmo tratamento. Porém, em se tratando de casos subótimos, há diferenças morais salientes entre seguir uma regra ou decisões passadas conforme as regras que puniram os desobedientes; ou há pelo menos uma única decisão passada em que o juiz não levou a sério o princípio do retributivismo fraco. A igualdade nesse sentido não satisfaz as exigências formais do Estado de Direito, pois ela permite o tratamento diferenciado daqueles que não se encontravam em aspectos morais relevantes com relação aos casos passados, e, portanto, é incompatível com a punição dos infratores justificados (HURD, 1999, p. 221).

5.3.4. *Contra o argumento da eficiência*

Quanto a esse último, para saber se a eficiência pode mesmo ser um argumento constitutivo correto, precisamos questionar o seguinte:

Muito bem, mesmo que juízes fossem deliberadores perfeitos, eles teriam a obrigação de aderir ao direito nos casos subótimos, logo, não poderiam desviar, porque quanto mais aderirem aos padrões jurídicos, mais eficiente será a prestação jurisdicional oferecida a todos. Mas essa eficiência será superior a quê? Somente quando soubermos contra qual cenário a eficiência for superior, poderemos dar razão ao apelo à eficiência.

Já sabemos que a divergência sobre obrigações morais dos juízes opõe teorias mais formalistas compatíveis com o argumento constitutivo e teorias mais particularistas que rejeitam a moralidade relativa dos papéis. Como enaltecem a eficiência, formalistas aceitam que as legislaturas são o poder responsável por substanciar a autoridade legítima das normas jurídicas. Portanto, são elas, ao invés do judiciário, que devem determinar quais são as respostas corretas.¹⁹⁷ Desse modo, se os juízes deferirem à autoridade das regras ao invés de decidirem conforme seus próprios juízos morais, e os resultados forem os mesmos, teremos que dar crédito ao argumento da eficiência.¹⁹⁸ Afinal, teremos que concordar que os juízes particularistas

¹⁹⁷ Teorias de temperamento formalista costumam prestigiar argumentos contrários à legitimidade de revisões judiciais da Constituição e em defesa da deferência das cortes à autoridade das legislaturas. Bellamy (2007), Campbell (2004), Waldron (1999) e Tushnet (1999) são autores que seguem essa linha.

¹⁹⁸ Os resultados da adesão às regras não poderiam ser superiores à deliberação moral dos próprios juízes, pois sob as condições ideais do argumento, os juízes não cometeriam erros de julgamento caso fossem particularistas jurídicos.

perderiam muito mais tempo em avaliar os prós e contras das regras para chegar a resultados idênticos àqueles alcançados pela adesão fiel às regras. Assim, obedecer à autoridade das legislaturas será a opção mais econômica e eficiente. Por isso, juízes precisam punir os infratores justificados.

No entanto, acredito que a defesa de Schauer tenha um erro que invalida a relevância que ele dá à eficiência institucional. A falha está em demonstrar que a eficiência é um valor importante para deliberação judicial até mesmo em um cenário ideal, livre de erros de julgamento. Creio que o valor da eficiência só consegue ser corretamente compreendido nas circunstâncias não ideais que o argumento deixa de lado.

Para ver o problema, temos que pensar sob que circunstâncias os resultados de deliberações baseados na sabedoria legislativa (formalismo) e no raciocínio judicial caso a caso (particularismo) poderiam ser idênticos. Só duas parecem possíveis (HURD, 1999, p. 249-50):

Sob a primeira, as regras promulgadas nunca produziriam problemas de sub ou sobreinclusão. Isto é, os padrões jurídicos sempre determinariam uma decisão que concordaria com o melhor balanço de razões para a agir do juiz particularista. Mas se esse é o cenário, então casos moralmente subótimos jamais aconteceriam em virtude da adesão judicial às regras. Por mais desejável que fosse essa realidade, temo que seja inalcançável. Apenas se os legisladores possuíssem o dom da presciência eles poderiam editar regras que alcançariam o mesmo padrão de excelência das decisões dos juízes infalíveis que Schauer presumiu. Além disso, sob tal hipótese um tanto sci-fi,¹⁹⁹ o problema moral do papel judicial nem sequer seria concebível, já que a sabedoria das regras jamais entraria em conflito com os direitos dos cidadãos, de modo que a moralidade dos juízes *qua* juízes representaria nada mais do que os preceitos da moralidade ordinária ajustados ao contexto da adjudicação.

O segundo cenário dos resultados idênticos é onde o problema da idealização das decisões judiciais livres de erros se torna mais agudo. Se a sub ou sobreinclusão normativa têm que ser constantes para que o argumento da eficiência não ascenda à fantasia, a segunda hipótese será algo como: quando o número acumulado de casos onde as regras legislativamente promulgadas forem sub- ou sobreinclusivas for idêntico ao número acumulado de ocasiões em que os juízes falharam ao considerar com sucesso o melhor balanço de razões para a ação. Então, quando os problemas da generalidade das normas jurídicas entram em cena, o número só será idêntico quando os juízes falharem ao aperfeiçoar a correção moral em parte dos casos subótimos. Mas os juízes não podem falhar conforme estipulado pelo argumento da eficiência.

¹⁹⁹ Uma versão judicial de *Minority Report*, talvez?

Portanto, aí está o erro da argumentação, Schauer quis presumir um cenário ideal onde juízes não cometessem erros de julgamento para mostrar como a eficiência é um valor determinante para o papel judicial, mas ao fazer isso ele se compromete com uma defesa tão descolada da realidade que a característica mais marcante que atribuiu ao raciocínio conforme as regras – nomeadamente a generalização de suas prescrições – efetivamente desaparece. E, quando incluímos os problemas da sub e sobreinclusão, o argumento não pode mais manter a presunção de que os juízes são deliberadores morais impecáveis. Então, a eficiência só pode ser fatorada adequadamente em condições não-ideais.

Ajustado o cenário de comparação, temos que nos perguntar quais são os oficiais, das legislaturas ou do judiciário – considerado todos seus vieses de julgamento e seus interesses sócio-políticos – podem processar casos em menor tempo e com menor número de erros morais. No entanto, em circunstâncias não-ideais, o apelo à eficiência institucional será demasiadamente prejudicado, pois, quando fatoramos as eventuais falhas de julgamento a que estão sujeitos juízes e legisladores, os segundos sofrem uma desvantagem que os primeiros, em condições normais, não possuem. Sabemos que, trivialmente, legisladores atuam em um contexto onde a tomada de decisão é demarcada por escolhas abrangentes sobre direitos e políticas de todos os cidadãos governados pelo direito; ao passo que juízes desempenham um papel institucional num contexto que lhes dá amplo acesso a um montante de evidências muito mais concretas que as informações gerais debatidas pelas legislaturas. Assim, assumindo que todas as provas juntadas durante um processo sejam suficientemente robustas, não podemos afirmar que os juízes têm, decisivamente, uma obrigação especial de obedecer ao direito em razão da eficiência institucional. Pelo contrário, o fato de juízes atuarem num contexto que lhes fornece mais evidências concretas sobre o impacto que as normas jurídicas têm sobre os direitos de cada pessoa dá a eles uma oportunidade superior de cometer menos erros de julgamento que os oficiais do legislativo. Não obstante, a maior oportunidade, devemos ainda reconhecer que a responsabilidade moral do juiz é diretamente proporcional às evidências de fato e de direito que eles têm em mãos para informar sua decisão. Isto é, quanto maior e melhores forem as evidências disponíveis, maior será sua responsabilidade ao emitir uma sentença que justifique o uso da força.

Agora acredito que alguém retruque: “mas agora você mudou o foco totalmente para hipótese de os juízes cometerem menos erros de julgamento que as legislaturas. A eficiência foi praticamente ceifada da discussão!”.

Em resposta, imagino que a ordem dos produtos não altere o resultado, visto que acabei de demonstrar que a eficiência precisa ser fatorada em conjunto com a tendência de que erros

morais de julgamento ocorram. Também apresentei uma explicação, baseada na qualidade das informações em favor ou contra a adesão às razões para agir contidas nas regras. Dito isso, não é justo dizer que ceifei a eficiência da discussão. Certamente concedo que as objeções acima reduziram muito da força que a eficiência tinha no problema da moralidade do papel judicial. Mas penso que esse é o movimento correto, sobretudo quando refletimos mais a fundo sobre quais devem ser as obrigações morais dos juízes.

Para ver esse ponto, imagine um diálogo um pouco acalorado entre um réu moralmente inocente e o juiz que acaba de puni-lo:

INOCENTE: o Sr. não faz jus ao cargo que ocupa! Como pôde me punir? Você não tem escrúpulos?!

JUIZ: se acalme Sr., não se exalte! É Exmo., mas deixa para lá... Você é que se engana. Eu cumpri com exemplaridade com as minhas obrigações de papel. Preciso aderir ao direito, para preservar a eficiência das instituições de justiça.

INOCENTE: É mesmo? Mas isso é irônico, para não dizer trágico! Como pode um juiz condenar quem quer que seja por uma conduta que não merece ser punida? Eu dificilmente violei os direitos de quem quer que seja. Muito pelo contrário, meus direitos morais foram ameaçados. O Exmo. não viu as evidências? O que achou delas?

JUIZ (crispando as mãos): bem... para ser franco, achei elas bastante convincentes! Você agiu da forma certa; fosse eu no seu lugar, faria o mesmo..., mas torço para que jamais me encontre numa situação como a sua. Infelizmente, não tive escolha, precisei puni-lo, se desobedecesse ao direito em casos como o seu a eficiência das instituições de justiça seria prejudicada, muitos confiam nela.

INOCENTE: confiam é? Sempre pensei que as pessoas confiavam nas instituições de justiça porque juízes são os servidores responsáveis por reparar as injustiças que ocorrem com as pessoas!

JUIZ: ora, veja bem, as instituições de justiça têm essa função. Como você não percebe?!

INOCENTE: como poderia? Está louco?! Acabei de ser punido injustamente! E V. Ex.a acabou de admitir que agi da forma correta, que não mereceria ser punido, a não ser pelo diacho da eficiência! Pode me provar que minha punição é um risco para a eficiência?

JUIZ (cofia o queixo): Hummm... não tenho tanta certeza... pensando bem, não é tão simples justificar sua punição com base na eficiência. A não ser que, a não ser que houvesse evidências contundentes de que a sua e a minha eventual desobediência provocassem uma onda descontrolada de desobediências, não só iguais à sua, mas daquelas que são ilegais e injustas

contra os inocentes. Então se houver evidências de que os juízes estão desobedecendo em todos os casos subótimos semelhantes ao seu e transgressões generalizadas estão ocorrendo por causa disso, dá para justificar sua punição!

INOCENTE: É mesmo? E essas evidências, você as tem? É isso o que ocorreu com o meu caso?

JUIZ: não consigo confirmar que esse tenha sido o caso. Isso é mais ou menos um palpite...

INOCENTE: então você acaba de admitir que tem evidências para concluir que não agi da forma errada, mas não tem evidências concretas de que minha absolvição (ou a absolvição de outras pessoas em casos semelhantes ao meu) vai prejudicar a eficiência das instituições de justiça?! Desculpe-me, mas a decisão do Sr. me soa irresponsável!

JUIZ: Senhor... Entenda que...

INOCENTE: não diga nada! Se a eficiência é um problema, porque não contratam mais juizes e servidores na justiça dar remediar a situação? Porque devo pagar por isso? Então a máxima de trabalho dos juízes é “Deixa para lá os direitos dos indivíduos, preserve a eficiência das instituições. Assim traremos justiça?” Que lema incongruente é esse? Ah, e não venha com desculpas! O Exmo. acabou de reconhecer que faz parte do papel judicial evitar que as pessoas sejam injustiçadas.

JUIZ (Engole a seco): ... Éhh, bem... (ouve um barulho na sala contígua)... Desculpe, servidora Marta, é a Sra.? Espere, não vá embora! Preciso de resolver uma diligência processual com a Sra... Sr., só um momento (deixa a sala). Ufa! Ainda bem que o expediente terminou agora, que sorte a minha. Acho que vou deixar minha maleta no gabinete. Aviso a Marta. Tomara que amanhã o dia seja menos estressante! Como esse sujeito consegue ser tão obtuso? Não vê como sou obrigado a preservar a justiça no nosso sistema jurídico?

Não sei quanto a você, mas dou razão ao inocente consternado. É muito difícil satisfazer a hipótese de que a eficiência tem sempre um peso significativo a ponto de superar o retributivismo fraco. A resposta do juiz sobre a solidez das evidências sugere que é somente razoável subjugar o retributivismo fraco pela eficiência quando for possível demonstrar que os desvios em casos subótimos são um risco palpável à estabilidade das instituições de justiça. Meros palpites não dão conta do recado e não justificam a injustiça causada contra os desobedientes justificados. Isso sugere que é o direito de não ser punido injustamente, por extensão o retributivismo fraco, que tem presumivelmente maior peso; de modo que, se ele puder ser superado, será mediante considerações muito sérias, *e. g.*, como o risco sério de ruptura nas instituições de justiça.

Nesse diálogo, o inocente também apresenta uma proposta interessante: a eficiência é um valor importante, e não pode ser deixado de lado. Mas a punição dos desobedientes justificados não precisa ser vista sempre como algo incontornável nos sistemas jurídicos razoavelmente justos. Assim, se erros de julgamento forem inevitáveis e precisamos reconhecer que os juízes têm a responsabilidade avaliar os méritos da imposição da coerção jurídica em todos os casos, já que isso faz parte do seu papel – é sua obrigação moral fazê-lo – não podemos remediar os problemas da eficiência de forma prática, aumentando o contingente de servidores da justiça? Essa proposta parece perfeitamente exequível, embora ela dependa de estudos aprofundados sobre alocação de recursos e, talvez, da pré-disposição para se fazer alterações no design institucional, sobretudo, do poder judiciário.²⁰⁰ Infelizmente, não tenho condições de apresentar qualquer proposta concreta, embora isso não nos impeça reconhecer que há um caminho para valorizar e promover a eficiência da prestação jurisdicional que não entre em conflito direto com o princípio do retributivismo fraco.

Assim, concluo que o argumento da eficiência falha. O valor da eficiência não pode ser considerado uma razão de princípio em favor do argumento constitutivo do Estado de Direito. E já sabemos que uma defesa baseada na propensão de os juízes cometerem erros de julgamento é insuficiente para justificar uma obrigação moral robusta de fidelidade judicial ao direito, já que, não obstante os riscos do erro envolvidos, os juízes não podem ser insulados de avaliar o mérito das razões do direito mesmo nos casos subótimos.

O argumento da eficiência também não pode ser invocado pelos designers institucionais que desempenham funções judicantes como uma razão apropriada para punir ou desencorajar juízes por decidirem de acordo com argumentos morais contrários às regras.

²⁰⁰ Discussões sobre reformas no poder judiciário já são bastante comuns. Por exemplo, nos Estados Unidos, após as eleições presidenciais de 2020, intensificaram-se as discussões para aumentar o número de cortes inferiores de justiça para gerir melhor o volume de casos (ver: <https://thehill.com/homenews/senate/540191-progressive-support-builds-for-expanding-lower-courts>). Já no Brasil, é reconhecido haver um déficit de juízes, bem como a categoria é criticada por receber as remunerações mais vultuosas entre os servidores públicos (o salário dos magistrados chega a ser trinta vezes superior ao salário mínimo brasileiro) (ver: <https://www.cnj.jus.br/ha-deficit-de-19-8-de-juizes-no-brasil/>; https://brasil.elpais.com/brasil/2018/02/01/politica/1517513564_490091.html). Se essas desproporcionalidades se sustentam, e precisam ser modificadas é plenamente possível contratar mais juízes com salários melhor ajustados à realidade salarial da maior parte dos brasileiros. Ver também: Feloniuk (2017) e Gomes & Guimarães (2013), sobre dados estatísticos do contingente de juízes em nosso território (eles também relatam a escassez de levantamentos empíricos sobre o tema); e Choi, Gulati & Posner (2009), demonstrando, através de levantamentos estatísticos, que juízes poderiam receber menos.

5.3.5. *Virtudes desarticuladas*

Essa é a primeira objeção geral. Ela, assim como a que virá a seguir, realça consequências morais inquietantes decorrentes de o Estado de Direito ser considerado um valor profissional insuperável para os juízes em regimes razoavelmente justos.

Chamo a primeira de problema das virtudes desarticuladas. Ele parte da veracidade do perspectivismo jurídico, portanto, assume que o conflito entre as razões fixadas pela moralidade ordinária e pela moralidade do papel judicial é possível e descreve a realidade de nossas divergências morais em torno da adjudicação. Temos então que os cidadãos estão moralmente justificados em desobedecer ao direito em circunstâncias de injustiça; enquanto os juízes, por força do Estado de Direito, têm a obrigação moral de punir os infratores nos casos subótimos. Nesse caso, o valor do Estado de Direito supera o retributivismo fraco quando o tomador de decisão for um ocupante do papel judicial. Isto implica que a tese da correspondência ou paridade moral é falsa quanto à imposição de punições legais. Afinal juízes preservariam a integridade de valores sistêmicos desejáveis. Ao punir até mesmo os desobedientes justificados valores como a liberdade, a igualdade e os interesses públicos do bem-comum estariam protegidos. Diante desse cenário, Hurd nota um efeito bastante inusitado sobre os juízos morais dos cidadãos:

...[E]mbora a punição dos justificados proteja os valores institucionais, ela também incentiva os agentes a fazer, na verdade, o que não se justifica. Ela induzirá os cidadãos a obedecer leis injustas que não devem ser obedecidas e obrigará os juízes a aplicar leis injustas que devem ser subvertidas ou ignoradas. Embora esses resultados possam apresentar virtude institucional, eles são violadores da virtude pessoal. A punição dos justificados apresenta assim, dilemas pessoais. Em alguns casos, os indivíduos têm que agir imoralmente para ser tratados como se tivessem agindo moralmente, e terão que sofrer a culpa institucional associada à imoralidade se honrarem suas obrigações morais. (grifos meus)

O problema das virtudes distorcidas surge porque os argumentos constitutivos do Estado de Direito, que enaltecem uma virtude desejável para instituições não acompanham as virtudes pessoais dos cidadãos. A punição em casos subótimos produz uma sensação de iniquidade moral que, penso eu, não deve ser normalizada.

Reflita a respeito: a necessidade de os juízes punirem os moralmente justificados manda uma mensagem para os sujeitos de direito: de que não importa quão correta tenham sido suas condutas ou quão adequado tenha sido o cálculo das razões que justificaram suas desobediências, precisamos puni-los para preservar as instituições de justiça. Porém, as instituições de justiça enviam uma mensagem errada para os cidadãos quando os pune nos casos

subótimos. Já vimos ao longo dos capítulos que a autoridade do direito tem que ser legítima, isto é, ela deve conseguir prover os indivíduos com uma razão bastante convincente para eles obedecerem às normas do direito.²⁰¹ Como o dilema do perspectivismo tem que ser correto para os argumentos constitutivos do Estado de Direito surtirem efeito, sabemos, trivialmente, que a autoridade jurídica não está sendo justificada para a maior categoria dos seus destinatários – isto é, todos os sujeitos de direito – mas apenas para seus oficiais, especialmente os juízes.

Logo, o resultado entregue pelo dilema do perspectivismo em termos de justificação da coerção é incompleto e insatisfatório.

Creio que também é válido afirmar que resultado é incorreto, porque exige comportamentos paradoxais dos cidadãos diante das normas que eles deveriam obedecer. Por um lado, admite-se que cidadãos podem evocar a moralidade ordinária para justificar que ilegalidades praticaram. De outro, fica a impressão de que esses mesmos cidadãos não deveriam ter desobedecido às regras (ou talvez que eles não deveriam alongar defesas favoráveis à absolvição para não contrariar o Estado de Direito).

Por fim, a necessidade de punir os justificados não me parece adequada pelo ponto de vista das atitudes que os cidadãos devem nutrir em face do direito. É uma expectativa bastante atraente esperar que os cidadãos aprendam com seus erros por terem desobedecido o direito. Porém, quando ele é punido sem uma razão satisfatória para além de preservar as instituições de justiça, a prática do direito retira uma oportunidade para os cidadãos discernirem por si próprios se eles devem confiar ou não na sabedoria das regras. Afinal, se uma pessoa deve ser punida não importa as intenções dos seus atos, como poderemos esperar que os cidadãos aprendam quando uma norma jurídica de fato não merece ser obedecida? O problema da moralidade de papéis cria uma situação ambivalente: os cidadãos estão intitulados a pôr em causa a autoridade legítima do direito, mas não deveriam fazê-lo, porque o direito tipicamente reivindica razões para a obediência que são independentes do conteúdo das suas regras.

5.3.6. *A obrigação dos juízes não é garantir a justiça?*

A segunda crítica geral enfatiza qual seria o propósito para termos um sistema de resolução de conflitos através do direito. Nesse caso, o propósito mais persuasivo parece ser

²⁰¹ “[P]ara um governo ter autoridade, ele deve ser capaz de *criar* obrigações onde não havia uma anteriormente. Ou mais precisamente, deve ter o poder para criar uma *fonte adicional de* ou uma *razão para* obrigações onde não exista alguma anteriormente. Por definição, se um governo tem autoridade sobre uma pessoa, então quando o governo comanda essa pessoa fazer algo, ela tem um dever moral para fazê-lo (ao menos em parte) *porque* o governo assim disse”. (BRENNAN, 2018, p.64)

alcançar um veredito que traga justiça a quem tenha sido ofendido e procure restabelecer uma relativa situação de paz social entre os sujeitos de direito envolvidos no conflito. Então a função de um julgamento será alcançar a justa retribuição das condutas praticadas pelo réu. Mas se esse é o caso, não soa correto afirmar que o propósito da decisão judicial será aplicar uma punição jurídica que seja conveniente para proteger algum objetivo sócio político abrangente, como é o caso do Estado de Direito, não obstante o merecimento do próprio réu sob o putativo mau que cometera. Huemer apresenta essa objeção em defesa da nulidade do júri, e contra o argumento de que os jurados não podem alcançar um veredito que contrarie as regras penais cabíveis para absolver um desobediente justificado. Penso que a conclusão a que Huemer chega é efetivamente a mesma quando os juízes são os tomadores de decisão competentes em casos subótimos. Eis a objeção:

...[S]uponha que você faça parte do júri em um caso em que acredita que o réu não cometeu de fato os atos pelos quais é acusado. Mas suponha que você também acredite que, por qualquer motivo, a maioria dos outros júris, em circunstâncias semelhantes, votaria para condenar o réu. Ninguém argumentaria que, em tal situação, você deveria votar para condenar o réu aparentemente inocente, de modo a garantir maior previsibilidade ou uniformidade no sistema de justiça criminal como um todo. Tais considerações seriam corretamente consideradas irrelevantes; a questão é se esse réu em particular é de fato culpado.

Quer um indivíduo não tenha feito o que é acusado de fazer, quer tenha feito o que é acusado de fazer, mas tal conduta não foi errada é, em qualquer dos casos, injusto puni-lo. E é difícil conceber porque devemos ser mais tolerantes com a imposição de punições injustas em um caso do que noutro. Portanto, é muito difícil conceber como o objetivo de aumentar a previsibilidade nos resultados dos julgamentos pode justificar impor a punição sobre um indivíduo em particular que não fez nada de errado (HUEMER, 2016, p. 9).

Creio que essa objeção está correta. Assim, precisaremos concluir que preservar o Estado do Direito não é a função precípua dos juízes. Na melhor das hipóteses a necessidade de preservar esse valor é parasitária à necessidade de julgar se o réu realmente merece ser legalmente punido pela infração praticada. Portanto, a despeito das aparências, o juiz tem a responsabilidade de avaliar se o Estado de Direito será superado em face do princípio do retributivismo fraco. Também contra as aparências, defender que juízes são os principais agentes subjugados ao Estado de Direito, implica em retirar desses profissionais a responsabilidade de verificar se a imposição da autoridade jurídica é moralmente justificada.

6. OS ARGUMENTOS DA DEMOCRACIA: O ELEFANTE NA SALA DE ESTAR

O argumento da democracia é certamente o mais espinhoso entre todos aqueles que sustentam a moralidade judicial diferenciada pelo seu papel. Isso porque a democracia é o sistema e o valor político mais exaltado e celebrado na prática jurídica e teorias políticas modernas. A grande maioria dos teóricos liberais consideram o contexto democrático o melhor ou talvez o único capaz de produzir decisões legítimas, logo, moralmente vinculantes, quem sabe também corretas. Como veremos em breve há interpretações muito influentes sobre o valor da democracia que nem sequer conseguem entreter a possibilidade de os juízes possuírem a permissão, quanto mais uma obrigação moral de contrariar normas jurídicas democraticamente promulgadas. Se corretas, essas teorias sobre a democracia tornam a adesão moral dos juízes ao direito acima de qualquer suspeita.

Grosso modo, o argumento constitutivo da democracia toma os seguintes passos: primeiro destaca o caráter antidemocrático de relegarmos aos juízes a responsabilidade de tomar decisões contrárias a autoridade das regras. A partir daí, sugere que essa permissão implica um cenário inaceitável que tem que ser coibido. Por fim, conclui que não resta opção a não ser defender que juízes têm uma obrigação moral de aderir ao direito, a despeito de desobediências justificadas serem reconhecidas.

É justo reconhecer que o apelo à democracia é alimentado tanto por um receio, quanto por uma convicção.

O receio é o problema contramajoritário. Não parece legítimo aos cidadãos de democracias liberais se sujeitarem às decisões morais que, em última instância, serão proferidas pelos juízes. Daí, segue-se que juízes não deveriam ter tamanha responsabilidade ou poder para interferir sobre os destinos dos jurisdicionados. Conceder aos juízes permissões amplas para contrariar o direito legislado seria o mesmo que aquiescer à tirania de uma minoria de funcionários públicos. A *juristocracia* seria uma perigosa ameaça às instituições políticas e à própria instituição de justiça. Esse receio não é recente. Ele existia até mesmo entre os principais idealizadores da doutrina da separação dos poderes e dos pesos e contrapesos. Veja abaixo como Alexander Hamilton (1993, LXXVVIII, p.479-482), um dos Federalistas, considerava a força do Judiciário frente aos outros poderes:

O judiciário, em contrapartida, não tem nenhuma influência sobre a espada, nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força, nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa. Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão-somente julgamento...

[...]

Não se pode dar nenhum peso à afirmação de que os tribunais podem, a pretexto de uma incompatibilidade, substituir as intenções constitucionais do legislativo por seus próprios desejos. Isto poderia acontecer tanto no caso de duas leis contraditórias como no caso de toda adjudicação sobre uma única lei. Os tribunais devem especificar o sentido da lei; e, caso se dispusessem a exercer a *vontade* ao invés do *juízo*, isso levaria igualmente à substituição do desejo do corpo legislativo pelo seu próprio. Se esta observação provasse alguma coisa, seria que não deve haver nenhum juiz além do próprio legislativo.

Como notamos acima Hamilton limita as responsabilidades do papel judicial à tarefa de especificar o sentido dos comandos do direito manifestos em norma, quando fala sobre a hipótese de os juízes julgarem conforme uma vontade, aparentemente ele se refere a qualquer decisão particular que desafie a autoridade do legislador. Então, presente nos comentários de Hamilton, está implícita a ideia de que o direito legislado consegue reivindicar autoridade legítima sobre as decisões que os juízes tomarão. Os desvios estariam fora de cogitação.

Já a convicção é de considerar que, em sistemas jurídicos erigidos por democracias liberais, o caráter democrático de suas normas é uma razão geral não só necessária como suficiente para justificar, pelo menos, a obrigação política dos juízes.

Tal crença sobre o valor moral da democracia é tipicamente acompanhado por uma forma de ceticismo quanto à existência de razões morais que podem ser consideradas verdadeiras e corretas independentemente das decisões tomadas em foros democráticos. John Ely e Robert Bork firmam crenças desse tipo em favor da autoridade moral da democracia sobre o judiciário que, em maior ou menor grau, estarão presentes nos argumentos da democracia que criticarei a seguir. Ambos discutiam o problema contramajoritário no contexto do sistema jurídico norte-americano, mas suas falas são virtualmente compatíveis com qualquer contexto jurídico liberal-democrático.

Ely (1980, p. 54) disse: “nossa sociedade não aceita, e com razão, a noção de um conjunto contestável e objetivamente válido de princípios morais, pelo menos não um conjunto que pudesse servir plausivelmente para subverter as decisões de nossos representantes eleitos”.

E Bork (1971, p. 10):

Onde a Constituição não incorpora escolha moral ou ética, o juiz não tem outra base além de seus próprios valores sobre os quais anular o julgamento da comunidade consagrado no estatuto. Essa, por definição, é uma base inadequada para a supremacia judicial. A questão dos valores morais e éticos da comunidade, a questão do grau de dor que uma atividade causa, são questões concluídas pela aprovação e aplicação das leis em questão. O judiciário não tem outra função a não ser a de aplicar os estatutos de maneira justa e imparcial.

Notamos que as mensagens de Ely e Bork são claras. Juízes não podem desviar do direito por razões morais externas ao conteúdo normativo do direito. Eles têm a obrigação de

aplicar o direito em vigor, visto que aparentemente a questão de sua autoridade moral já fora lastreada pelo procedimento democrático que o justificou.

Os motivos elencados acima podem favorecer o dilema do perspectivismo judicial, pois há o enorme receio de que a alocação de poderes decisórios menos restritos no Judiciário é moralmente injustificada, enquanto a crença na autoridade moral das legislaturas *democráticas* soa incontestável. Portanto, talvez a democracia seja o único valor institucional que os teóricos constitutivos precisam. Ela pode atuar como uma razão suficientemente influente ou mesmo conclusiva para a adesão judicial à autoridade do direito.²⁰² Assim, mesmo se concluirmos que Estado do Direito não possui nenhuma ou baixa relevância moral na maioria das ocasiões, a democracia atua como uma segunda linha de defesa para a moralidade relativa do papel judicial. E ela é certamente um valor muitíssimo bem cotado. É possível que muitos nem sequer acreditem que uma conquista civilizatória como a democracia possa ser questionada. Por isso o subtítulo do capítulo “o elefante na sala de estar”, já que a democracia atua como um valor e um sistema de governo demasiado importante, ele atrai todas as atenções e parece muito difícil questionar a autoridade moral que o direito reivindica através dela.

Contudo, a despeito de sua importância, creio que os argumentos constitutivos da democracia que enfrentarei logo mais são mais intimidantes que plausíveis. Espero demonstrar que o valor da democracia, apesar de extremamente relevante, é incapaz de reivindicar a autoridade moral que aparenta possuir, sendo, portanto, incapaz de constituir obrigações morais. A estrutura da argumentação não será novidade àqueles que acompanharam minhas críticas às teorias sobre a obrigação política: a democracia será rejeitada como um valor relativo ao papel dos oficiais do direito, em razão do retributivismo fraco e da tese da correspondência moral. Assim, pode até ser possível que a democracia consiga prover obrigações morais gerais a qualquer agente, mas dificilmente elas terão grande peso, por isso a moralidade judicial

²⁰² Segundo Hurd, no jargão da racionalidade prática, o argumento da democracia pode ser ao menos capaz de criar “razões independentes do conteúdo de primeira ordem para se agir conforme o legislado que devem ser adicionadas ao equilíbrio das razões para a ação anteriores. Assim, o fato de uma legislatura democrática ter alcançado uma decisão particular funciona como razão adicional para que os juízes se conformem a esse resultado. Quando a legislação sobre um assunto particular foi aprovada, os juízes dispõem de uma razão para a ação da qual a legislatura não dispunha, nomeadamente, o fato de um corpo democrático ter se manifestado. Este fato tem que ser acrescentado às razões previamente existentes para a obediência (que foram relevantes para a decisão da legislatura) e sopesados contra as razões para a ação previamente existentes em prol de uma conduta alternativa (que também eram concernentes à decisão da legislatura). No caso de o valor inerente à democracia proporcionar uma razão de peso para a obediência, ele poderá ser suficiente para fazer oscilar o equilíbrio de razões previamente existente para a ação. Como consequência, o valor interno da democracia pode tornar correto para os juízes o que era errado para a legislatura legislar”. (HURD, 1999. p. 238-39);

acompanhará a moralidade ordinária, e o dilema do perspectivismo é dissipado em favor da desobediência de ambos os agentes.

Mas, antes de partir para os argumentos e às objeções propriamente ditas, preciso diferenciar dois conjuntos de teorias sobre a democracia, já que apenas uma delas conseguirá oferecer alguma base para a pretensão que os teóricos constitutivos querem estabelecer.

6.1. Se a democracia fosse outra coisa, ela seria semelhante a uma ferramenta, uma pintura ou uma pessoa?

Há duas grandes classes de teorias sobre o valor das democracias. A maior parte delas rastreia o valor de democracia sobre tomadas de decisão baseadas no sufrágio universal, onde o voto de qualquer cidadão tem o mesmo peso. Ficam de fora as teorias menos comuns, como lotocracias. Só as concepções mais tradicionais são consideradas aqui.

De um lado há teorias instrumentalistas. Do outro procedimentalistas.

Teóricos dessas duas correntes oferecem respostas bem distintas a respeito do valor que podemos atribuir às democracias. Se perguntados “*que tipo de valor a democracia tem?*”, as respostas mais didáticas que eles darão a um leigo seriam mais ou menos assim:

Instrumentalista: democracias são como martelos! Martelos geralmente servem para cumprir uma função mais ou menos específica: pregar objetos. E eles costumam ser muito bons nisso. Diria o mesmo sobre a democracia, ela tem valor instrumental, ela é uma ferramenta que os governos empregam para cumprir um propósito mais ou menos específico, tomar boas decisões sobre os direitos das pessoas.²⁰³

Procedimentalista: discordo! A explicação anterior é muito redutora, para não dizer equivocada. Acredito que democracias têm valor como ao que uma pintura de *Van Gogh* teria... ou mesmo uma pessoa! Decisões democráticas são valiosas porque elas expressam algo que nos toca. Elas são valiosas por si mesmas.²⁰⁴ Nós devemos nos apegar ao procedimento democrático, os resultados são de menor importância.²⁰⁵

²⁰³Richard Arneson (2003), Jason Brennan (2016), Christopher Freiman (2020) e Steven Wall (2007) são exemplos de instrumentalistas.

²⁰⁴ “Ao contrário de qualquer outra forma de governo, a democracia tem valor intrínseco graças ao seu procedimento, e esse valor deve ser incluído no cálculo do valor da ordem política. Assim, mesmo que algum outro procedimento não democrático leve a melhores resultados que a democracia, algo de significado moral é perdido se o resultado não for devido ao procedimento democrático”. (BYRNES, 2015, p. 4).

²⁰⁵ São teóricos simpáticos ao procedimentalismo Joshua Cohen (2002), Thomas Christiano (1996), Jürgen Habermas (1996) e Jeremy Waldron (1995; 1999). Esse último transparece o ideal procedimentalista na obra “*Dignidade da Legislação*” em alusão à legitimidade moral que a tomada de decisão democrática possuiria nas legislaturas. Apesar da “dignidade” aproximar o valor de uma democracia ao valor intrínseco de uma pessoa, há

Dentre as correntes acima, o instrumentalismo é incapaz de favorecer o dilema do perspectivismo judicial. Assim como algumas teses instrumentais do Estado de Direito, essa vertente democrática não vê a democracia como um regime político que produz resultados que devamos considerar corretos ou justos. Portanto, decisões democráticas não têm, necessariamente, valor moral, o método democrático é uma mera ferramenta. Caso exista uma ferramenta que cumpra a mesma função de um martelo com menos esforço, *e. g.*, uma pistola pneumática de pregos, podemos substituir o martelo sem prejuízos. Analogamente, caso haja uma forma de decisão que alcance os mesmos ou resultados superiores à democracia em termos de justiça e correção moral, o *instrumentalista* privilegiará ela ao invés da democracia. A comparação também se mantém à possibilidade de coisas de valor instrumental serem utilizadas para cumprir propósitos escusos, que se distanciam do seu ideal funcional. Martelos, assim como facas podem funcionar como armas brancas; decisões democráticas também podem ser direcionadas contra os direitos das minorias. Como o valor moral das decisões democráticas é estimado em função dos resultados corretos que o procedimento pode oferecer, as razões da democracia têm apenas qualidade epistêmica.²⁰⁶ Elas fornecem aos juízes uma razão para decidir que normalmente é bastante confiável. Por isso, eles devem levá-las em conta em qualquer julgamento, embora não precisem aderir-lhes quando sentenciam. O juiz pode desviar do direito tão logo demonstre que o retributivismo fraco não possa ser desrespeitado.

Só nos resta o *procedimentalismo* como a fonte para os argumentos constitutivos da moralidade judicial. E concepções desse tipo têm propósitos deveras constitutivos. Ao contrário dos instrumentalistas, teóricos procedimentais consideram a democracia uma forma de tomada de decisão virtualmente insubstituível e que é hegemônica sobre as demais. A democracia é considerada tão importante, que as decisões dela resultante têm um peso enorme.²⁰⁷

Se o instrumentalista valoriza a capacidade de as decisões democráticas rastream resultados moralmente corretos ou justos, o procedimentalista praticamente inverte a ordem dos

quem interprete o procedimentalismo de Waldron como um argumento expressivo sobre o valor da democracia: “[...] Waldron fia-se a duas ideais importantes: primeiramente, há um valor expressivo em afirmar um comprometimento com a comunidade política; e em segundo lugar, que a natureza da política enquanto ação coletiva pública é estruturada pela arquitetura constitucional” (LATHAM-GAMBI, 2021, p. 242-43). Nesse caso, o valor da democracia se aproxima mais a uma pintura que uma pessoa. Sobre argumentos intrínsecos e expressivos da democracia ver Brennan (2016).

²⁰⁶ Autoridades epistêmicas em questões morais “dão razões para crer na verdade (ou falsidade) de proposições deontológicas, mas não fornece razões para a ação. As diretivas de uma autoridade teórica [ou epistêmica] são, então, plenamente evidenciais. Quando se preocupam com questões normativas, não afetam o balanço de razões sobre a questão principal do que uma pessoa deve fazer; ao invés disso, elas afetam o balanço de razões sobre a questão subsidiária das evidências disponíveis a respeito da questão principal. Os pronunciamentos de uma autoridade teórica nos dão razões para acreditar em razões para ações previamente existentes e geradas por fatos morais previamente existentes e são, assim, inteiramente dependentes de conteúdo”. (HURD, 1999, p. 154).

²⁰⁷ Ouso dizer que muitos de nós consideram esse peso quase absoluto.

fatores: a democracia é responsável por constituir resultados que a maior parte ou todos nós devemos acatar como justos ou corretos.²⁰⁸ Seus idealizadores acreditam não haver padrões morais independentes das práticas democráticas, que nos permitiriam desafiar sua autoridade e desobedecer às suas diretivas, a não ser através de meios democráticos de protesto. Procedimentalistas são bastante apegados à ideia da moralidade política. Eles têm a convicção de que a política é o lugar onde as disputas morais ocorrem e são resolvidas, a democracia deve ser o fórum de deliberação onde as melhores decisões morais são feitas. De modo geral, procedimentalistas se afeiçoam à seguinte ideia:

Em uma sociedade democrática, nenhum critério moral independente-do-processo pode ser mencionado para estabelecer o que é considerado um exercício prejudicial, injusto ou moralmente injustificado do direito de voto, pois o voto é um dispositivo que só é exigido precisamente quando os cidadãos discordam sobre o que é considerado prejudicial, injusto e moralmente injustificado. (GONZÁLEZ-RICOY, 2012, p. 50).²⁰⁹

Noutras palavras, esses teóricos acreditam que se dado procedimento for democrático ele pode ser uma razão mais do que suficiente para justificar a autoridade moral do direito. Se corretos os procedimentalistas podem suportar a moralidade relativa dos juízes e o conflito moral entre suas obrigações profissionais e as razões morais dos desobedientes justificados. Agora apresento como as defesas procedimentais explicam a autoridade moral do direito democraticamente legislado e as razões pelas quais considero elas não só implausíveis enquanto teorias sobre o valor da democracia, como incapazes de impor obrigações morais sobre os juízes. Elas são três: o majoritarianismo simples, o modelo da democracia deliberativa, e o procedimentalismo de Waldron.²¹⁰

²⁰⁸ Brennan (2018, p. 199) pensa que se procedimentalistas acreditam em normas morais objetivas independentes ao procedimento democrático, elas são limitadas àquelas que determinam somente como devemos tomar decisões morais e políticas, mas não o que nós decidimos. Por exemplo, se é necessário tratar com igualdade as pessoas e suas opiniões sobre questões morais e políticas, tal igualdade justifica o procedimento democrático. A partir daí todas as decisões tomadas em foro democrático são justificáveis independentes de seu conteúdo, mas em função do procedimento decisório adotado.

²⁰⁹ Habermas (1998, p. 397) se compromete a ela, segundo ele o processo democrático representa um caso de justiça procedimental pura, “porque no processo democrático não há critérios de correção disponíveis independentes do procedimento; a correção das decisões depende somente no fato de que o procedimento foi realizado”. Cohen (2002, p. 95) também acena em favor desse ideal, ao argumentar que os participantes da sua concepção de democracia “se consideram vinculados somente pelos resultados de sua deliberação e pelas pré-condições para tal deliberação”; também que “os limites sobre a autoridade do soberano não são dadas “de fora” – digamos, por uma autoridade superior, ou por leis, ou princípios morais com os quais as pessoas se consideram obrigadas a cumprir – mas pela natureza intrínseca da soberania construída através do pacto social” (COHEN, 2010, p. 68).

²¹⁰ Essa exposição não é exaustiva, e há outros argumentos sobre a democracia capazes de explicar o dilema judicial. Optei por restringir minha análise sobre os argumentos procedimentalistas abaixo porque eles estão entre os mais comuns e influentes. O leitor encontra outros argumentos constitutivos que recorrem ao valor moral da democracia em Hurd (1999, p. 226-52)

6.2. O majoritarianismo simples

De acordo com o majoritarianismo simples o assentimento da maioria dos membros da comunidade é suficiente para conferir autoridade a governos e às suas normas jurídicas. Como resultado, oficiais do direito como os juízes estão moralmente intitulados (quando provocados) a exigir o cumprimento de obrigações jurídicas por parte dos cidadãos ou mesmo puni-los em caso de desobediência.

O problema desse argumento é que ele requer muito pouco para impor o uso da força contra os sujeitos de direitos. Isso porque as opiniões de um grupo numeroso de pessoas normalmente não bastam para justificar a imposição de obrigações ou a coerção sobre minorias, mesmo quando consideramos sociedades liberais. Huemer (2013, p. 59) apresenta um cenário comezinho onde as exigências de uma maioria não se justificam:

Um professor de filosofia política marcou um *happy-hour* com seus alunos e outros professores para comemorar aprovação de todos os discentes naquele semestre. Todos beberam, comeram e se divertiram bastante. Quando a conta chegou, professores e alunos discutiram como repartir os gastos. Todos concordaram em dividir o pagamento das refeições igualmente, mas alunos e professores divergiram quanto às bebidas. Um dos professores propôs que todos também dividissem essa despesa, mas alguns estudantes sugeriram que o professor de filosofia política pagasse para todos. Afinal, a ideia partira dele. Ele era o anfitrião. Inclusive se sentara no lugar de honra da mesa! A proposta dos alunos agradou os outros professores, mas nosso anfitrião educadamente recusou. “Vamos fazer uma votação então!” A maioria aceitou o procedimento. A contagem foi fácil, apenas anfitrião votou contra. Os alunos então bradaram em uníssono: “Agora, pague nossas cervejas!”.

Baseado nesse resultado, e no procedimento de decisão adotado, por mais democrático aparentasse – afinal todas as opiniões tinham o mesmo peso, e todos participaram – é implausível admitir que o professor ficou moralmente obrigado a pagar todas as cervejas. Ainda mais porque o encontro era casual e o professor não devia dinheiro, sequer favores aos convidados.

Suponha que o professor tenha resistido e que os demais, contrariados, não se opuseram naquele momento. Todos acabaram dividindo a conta. No entanto, ao se despedirem, os alunos e professores que se apegaram fortemente ao procedimento majoritário deixaram claro que a atitude do anfitrião não passaria impune. Isso justifica o direito para a maioria enviar um cobrador de dívidas para constranger o anfitrião a pagar o “débito” contraído? Quem sabe uma

interpelação judicial? Se provocado, um juiz estará eticamente obrigado a coagir o professor desobediente? Parece evidente que não.

Portanto, o majoritarianismo simples é uma concepção de autoridade democrática ingênua. Apenas colher igualmente as preferências dos participantes em contextos ético-normativos, é insuficiente para justificar a imposição da força sobre uma minoria desobediente.

Na realidade, penso que esse argumento dificilmente é proposto por qualquer teórico sensato. Apesar disso, creio que ele não pode ser ignorado. Primeiro porque o majoritarianismo simples não deixa de ser uma solução bastante recorrente sobre a aparente força moral que as decisões com viés democrático têm. É muito plausível admitir que, quando pessoas em geral falam sobre decisões democráticas, elas ao menos têm em mente a noção mínima de que o resultado do procedimento é determinado pela regra da maioria, mesmo que sua justificação requeira argumentos muito mais sofisticados.²¹¹

Desse modo, para ser justificável, é necessário que o procedimento democrático de decisão ofereça algo mais que a contagem das opiniões dos sujeitos. Além disso, Huemer (2013, p. 60) plausivelmente reconhece que o exemplo contra o majoritarianismo simples,

Impõe um ônus argumentativo sobre os defensores da autoridade democrática, um ônus de identificar algumas circunstâncias especiais que se aplicam ao governo, que explicam por que, no caso do governo, o apoio da maioria fornece justificação adequada para a coerção, mesmo que ele não seja suficiente para outros sujeitos.

Isto é, tem que haver uma explicação do porquê os procedimentos democráticos, a níveis político e governamental, são capazes de justificar o uso da coerção de um modo que não surge noutros contextos. Ou ainda, podemos dizer que as teses procedimentais têm o fardo de justificar como o âmbito político é um contexto de deliberação que constitui *obrigações especiais* sobre os agentes que precisariam aderir às normas jurídicas que lá foram estabelecidas.

Por isso, a seguir veremos duas dessas respostas mais sofisticadas. Ambas, embora de maneiras diferentes, explicam que tomadas de decisão verdadeiramente democráticas têm um *algo mais* que tornam seus resultados justificáveis em função do procedimento proposto.

²¹¹ Waldron (1999, p. 283), por exemplo, admite que “ninguém pensa que qualquer grupo antiquado de pessoas tem o direito de impor uma decisão aos outros, simplesmente com o fundamento de que há mais indivíduos a favor da decisão do que contra ela. Democracia e decisão majoritária fazem sentido moral somente sob certas circunstâncias”.

6.3. A democracia deliberativa

Os teóricos da democracia deliberativa argumentam que o procedimento democrático só pode ser valioso por si mesmo porque ele representa um fórum de deliberação que concede a todos os seus participantes o igual direito à palavra. Nesse contexto, todos os cidadãos poderão discutir razoavelmente suas visões contrárias, visando sempre o consenso geral. Assim, todos compartilhariam o mesmo poder político, responsabilidade e influência sobre assuntos sensíveis aos direitos e interesses de todos na comunidade.

Portanto, o aspecto mais marcante que esses teóricos atribuem à democracia são as circunstâncias para a deliberação que esse sistema político proporciona. Esse é o algo *mais* que distingue democracias genuínas do majoritarismo simples, já que esses teóricos não admitem que os procedimentos democráticos sejam redutíveis à mera contagem de votos. A ênfase na deliberação procura demonstrar como a esfera da política é provavelmente a única capaz de prover autoridade moral ao direito.

Os representantes mais influentes dessa concepção são Joshua Cohen e Habermas.²¹² Dada a densidade de pressupostos filosóficos específicos que esses teóricos empregam, não poderei apresentar todas as nuances e minúcias de cada proposta, sobretudo a habermasiana.²¹³ Por isso, apresentarei as premissas centrais do modelo deliberativo de Cohen, já que sua exposição é mais direta e simples de compreender que a de Habermas. Não ignorarei Habermas, mas me limito a apresentar somente alguns pontos relevantes onde ele discorda de Cohen.

Não estou sozinho nesse diagnóstico. Filósofos políticos influentes enxergam pontos de convergência entre ambos. Por exemplo, Christiano & Bajaj (2017, p. 384-86) e Estlund (2009, p. 90-93) destacam a coalescência de opinião entre os autores, que desenvolveram suas respectivas teorias à mesma época, inseridos nos mesmos círculos de debatedores, como é o caso de Rawls, que influenciou em certa medida as leituras procedimentalistas de ambos. Mais importante, os próprios autores reconhecem essas semelhanças. Cohen o fez em “*Reflections on Habermas on Democracy*” (1999). Já Habermas (1996, p. 305-06) reconhece textualmente que os critérios que Cohen especifica em seu modelo deliberativo, apresentado abaixo, estão na direção correta.

²¹² Há muitos outros como Benhabib (1994), Dryzek (2002), Gutmann & Thompson (2004). Todos eles compartilham a mesma tradição filosófica da teoria crítica e da ética discursiva.

²¹³ A teoria de democracia deliberativa de Cohen compartilha muito da filosofia moral e política de Rawls. A de Habermas é derivada da extensamente de teorias críticas e do discurso desenvolvida pelos filósofos da Escola de Frankfurt. Ao menos para os filósofos da tradição analítica, as obras de Habermas e de outros teóricos críticos são bastante enigmáticas e intrincadas, seja pelo estilo da prosa ou dos termos de arte próprios que esses filósofos empregam.

As divergências entre ambos acabam se concentrando mais quanto à amplitude de suas concepções sobre as comunidades políticas. Habermas sugere que a deliberação ocorra sob os auspícios das estruturas institucionais, organizadas em benefício das condições ideais de fala que o domínio político proporciona.²¹⁴ Já Cohen é menos reservado, pois sugere que a deliberação ocorra em contextos mais amplos, que vão além de associações políticas e civis com fins políticos, incluindo também espaços organizacionais, sindicatos de trabalhadores, condomínios e associações de moradores, a esfera familiar e círculo de amigos.²¹⁵

Cohen e, seguramente, Habermas articulam algumas condições que confeririam autoridade legítima às decisões democráticas. Segundo Cohen, o aspecto deliberativo da democracia é fundado num ideal intuitivo de uma associação onde a justificação dos seus termos ocorre através de razões públicas entre cidadãos em posição de igualdade (COHEN, 2002, p. 91-94). De acordo com ele, um modelo de democracia deliberativa precisa conter um conjunto de características formais (F) e atributos substanciais (S) que corresponderão à proposta de um *procedimento deliberativo ideal*:

Os formais são:

- (F1) A democracia é uma associação independente cujos membros esperam que ela se perpetue para um futuro indefinido;
- (F2) Os cidadãos compartilham a ideia de que os termos dessa associação proveem uma estrutura para suas deliberações. Também se comprometem em coordenar suas atividades através das instituições que tornam essa deliberação possível e conforme as normas resultantes de suas deliberações;
- (F3) A democracia deliberativa é uma associação pluralista, de modo que os cidadãos têm diversas concepções de vida boa. Enquanto compartilham o comprometimento com a resolução deliberativa dos conflitos, embora tenham concepções de bem divergentes, não pensam que um conjunto particular de preferências ou convicções é mandatório.
- (F4) Os cidadãos consideram os procedimentos deliberativos como uma fonte de legitimidade;

²¹⁴ “Em contraste a Cohen, gostaria de compreender o procedimento do qual decisões procedimentalmente corretas extraem sua legitimidade – um procedimento que específico de modo mais apartado no que se segue – como a estrutura de um sistema político separado, organizado constitucionalmente, mas não como um modelo para todas as instituições sociais (e nem mesmo para todas as instituições de governo)” (HABERMAS, 1996, p.305).

²¹⁵ Cohen (2002, p. 102-03) sugere que a maior amplitude dos ambientes de deliberação é necessária para assegurar a legitimidade moral das decisões democráticas, pois são capazes de articular mais concepções de bem comum, que poderiam ficar de fora em ambientes institucionais que costumam limitar mais o acesso à deliberação aos cidadãos que já possuem maior contato com a vida pública.

(F5) Os membros reconhecem uns aos outros como dotados de capacidades deliberativas. Isto é, a capacidade para participar num intercâmbio público de razões e para agir de acordo com o resultado de tais razões públicas.

As ditas substanciais são:

- (S1) A deliberação ideal é livre quando satisfaz duas condições: (a) seus participantes se consideram vinculados apenas pelos resultados de sua deliberação e a consideração das propostas não é limitada pela autoridade de quaisquer normas ou requerimentos; (b) os participantes supõem que podem agir conforme os resultados da deliberação e tomam como razão suficiente para obedecerem a ela;
- (S2) A Deliberação é arrazoada no sentido em que os participantes são inquiridos a apresentar suas razões para avançar suas propostas, suportando ou criticando-as. Eles fornecem razões na expectativa de que elas selem o destino de suas propostas. Essa condição enfatiza que as escolhas coletivas devem ser feitas de *modo deliberativo*, ou seja, não basta que essas escolhas apenas se ajustem às preferências dos cidadãos;
- (S3) Os participantes estão ambos em posição de igualdade formal e substancial. Todos têm igual voz na decisão. Eles não se consideram vinculados por um sistema vigente de direitos, a não ser que ele estabeleça uma estrutura para a deliberação livre entre os iguais;
- (S4) A deliberação ideal procura alcançar um consenso racionalmente motivado, de modo que as razões sejam persuasivas a todos que estão comprometidos em agir em função dos resultados. Mesmo sob condições ideais não há promessa de que o consenso unânime seja alcançado. Assim sendo, a deliberação é encerrada pelo voto baseada em alguma regra da maioria.

Embora Habermas considere todas as características acima plausíveis, ele diverge do quanto ao propósito que Cohen atribui ao *ideal de democracia deliberativa*. Isso porque Cohen (2002, p. 92) enxerga sua proposta deliberativa como um ideal “que se destina a fornecer um modelo para instituições se espelharem”. De fato, Habermas chega a sugerir que o domínio democrático da política representa uma *situação ideal de fala*, essa situação coincide com o fato de que num fórum deliberativo, os sujeitos se reúnem com o propósito de alcançar um consenso racional sobre regras e princípios que afetarão a todos. Nesse contexto as pessoas conseguiriam avaliar as afirmações das outras somente com base na razão, num ambiente de igual respeito e consideração, onde os debatedores estariam livres de interesses e influências coercivas não racionais. Então muito das condições F(1-5) e S(1-4) de Cohen são captados pela *situação ideal de fala*. Apesar disso, embora Habermas antes atribuísse propósitos

semelhantes aos de Cohen, ele não mais o faz. Habermas agora pensa que a *situação ideal de fala* não é um modelo a ser espelhado pelas democracias reais, mas é um aspecto de discurso moral e político que já se encontra implícito nas práticas democráticas atuais.²¹⁶ Alguns comentadores dizem que Habermas o considera um “contrafactual pragmático”, como um ideal “contextual-transcendente” ou mesmo uma “ficção operacionalmente efetiva” na prática que os sujeitos têm que assumir para que a deliberação possa de fato ocorrer (GLEDHILL, 2015 p. 13; MCCARTHY, 1988, p. xviii); FULTNER, 2011, p. 64). Por isso, a interpretação que Habermas dá à situação ideal de fala com vistas à democracia deliberativa parece ser a seguinte:

Habermas não acredita que as pressuposições da comunicação precisam ser realizadas plena ou perfeitamente no discurso e na prática democrática. Seu ponto é muito mais sutil: de que as próprias pessoas fazem tais pressuposições na comunicação e na democracia. Essas idealizações são uma parte implícita da comunicação, mas apenas como idealizações que constituem a própria prática. Elas são, nesse sentido, suposições contrafactuais que as pessoas tentam realizar na prática, em parte obtendo sucesso e em parte fracassando. Isso dá às práticas como a democracia deliberativa um caráter aberto, contínuo. Na medida em que a comunicação e a argumentação falham – aquelas que resultam em mal-entendidos, atormentadas pelo poder ou pela desigualdade – as pessoas devem fazer mais tentativas para esclarecer suas intenções e se comunicar através das diferenças de poder e desigualdade. Essas práticas sempre ficam aquém dos seus objetivos até certo ponto. Não obstante, dizer que elas contêm pressupostos idealizados não é impor-lhes princípios morais, nem os restringir, canalizá-las ou limitá-las, mas, simplesmente, traçar as atitudes que as pessoas já tomam ao realizá-las. (OLSON, 2011, p. 143)

Com isso Habermas espera oferecer uma teoria capaz de justificar a autoridade de regimes democráticos, já que eles aparentemente não precisam ser genuinamente deliberativos, isto é, não precisam, necessariamente, cumprir com exemplaridade todas as exigências estipuladas, como é o caso dos critérios do tipo (S)-(F) de Cohen. Tanto é o caso que Habermas considera seu procedimentalismo deliberativo a representação de uma racionalidade procedimental pura, embora *imperfeita*:

É imperfeita porque o processo democrático é estabelecido de modo a justificar a presunção de um resultado racional sem ser capaz de garantir que o resultado é correto. Por outro lado, também é um caso de justiça procedimental pura, porque no processo democrático não há critérios de correção disponíveis independente do procedimento; a correção das decisões depende somente do fato de que o processo foi de fato realizado (HABERMAS, 1998, p. 397).

²¹⁶ Rasmussen (2019, p. 184) pontua que “se há uma generalização que pode ser feita com relação ao uso de Habermas sobre a situação ideal de fala, é que quando ela apareceu pela primeira vez como uma ferramenta epistemológica ela estava sob a rubrica da idealização. Noutras palavras, ela foi formulada como uma forma de ideia transcendental kantiana. Posteriormente, ela foi substituída por uma referência a regras de argumentação com ênfase muito menos notável na idealização”. Habermas (1994, p.163-64) expressa essa mudança e admite que seu termo de arte “*condições ideais de fala*” pode ser enganoso.

Através desses critérios notamos que uma teoria deliberativa da democracia possui credenciais constitutivas, ou seja, ela concebe que práticas sociais democráticas constituem direitos e obrigações legais, e também morais, para os indivíduos que se sujeitam à sua autoridade.²¹⁷ Portanto, a teoria comporta intuições a respeito de as obrigações morais judiciais serem relativas ao papel.

Nesse aspecto, é Habermas quem esclarece quais são os limites que os tribunais devem respeitar ao interpretar o direito aos casos concretos. Segundo ele, estando as normas jurídicas justificadas pelo procedimento deliberativo, os juízes têm autoridade para interpretar o direito através de um *discurso de aplicação*. Essa forma de discurso é contrastada ao *discurso de justificação* que seria aquele realizado nas legislaturas, através da deliberação democrática entre os cidadãos e seus representantes políticos. Enquanto no contexto legislativo o discurso dos participantes pode e deve englobar todas as razões para a ação disponíveis, no contexto judicial os juízes precisam se restringir a um juízo de adequação das normas jurídicas válidas sobre os casos concretos.²¹⁸ Isso é evidência de que Habermas não admite que qualquer decisão judicial, por mais bem fundamentada que seja, é capaz de desconsiderar normas jurídicas nos casos subótimos. Então, aparentemente juízes não podem desviar do direito, já que, *qua* juízes, eles teriam a obrigação moral de se ater apenas ao conteúdo das regras, quem sabe avaliar razões para a ação para além das normas em casos de lacuna e indeterminação, desde que autorizados pela ordem jurídica.

Por isso, o argumento da democracia deliberativa dá vazão ao dilema do perspectivismo judicial da seguinte maneira: é possível que a desobediência do infrator legal fosse moralmente justificável, *all-things-considered*, de modo que não seria razoável que se exigisse dele conduta adversa, dadas as circunstâncias. Noutras palavras, as razões para a ação do sujeito contrárias

²¹⁷ Como já demonstrei isso é comum entre os deliberativistas, também filósofos da teoria crítica. Eles tipicamente manifestam grande ceticismo quanto à existência direitos morais naturais cuja força e justificação não independeriam da deliberação democrática. Isso não só permitiu que esses filósofos defendessem o procedimentalismo, como também acreditassem que direitos legais são a materialização moral dos direitos dos cidadãos expressos nas regras e princípios jurídicos. Veja como Habermas (1996, p. 189) é claro quanto aos propósitos constitutivos da democracia: “A lei democrática, então, é caracterizada pelo fato de que as decisões jurídicas sobre qualquer que seja o conteúdo são combinadas com pressuposições procedimentais bastante definidas. A gênese democrática – não os princípios *a priori* dos quais o conteúdo das normas teria que corresponder – provê o estatuto legal com sua justiça: ‘A justiça do direito é garantida pelo procedimento particular através do qual ocorreu seu advento’”.

²¹⁸ “Apenas legisladores políticos têm acesso ilimitado a razões normativas, pragmáticas e empíricas, incluindo aquelas constituídas por meio de resultados de compromissos justos, embora tenham esse acesso apenas no âmbito de um procedimento democrático destinado à justificação dessas normas. O judiciário não pode fazer o uso que lhe aprouver das razões contidas nos estatutos e vinculadas a eles, essas mesmas razões desempenham um papel diferente quando os tribunais, atentos à coerência do ordenamento jurídico como um todo, as empregam em um discurso de aplicação voltado para decisões consistentes ao longo do tempo” (HABERMAS, 1996, p. 192). Ver também Baxter (2011, p. 101), Fultner (2011, p. 129-31) e Thomassen (2010, p. 10) sobre a distinção habermasiana entre os discursos de justificação e de aplicação.

às normas jurídicas superaram sua eventual obrigação política. No entanto, infelizmente, esse sujeito de direito deve ser punido pelos juízes já que as razões para a sua desobediência não foram objeto do escrutínio deliberativo necessário para lhe conferir legitimidade. Também, porque o domínio da adjudicação não é o contexto apropriado para questionar a força moral do direito. Então, os juízes, em razão do papel que ocupam e do contexto em que exercem sua função, teriam, pelo menos, razões morais de peso suficiente para obrigá-los a punir quaisquer infratores, em respeito ao valor que o procedimento democrático reivindica.

Outra maneira de interpretar o que ocorre com as obrigações morais dos sujeitos de direito e dos juízes sob o argumento deliberativo é sustentar que o conflito moral é meramente aparente. Logo, o dilema moral é dissipado em favor da autoridade democrática. Nesse caso, a moralidade ordinária e a moralidade judicial não entrariam em conflito já que ambas apontam para a mesma direção: sujeitos de direito e juízes têm obrigação moral com relação ao direito produzido a partir de decisões democráticas, pois elas são as únicas capazes de prover decisões que todos os participantes aceitariam como corretas, por respeito ao procedimento discursivo. Sob essa leitura o problema moral dos casos subótimos nem sequer soa inteligível para o defensor das teorias deliberativas da democracia; o desobediente não teria base para sustentar que a imposição ao direito sobre sua conduta é injusta, porque o somente um procedimento deliberativo democrático conseguiria determinar se a infração legal foi justificada ou não. Nesse caso, qualquer razão para a ação diversa à autoridade das normas jurídicas jamais superaria a obediência das decisões democráticas por parte dos sujeitos de direito.

Não importa qual é a conclusão que as teorias deliberativas querem impor sobre os juízes, vou me opor a essas duas leituras e argumentar que o dilema do perspectivismo judicial tem que ser resolvido em favor do retributivismo fraco, porque esses argumentos da democracia não conseguem justificar a autoridade do direito como pretendido. É o que faço a seguir.

6.4. Onde está a democracia deliberativa?

A objeção mais forte contra as teorias deliberativas demonstra que elas estipulam critérios idealizados demais para justificar a autoridade reivindicada pela democracia. Assim se não há evidências empíricas convincentes de que as democracias liberais atuais façam jus aos critérios deliberativos assinalados, não poderemos admitir que os sistemas jurídicos de democracias reais podem reivindicar obediência moral sobre os sujeitos, sejam cidadãos em geral, sejam juízes. Infelizmente, os estudos empíricos sobre o comportamento dos cidadãos e

legisladores no debate político mostram haver uma enorme brecha entre o que os deliberativistas afirmam em teoria e o que ocorre na prática.

Então, caso algumas das condições (F) e (S) apresentadas acima não forem satisfeitas na prática temos que aceitar que o direito não consegue impor obrigações morais sobre seus agentes pelo fato dele ter sido resultado das deliberações democráticas que o legitimaram. Para tal, considere as condições (F3), (F5), (S1b), (S2), (S3) e (S4), que supõem, respectivamente, que: o pluralismo subjaz deliberações em busca do bem-comum e em detrimento das concepções de bem específicas de cada grupo ou sujeito; os participantes tomam como uma razão para a obediência os resultados da deliberação; a deliberação é arrazoada, de modo que os sujeitos estão abertos a ser persuadidos por razões contrárias e são provocados a apresentar boas razões para favorecer suas propostas ou para criticá-las; há igualdade formal e substancial, além de condições iguais de fala a todos; e a deliberação é feita em busca de um consenso, sendo o voto necessário caso as divergências persistam. Creio que todas elas são contrariadas pelos estudos comportamentais feitos pelos cientistas sociais e teóricos da psicologia moral nas últimas décadas.

Mesmo uma reflexão mais simples sobre a experiência democrática em nosso país ou na maior democracia das Américas já é suficiente para desafiar a força dessas teorias deliberativas.

Por exemplo, Huemer (2013, p. 62) afirma:

É claro que não existe uma sociedade onde essas coisas são verdade. Em qualquer sociedade moderna, um grupo pequeno de indivíduos – jornalistas, autores, professores, políticos, celebridades – desempenham um grande papel no discurso. A vasta maioria das pessoas não têm oportunidades realistas de fazer suas ideias serem ouvidas para além de um pequeno círculo de convivas. E a distribuição atual de poder e recursos praticamente determina por completo as chances de alguém contribuir com a deliberação pública. Cidadãos mais ricos podem comprar tempo de propaganda ou mesmo suas próprias emissoras de televisão, ou outros meios de comunicação; cidadãos pobres de classe média não podem. Indivíduos com poder político podem ter suas posições divulgadas na mídia nacional – o presidente dos Estados Unidos, por exemplo, pode convocar uma conferência com a imprensa a qualquer tempo; eu não posso. É difícil imaginar esses fatos se alterando.

Diante desse prognóstico, Huemer plausivelmente reconhece que mesmo que Cohen tenha dito que seu modelo é um ideal hipotético, um modelo para ser espelhado, isso fica muito aquém para servir como justificção para autoridade política de nossos Estados Democráticos sobre seus governados. A mesma objeção é atribuída à Habermas, por entender que sua teoria discursiva da democracia também faria apelo a idealizações hipotéticas (HUEMER, 2013, p. 64). Estlund também entende Habermas da mesma forma, sugerindo que ele e Cohen produziram teorias deliberativas demasiado ideais:

A proposta de Habermas sobre os procedimentos apropriados da comunicação política racional dependem, é claro, no que ele famosamente chama “situação ideal de fala”, um cenário hipotético em que os participantes estão plenamente informados e ilimitados pelo tempo, e onde o curso da deliberação é guiado somente pela força da razão, e não por qualquer outro tipo de poder ou influência. (ESTLUND, 2009, p. 89).²¹⁹

Quanto às evidências empíricas, elas demonstram que, na prática, é extremamente difícil satisfazer as presunções do pluralismo voltado para o bem comum geral; da deliberação arrazoada, baseada nas melhores razões disponíveis, e na capacidade de os deliberadores procurarem o consenso.

Já mencionei uma delas, no Capítulo 3, quando discuti o caso subótimo do dever de votar. Naquele momento relatei que os cientistas sociais notaram que todos os cidadãos estão sujeitos a um problema de incentivos relacionado à aquisição de conhecimento político. Eles também reconheceram que temos uma predisposição para fazermos escolhas políticas baseadas nas preferências ideológicas que mais nos atraem, ao invés de impassivelmente avaliarmos as razões pró e contra essas preferências. Esses vieses cognitivos são explicados por duas teorias: a da *ignorância racional* e da *irracionalidade racional* (CAPLAN, 2001).²²⁰

A primeira reconhece que as pessoas geralmente escolhem, racionalmente, em se manter mal informadas sobre questões difíceis e controversas sobre direitos e política, já que os custos normalmente excedem o valor esperado de tal informação. Não é uma tarefa simples chegar a uma resolução bem fundamentada sobre quais direitos e políticas devem ser implementados ou preservados.

Para fazer isso adequadamente nos períodos eleitorais – que são, por excelência, os momentos onde as discussões sobre direito e política se intensificam – idealmente o cidadão deve acompanhar de perto as propostas políticas em pauta dos representantes executivos e legislativos em campanha (não só daqueles que o cidadão tenciona votar, mas dos demais). Acompanhar os debates eleitorais também é um bom começo, mas ainda é muito pouco já que não é incomum eles serem marcados por ataques pessoais e troca de farpas entre candidatos em oposição.

O cidadão também tem que conseguir avaliar os méritos e deméritos de cada proposta; para tal, nos é necessário correr atrás de informações mais qualificadas de especialistas das áreas jurídicas, econômica, científica, ambiental, etc. As melhores fontes seriam os artigos

²¹⁹ O leitor atento deve ter notado que as leituras de Estlund e Huemer não foram caridosas com a teoria discursiva de Habermas. Caso notado. Em breve, tomo partido nessa questão e ofereço uma resposta mais generosa contra o procedimentalismo habermasiano.

²²⁰ Também discutidos por Brennan (2016), Freiman (2020), Huemer (2015), e Somin (2013).

científicos publicados em cada área, mas, fatalmente, restrições de tempo e a linguagem técnica da questão não são facilmente contornáveis. O acesso da maioria acaba se limitando aos canais de mídia tradicionais como telejornais, portais de notícias, rádios ou *podcasts*. Ainda assim, não basta apenas acompanhar um desses veículos, afinal nem todas as fontes de notícias são confiáveis; mesmo entre aquelas que gozam de maior notoriedade e relativa credibilidade podem adotar, por exemplo, um tom conservador, favorecendo apenas uma fração das pautas morais e políticas. Quando contabilizadas junto aos nossos afazeres diários dedicados ao trabalho, estudo, relacionamento, filhos, família e lazer, notamos como essa responsabilidade é dispendiosa quando bem-feita.

Essas circunstâncias cotidianas ajudam a explicar porque, em geral, nos contentamos com o básico: assistimos apenas um telejornal, acessamos algumas notícias na página inicial do nosso navegador preferido e acompanhamos algum debate.

Os desafios epistêmicos e temporais representam a metade do problema. A outra tem a ver com a percepção que parcela substancial das pessoas têm diante das recompensas pela dedicação às questões políticas. Ela é considerada pequena, pois as chances de que o conhecimento acumulado seja revertido sobre as expectativas políticas adquiridas não dependem apenas de nós, mas das escolhas de outros milhares ou milhões para vingar – a depender, claro, da integridade dos representantes políticos.

Os cidadãos como um todo não só adquirem menos conhecimento político que deveriam, como processam a informação que adquirem conforme seus perfis ideológicos e identitários. Esse problema é capturado pela teoria da irracionalidade racional. Ela explica que pessoas em geral internalizam, por razões instrumentais, o comportamento de ser manter epistemicamente irracionais diante de questões políticas e de direitos. Elas agem assim também porque os custos para formularem crenças racionais excede seus benefícios esperados. A teoria demonstra que os indivíduos têm uma série de preferências de crença não epistêmicas provocadas por vieses cognitivos de grupo. Isto é, há ideais que as pessoas querem acreditar, mesmo que por razões independentes da verdade das proposições ou das evidências que lhes sustentam. Como supõe-se que os indivíduos têm autonomia para determinar quais crenças eles querem aceitar no debate político, a maioria só aceitará os custos da racionalidade política caso recebam grandes benefícios por pensar racionalmente. Mas é muito difícil para cada indivíduo crer que *sua* contribuição arazoada no processo democrático seja significativa, já que, novamente, elas dependem de uma coalizão de forças e influências sob as quais ela não tem

controle.²²¹ Daí, segue-se que, geralmente, muitos cidadãos se mantêm insensíveis à mudança de crenças informadas pelos melhores argumentos.

Os vieses cognitivos que embasam a teoria acima são bem documentados na psicologia moral e ciências sociais. Vários psicólogos engajados com o comportamento político reconhecem a força que eles exercem na discussão política. Por exemplo, Lodge e Taber (2013, p. 169) admitem que:

A evidência é confiável e forte em mostrar que as pessoas acham muito difícil se desvencilhar da atração de suas atitudes e crenças prévias, que guiam o processamento de novas informações de maneiras previsíveis e, por vezes, insidiosas (apud BRENNAN, 2016, p. 37).

Huddy, Sears e Levy (2013, p. 11), também afirmam que “[a] tomada de decisão política é amiúde assediada por vieses que privilegiam o pensamento habitual e a consistência em detrimento da consideração cuidadosa de novas informações” (apud BRENNAN, 2016, p. 37).

Sobre os efeitos pejorativos da identificação do agente com o sectarismo de grupos, Kahan (2016, p. 2) conclui:

Onde posições sobre algum fato politicamente relevante assumiram amplo reconhecimento, como uma insígnia de filiação em grupos marcados pela identidade [identity-defining], é esperado que os indivíduos seletivamente creditem todo o tipo de informação em padrões consistentes com suas respectivas posições de grupo. As crenças formadas por essa forma de raciocínio estimulam comportamentos que expressam as identidades de grupo dos indivíduos. Tal comportamento protege suas conexões com os outros com quem compartilham laços comuns (apud FREIMAN, 2020, p. 33).

Apenas a título de demonstração, menciono abaixo alguns estudos empíricos que julgo relevantes ao problema da idealização dos modelos deliberativos:

Ditto et al. (2017) avaliaram a propensão com que conservadores e liberais manifestavam quanto ao viés do partidarismo, ou seja, em que medida pessoas identificadas como esses grupos tendiam em avaliar positivamente informações correlacionadas à ideologia

²²¹ Caplan (2003, p. 227-28) exemplifica o problema do seguinte modo: Donald acredita, irrazoavelmente, que imigrantes não são bons administradores de mercearias. Ocorre que a única em seu bairro é gerida por imigrantes, então, para satisfazer sua crença espúria, Donald tem que gastar mais tempo e mais dinheiro com combustível para fazer suas compras e satisfazer suas crenças. Donald acredita, também irrazoavelmente, que os imigrantes estão prejudicando a economia nacional como um todo. Assim ele considera plausíveis muitos dos argumentos favoráveis ao protecionismo e a políticas contrárias à abertura de fronteiras. No primeiro caso, Donald sente diretamente os impactos de suas crenças espúrias, já que ele terá que pagar sozinho os custos para fazer compras noutro lugar. No segundo, o impacto das crenças sobre Donald é diminuto, já que *suas* crenças pessoais são apenas um grão de areia em termos de efeito sobre as políticas de imigração, afinal sua responsabilidade política é compartilhada entre milhões de eleitores. Por isso, Donald tem grande incentivo para se tornar mais racional quanto à capacidade de os imigrantes administrarem mercearias, do que ele teria para modificar suas crenças sobre os efeitos gerais da imigração na sociedade.

que concordam, enquanto avaliavam pejorativamente questões afetas aos seus opositores. O estudo feito com cidadãos dos Estados Unidos envolveu uma meta-análise de resultados de 51 experimentos comportamentais, envolvendo em torno de 18 mil participantes. Os pesquisadores buscavam validar ou a hipótese da *assimetria* (que prevê que conservadores têm maior viés partidário que liberais); ou a hipótese da *simetria* do viés partidário (liberais e conservadores são afetados pelo viés na mesma medida). Como esperavam, a análise dos dados validou a hipótese da simetria. A descoberta mais reveladora foi a tendência entre liberais e conservadores de considerar informações idênticas sobre fatos e propostas políticas mais válidas e convincentes quando endossadas por seu grupo, e o inverso quando suportadas pelos opositores (DITTO et al., 2017, p. 10).

Já os estudos de Sunstein (2000; 2008) e Mutz (2006) demonstram que deliberações – especialmente entre perfis ideológicos que defendem concepções de bem divergentes – não melhoram a qualidade das decisões sobre as questões em pauta. Os estudos do primeiro indicam que deliberações entre divergentes geralmente aumentam os erros cognitivos de cada participante. Isso ocorre devido às pressões por conformidade que opiniões majoritárias, mesmo errôneas, exercem sobre dissidentes. Grupos ou pessoas com opiniões menos ortodoxas, a despeito dos seus méritos, tendem a se inibir no debate público ao invés de colocá-las em franco desafio. Ademais, grupos com opiniões muito heterogêneas costumam se polarizar ainda mais após deliberarem com aqueles que têm visões contrárias, de modo que o objetivo de alcançar consenso razoável e racional provavelmente não será alcançado.

Já Mutz investigou o que ocorre com o comportamento de grupos de pessoas em contextos deliberativos democráticos quando elas são expostas ao debate com grupos de perfis ideológicos opostos. Seus resultados também indicaram que o consenso não é uma presunção realista. A tendência encontrada foi de que, apesar de a deliberação ter contribuído para que os grupos contrários entendessem melhor as opiniões dos outros, ela fez com que eles passassem desenvolver soluções para aprimorar e enaltecer a opinião política que já possuíam. Além disso, a deliberação fez com que as pessoas que já participavam mais ativamente da política se engajassem com mais veemência às ideologias que mantinham; enquanto aqueles que não eram ativos, e foram estimulados a deliberar, demonstraram apatia e perda de interesse para futuros debates.

Creio que essas evidências são mais que suficientes para rejeitarmos o argumento da democracia deliberativa de forma global, ou seja, tanto como justificção da autoridade do direito aos cidadãos em geral, quanto uma razão de maior peso para a adesão judicial. Afinal se, na prática, não encontramos provas de que a deliberação democrática é um procedimento

capaz de produzir decisões que sejam confiavelmente verdadeiras e razoáveis, devido ao comportamento geral dos participantes, não é correto aceitá-la como constituinte de obrigações morais. Portanto, o desafio empírico de demonstrar as presunções teóricas de Cohen e Habermas prova que o procedimentalismo desses filósofos é demasiadamente idealizado.

Nesse ponto o habermasiano pode protestar que a crítica não lhe atinge, pois, sua teoria não pode ser propriamente qualificada como uma idealização, já que Habermas não defende que sua teoria discursiva é um modelo hipotético a ser imitado. Ela é um pressuposto implícito que todos os deliberadores assumem quando se engajam num debate franco de opiniões. Dito isso, as leituras críticas de Huemer e Estlund foram deturpantes, e Habermas não teria teorizado sobre idealizações.

Mas penso que essa está longe de ser uma boa resposta contra a idealização. Isso porque, mesmo que as condições ideais do discurso representem um “contrafactual pragmático” – sendo, por isso, diferentes das presunções cohenianas – a teoria da democracia de Habermas sofre o *problema da motivação*. Em contextos políticos os cidadãos não demonstram estar realmente dispostos a debater questões relativas ao Estado e às suas normas jurídicas com razoabilidade, e a favor dos interesses de quaisquer sujeitos de direito. O problema da motivação torna a teoria de Habermas ainda mais estranha: precisamos reconhecer a autoridade moral de instituições democráticas porque elas implicitamente estimulam o debate de questões morais e políticas, muito embora ainda não possamos enxergar quaisquer desses pressupostos habermasianos surtindo efeito.²²²

Agora, para visualizar melhor como o apelo à deliberação democrática não deve impedir que os juízes desviem do direito, ressuscito mais uma vez o caso subótimo das leis de drogas em Egalitária.

Acontece que os cidadãos de Egalitária reconhecem-na como uma democracia deliberativa. Todos os cidadãos procuravam tratar os demais como iguais, respeitando sua pluralidade de opiniões e modos de vida, embora ainda divergissem muito quanto à legalização do plantio e consumo de drogas não sintéticas no seu território. Os cidadãos de Egalitária são, como nós, bastante apegados a comunidades específicas unidas por interesses distintos. Então eles têm muitos dos vieses cognitivos vistos acima. Mesmo imbuídos em atingir um consenso, eles não conseguiram chegar a um acordo sobre a flexibilização das leis de drogas, muitos pensavam que a legalização das drogas seria ruim para a sociedade. Por isso, o conflito político e moral foi findado pelo voto. A contagem indicou que sessenta por cento dos eleitores foram

²²² Então as críticas de Estlund e Huemer não erraram de todo o alvo no fim das contas, embora talvez ambos tenham sido um pouco impacientes em lidar com a teoria habermasiana.

contra a reforma das Leis de Drogas. Sabemos que a deliberação seguiu, na medida do possível, as condições (F) e (S). Podemos então assumir que os juízes têm uma obrigação moral de papel para punir qualquer cidadão que tenha infringido alguma dessas leis, mesmo aqueles que precisaram cultivar *marijuana* por necessidades medicinais?

Não parece ser o caso. A decisão em favor da lei de drogas continua espúria, não obstante, o procedimento de deliberação adotado. Vamos assumir que os participantes do debate estavam a par da situação dos enfermos que necessitavam da substância ilegal e das evidências sócio-políticas bastante plausíveis à legalização. Mesmo assim, muitos mantiveram a crença de que a legalização era um erro. A leitura mais sensata que faço do contexto é concluir que a maioria dos cidadãos falhou em satisfazer o critério da racionalidade deliberativa, provavelmente em razão dos vieses ideológicos que mantinham.

Com relação ao resultado do plebiscito em Egalitária o democrata deliberativo pode: (1) dizer o procedimento não respeitou todos os critérios (F) e (S), então a deliberação não foi genuinamente democrática e o resultado não pode ser autoritativamente legítimo; ou (2) insistir que os cidadãos miraram o consenso e à verdade, espelhando ou implicitamente aceitando (F) e (S).

Qualquer dos resultados é ruim à causa desse procedimentalismo.

Se comprometer com (1) é admitir que teorias deliberativas são meras idealizações que dificilmente se concretizam na prática, de modo que não faria muito sentido conferir autoridade moral geral às razões do direito nas democracias liberais atuais. Insistir em (1) também indica que o procedimentalista não confia tanto no fato de que é o procedimento de decisão que confere verdade e justificação moral às proposições normativas do direito. Afinal, se ele considera esse resultado em Egalitária injusto, ele está apelando para uma noção de verdade moral que é independente ao procedimento democrático, para questionar o mérito da deliberação (o princípio do retributivismo fraco, talvez?). Mas aqueles que se dizem procedimentalistas não podem fazer isso. Ademais estão reivindicando uma demanda que legislaturas dificilmente conseguirão corresponder à altura, já que o contexto em que atuam não é adequado o suficiente para avaliar a justiça da imposição do direito sobre os cidadãos, pois nesse momento faltam aos deliberadores evidências de fato suficientes para avaliar o mérito substantivo das normas jurídicas sobre casos concretos (e, nesse aspecto, o contexto judicial se sobressai em comparação).

Já investir em (2) é dar de ombros para os problemas prático-cognitivos que a deliberação democrática enfrenta nos contextos políticos. Nesse caso, insistir que autoridade do direito reivindicada por virtualmente todas as democracias atuais é um movimento arriscado.

Penso que os procedimentalistas que ignoram a lacuna entre o ideal e o não-ideal acabam enxergando a reivindicação moral de seus regimes democráticos com lentes cor de rosa e, por consequência, legitimando o uso injustificado da força sobre seus governados.²²³

6.5. Democracia entre direitos e desacordos

Uma segunda proposta procedimental é a teoria da democracia de Waldron.

Ao contrário dos deliberativistas, que justificaram a autoridade moral da democracia em sua capacidade de incentivar e, quem sabe, alcançar o consenso, Waldron exalta o inverso: mesmo em face de divergências profundas entre os governados sobre questões morais e políticas, a democracia tem valor moral e é justificável porque ela aparentemente seria o único modelo de tomada de decisão apto a dizer quais são os direitos das pessoas. Então o propósito da democracia não é exatamente aspirar o consenso, mas aplacar desacordos.

Por enaltecer o dissenso ao invés do consenso, Waldron também critica as teorias deliberativas, por crer que elas são ideais de difícil realização na prática. Eis uma passagem em que ele reprimenda a outra vertente procedimental:

Proponentes modernos da ‘democracia deliberativa’ enfatizam conversação e consenso como seus valores-chave. Idealmente, eles dizem, ‘a deliberação busca chegar a um consenso racionalmente motivado em encontrar razões que sejam persuasivas a todos que estão comprometidos em agir sobre os resultados de uma avaliação de alternativas livre e arrazoada entre iguais’. Tal ideal é importante nos termos da lógica da deliberação: argumentar de boa-fé é apresentar razões que (alguém imagina) o outro deve aceitar, para duas ou mais pessoas persistirem no argumento, é para que elas notem e persigam a possibilidade de que no final as mesmas considerações convencerão a todos.

Porém, aceitar o consenso como a lógica interna da deliberação não é o mesmo que estipulá-la como o resultado político apropriado. É aqui onde os teóricos deliberativos geralmente erram. Eles assumem que o dissenso ou a divergência é um sinal da incompletude, ou do caráter politicamente insatisfatório da deliberação. Suas

²²³ Estlund notou uma tensão nas teorias da democracia deliberativa entre as respostas (1) e (2) que identifiquei acima. Veja o que disse em crítica aos deliberativistas: “A teoria da democracia deliberativa é, no entanto, profundamente ambivalente. Ela ambiciona explicar porque a deliberação é exigida em complemento a meros procedimentos equitativos de votação, mas tem a expectativa de fazê-lo de uma forma que nunca apela para a existência de qualquer padrão independente do procedimento para decisões políticas melhores ou piores. A demanda da teoria da democracia deliberativa tornou-se, então, a estranha explicação da importância da discussão pública substantiva dos méritos independentes-do-procedimento sobre possíveis decisões políticas, sem nunca conceder que há de fato quaisquer padrões independentes-do-procedimento. Este emaranhado estranho, em que a democracia deliberativa é valorizada no mesmo momento em que seu conteúdo é desacreditado é, eu penso, um constrangimento para a vertente dominante da democracia deliberativa na filosofia política. A concepção mais mínima de participação democrática sobre a qual a teoria da escolha social [e.g., os critérios de racionalidade do Cohen e do Habermas] se inclina ao menos evita essa descrença (já que os eleitores são vistos como promotores dos seus próprios interesses), mas apenas quando se esforça para imaginar uma política admirável onde os cidadãos (ao contrário dos fatos, é claro) não defenderiam ou perseguiriam concepções concorrentes de justiça, ou do bem comum” (ESTLUND, 2009, p. 30).

abordagens implicam que deve haver algo errado com as políticas da deliberação se a razão falha (WALDRON, 1999, p. 91).

Como alternativa à vertente procedimental deliberativa, Waldron propõe um modelo que, segundo ele, apega-se no fato de que no mundo real, mesmo após a deliberação, as pessoas continuarão a discordar de boa-fé sobre questões de bem, políticas, princípios, justiça e direitos. Muito embora elas ainda tenham expectativa de que a legislatura ofereça uma decisão.

Nesse aspecto o procedimentalismo de Waldron aparenta ser mais sensível à experiência do debate político sobre questões morais e de direito no âmbito das legislaturas. Por isso, sua teoria sobre a autoridade das democracias tem um desenho institucional participativo. Aqui o voto não é considerado um mal necessário, mas expressão genuína de que o procedimento democrático está cumprindo sua função legitimadora da melhor maneira possível.

Mesmo que discorde dos deliberativistas por favorecer o dissenso, é através dele que Waldron mostra suas credenciais procedimentalistas e sua rejeição às teses instrumentais da democracia. Grosso modo, Waldron sustenta que o desacordo moral sobre questões pertinentes a direitos, política e a valores como a liberdade, igualdade e a justiça são pervasivos e profundos entre as pessoas. Também pensa que não importa quão plausíveis sejam os argumentos substantivos com relação à essas controvérsias, é provável que jamais saibamos que certa decisão moral é *realmente* correta a ponto de passar a ser considerada incontroversa.²²⁴

Waldron é cético quanto a teorias sobre a verdade a objetividade de juízos morais cuja correção é independente de nossas convenções democráticas, tanto que ele rejeita teorias realistas, que defendem que proposições morais são verdadeiras ou falsas independente de nossas próprias opiniões, pois elas se referem a fatos objetivos do mundo. Em “*Law e Disagreement*”, Waldron (1999, p. 164-187) dedica um capítulo (“*The Irrelevance of Moral Objectivity*”) para expressar seu descontentamento não apenas quanto ao realismo moral, bem como a outras teorias morais de segunda ordem, já que se demonstra cético contra qualquer

²²⁴ “Nós discordamos sobre questões de princípios, mas é claro que isso não significa que não existam respostas corretas. Das várias visões sobre justiça e direitos que competem em nossa sociedade, certamente algumas são mais aceitáveis que outras. De fato, certamente, algumas delas são verdadeiras e outras falsas. Isso é de todo modo uma possibilidade filosófica. E – alguns dirão – isso é uma possibilidade que não deve ser inconsequente para a política. Eu penso que essa última afirmação está errada, e é por isso que chamei esse capítulo “*A Irrelevância da Objetividade Moral*”. Espero que ninguém infira desse título que eu esteja depreciando objetividade no sentido da igualdade, imparcialidade ou equanimidade [even-handedness]. O sentido de “objetividade” que me refiro é o significado invocado quando pessoas afirmam que alguns juízos morais são objetivamente verdadeiros, enquanto outros são objetivamente falsos. Aqueles que fazem tal afirmação sobre a verdade e falsidade objetiva são chamados realistas morais – ou, pelo menos, é assim que eles são chamados pelos filósofos. Muitos não filósofos acham esse termo atordoante: Eu imagino que “realista moral” tem ressonâncias Maquiavélicas na mente de muitas pessoas.” (WALDRON, 1999, p. 164).

teoria moral com bases metaéticas. Por isso podemos afirmar que sua empatia pelo procedimentalismo decorre desses ceticismos mais abrangentes a respeito da moralidade.

Waldron então expressa tal dificuldade em determinar respostas certas sobre questões morais sobre uma ideia que chamou *circunstâncias da política*. Ela representa uma sentida necessidade entre os membros da sociedade de favorecer um mecanismo de decisão mesmo em face de divergências persistentes (WALDRON, 1999, p. 102). A persistência dos desacordos substantivos e as circunstâncias da política coloca a solução de questões morais controversas num impasse, segundo Waldron (1999, p. 295):

Parece então que estamos num beco sem saída. Parece haver divergência de cabo a rabo na medida em que a escolha constitucional está em causa. De um lado, não podemos empregar um teste baseado em resultados, porque discordamos sobre quais resultados devem contar a favor e quais contra dado procedimento de decisão. Por outro lado, parece que não podemos tampouco apelar para qualquer critério procedimental, já que questões procedimentais estão no cerne das divergências sobre as quais estamos falando.

Como não podemos nos furtar a escolher um procedimento de tomada de decisão, Waldron propõe que o majoritarismo democrático é o único capaz de fornecer respostas que podemos transigir como corretas e capazes de reter autoridade legítima. Portanto, todas os padrões normativos do direito que resultaram de um procedimento democrático majoritário estão aptos a impor obrigações morais sobre os governados. Waldron (1999, p. 102; 189) deixa isso claro quando afirma que as circunstâncias da política são uma ideia indispensável para entender questões de autoridade, obrigação e respeito, bem como elas determinam o procedimento que determinará quais decisões terão autoridade.

As razões de Waldron para privilegiar o modelo participativo majoritário não se resumem apenas ao fato de ser o procedimento que melhor comporta divergências morais, mas, sobretudo, porque ele é um mecanismo de resolução de conflitos que trata seus participantes com igual respeito e consideração, e dá oportunidade para que todos tenham igual voz para expor quais questões sensíveis precisam ser resolvidas.²²⁵

Então, o argumento de Waldron em favor da regra da maioria pode ser apresentado do seguinte modo:

²²⁵ O ponto principal de Waldron “é que quando pessoas iguais entram em desacordo sobre algum assunto de interesse comum, a melhor maneira de resolver este desacordo é dar igual peso a cada um dos votos. O majoritarismo é o método mais democrático, pois daria a todos igual voz por meio do qual ninguém seria mais especial ou mais digno de ser ouvido que o outro. Essa é a melhor forma de respeitar a divergência, dando igual peso às diversas concepções de justiça e de bem-comum. Nenhuma visão é menor, menos valiosas, que mereça menos peso do que outras” (BANDEIRA, 2018, p. 223).

- (i) As circunstâncias da política impõem a necessidade de estabelecer, através das legislaturas, um sistema de regras e princípios jurídicos que organizem e coordenem a vida em sociedade. Embora haja sempre desacordo razoável sobre quais seriam as melhores normas possíveis;
- (ii) Por causa de (i), não há um método baseado no mérito ou resultado do procedimento que pode ser adotado;
- (iii) Como não há concordância sobre algum procedimento, a regra da maioria permanece sendo a melhor opção, porque ela expressa respeito recíproco entre os participantes. Também considera que as opiniões de cada indivíduo são todas importantes e merecem ter o mesmo peso;
- (iv) Como a regra de maioria trata cada sujeito de direito igualmente, ela produz normas jurídicas que também são dignas de respeito e consideração;
- (v) Logo, os passos acima explicam porque os governados devem obedecer às normas dos seus sistemas jurídicos.

Waldron também apresenta o argumento de outro modo noutra ocasião, quando critica a autoridade revisional das cortes sobre conflitos de direitos e defende a tese da supremacia das legislaturas. Nesse momento, esclarece que seu argumento da autoridade democrática é um argumento condicional, de modo que ele é válido enquanto todas as condições abaixo sejam satisfeitas. Assim, a autoridade moral das legislativas é justificada caso uma sociedade tenha:

(a) Instituições democráticas funcionando razoavelmente em boa ordem, incluindo uma legislatura eleita por meio do sufrágio universal; (b) um conjunto de instituições judiciais, novamente, em razoável boa ordem, estabelecidas por bases não representativas para ouvir ações individuais, resolver disputas, e manter o Estado de Direito; (c) um compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e da maior parte de seus oficiais para com a ideia de direitos individuais e das minorias, e; (d) dissenso persistente, substancial e de boa-fé sobre direitos... entre os membros da sociedade empenhados na ideia de direitos (WALDRON, 2006, p. 1360).

Por fim, é importante saber como a teoria da democracia de Waldron admite a suboptimalidade moral nas razões de decisão. Como vimos acima Waldron se esforça em defender que os desacordos morais aparentemente são irremediáveis, então é plausível aceitar que um cidadão ainda discorde razoavelmente da correção moral imposta por determinado dispositivo legal que entrou em conflito com suas razões para agir. Como é possível considerar o desacordo desse cidadão razoável, não podemos *realmente* afirmar que esse mesmo cidadão tenha agido de forma errada quando infringiu tal dispositivo, afinal aceitamos que ele tinha boas razões para crer que sua imposição era injusta. Então parece ser o caso de que o cidadão desobediente pode ter infringido o direito de maneira moralmente justificada. No entanto, por

força majoritarianismo democrático, que conferiu autoridade moral aos padrões jurídicos, não podemos admitir que juízes tenham competência para desconsiderar o direito em casos concretos.²²⁶ Eles têm uma obrigação moral relacionada com seu papel de juízes para punir o cidadão desobediente. Essas são as circunstâncias da política.

Portanto, caso a teoria da democracia de Waldron esteja correta, é possível afirmar que juízes ocupam um papel institucional cujo contexto determina que eles têm a obrigação moral para exercer o poder de coerção estatal através de leis democraticamente estabelecidas, independente do seu conteúdo. Assim, o retributivismo fraco não é um princípio moral de competência dos juízes, apenas as legislaturas poderiam considerá-lo.

6.6. O desacordo razoável sobre a democracia waldroniana

Penso que há três objeções que são complementares e bastante debilitantes ao procedimentalismo de Waldron.

²²⁶ Waldron sugere que a autoridade moral reivindicada pelo direito é superior quando se trata de oficiais do direito, sobretudo, os juízes. Isso correria porque suas ações estão limitadas pelo “Princípio da Determinação Institucional” ou PDI [*Principle of Institutional Settlement*”, PIS]. Ele o defende com um exemplo pitoresco: “O que o requisito de respeito do PDI em prol de decisões devidamente alcançadas implica? Ele significa mais do que mera *complacência*. Há vários pontos aqui. Primeiro, como temos visto, o requisito de respeito pode ser responsabilidade de funcionários e instituições cuja conformidade ou não conformidade em relação à decisão não está em questão. Um juiz frente a um estatuto legal que ele desaprova, o banimento de dançar nu, por exemplo, que o próprio juiz pode não ter intenção de exibir-se nu. Se o PDI se aplica a ele *qua* juiz em consideração a esse estatuto, ele requer do juiz respeito ao estatuto como resolução de algo sobre o qual ele e outros discordam: nomeadamente, se dançar nu pode ser proibido. O respeito pela resolução significa que o juiz não pode pensar ter permissão ou exigência para decidir se dançar nu deve ser proibido. Ele deve tratar a questão como decidida ao lidar com cidadãos e outros oficiais”. (WALDRON, 2003, p. 55). Estlund também nota esse efeito das *circunstâncias da política* sobre as putativas obrigações morais de cidadãos e juízes perante o direito. Ele o fez notando dois aspectos distintos sobre a legitimidade de autoridades sobre os quais a teoria de Waldron é articulada: “Legitimidade pode ser uma característica do sistema jurídico através do qual cada cidadão é normalmente obrigado moralmente a obedecer às leis (chame-a legitimidade da conformidade). De outro modo, um sistema legítimo pode ser aquele que é moralmente justificado em obrigar a obedecer coercitivamente (chame isso legitimidade da coação). Ou a legitimidade pode compreender essas duas características. Em uma resposta a uma versão prévia desses comentários, Waldron propôs limitar a aplicação da sua abordagem liberal de legitimidade a legitimidade da conformidade; podemos descrever isso como aceitação do liberalismo da conformidade, mas rejeição do liberalismo da coação. Isso significaria preservar a visão liberal de que uma pessoa tem uma obrigação de obedecer às leis e princípios da sociedade somente se essas puderem ser justificadas para o sujeito. Mas, ao rejeitar o liberalismo da coação, Waldron estaria permitindo que mesmo num caso onde as leis e princípios não sejam justificáveis para você (e mesmo que você seja perfeitamente razoável), o Estado possa, todavia, coagir sua observância. O exercício da coação coercitiva pelo Estado não seria moralmente inibido pela questão da justificabilidade para os cidadãos afetados. Essa visão surpreendentemente menos liberal permitiria Waldron explicar como o Procedimentalismo Equitativo [Assim Estlund chama a teoria waldroniana] pode justificar a imposição coercitiva da legislação aprovada democraticamente, mesmo que, como ele espera, alguns indivíduos razoavelmente rejeitem o Procedimentalismo Equitativo (ESTLUND, 2000, p. 116-17).

A primeira delas é, novamente, o conjunto de evidências sobre os vieses comportamentais que a maioria das pessoas manifesta nos contextos políticos, que vimos em resposta às teorias do consenso. A objeção é que, por mais que Waldron tenha criticado a proposta deliberativa por ser irrealista e excessivamente exigente quanto à busca do consenso, sua teoria não deixa de ser vulnerável à crítica da idealização.

O próprio Waldron não se furta de reconhecer que sua teoria é assentada em idealizações. Por exemplo, ao contrastar sua abordagem com a democracia deliberativa, disse:

Uma boa teoria pode fazer presunções idealizadas sobre as motivações das pessoas, mas, mesmo se o fizer, ela deve se segurar num entendimento de que, no mundo real, as pessoas continuarão a discordar do bem comum e sobre questões de política, princípio, e justiça dos quais esperamos que uma legislatura delibere a respeito. (WALDRON, 1999, p.92).

Já quando contrapôs sua proposta contra a leitura moral sobre a legitimidade democrática de direitos e da Constituição de Dworkin, baseada em resultados, Waldron deixa claro que está elaborando uma teoria ideal sobre a democracia:

Vale a pena questionar como seria desenvolver um retrato róseo das legislaturas e de seus processos que correspondessem, em sua normatividade, e talvez em sua ingenuidade, ao retrato das cortes que apresentamos – Hércules, "o fórum de princípio", "santuário sagrado" – nos mais elevados momentos de nossa prática jurídica constitucional. Interrogo isso em parte porque, em se tratando de questões de desenho institucional é importante comparar o semelhante com seu equivalente. (WALDRON, 1996, p. 2186).

Por força dessas afirmações, é muito difícil que Waldron se desvencilhe das deficiências que seu procedimentalismo tem sobre várias democracias liberais do mundo real. Assim, premissas como (i), (iii) e (iv), ou as condições (c) e (d) – que, de modo geral, se articulam sobre o fato de que os desacordos sobre questões de direito têm que ser razoáveis, de boa-fé, em prol busca do bem comum e com respeito e igual consideração a todos os cidadãos – dificilmente são satisfeitas na prática. Quando contabilizados, os problemas motivacionais e comportamentais espúrios prejudicam o engajamento razoável na participação democrática. Portanto, não podemos aceitar que a teoria da legitimidade democrática possa obrigar cidadãos ou juízes em obedecer às normas do direito, já que confiar apenas nos procedimentos da participação democrática não é um indicativo independente-de-conteúdo confiável para a razoabilidade das decisões tomadas no foro legislativo.

O leitor pode refletir outra vez sobre o caso *subótimo* de Egalitária. Os cidadãos de Egalitária divergiam quanto à revogação de boa parte das leis de drogas, embora as evidências favoráveis à reforma fossem bastante convincentes. Sessenta por cento votou contra a reforma,

e agora vários cidadãos estão sendo injustamente punidos, principalmente os doentes que não têm tanta escolha e precisam plantar e consumir uma substância ilegal. Penso que não é simples aceitarmos – como Waldron sugere – que a maioria das pessoas em Egalitária realmente divergira de boa-fé, já que a persistência de vieses ideológicos e informacionais pode ser uma causa importante para a manutenção dessa rígida política anti-drogas. Nesse caso, os desobedientes que infringiram as leis de drogas consideradas não têm obrigação moral de obedecê-las, nem os juízes têm para puni-los.

Reconheço que um defensor de Waldron pode responder o seguinte: oras, você acaba de admitir que o desacordo não foi razoável... A teoria continua de pé, já que é necessário que o desacordo seja sempre razoável! Em resposta diria ser bastante difícil articular que divergência conta ou não como razoável, principalmente quando admitimos que os vieses da participação política estão à solta. Virtualmente qualquer discussão moral sobre direitos e políticas pode ser considerada razoável ou não a depender do perfil político-ideológico das pessoas; e quando há perfis polarizados, considerar o outro lado como não razoável ou irracional tende a se elevar. Assim, se a todo momento que se depara com casos *subótimos* um waldroniano disser “isso não é razoável! Não tem um exemplo melhor?”, mais distante fica a possibilidade de a teoria provar que a autoridade do direito é legítima no mundo real, já que poucas divergências morais razoáveis estarão à mesa.²²⁷ Nesse caso, pode ser que não devamos nos incomodar tanto assim com a questão das divergências morais. Pelo menos não tanto quanto Waldron.

A segunda objeção é a de que Waldron elaborou uma teoria da legitimidade democrática que é auto-refutante. Noutras palavras, Waldron postulou algo em sua teoria que, ao invés de demonstrar o que quer provar, contribui para rejeitarmos suas conclusões.

Como já sabemos Waldron considera que as divergências morais são pervasivas, persistentes e se aprofundam até mesmo ao nível dos procedimentos de tomada de decisão disponíveis. Portanto, até mesmo a verdade e a justificação da democracia participativa é alvo do desacordo moral. Mas se esse é o caso, como podemos, de fato, endossar o procedimentalismo do desacordo? Afinal Waldron está admitindo que não há certeza de que afirmar “o procedimento participativo da regra da maioria é justificado” está correto, já que podemos razoavelmente discordar e insistir, não, ele não é um mecanismo de tomada de decisão

²²⁷ Enoch (2006, p. 23-25) e Estlund (2000) questionam esse problema de delimitação do que conta ou não como desacordo razoável. Ambos pensam que Waldron não consegue sustentar adequadamente a condição de razoabilidade, de modo que muitos desacordos não razoáveis contaminariam a teoria.

confiável. Assim, quando salientamos a força que Waldron atribuiu ao problema dos desacordos morais, percebemos como sua teoria da autoridade democrática é frágil.

Para melhor visualizar o problema, considere o seguinte: é presumível que Waldron tenha alguma ambição de justificar a autoridade do direito para democracias do mundo real.²²⁸ Para tanto, creio que ele deve, ao menos, conceder o benefício da dúvida e reconhecer que as evidências empíricas sobre decisões em foros democráticos são razoáveis. Se o que disse está correto, então o procedimentalismo do desacordo está num sério apuro: as evidências persuasivamente demonstram que as pessoas em geral não priorizam os direitos, a igualdade e o bem-comum de todos os envolvidos no contexto das legislaturas. Então podemos, por boas razões, desconfiar que a regra da maioria pode ser o único procedimento de decisão legítimo e apto a tomar boas decisões. Afinal os cidadãos não demonstram estar dispostos a viver pelos padrões de respeito e consideração recíprocos que justificariam a noção dos desacordos razoáveis tão enfatizados por Waldron.

Uma solução possível para Waldron seria se desapegar da ideia de que o desacordo atinja o nível dos procedimentos decisórios. Waldron poderia então defender que a regra da maioria é correta, ponto. Isto é, não é razoável pôr a regra da maioria em questão. Mas essa opção não está disponível a ele. Caso abandone o comprometimento dos desacordos profundos Waldron não conseguirá mais fazer sentido à ideia de que o procedimento democrático é valioso por si mesmo porque trata as opiniões de cada pessoa sobre questões morais e políticas com igual respeito e consideração.²²⁹

O Waldron de agora – chamemos ele de Convicto Waldron – está afirmando que a regra da maioria *tem mesmo* autoridade moral sobre os governados. Quando questionado por um

²²⁸ Waldron (2006, p. 1402) reconhece que presunções como (a)-(d) são bem exigentes, também que fatos da realidade prática dificultam a aceitação da sua teoria. No entanto, acredita que suas presunções não são inalcançáveis. Chega a demonstrar confiança de que a condição (c) – o compromisso por parte da maioria dos membros da sociedade e dos seus oficiais quanto a ideia de direitos individuais e das minorias – por exemplo, é bastante fácil de satisfazer. Infelizmente, não parece ser o caso. O problema dos vieses comportamentais da política sugere que algumas das presunções que Waldron fez não são facilmente satisfeitas. Isso evidencia que Waldron almeja justificar democracias atuais sem ter certeza da viabilidade das suas premissas; também que confiou na satisfação dos seus critérios com um palpite. Sobre esse ponto, Enoch (2006, p. 28) argumenta que Waldron avalia a questão a respeito da razoabilidade dos cidadãos sobre questões de direitos como se fosse objeto de uma consideração normativa. Porém, essa é uma questão muito mais factual e epistêmica: “Não obstante, o tom de Waldron, é na sua maior parte factual, não normativo, questionar se as pessoas são obtusas, irresponsáveis, de vontade fraca, moralmente corruptas e assim por diante [...] Parece-me que são considerações epistêmicas, ao invés de morais, as responsáveis por decidir se isso é algo para acreditar [e.g., condição (c)]”.

²²⁹ Christiano (2000, p. 522) já ofereceu uma tréplica como essa: “... alguém pode responder que a verdade dos princípios de igual respeito e consideração de julgamento e a regra da maioria do ‘uma pessoa, um voto’ os colocam além do desacordo razoável. Mas esse não é um movimento que está disponível para Waldron. Ele argumentou que algumas das visões substantivas sobre as quais pessoas discordam podem também ser verdadeiras ou falsas. Ainda mantém que o respeito pelo julgamento demanda que seus participantes tenham a palavra.”

discordante, Convicto Waldron não pode responder: “sua divergência soa correta para mim, pode ser que eu esteja errado”.

A resposta apropriada teria que ser algo mais ou menos assim: “claro que não, você está errado! Suas razões não fazem sentido aqui, a regra da maioria está correta, acima de qualquer dúvida”. Como Convicto Waldron não pode aceitar a opinião do divergente como razoável, ele não mais estará mais dando igual peso à visão contrária.

Suponha agora que o dissidente não seja minoria e, inconformado, retruque: “isso não é justo, vamos decidir quem está certo pelo voto! Topa?”. Convicto Waldron também não poderá aceitar. Sua resposta teria de ser algo como: “Claro que não! Você está errado, não há o que decidir, a legitimidade da regra da maioria está fora de questão. Caso o contrário como poderíamos impor autoridade moral às regras jurídicas das nossas instituições?”.

Devido à proeminência que Waldron deu aos desacordos, sua teoria da democracia se encontra numa encruzilhada, que foi muito bem relatada por Enoch (2006, p, 30) em forma de dilema:

Ou o desacordo mina a legitimidade, ou não. Se ele mina, então dada a natureza controversa das conclusões do próprio Waldron sobre como acomodar desacordos, a suposta verdade de suas conclusões não podem tornar legítimo agir politicamente sobre desacordos. Se, por outro lado, o desacordo não mina a legitimidade, então muito do argumento do livro [*Law and Disagreement*] colapsa. De todo modo, ao que parece, Waldron está em apuros.

Por fim, a terceira objeção sugere que Waldron não poderia ter deixado tanto de lado a questão dos resultados substantivos (esperançosamente corretos) almejados pelos deliberativistas em favor da democracia para dignificar, em seu lugar, o desenho institucional participativo. Pois, esse último garantiria oportunidade para a opinião de todo cidadão receber igual respeito e consideração, e ter as mesmas chances de prevalecer pelo voto.

Ao diminuir a excelência epistêmica no âmbito das legislaturas, Waldron torna mais incerto um fator que deveria ser preciso para sua defesa da democracia: a regra da maioria tem que almejar ser o melhor procedimento de deliberação disponível. Mas como os aspectos epistêmicos não são tão relevantes, temos menos razão para aceitar que a participação de todos através do voto é o melhor procedimento.

Por exemplo, em *Egalitária*, sessenta por cento dos cidadãos votaram contra a reforma das leis de drogas. Porém, temos razões muito persuasivas para discordar do resultado. A reforma deveria ter ganhado. Porque essa questão não poderia decidida através de um sorteio ao invés do voto? Se as alternativas eram presumidamente razoáveis e não poderíamos determinar qual delas seria *realmente* correta, o sorteio parece a melhor opção. Pois as chances

da minoria seriam não só maiores que a regra da maioria, como também seria genuinamente idêntica à maioria em termos de oportunidade de sucesso.

Como réplica, poder-se-ia dizer que o sorteio é inapropriado, pois ele não expressaria o tipo certo de igual respeito e consideração que se espera do procedimento. Quanto a isso, podemos razoavelmente discordar, dado que já sabemos que os cidadãos costumam tratar suas próprias crenças sobre direitos com mais respeito e consideração que as crenças opostas. O sorteio, mesmo que marcado pela aleatoriedade, não deixa de atribuir o mesmo peso às opiniões em jogo, sendo, portanto, uma forma de respeito e consideração tão ou tanto mais equânime quanto à oferecida pela regra da maioria, embora ela não seja substantiva.²³⁰

Assim, entre um mecanismo equânime de escolha, que é puramente formal e eficaz; e entre outro equanimemente formal e substancial, porém muito menos eficaz, soa apropriado optar pelo primeiro – sobretudo, quando a qualidade epistêmica do procedimento não é decisiva para julgar os méritos do resultado.

Em função dessas objeções interligadas posso concluir (com esperanças de poucos desacordos) que a teoria da democracia falha em justificar a autoridade moral do direito sobre os cidadãos, bem como justificar uma obrigação moral ainda mais robusta para os juízes.

Para pontuar minha crítica, deixo uma observação crítica de Kavanagh. Ele demonstra como, além de incapaz de justificar a autoridade moral reivindicada pela regra da maioria, o procedimentalismo waldroniano também falha ao provar a ilegitimidade da interferência judiciária sobre conflitos entre o direito e a moral. Após ela, tenho ainda algo a dizer sobre as obrigações morais dos juízes:

Se o desacordo sobre o melhor meio de proteger direitos é o fundamento sobre o qual devemos rejeitar a instituição da revisão judicial, então é difícil enxergar porque isso não impugna o majoritarianismo, sob os mesmos fundamentos. Relembre que Waldron invoca o majoritarianismo participativo como ‘... a resposta mais natural para o problema da autoridade’ dado o desacordo social pervasivo sobre o valor. Ele é o direito que devemos usar para resolver questões relacionadas com outros direitos e todos os outros assuntos de princípio político e política dado a circunstância de

²³⁰ Essa objeção é inspirada numa crítica muito similar feita por Estlund (2000, p.120): “Waldron pode responder que a superioridade da regra da maioria sobre uma loteria ou cara-ou-coroa pode ser explicado por um valor mais específico que a equidade [*fairness*]: o valor de dar a cada pessoa a maior chance possível de ser decisiva, compatível com todos possuírem uma mesma chance. Eu não sei se isso especifica unicamente a regra da maioria (e isso é uma questão interessante), mas suponha que sim. Dois problemas se colocam no caminho de Waldron ao assumir essa perspectiva: Primeiro, ainda não está claro porque isso é um valor. Ela não é explicada pela equidade procedimental como tenho dito. Ela não é explicada pelo valor do respeito mútuo pelas pessoas, já que o cara-ou-coroa ou a loteria não mostram alguma falha de respeito mútuo. Se maximizar igual capacidade de decisão é um valor importante, Waldron precisa dizer porque ela é, já que ela seria a única razão que ele dá para preferir a regra da maioria à loteria ou ao cara-ou-coroa. Segundo, mesmo que maximizar igual chance na capacidade para decidir destaque a regra da maioria, também milita em favor de corpos legislativos muito pequenos. A chance de um indivíduo ser decisivo cai com o tamanho da assembléia”.

desacordo. Mas a democracia participativa só poderia sobreviver um desafio nos termos que Waldron usa para criticar a revisão judicial, caso ela fosse, ela própria, uma solução incontroversa para o problema da proteção dos direitos. Mas isso claramente não é o caso. Pessoas discordam sobre o majoritarismo ser uma maneira desejável de tomar decisões políticas, assim como elas discordam do valor sobre a presença da revisão judicial constitucional. Não apenas isso, mas elas discordam sobre tipos de sistema eleitoral, diferentes mecanismos de pleito, regularidade das eleições, financiamento de campanhas políticas, como votos devem ser contabilizados, etc. Então se a afirmação de Waldron sobre a revisão judicial é válida, então ela debilita a base do seu próprio argumento em favor da prioridade do direito à participação em termos iguais, porque não está imune do desacordo que ele argumenta ser fatal a todos os outros modos de tomada de decisão. (KAVANAGH, 2003, p. 460)

Portanto, Waldron errou ao demonstrar que o majoritarismo democrático é o melhor e, talvez o único, procedimento decisório que justificaria a autoridade do direito. Daí, não podemos mais rejeitar que os juízes deixem de avaliar, substantivamente, os méritos das normas jurídicas nos casos concretos. Ao tentar diminuir a relevância epistêmica da participação democrática, avaliada em função dos seus méritos e resultados, seu argumento das circunstâncias da política se apegou demais à ubiquidade dos desacordos morais e à ideia de prover igual respeito e consideração às opiniões de todos. Como a teoria não consegue satisfatoriamente explicar porque a regra da maioria é superior à outras formas de decisão baseadas no sorteio, penso que, *a fortiori*, ela também não conseguirá provar ser superior à tomada de decisão judicial.

6.7. Decisões judiciais podem ser moralmente justificadas, mesmo que não sejam apropriadamente democráticas

Ao longo deste Capítulo demonstrei que justificações da autoridade do direito baseadas em aspetos procedimentais da democracia conseguem basear argumentos constitutivos acerca das obrigações morais diferenciadas para juízes.

Dentre as três teorias discutidas, o majoritarismo simples é a justificação mais ingênua de todas. Apesar disso, ela nos mostrou que os defensores da democrática têm o fardo justificatório indispensável: provar porque o contexto político de tomada de decisões democráticas possui uma característica única que imprimisse nos sistemas jurídicos capacidade para reivindicar autoridade legítima através das suas normas.

Os dois procedimentalismos restantes mais famosos – as teorias deliberativas como as de Cohen e Habermas, e a teoria do dissenso profundo de Waldron – tentaram explicar esse *algo mais* que as democracias possuiriam. Não obstante, evidenciei como elas falharam. Ao longo das objeções vimos que o principal defeito dessas abordagens foi terem desenvolvido

teorias ideais sobre a autoridade da democracia e do direito. Cada “retrato róseo das legislaturas”, a seu modo, ignorou fatos sobre a realidade da argumentação sobre direitos nos fóruns políticos. O comportamento dos eleitores e representantes políticos, mesmo que direcionados ao bem-comum, não reflete esse ideal, devido aos vários vieses cognitivos que o contexto político propicia. Por isso, podemos dizer que essas abordagens procedimentais superestimaram as virtudes morais das pessoas em âmbito político.

Para encerrar a discussão quero, por fim, apresentar algumas razões favoráveis à legitimidade das decisões judiciais que disputam a autoridade reivindicada pelo direito. Agora quero sugerir como essas abordagens procedimentais arriscam ignorar aspectos importantes do contexto jurisdicional, que atribuiriam legitimidade revisional de direitos aos juízes.

Sabemos ser um fato especificado virtualmente por todos os sistemas jurídicos que os juízes são oficiais do direito cuja função requer imparcialidade, independência e autonomia para adjudicar os casos apropriadamente.

Então, todos nós esperamos e avaliamos a atuação dos juízes a partir desses quesitos. Não só é esperado que juízes deliberem dessa maneira, como eles são pública e institucionalmente pressionados a agir dessa forma,²³¹ para não dizer serem também eticamente obrigados. Tanto é o caso que sistemas jurídicos contêm algumas regras de ocupação e exercício que procuram canalizar esses requisitos do papel judicial, as regras processuais sobre impedimento, suspeição e incompatibilidade.

Penso que essas regras surgiram nos ordenamentos jurídicos com um propósito bastante desejável: evitar o quanto for possível que razões de cunho privado, pessoal ou prudencial interfiram na tomada de decisão judicial. Então podemos dizer que os ocupantes do papel judicial são frequentemente desencorajados a agir em favor de certos motivos que comprometem a formação do seu convencimento sobre questões de direitos; ou mesmo que o papel judicial é concebido para ser executado ao largo dos vieses cognitivos que atuam no âmbito político.

Enquanto juízes são constrangidos a se manter o mais distante possível desses tipos de vieses, não podemos dizer o mesmo dos cidadãos e legisladores como um todo. Nos contextos mais diretamente políticos em que esses últimos atuam, não há mecanismos de controle (ou se há, seu impacto é pequeno), sejam normas jurídicas ou sociais que os impeçam ou desencorajem decidir questões sobre direitos através de razões prudenciais, de grupo, privadas ou ideológicas.

²³¹ No momento em que escrevo essa tese, infelizmente, parece ser o caso que muitos juízes brasileiros estão ignorando essa cobrança.

Geralmente decidir conforme crenças ideológicas ou de grupo é uma conduta louvável e um comportamento esperado entre os participantes nos contextos políticos.

Também há razões para crer que juízes têm maior *know-how* para avaliar decisões sobre direitos, já que o cargo que ocupam requer, necessariamente, formação jurídica. A mesma exigência não se segue para os representantes políticos. Juízes passaram ao menos cinco anos adquirindo conhecimento teórico, e três anos de experiência em prática jurídica, no caso do direito brasileiro, por exemplo. Então, em termos de acesso e oportunidades ao conhecimento sobre questões de direitos é quase indiscutível que juízes tiveram mais tempo que a maioria dos legisladores e cidadãos em geral.

Além disso, é um fato que juízes são pagos e avaliados pela expectativa de que se informem sobre questões de direitos e atuem com independência, autonomia e imparcialidade. Afinal de contas, esse é o seu papel; é a carreira jurídica que vocacionaram. Enquanto isso, cidadãos e legisladores não têm esse mesmo tipo incentivo. Os primeiros não são remunerados para se engajar em discussões morais e políticas sobre direitos. Os segundos o são, mas, além de não precisarem ter formação jurídica, eles atuam num contexto distinto, onde questões sobre direitos são muito mais abrangentes e menos refinadas por eventos específicos, quando contrastado com o contexto jurisdicional.

Por causa desses fatores, o contexto jurisdicional possui um conjunto mínimo de incentivos e desincentivos que policiam a manifestação dos vieses informacionais e tribalísticos sobre os juízes. Note que não estou argumentando que juízes não estão propensos ou não manifestam os mesmos vieses que afetam os sujeitos de direito como um todo.²³² Seria implausível defender sua legitimidade moral por essa linha. O que estou sugerindo é que o contexto da adjudicação dá aos profissionais que nela atuam uma oportunidade maior para tratar questões jurídicas e morais de forma mais adequada que as legislaturas.

²³² É bem provável que eles sejam igualmente suscetíveis, já que eles são eleitores como qualquer outro cidadão. Porém, há estudos que demonstram que juízes são suscetíveis a outros vieses cognitivos que condicionam seus julgamentos. Boa parte desses estudos analisam como alguns vieses cognitivos interferem na percepção e no julgamento individual de cada tomador de decisão. De modo geral esses vieses embarçam a avaliação das razões para a ação que reivindica autoridade moral. Em que pese a existência desses vieses, não há comprovação de que eles afetam somente ou especialmente os juízes. A leitura mais parcimoniosa dos estudos empíricos entende que qualquer pessoa está sujeita a muitos, talvez todos, os vieses cognitivos que interferem na tomada de quaisquer decisões, mesmo noutros contextos para além do direito e da política. Ver Schauer (2010) a respeito dessa leitura parcimoniosa e sobre a possibilidade de uma “psicologia judicial”, que demonstre que os juízes seriam mais suscetíveis a determinados vieses do que pessoas em geral. Uma abordagem teórica informativa sobre a correlação entre alguns vieses cognitivos e o problema da autoridade do direito é feita por Gur (2012; 2013). Ver também os estudos de Guthrie, Rachlinski e Wistrich (2001; 2007), que identificaram alguns dos vieses cognitivos que interferem na adjudicação.

Desse modo, se a argumentação moral sobre conflitos de direitos for inescapável, como essa tese indica ser, os fatos acerca do papel judicial, arranjos institucionais e vieses cognitivos que acabo de apresentar são favoráveis ao argumento que venho defendendo: eles mantêm a paridade moral entre os direitos e deveres dos cidadãos, ou seja, corroboram com a tese de que as obrigações morais dos juízes não são derivadas do seu papel, elas são deveres morais gerais ajustados ao contexto profissional que exercem. Além disso, esses fatos também sugerem que uma teoria da decisão particularista sensível a regras melhor representa as obrigações morais de juízes *qua* juízes.

7. INCOMENSURABILIDADE DE VALORES, RAZÕES MORAIS EXCLUDENTES E AS OBRIGAÇÕES DOS JUÍZES

Até agora, já demonstrei como os fundamentos mais tradicionais sobre obrigações políticas e leituras procedimentais e moralizadas dos valores sistêmicos do direito falharam ao justificar a obediência dos juízes *qua* juízes perante o direito. Se tudo que argumentei até o momento estiver correto, já consegui demonstrar como, ao contrário das aparências, a crença na ideia de obrigações morais relativas à papéis soa equivocada.

Ao invés de partir agora para o capítulo final, onde apresento minha compreensão acerca das obrigações dos juízes, há ainda outros dois argumentos constitutivos importantes que não podem ser ignorados. Ambos partem de ideias sustentadas por Joseph Raz, nomeadamente, a incomensurabilidade de valores e as razões excludentes de autoridades legítimas.

Dentre elas, a segunda é, sem dúvida, a mais importante. Não só porque ela é uma ideia central para a teoria do direito de Raz, bem como é, talvez, a teoria sobre justificação de autoridades mais influente e discutida na filosofia contemporânea. A incomensurabilidade raziana, embora menos relevante, foi estipulada por alguns autores como um argumento constitutivo considerado plausível.

Assim, por partirem do mesmo teórico, optei por apresentá-las num único capítulo. Escolhi deixá-las para o final, pois o argumento da autoridade de Raz me dará oportunidade para rejeitar de modo mais definitivo uma intuição que perpassou todos os argumentos constitutivos já criticados: a ideia de que o juiz (ou qualquer profissional) fica insulado de fazer juízos morais substantivos sobre as decisões que toma enquanto desempenha seu cargo. A rejeição geral dessa intuição é a deixa que preciso para defender a minha tese no capítulo derradeiro: a eliminação do conflito entre a moralidade ordinária e a moralidade dos papéis, e, consequentemente, a paridade moral entre as obrigações dos juízes, os direitos e deveres devidos aos cidadãos.

Por isso, divido o capítulo em dois momentos:

No primeiro, eu explico e critico o apelo à incomensurabilidade de valores enquanto argumento constitutivo para as obrigações morais dos juízes. Demonstrarei como além de ser bastante difícil entreter essa ideia, é provável que Raz não tenha defendido a incomensurabilidade nesses termos.

No segundo, apresento o argumento raziano da autoridade. Como veremos, há duas interpretações sobre o impacto que ele exerce sobre o problema das obrigações morais dos juízes. Uma delas rejeita o dilema do perspectivismo e se habilita em favorecer a obrigação moral de cidadãos e juízes sobre o direito. Enquanto a outra daria vazão ao conflito moral. Em resposta argumentarei que, não importa a interpretação dada, essa teoria de autoridade legítima como um todo não funciona. Logo, ela não consegue justificar a imposição de obrigações morais para quaisquer dos agentes.

7.1. Incomensurabilidade de valores justificam moralidades relativas a papéis?

Em linhas gerais, o argumento é o seguinte:

A prática social de certo papel contém um valor ou agregado de valores que determinam obrigações para seus ocupantes. Tal conjunto de valores específicos é incomensurável quando contrastado com outros valores externos à prática do papel ou valores atribuíveis a outros papéis sociais. Em razão da incomensurabilidade, valores atribuídos a diferentes papéis não possuiriam um padrão comum de avaliação que nos permita concluir que um possa ser melhor que o outro ou mesmo que tenham igual peso. Logo, a incomensurabilidade manteria a impressão de que papéis constituem obrigações morais próprias e que tais obrigações justificam razões para a ação que se impõem aos ocupantes do papel mesmo quando essas obrigações entram em choque com outras razões morais.

Por exemplo, o valor do respeito ao Estado do Direito e às decisões democráticas de uma comunidade contribuiriam para constituir as obrigações morais dos juízes; o valor da defesa dos interesses do cliente determinaria as obrigações morais do advogado; manter a saúde, prevenir a doença, morte ou incapacidade dos pacientes seriam valores determinantes para as obrigações morais dos médicos.

Por representarem padrões de conduta aparentemente valiosos não só para esses profissionais como para a sociedade toda, valores profissionais não poderiam ser razoavelmente estimados e superados quando confrontados com considerações morais mais gerais, insensíveis a esses padrões normativos relativos aos papéis, como seria o caso do princípio do retributivismo fraco ou razões gerais de justiça.

Por consequência, a incomensurabilidade provaria que o conflito entre uma moralidade profissional e a moralidade comum, externa à prática profissional, seria inevitável. No caso específico dos juízes, mesmo que se reconheça que o cidadão desobedecera ao direito justificadamente, isso não importa para quem invoca a incomensurabilidade, porque,

aparentemente, as considerações morais em torno do papel judicial seriam determinadas por uma balança de razões para a ação distinta.²³³ O defensor desse argumento pode muito bem reconhecer que a conduta do desobediente foi moralmente correta e mesmo assim manter que juízes têm obrigação de puni-lo, já que seu papel constitui obrigações morais diferenciadas, que determinam suas razões para a ação.

Penso que é muito estranho evocar esse tipo de argumento considerando o que está em causa. Tal estranheza tomará forma enquanto exponho com mais detalhe os efeitos que o argumento da incomensurabilidade pode produzir. Uma razão prévia, embora sem força explanatória para o meu ceticismo, é que a incomensurabilidade foi pouco sistematizada como teoria para moralidades relativas a papéis e na ética jurídica. Por exemplo, Wendel (2000, p. 117) afirma:

A incomensurabilidade de valores morais é uma posição que tem sido considerada extensivamente por filósofos, mas só recentemente ela vem sendo explorada em conexão com o raciocínio jurídico e pouquíssimo tem sido explorada pela ética jurídica.

A própria Hurd discute o argumento, supondo como ele poderia ser invocado, mas ela mesma o rejeita, como veremos mais à frente. Dito isso, são poucos os teóricos que perseguiram essa estratégia de argumentação. Bustamante e Decat (2020), em resposta à própria Hurd, são aqueles que investiram no argumento da incomensurabilidade, se aproveitando da teoria moral e sobre racionalidade prática de Raz.

Por ora, vou apenas destacar algumas conclusões que Raz chega sobre a obediência política de autoridades legítimas, para situar melhor os leitores à maneira com a qual o argumento incomensurabilidade é apresentado pelos seus defensores. Peço que fiquem atentos, pois elas também serão importantes na segunda parte do capítulo, onde a teoria raziana da autoridade será avaliada em detalhes.

Raz acredita que mesmo que instituições tenham legítima capacidade para reivindicar autoridade e impor regras sobre seus súditos, não se segue daí que os cidadãos tenham um dever geral de obedecer ao direito, nem mesmo *prima facie* e em regimes jurídicos razoavelmente justos (RAZ, 2009, p. 233-49; 2014). No entanto, ainda é possível argumentar em favor de uma abordagem caso a caso (“*piecemeal approach*”) sobre o impacto que a autoridade exerce sobre as obrigações políticas. Logo, pode ser que em circunstâncias específicas haveria algumas

²³³ “Se a moralidade exige a conduta em conformidade com o equilíbrio de razões para a ação, e se esse equilíbrio difere entre cidadão, juiz e o desenhista institucional, então pode ser que haja casos nos quais a punição dos justificados é ela própria justificada (HURD, 1999, p. 14); “a razão pela qual a incomensurabilidade é moralmente significativa é precisamente porque ela demonstra que considerações morais não são sempre medidas por uma única balança de razões” (BUSTAMANTE & DECAT, 2020, p. 132).

obrigações morais de obediência às diretivas da autoridade. Raz (1988, p. 80; 107) sugere que sua concepção sobre a autoridade encoraja essa abordagem na medida em que a autoridade governamental varia de indivíduo para indivíduo, tanto em sistemas jurídicos justos quanto injustos.²³⁴

Apesar de uma abordagem caso a caso ser plausível quando pensamos nas obrigações morais dos cidadãos, Moore (2000, p. 133) acredita que Raz não estende o *piecemeal approach* para os juízes.²³⁵ Logo, enquanto seria razoável admitir que só algumas diretivas de autoridade do direito poderão se traduzir nalguma obrigação moral por parte dos súditos, no caso dos juízes e em razão do seu papel institucional, todas as diretivas do direito deveriam ser tomadas como obrigatórias.

Dessa forma, torna-se possível defender que juízes têm esse dever moral de obediência às instituições jurídicas e às suas regras. Embora Raz não defenda categoricamente esse argumento, em certas ocasiões dá a entender que o considera plausível. Por exemplo, ao discutir a natureza institucional do direito, Raz afirma que uma diferença entre o direito e um sistema de decisão baseado em discricionariedade absoluta ocorre pelo fato de seus oficiais, sobretudo juízes, serem obrigados a seguir padrões normativos institucionalmente determinados:

Sistemas jurídicos contêm e de fato consistem em leis cujos tribunais são obrigados a aplicar independentemente de suas opiniões sobre seu mérito. Uma formulação mais precisa seria que os sistemas jurídicos consistem em leis que os tribunais devem aplicar e não têm liberdade de desconsiderar sempre que considerem sua aplicação indesejável, considerando todas as coisas. [...] [S]e segue que eles devem aplicar certo conjunto de leis, independentemente de seus pontos de vista sobre seus méritos, e podem agir de acordo com seus próprios pontos de vista apenas enquanto isso seja permitido por essas leis (RAZ, 2006, p. 113, 115).

Há que se considerar que essas afirmações de Raz fazem parte de uma descrição conceitual do direito e não correspondem evidentemente a uma afirmação moral de Raz sobre a obrigação dos juízes de seguir o direito nos sistemas jurídicos onde exercem jurisdição. Moore

²³⁴ Comentadores de Raz também sugerem a análise caso a caso: “De acordo com essa abordagem, autoridades políticas (*i.e.*, o Estado e seus oficiais) são autoridades *de jure* para alguns sujeitos, mas meramente autoridades *de facto* para outros sujeitos, e também elas são autoridade *de jure* nalgumas ocasiões, mas *de facto* noutras” (VENEZIA, 2013, p. 105). “Raz, no entanto, nega que os súditos de qualquer Estado existente, ou algo remotamente parecido com um, tenham um dever geral de obedecer ao direito; ao invés disso, a autoridade do direito é fragmentada [*piecemeal*], tanto em relação a quem tem o dever moral de obedecer a uma lei específica, quanto em relação ao número de leis em um determinado sistema jurídico que gozam autoridade sobre qualquer pessoa” (DAGGER & LEFKOWITZ, 2014).

²³⁵ “A outra consequência principal de chamar algo ‘direito’ dentro de um sistema jurídico foi pensado para ser a obrigação que se impõe aos juízes dentro desse sistema para obedecê-lo (no sentido de aplica-lo aos cidadãos que surgem perante eles [juízes]). A filosofia jurídica e política de Raz não prescreve de modo similar uma natureza fragmentária [*piecemeal*] e limitada das obrigações dos juízes *vis-à-vis* aos textos legais do seu sistema jurídico” (MOORE, 2000, p. 133).

(2000, p. 134-135) faz esse esclarecimento, mas reconhece que Raz parece fazer afirmações paralelas ao menos para o caso de juízes que desempenham voluntariamente seu papel em sistemas jurídicos cujas normas são razoavelmente justas. Isso seria possível por três aspectos relevantes que diferenciariam juízes e cidadãos quanto à necessidade de contraírem essa obrigação moral.

O primeiro decorre dos benefícios sistêmicos conquistados pela aplicação judicial do direito. Tais benefícios correspondem ao valor do Estado de Direito que não dependem do conteúdo do direito, mas somente da sua fiel aplicação. Uma dessas vantagens seria que a fiel observância do direito pelos tribunais proporciona mais previsibilidade para os cidadãos perseguirem seus projetos de vida e, por consequência da maior segurança jurídica, maior seria a liberdade para os governados (RAZ, 2009, p.220). Em razão desses benefícios só serem usufruídos pela fidelidade entre juízes e os padrões jurídicos, a autoridade legítima do direito impõe obrigação política aos juízes.

O segundo advém de uma obrigação de suportar instituições justas. Mesmo que essa obrigação não justifique que cidadãos tenham obrigação geral de obedecer ao direito, essa obrigação pode ser válida para os juízes. Segundo Moore (2000, p 134), Raz (1988, p. 102) reconhece que embora seja um exagero melodramático supor que cada violação do direito por um cidadão represente um mau exemplo grande a ponto pôr em risco a integridade de um sistema de leis, o mesmo raciocínio pode não prevalecer quando pensamos nos juízes. Assim, mesmo que Raz não tenha sido explícito,

Presumivelmente não é tão exagerado alegar que juízes não podem desconsiderar as leis enquanto exercem seus cargos sem desmotivarem por seus exemplos um grande número de concidadãos a obedecer por si mesmos. Porque os cidadãos podem muito bem pensar que se até juízes podem transgredir leis em sua conduta profissional, que razão existiria para cidadãos comuns aderirem a elas? Se esse é o caso, então juízes têm uma obrigação especial de obedecer às leis enquanto julgam, uma obrigação reconhecidamente dependente de sua posição num sistema jurídico cujo conteúdo das leis é relativamente justo (Moore, 2000, p. 134);

E o terceiro é que juízes, ao contrário de cidadãos, tipicamente prestarem um tipo de juramento ou outros atos de vontade que os levaram a assumir o cargo acompanhado de todas as incumbências que ele carrega, como a putativa obrigação moral de ser fiel ao direito.²³⁶ O comprometimento voluntário do juiz atua como um ‘poder normativo’ capaz de alterar suas

²³⁶ “[N]outras circunstâncias tal juramento pode impor uma obrigação moral de obediência (e. g., quando voluntariamente aceito antes de assumir um cargo do Estado em que alguém não está sob compulsão ou grande pressão para assumir) (RAZ, 2009, p. 239)”.

obrigações morais (MOORE, 2000, p. 135). Enquanto cidadão, o então aspirante a se tornar juiz não teria obrigação moral de obedecer ao direito, mas, quando consentiu assumir as responsabilidades do cargo, é possível que ela adquira uma obrigação moral que não tinha antes.

A ideia de que juízes têm que manifestar uma obrigação moral de adesão ao direito sob a teoria raziana é reforçada pelo fato de que Raz, ao contrário de Hart, pensar que as reivindicações de dever feitas pelo direito são, necessariamente, afirmações morais. Isto é, mesmo que as reivindicações morais do direito sejam errôneas, logo, injustificáveis, elas têm sempre a pretensão de arrogar-se às demais razões para agir, sendo de consequência moral, embora alheias ao direito. Nesse caso, se juízes estão vinculados ao direito e sua função for proferir decisões que satisfaçam as razões morais de autoridade que o direito reivindica, suas obrigações *qua* juízes serão obrigações morais reivindicadas pelo direito.²³⁷

Para além da discussão focada no papel judicial, Wendel (2000) desenvolve um argumento sobre a incomensurabilidade do papel adversarial do advogado. Krauthausen (2011) e Moore (2001) fazem alusão à incomensurabilidade como causa para conflitos entre a moralidade profissional e a moralidade geral e ao fato de Raz reconhecer que conflitos entre obrigações morais são possíveis. Krauthausen acredita que esses conflitos podem ser *intra-papel* (“*intra-role*”) e representam o choque entre as obrigações de papel de um profissional e direitos ou deveres de uma pessoa que não ocupa o mesmo papel e (ou) *inter-papel* (“*inter-role*”), que é o conflito interno do tomador de decisão entre aplicar uma norma de moralidade profissional ou princípios gerais da moralidade ordinária.²³⁸

Já Moore coloca em questão se as pretensões fenomenológicas de Raz sobre a incomensurabilidade entre razões para a ação em decisões morais (presumivelmente um

²³⁷ Sobre o sentido moral que Raz atribui à “*obrigação*” no direito ver sua divergência com Hart em Raz (1984, p. 130). Boas discussões sobre a normatividade moral necessária reivindicada pelos enunciados jurídicos, ver Moore (2000, p. 127-137), Redondo (2019) e Wodak (2018).

²³⁸ “Um autor que pensa que obrigações morais podem conflitar é Joseph Raz. De acordo com Raz, declarações que incluem um *dever* são similares a declarações de fato que as pessoas consideram razões para a ação. Uma pessoa, no entanto, pode muito bem acreditar que tem motivos para agir de uma maneira específica, ao mesmo tempo que descobre haver uma razão para ele ou ela agir de maneira diferente. Papéis sociais, assim sugeridos, podem ser considerados razões que excluem outras razões, o que significa que substituiriam outras considerações morais. A teoria de Raz é convincente. É evidente que regras morais e princípios podem conflitar. Com base em moralidades conflitantes, o conflito *inter-papéis* seria, portanto, possível. Esse conflito pode ocorrer entre regras e princípios da moralidade comum considerados aplicáveis por um agente e regras e princípios da moralidade de papéis. Conflitos *intra-papéis*, por outro lado, são indubitavelmente possíveis e podem surgir entre um profissional, sujeito a obrigações de papel, e um membro do público em geral, por exemplo. Esse último espera que o profissional aja de acordo com a moralidade comum. Um conflito *intra-papel* descreveria a situação na qual as ações do profissional concordariam com as obrigações profissionais, mas violariam a moralidade ordinária” (KRAUTHAUSEN, 2011, p.13-14).

conflito entre obrigações morais) são de fato verdadeiras. Também reconhece que qualquer agente que pensa através da ética profissional de algum papel, como é o caso do advogado, deve dar algum crédito à incomensurabilidade de valores de Raz. Afinal de contas, as discussões sobre a ética de um papel profissional “tediosamente se repetem em um padrão familiar em que alguém justapõe as justificações sistêmicas para certa concepção de um papel profissional com razões *ad hoc* para um indivíduo colocar-se fora desse papel para evitar resultados injustos em um caso particular” (MOORE, 2000, p. 156-57).²³⁹

Por consequência dessa leitura de Moore, Raz ofereceu uma resposta em que questiona a interpretação que dera sobre a variância entre as obrigações políticas entre os juízes e os sujeitos de direito em geral:

Moore sugere que minhas considerações implicam que existe uma diferença entre a obrigação política dos cidadãos e das cortes. Eu não penso que elas assim o façam. É verdade que, necessariamente, ‘as cortes estão vinculadas em aplicá-lo [o direito] a despeito das suas considerações sobre o [seu] mérito’ (Moore, 1989, p. 835), mas o mesmo é verdade para cidadãos ordinários. Tanto cortes como cidadãos ordinários estão legalmente vinculados em agir dessa forma. Nenhum deles está necessariamente obrigado a tanto. Moore está certo em dizer que eu subscrevo à visão comum de que há razões adicionais para obedecer ao direito que se aplicam aos juízes, a menos em sistemas razoavelmente justos. Mas não estou convencido de que essas impliquem numa obrigação moral vinculante em todos os casos. (RAZ, 1989, p. 1170)

As evidências apresentadas acima sugerem que, a despeito dos protestos de Raz, sua teoria pode dar vazão a um conflito entre a moralidade judicial e a moralidade ordinária. O que nos resta saber é se a incomensurabilidade de valores justifica esse conflito e se ela assegura que juízes têm um dever de fidelidade ao direito que cidadãos em geral não teriam; para ser claro, pode muito bem ser o caso de que uma exegese dos escritos de Raz sobre razão prática, autoridade e incomensurabilidade demonstre que o apelo a esse último argumento seja indevido. Estou ciente disso, mas não posso ignorar que há teóricos do direito que investiram na incomensurabilidade enquanto um argumento moral constitutivo das obrigações judiciais. De agora em diante, tenha em mente que o apelo à incomensurabilidade de valores não é um argumento constitutivo proposto pelo próprio Raz, mas foi inspirado em conceitos razianos. Portanto, é bem possível que aqueles que o invocaram assumiram o risco de ter descaracterizado como Raz compreende o impacto que incomensurabilidade de valores exerce sobre nossas razões práticas. Admito também, que não estou muito interessado em saber se a compreensão que Raz tem sobre incomensurabilidade de valores e conflitos morais está correta ou não. Meu

²³⁹ “As razões *ad hoc*” que Moore se refere são razões não planeadas que surgem por causa de uma circunstância particular.

objetivo é somente demonstrar como é implausível invocar essa ideia para justificar a inevitabilidade do putativo conflito moral entre as obrigações do juiz e a moralidade ordinária.

Dito isso, apresento a seguir o que é a incomensurabilidade de valores.

Depois apresento a maneira com a qual Raz entende a ideia, e detalho como os teóricos constitutivos a empregaram.

Por fim, apresento minhas críticas. O objetivo será apresentar razões para um ceticismo quanto à possibilidade de conflitos morais irremediáveis ocorrerem devido à incomensurabilidade de valores.

7.1.1. O que é a incomensurabilidade de valores?

Uma definição incontroversa da incomensurabilidade não é das tarefas mais fáceis, porque o conceito é empregado para expressar ideias variadas na filosofia, que parecem relacionadas entre si. Além disso, a discussão em torno da incomensurabilidade de valores é geralmente complexa e abstrata, já que confronta situações de escolha em cenários concretos ou hipotéticos variados, que requerem bastante atenção para não serem mal interpretados ou se extrair conclusões que não decorrem do que está sem causa. Então não é muito difícil perder o controle do argumento e do objeto da discussão. Por essa razão pretendo manter a análise do argumento da forma mais constricta possível e focada na defesa da incomensurabilidade *como diagnóstico do conflito entre direitos e obrigações morais*, já que é essa a configuração apresentada pelos defensores de moralidades relativas a papéis.

O objetivo dessa seção é entender qual é a relação fundamental que a incomensurabilidade representa e que efeitos ela produz nos domínios da racionalidade prática e da moralidade.

7.1.1.1. Ideia central

A característica mais geral e básica da incomensurabilidade é a ausência de uma medida comum para avaliar dois ou mais itens. Mas como há diferentes maneiras de identificar a falta de padrões comuns, filósofos usam “incomensurabilidade” para cobrir uma série de ideias vagamente relacionadas (CHANG, 2013, p. 1).

Há dois domínios mais bem definidos na filosofia em que a incomensurabilidade se aplica.

No campo da epistemologia e filosofia da ciência, a incomensurabilidade é empregada para demonstrar a ausência de critério para comparar esquemas conceituais ou teorias, porque cada uma representaria um “paradigma científico” cujos parâmetros avaliativos só poderiam ser compreendidos e justificados através dos critérios conceituais fixados pela própria teoria. A incomensurabilidade é resultado da falta de uma retórica ou linguagem comum para, sistematicamente, contrastar cada teoria (BEN-AMITAI, 2006, p. 358). Seria o caso, por exemplo, das teorias sobre o movimento dos corpos. A aristotélica defendia que o estado natural dos objetos é a ausência do movimento, enquanto a física newtoniana nega o estado de inércia absoluta, já que o estado natural dos objetos é a não alteração do seu movimento. Por não haver uma sobreposição clara entre os critérios de cada teoria, defensores da incomensurabilidade pensam que nenhuma teoria pode ser compreendida ou avaliada através da outra.²⁴⁰ Isso faz com eles que aceitem um controverso relativismo sobre campos do conhecimento (CHANG, 2013, p. 1).

O segundo domínio engloba a teoria dos valores, a teoria normativa e a filosofia da razão prática. É aqui onde a incomensurabilidade entre direitos e obrigações morais é defendida. Nesse domínio Chang (2013, p. 2-11) reconhece ao menos seis noções distintas – embora aparentemente relacionáveis entre si – atribuídas à incomensurabilidade; embora acredite que somente uma delas representa o uso apropriado do conceito. São elas, grosso modo:²⁴¹

- (1) *Incompatibilidade*: identificada como o primeiro uso contemporâneo do termo. Isaiah Berlin empregou a incomensurabilidade como a incapacidade de realizar valores abstratos plenamente, como a liberdade e a igualdade;
- (2) *Pluralismo*: a ideia de que valores abstratos ou básicos não podem ser reduzidos, ou derivados de um valor único;
- (3) *Sobreposição, descontinuidade ou superioridade lexical limiar*: a incomensurabilidade ocorre porque cada um dos valores analisados é sempre tão bom quanto (ou melhor que) qualquer representação do outro valor ou que dentre dois há certo limite de um valor que sobrepõe qualquer quantia do outro valor;
- (4) *Não-substitutibilidade ou Não-compensabilidade*: quando num embate entre valores a perda na satisfação de um valor não pode ser compensada pelo ganho em outro, costuma se dizer serem incomensuráveis porque os valores não são intercambiáveis entre si;

²⁴⁰ Para mais sobre esse entendimento da incomensurabilidade, ver Oberheim & Hoyningen-Huene (2018).

²⁴¹ Não irei delongar em descrições completas de cada uso, para os fins do argumento é suficiente reconhecer a variedade de noções captadas pela ideia da incomensurabilidade entre valores. Para exemplos de cada uso, consultar Chang (2013).

(5) *Incomensurabilidade “propriamente dita”*: a ideia de que valores não possuem uma unidade comum de avaliação que permite ranqueá-los cardinalmente;

(6) *Incomparabilidade*: a falta de um padrão de medida não permite comparar os valores, escolher um como superior, ou mesmo lista-los em ordem de importância.

Chang acredita que somente (5) de fato representa a incomensurabilidade de valores. Embora, para a presente discussão, creio que uma amálgama entre (1), (2) e, sobretudo, (6) são adotados pelos teóricos constitutivos, vez que eles querem demonstrar que há moralidades relativas a papéis e papéis constituem obrigações morais que lhes são únicas e podem entrar em conflito com outros valores ou princípios morais.

Tome-se o papel judicial, caso juízes tenham uma obrigação especial de fidelidade ao direito que não pode ser superada ou enfraquecida por reivindicações morais gerais, o pluralismo de valores, a incompatibilidade e a incomparabilidade explicam como a fidelidade especial aos valores sistêmicos do direito não podem ser compatibilizados e comparados com a satisfação de outros deveres morais, como aquele captado pelo retributivismo fraco.

O conceito de incomensurabilidade de Joseph Raz (1988) também é considerado uma defesa do pluralismo e é conhecido por tratar incomensurabilidade e incomparabilidade como intercambiáveis, logo, (6) capta bastante do que Raz quer dizer quando fala sobre incomensurabilidade de valores. Por essa razão, sempre que me referir à incomensurabilidade, de agora em diante, a ideia de incomparabilidade estará inclusa.

7.1.1.2. *A incomensurabilidade de Joseph Raz*

Eis o conceito de Raz: dois valores são considerados incomensuráveis (ou incomparáveis) se, numa escolha entre eles, for falso que “um deles seja melhor que o outro ou que ambos tenham o mesmo valor” (RAZ, (1988, p. 322). Como casos de incomensurabilidade, Raz propõe uma série de exemplos semelhantes a esses:

(I) Geddy desfruta grande satisfação quando caminha aos fins de tarde pelo parque ou quanto fica em casa lendo romances em sua poltrona reclinável. Se essas são as únicas opções de lazer que Geddy considera nas tardes ociosas, podemos concluir que as opções seriam incomensuráveis, tanto uma quanto a outra satisfazem os interesses de Geddy e ele não consegue dizer qual dentre elas é melhor que a outra, ou se a satisfação de uma é igual à outra (RAZ, 1988, p. 334).

(II) Neil pode escolher entre um copo de chá ou outro de café. Mesmo que se esquite um pouco o chá, de modo a aumentar seu valor enquanto experiência, tal copo de chá ainda

não será nem melhor, nem pior que o copo de café. Então seria possível dizer que as duas opções de bebida são incomensuráveis entre si (RAZ, 1988, p. 328-29).

(III) Alex tem que decidir entre duas carreiras, advogado ou guitarrista. Suponha que a decisão fará com que Alex se comprometa irrevogavelmente à advocacia ou à música. Também que ele tem talento o suficiente para ser bem-sucedido em qualquer profissão. Nesse caso, além da escolha de Alex ser muito importante, já que ela determinará parte substancial do seu futuro, pode-se dizer que nenhuma opção é melhor que a outra, e as carreiras são incomensuráveis (RAZ, 1988, p. 332).

Raz propõe outros exemplos, mas eles são variações que carregam a mesma ideia, nomeadamente, a incapacidade de o agente tomar uma decisão que afaste completamente razões para ele não ter escolhido a opção preterida, já que ela não seria nem melhor, pior ou igual à outra.²⁴²

Há alguns aspectos sobre a incomensurabilidade que considero relevantes nesses exemplos:

Aparentemente ela não é uma propriedade de avaliação capaz de certificar a correção moral de determinadas condutas. Tudo o que podemos dizer é que as opções contempladas envolvem escolhas que, em maior ou menor grau, procuram satisfazer o projeto de vida de cada sujeito. Desde as escolhas mais mezinhas dos exemplos (I) e (II), até a escolha mais importante de um projeto duradouro de carreira em (III) apresentam-se como opções de decisão que afetam uma concepção objetiva (e, porque não, subjetiva) de vida boa que uma pessoa considera valer a pena perseguir. Dados os exemplos, podemos dizer que, *a priori*, todas as opções em jogo soam igualmente boas em termos ético-morais.²⁴³

²⁴² A ideia de que é impossível decidir sobre quais dentre esses bens é superior a outro em razão da incomparabilidade já é controversa. Por exemplo, Chang (2015a) acredita que mesmo que objetos de escolha sejam incomensuráveis, é possível compará-los, porque a incomensurabilidade implica somente na incapacidade de mensurar valores por um mesmo padrão cardinal de medida. Logo, não seria possível dizer que cada alternativa de escolha que incomoda Geddy, Neil e Alex é, por exemplo, 2,5 unidades superiores à outra disponível. Mas disso não se segue que esses valores são incomparáveis e que não é possível estabelecer um padrão relevante de decisão que permita ranquear uma opção como melhor que a outra. Chang (1997, p. 2) diz: “comparação não requer uma única escala de unidades de valor segundo a qual itens podem ser medidos precisamente; uma alternativa pode ser melhor que a outra sem ser melhor por 2,34 unidades. Itens comparáveis podem ser ranqueados ordinalmente (ranqueados em uma lista) e não precisam ser cardinalmente ranqueados (precisamente ranqueados por alguma unidade de medida). Chang (2015b, p. 207) então pensa que tanto valores em abstrato quanto atos que portam valores podem ser comparados em respeito a uma consideração relevante: “A incomensurabilidade dos portadores de valor também não implica sua incomparabilidade. Mesmo que não exista uma unidade cardinal, como um ‘*útil*’ ou um dólar, em termos dos quais o valor entre comprar um carro novo e doar o dinheiro à Oxfam possa ser medido, pode ser verdade que, no que diz respeito à bondade moral, doar para a Oxfam é melhor”. Então pode ser que o próprio Raz esteja equivocado em tratar a incomensurabilidade e incomparabilidade como intercambiáveis.

²⁴³ Por não distinguir razões com qualidades distintas, Raz não distingue domínios de tomada de decisão que envolvem escolhas éticas daqueles que envolvem escolhas morais como alguns teóricos o fazem. Conforme a distinção, decisões éticas representam a busca da felicidade ou bem-estar em torno de estilos de vida valiosos para

Apesar disso – e creio que essa seja a informação mais relevante – o agente diante de opções que lhe parecem incomensuráveis não está fazendo juízos morais substantivos a respeito da permissibilidade dessas escolhas. Isso nos sugere que as escolhas difíceis que ele tem que tomar aparentemente não entram em conflito com os direitos morais ou legais de outras pessoas. Isto é, presume-se que o agente pode fazer essas escolhas sem óbices morais ou legais que frustrem quaisquer das opções disponíveis. Isso faz da incomensurabilidade uma ideia ampla que afeta inúmeros domínios de tomada de decisão afetos à moralidade. Por exemplo, a incomensurabilidade condiciona escolhas sobre juízos de valor estéticos, religiosos, econômicos, gustativos, etc.

Os exemplos também sugerem que as opções de escolha podem contrastar a satisfação de valores sobre atos de tipo ou espécie diferentes um do outro. Por exemplo, caminhar pelo parque é potencialmente mais valioso para a saúde física da pessoa, enquanto ler romances é potencialmente mais valioso para o intelecto e saúde mental. Outros exemplos presumivelmente incomensuráveis seriam: entre o valor de um encontro com os amigos de longa data contrastado com o valor de apreciar uma pintura; ou confrontar a satisfação de ver o seu time preferido vencer a liga nacional com a satisfação de saborear os pratos de um restaurante premiado. Afinal, essas experiências e os valores contidos nelas são completamente diferentes e isso aparentemente contribuiria para sua incomparabilidade. O mesmo vale para o exemplo da escolha entre carreiras. Portanto, a incomensurabilidade implica que os juízos de escolha do sujeito podem ser insensíveis a *portadores de valor*²⁴⁴ de mesmo gênero.

Há que se destacar então que os exemplos de incomensurabilidade fornecidos por Raz não confrontam o agente a decidir entre uma obrigação moral cujo comprometimento causará danos putativos às pretensões de direito de terceiros. Todas as escolhas entre os portadores de valores são feitas sob a presunção de que o agente teria autonomia para fazer essas escolhas. Isto é, ele tem o direito de escolher entre quaisquer das opções incomensuráveis sem ser embaraçado a abandonar quaisquer uma delas. Esse dado é bem importante e será decisivo mais à frente, então peço que o leitor guarde essa informação.

Pelo fato de a incomensurabilidade implicar na incomparabilidade entre valores, Raz (1988, p. 333-34) admite:

o sujeito, ou seja, questões éticas respondem à pergunta “o que é uma vida boa para mim/nós?” Já decisões morais lidam com os interesses das outras pessoas e com questões deontológicas sobre o que é certo ou errado e sobre nossos deveres, logo, se refere à questão “o que devemos às outras pessoas?” Ver Darwall (2017, p. 552-66) e Gordon (2019), para mais detalhes sobre a distinção.

²⁴⁴ Portadores ou titulares de valores (*bearers of value*) são objetos, fatos ou estados de coisas que carregam ou instanciam certos valores (HSIEH, 2016). Todos os exemplos discutidos ao longo do capítulo são entre atos ou fatos titulares de valor.

Onde considerações em favor ou contra duas alternativas são incomensuráveis, a razão é indeterminada. Ela não oferece circunstância para uma alternativa em relação à outra. Como se segue não haver razão para evitar uma alternativa em favor da outra, estamos em certo sentido livres para escolher qual curso de ação seguir. Esse sentido de liberdade é especial, e pode ser enganoso. Difere da situação onde um curso de ação é tão bom quanto o outro. É indiferente qual ação tomamos. Elas são igualmente boas e igualmente más. Incomparabilidade não assegura igualdade de mérito ou demérito. Ela não significa indiferença. Ela marca a incapacidade de a razão guiar nossas ações, não a insignificância de nossa escolha.

Para além dessa conclusão, Raz aborda a interação entre a incomensurabilidade de valores e práticas sociais valiosas em que os indivíduos já se encontram inseridos. Argumenta que pessoas têm razões para acreditar que apoiar certos projetos, relacionamentos, e tudo o mais com o que se importam, porque são comprometimentos dotados de valor. Tais razões seriam indeterminadas, por consequência incomensuráveis, em relação a outras razões que essa mesma pessoa teria para se engajar noutros comprometimentos incompatíveis com aqueles que ela já assumiu. Tais considerações de valor envoltas em práticas sociais importantes seriam incomparáveis com outras demandas alternativas, e também incomparáveis para o sujeito engajado com esses valores (RAZ, 1988, p. 340-41).

Tal efeito de práticas sociais sobre a apreciação de valores representaria um tipo distinto de incomensurabilidade, nomeado “incomensurabilidade constitutiva”.

Considere um cenário de escolha entre as opções A e B, determinadas por valores distintos e incomparáveis, e que o agente participa ou se identifica, digamos, com a prática social de A. A incomensurabilidade constitutiva sugere que o decisor normalmente se recusará a trocar A por B. Raz (1988, 345-46) argumenta que agentes têm a tendência de se manter na posição em que se encontram, ou seja, comprometidos com os valores com os quais se engajam, e que esse tipo de incomensurabilidade se obtém entre opções com significância especial para a capacidade das pessoas se engajarem em certas atividades ou relacionamentos. Também sugere que, nessas circunstâncias, o simples pensamento de que os valores em conflito possam ser comparáveis é abominável para os agentes, de modo que para pessoas engajadas há comparações em que elas se sentirão indignadas em fazer.

Segundo Raz (1988, p. 348):

Formas sociais significativas, que delineiam a forma básica de projetos e relacionamentos que constituem o bem-estar humano, dependem de uma combinação da incomensurabilidade com uma recusa total até para considerar a troca de uma opção incomensurável pela outra.

Com essa afirmação, quer sugerir que as pessoas consideram certas práticas sociais constitutivas para o seu bem-estar e que o agente que vive vinculado a elas não concordaria em

substituir seu modo de vida por outra opção que é valiosa, mas incomparável àquela que ele se comprometeu.

O exemplo dado por Raz (1988, p. 349) é do marido que se distancia da esposa por um mês a trabalho para ganhar renda extra. Tal decisão seria compreensível se presumimos que o motivo do distanciamento é a oportunidade profissional e que o marido, apesar da distância, ainda é fiel à esposa e permanece comprometido com o casamento. Porém, Raz pensa que maridos que realmente se importam com o matrimônio se sentiriam indignados caso alguém pensasse que a escolha difícil que tomaram implicariam que eles estivessem dispostos a tomar uma decisão como essas *simplesmente em razão da oferta financeira*. O marido que realmente se importa com o relacionamento consideraria afrontosa ofertas do tipo: *‘que tal você ganhar 1 bitcoin em troca do convívio com sua esposa por alguns meses?’*. Nesse caso, o dinheiro atua como valor independente a ser confrontado com o valor do matrimônio. Logo, de modo mais geral, Raz pensa que os indivíduos que realmente se engajam e dão importância a certas práticas sociais simplesmente não trocariam o valor proporcionado por elas frente às outras opções.²⁴⁵

Por fim, Raz (1988, p. 353-54) acredita que incomensurabilidades constitutivas não representam casos onde as razões para a ação do agente se esgotam, mas que elas delimitam áreas de escolha que testam os limites da decisão para os agentes interessados nos relacionamentos pessoais e carreiras que lhes são constitutivos. Noutras palavras, o agente comprometido com certa prática social poderia considerá-la incomensurável em relação a outras práticas que não constituem o projeto de vida com o qual se comprometeu. Nesse ponto, a incomensurabilidade de valores justifica razões para o agente se manter fiel aos projetos com os quais está envolvido. Portanto,

As incomensurabilidades constitutivas desempenham seu papel em convenções de fidelidade sobre relacionamentos e carreiras. Estar envolvido com uma carreira ou um relacionamento inclui a crença de que certas opções não são comparáveis em valor. Abandonar essas crenças é, portanto, uma maneira de abandonar a carreira. Considerar um relacionamento específico como um tópico adequado para uma mudança danifica-o ou mesmo o destrói. Considerar uma categoria de relacionamentos como comparáveis em valor com outras opções com as quais elas são, em virtude de suas convenções constitutivas, incomparáveis, faz uma pessoa imprópria para, ou incapaz de, possuir relações desse tipo (RAZ, 1988, p. 356).

Penso que já há elementos suficientes para compreender a incomensurabilidade de valores que é objeto da discussão. Então já é hora de retomar o argumento em defesa das

²⁴⁵ O aspecto constitutivo desse tipo de incomensurabilidade parece estar presente na famosa ação publicitária de uma companhia de cartões de crédito: há relacionamentos ou experiências de vida que não têm preço.

obrigações morais relativas a papéis para compreender de fato o que seus idealizadores querem provar.

7.1.2. Incomensurabilidade e a obrigação de fidelidade dos juízes ao direito

Retomemos a ideia por trás do argumento.

Entusiastas de obrigações morais relativas a papéis desejam conjurar a incomensurabilidade de valores para provar que juízes podem ter uma obrigação moral determinada pela prática jurídica para punir agentes que cometeram um ato ilegal, embora moralmente desculpável. Ou seja, eles querem provar não haver nada de errado com o dilema do perspectivismo jurídico ou com o combate moral que Hurd apresentou. Enquanto desobedientes inocentes estão moralmente justificados em descumprir padrões do direito que são subótimos, juízes estão moralmente justificados a punir esses infratores porque esses agentes estão especialmente comprometidos com os valores sistêmicos do direito.

Então, aparentemente seus idealizadores querem defender que a fidelidade judicial ao direito cria obrigações morais para os juízes e o comprometimento desses agentes com essa carreira jurídica representaria um caso de incomensurabilidade constitutiva para ocupantes desse papel. Nesse caso, um juiz consideraria as opções de julgamento em um caso difícil – entre absolver o desobediente justificado ou aderir ao direito – incomensuráveis. Porém, como sua escolha de carreira implicaria num comprometimento moral valioso, por força dos valores sistêmicos do direito, teríamos que admitir que, embora o desvio ao direito não possa ser considerado opção melhor, pior, ou igual à adesão às regras, desviar seria uma escolha indigna para o juiz. Portanto, seria possível explicar como o juiz reteria sua obrigação moral e de papel com relação às normas do direito.

De fato, essa é a proposta que Bustamante e Decat (2020, p. 125-26) propuseram como resposta ao problema da moralidade judicial. Se os compreendi corretamente, eles afirmam que usam a noção da incomensurabilidade de valores para rejeitar a tese da correspondência moral. Logo, defendem que a justificação moral das razões que levaram o indivíduo cometer uma ilegalidade *não* determina a justificação moral dos juízes em desconsiderar a imposição da coerção jurídica sobre o desobediente. Os teóricos também argumentam que a versão mais forte da objeção implica que uma pessoa pode ter uma liberdade ou um privilégio para se engajar com determinada conduta (veremos a versão mais fraca, e porque ela é tão implausível quanto a forte em instantes). Dito isso, eles acreditam que:

Se a incomensurabilidade implica um privilégio Hohfeldiano, a tese da correspondência falha porque uma pessoa pode ter a liberdade para perseguir certo valor sem um dever por parte de outras pessoas de prevenir que a primeira tenha sucesso em sua empreitada. (BUSTAMANTE & DECAT, 2020, p. 130).

Portanto, caso estejam corretos, Bustamante e Decat pensam que o conflito moral entre o desobediente justificado e os juízes pode ser mantido, vez que o juiz teria a obrigação moral de punir. Assim ela agiria conforme o esperado, dado o papel social que ocupa.

Por fim, destacam o caráter constitutivo da incomensurabilidade quando sugerem que as pessoas estão moralmente intituladas para escolher entre objetivos valiosos, embora incomensuráveis, pela sua dependência para com as convenções sociais onde estão inseridas. Eles exemplificam seu ponto com o exemplo dos relacionamentos constituídos entre amigos ou familiares. Dizem que a teoria raziana dos valores explica como relações como essas carregam obrigações distintas entre aqueles que nela participam. Com isso querem defender que certos julgamentos entre decisões em conflito são incomensuráveis em razão desse aspecto constitutivo que as práticas sociais e os relacionamentos exercem sobre os agentes (BUSTAMANTE & DECAT, 2020, p. 132-34).²⁴⁶ Então, supostamente, juízes se comprometem a aderir às normas do direito nos casos subótimos dado o tipo de relações sociais que eles têm, *qua* juízes, perante o direito e à sociedade.

Esse é, substancialmente, o argumento constitutivo da incomensurabilidade. Na próxima seção provo com ele sofre de um defeito conceitual incontornável que torna impossível invocá-lo em defesa do dilema do papel judicial.

7.1.2.1. *Incomensurabilidade e a rejeição da tese da correspondência*

Como visto acima, o argumento em discussão quer provar que o conflito moral entre as obrigações do papel judicial e direitos ou deveres gerais é uma inevitabilidade. Também já sabemos que seus defensores justificaram a pertinência da incomensurabilidade baseados na aceção de privilégios (ou liberdades) hohfeldianos. Em razão disso, discuto abaixo se faz sentido invocar a incomensurabilidade enquanto argumento constitutivo nesses termos.

Para tanto, vejamos como a ideia da incomensurabilidade raziana interage com os dois incidentes sobre a liberdade revelados por Hohfeld, as permissões e os privilégios. Já nos deparamos com a primeira delas ao final do Capítulo 4, a respeito do *fair play*. Agora aprofundo

²⁴⁶ Note que os teóricos recorrem aos mesmos exemplos análogos dos vínculos associativos que abordei no Capítulo 4. Agora o leitor já tem condições de refletir se essa analogia se mantém para o caso das obrigações políticas e do papel judicial.

sua exposição, já que ela será também relevante para rechaçar o argumento da incomensurabilidade.

7.1.2.2. *Dois conceitos sobre liberdade*

Dizemos que um sujeito goza de uma permissão quando esse adquire um direito para praticar uma conduta. Ter um direito em forma de permissão também significa que nenhum terceiro tem o direito de impedir o sujeito de praticar a conduta permitida, ou seja, terceiros têm um dever negativo de não interferência sobre os interesses justificados do sujeito.

Por exemplo, quando Jonas consegue sua licença de motorista, ele adquire a permissão para guiar seu carro. Tal permissão é oponível contra todos que não podem simplesmente impedir que Jonas dirija a não ser que suas ações ao volante ameacem os direitos de terceiros.²⁴⁷

Já ter um privilégio é ter a liberdade para praticar certa conduta sem oponibilidade de direitos sobre qualquer outro agente. Quem detém um privilégio não tem obrigação de praticar o ato, sua realização é opcional; o agente também não pode reivindicar um direito oponível sobre esse ato; e terceiros não têm direito de impedir que o agente pratique o ato.

Hurd e Moore (2018, p. 340) imaginam um evento semelhante a esse para esclarecer o conceito: Jonas e Anders se aproximam da mesa de um *self-service* para pegar a sobremesa, mas só sobrou um pudim. Não faz sentido dizer que quaisquer dos comensais têm a obrigação de comer o pudim. Além disso, nenhum deles pode simplesmente reivindicar para si o direito de comer o último pudim. Por exemplo, Jonas não pode protestar contra Anders dizendo “*eu tenho o direito de comer esse pudim! Você tem o dever negativo de não interferir sobre esse meu direito*”. Ambos estão em liberdade para disputar o pudim, já que os interesses de cada um dos comensais não tornam a pretensão do outro injustificada.

A partir dessa distinção podemos investigar *se e como* a incomensurabilidade de valores pode interferir em nossos juízos sobre permissões e privilégios.

7.1.2.3. *Incomensurabilidade enquanto conflito sobre permissões*

Hurd destaca que seria uma confusão conceitual empregar a incomensurabilidade para argumentar que permissões podem se opor quando há razões para a ação correlacionadas. O argumento da incomensurabilidade procura explicar como o desobediente justificado tem a

²⁴⁷ Afinal de contas Jonas pode ser um motorista barbeiro.

permissão moral para infringir o direito e o juiz tem a permissão moral para punir a desobediência desse cidadão. Mas isso é impossível, já que a permissão é um incidente de direitos que atua precisamente sobre razões para a ação co-dependentes. Logo, se temos boas razões para concluir que desobedecer ao direito num caso particular é a coisa certa a se fazer, temos permissão para violar o direito. Se essa permissão é justificada, ela se torna oponível a todos os demais agentes que terão um dever negativo de não interferência. Desse modo:

Se permissões constituem direitos, e direitos dão origem a deveres de não-interferência por parte dos outros (como elas fazem segundo qualquer teoria-padrão sobre a natureza dos direitos), então duas pessoas não podem ter permissões que as deixem agir de modos que frustram os interesses dos outros. Assim, embora possa haver ações de valor incomensurável que geram direitos por interesse de agentes que escolhem entre elas, esses direitos gerados não podem justificar que um agente faça algo oposto ao que outro agente tenha o direito de fazer (HURD, 1999, p. 32-33).

Como o confronto entre valores incomensuráveis relativos a agentes é claramente incompatível com a natureza das permissões, nos resta considerar se esse confronto atua sobre privilégios. Afinal esse incidente de direitos integra a versão mais forte da objeção que os teóricos constitutivos lançam contra a tese da correspondência moral.

7.1.2.4. Incomensurabilidade enquanto conflito entre privilégios

Sobre essa versão mais forte, Hurd reconhece que a oposição entre privilégios envolve menos confusão conceitual. Essa seria a configuração mais plausível do argumento, com potencial para demonstrar a existência do conflito entre razões para a ação constituídas pela prática de um papel e razões para a ação endossadas pela moralidade ordinária. A tese da correspondência estaria ameaçada “porque a liberdade que habilita alguém agir não implica em uma ausência de liberdade por parte de outrem para prevenir o ato desse alguém” (HURD, 1999, p. 33). Assim seria possível reconhecer que tanto desobedientes justificados, quanto os juízes deveriam ter agido como agiram, os primeiros em violar o direito e os segundos em cumprir a lei.

Porém, Hurd nega que o dilema do perspectivismo represente um conflito entre privilégios, porque liberdades desse tipo não representam conflitos entre direitos moralmente relevantes. Como exposto, o agente tem um privilégio quando não tem há direitos alheios oponíveis contra suas razões para a ação. Por isso, Hurd (1999, p. 33) considera privilégios como áreas de escolha amoral, já que sujeitos em condição de liberdade não estão vinculados por qualquer máxima ou princípio moral. Em função disso, *não há obrigações nem direitos*

exigidos entre agentes em liberdade, suas ações estão desprotegidas e ocorrem, em condições normais, sem óbices morais.²⁴⁸ Então, mesmo que o agente tome à frente de uma decisão que frustrasse interesses alheios ele não causa nenhum mal e nenhum bem a outrem a ponto de justificar algum tipo de interferência (HURD, 2020, p. 17-18).²⁴⁹ Lembre-se do exemplo do pudim: faria sentido Anders convocar uma sindicância entre os comensais para que se determine que, provavelmente, ele tem um direito oponível sobre o último doce? Não parece ser o caso.

Esse exemplo ainda nos mostra como o problema do papel judicial difere desse conflito sobre razões para a ação. Em uma oposição entre privilégios nenhum agente pode reivindicar do outro qualquer ajuste ou abstenção de conduta. Mas isso claramente não é o caso quando estamos lidando com disputas judiciais. Essas são marcadas por reivindicações de direitos: ou o desobediente justificado tem uma permissão moral para infringir a regra, que implicará num dever por parte do juiz em não embarçar a satisfação desse direito, ou seja, ele não deve puni-lo; ou desobediente tinha a obrigação de obedecer às regras do direito, que implica na obrigação correspondente do juiz para puni-lo em caso de má conduta.

Então, ao contrário do que seus defensores pensavam, ao invés de mais forte, o argumento da incomensurabilidade em termos de privilégios é muito mais fraco. De fato, ele é auto-refutante, pois é impossível basear qualquer defesa sobre as *obrigações morais* dos juízes através dos privilégios Hohfeldianos. Como privilégios não envolvem reivindicação de direitos, não há base para discutirmos a reivindicação de qualquer dever, sendo precisamente a questão que está em causa: as obrigações do papel judicial. Por isso, concluo que o argumento da incomensurabilidade falha, já que não faz sentido discuti-lo em circunstâncias de conflito entre direitos. Tanto é o caso que há filósofos morais que rejeitam a incomensurabilidade de valores como um argumento para a existência de dilemas que confrontam obrigações morais:

Valores incomensuráveis não fornecem boas razões para a conclusão de que há dilemas morais. Eles suportariam a conclusão de que é possível haver alternativas incompatíveis, cada uma das quais é valiosa e inigualável por qualquer coisa que seja definitivamente de valor igual ou superior. Mas isso não implica que as alternativas são moralmente obrigatórias. Nenhuma alternativa é definitivamente melhor que a outra, e elas não são definitivamente iguais em termos morais. Isso deixa em aberto seus status morais dentre as categorias avaliativas do que é obrigatório, aceitável e proibido. Nem sequer está implícito que ambas as alternativas tenham o mesmo status [...] A incomensurabilidade por si só não determina qualquer status moral de tais alternativas (CONEE, 1989, p. 139).

²⁴⁸ Naturalmente, Jonas não pode ameaçar a integridade física de Anders na disputa pelo pudim, a liberdade dos comensais, ou de quem quer que seja em circunstâncias análogas, termina onde começam os direitos dos outros.

²⁴⁹ O reconhecimento das liberdades enquanto privilégios pode ocorrer em dois cenários bem distintos. Em circunstâncias de impossibilidade entre opções inofensivas aos direitos alheios; e em casos trágicos de impossibilidade onde o agente se vê forçado a tomar uma decisão que inevitavelmente causará um grande mal que ela não tem condições de evitar. Esses últimos são dilemas como a *Escolha de Sofia*. Para uma descrição de dilemas como esses ver Marcus (1980) e McConnell (2018).

Evidentemente, para tornar o argumento da incomensurabilidade pertinente ao problema das obrigações dos juízes ele teria que ser considerado em função de permissões e seus opostos, a categoria dos deveres ou obrigações. Mas os teóricos constitutivos não podem seguir essa rota, já que esses incidentes sugerem que da tese da correspondência está correta.

Em suma, eis o defeito conceitual incontornável da objeção da incomensurabilidade: O agente que se depara com duas opções que se mostram incomensuráveis, tem liberdade para escolher entre uma ou outra – afinal ele tem um privilégio. Um juiz *pode* até desejar decidir em favor da adesão ao direito, pois isso representa seu comprometimento e apego a certos valores institucionais, carreira ou projeto de vida que ele escolheu. Mas, penso que, trivialmente, ele não *deve* fazer isso, porque ele não tem esse direito, essa liberdade. Portanto, o apelo à incomensurabilidade valores é inócuo, porque a ideia da obrigação moral e política dos juízes nem sequer consegue ser colocada em disputa.

Por fim, vale ainda destacar que o argumento da incomensurabilidade ainda dependeria de uma leitura procedimental e moralizada com respeito aos valores sistêmicos do direito para prosperar. Então, além do desafio de tornar a incomensurabilidade de valores viável em conflitos entre direitos e obrigações morais, os teóricos constitutivos precisariam encontrar uma concepção procedimental plausível sobre o valor do Estado de Direito da democracia.

Com todos esses obstáculos, o argumento da incomensurabilidade deve ser rejeitado.²⁵⁰

7.2. A teoria da autoridade e suas razões excludentes

Agora investigo um argumento raziano mais desafiador, a teoria da autoridade legítima.

Raz elaborou uma teoria que procura justamente provar como os pronunciamentos normativos impostos por uma autoridade são capazes de insular os agentes da deliberação substantiva em casos particulares. Quando uma autoridade é legítima, o tomador de decisão não precisa fazer juízos morais caso a caso, as razões do direito substituem essa responsabilidade. Noutras palavras, as diretivas de uma autoridade legítima são capazes de excluir razões para agir em conflito. Elas determinam o que deve ser feito, pois, aparentemente, as razões impostas pela autoridade seriam as melhores disponíveis.

Desse modo, se correta, ela candidata-se a ser o argumento que os teóricos constitutivos precisam para justificar a obediência moral dos juízes ao direito. Na primeira parte do capítulo

²⁵⁰ Hurd (2020) forneceu algumas respostas adicionais contra o argumento constitutivo da incomensurabilidade em “*Friendly Combat Over Moral Combat: A Reply to My Critics*”.

vimos como isso é possível: a teoria da autoridade de Raz pode implicar na obediência moral geral dos juízes sobre as normas jurídicas válidas dos ordenamentos razoavelmente justos. Essa foi a interpretação que Moore deu para o argumento raziano.

Por outro lado, também soubemos que Raz discordou de tal interpretação, indicando que não acredita na existência de obrigações morais especiais dos juízes, mas que as obrigações de juízes e cidadãos seguem a mesma direção. Pois bem, mas essa admissão não joga contra a ideia de obrigações morais relativas a papéis? Absolutamente.

Ora, por que então discutir a teoria de um filósofo que rejeitou o problema moral das obrigações judiciais? Tenho alguns motivos que justificam sua importância.

O primeiro é porque a interpretação que Moore fez soa plausível. Assim, mesmo que Raz proteste, sua teoria da autoridade pode explicar como normas institucionais relativas a um papel ou instituição determinariam as obrigações morais de uma profissão. Recorde que Raz admite que o consentimento expresso do agente pode conseguir obrigá-lo moralmente à certos arranjos normativos, como é o caso dos juízes que comumente prestam juramentos de fidelidade às instituições jurídicas. Para além de atos de consentimento, Raz também reconhece que os agentes que manifestam uma atitude de respeito às normas ou instituições jurídicas podem adquirir uma obrigação moral para obedecê-las.²⁵¹ Como Raz acredita que atos de vontade e atitudes de respeito podem implicar obrigações morais daqueles agentes que assim se comprometeram, é possível considerar que as razões excludentes que o direito reivindica insulam os juízes de deliberações morais particularistas.²⁵² Desse modo, juízes terão que ser formalistas e aplicar os padrões do direito sem considerar seus méritos em cada caso concreto. Tanto é o caso que teóricos interessados em obrigações de papel mencionam a teoria das razões excludentes das autoridades com esse propósito. Luban (1988, p. 119-20) é exemplo disso:

Estamos descrevendo uma sociedade governada, (se essa for a palavra) por uma moralidade ordinária, por uma que contém um número de papéis sociais governados por moralidades de papéis. E, segundo o argumento que escrutinamos agora, quando moralidades de papel conflitam com a moralidade ordinária elas vencem. Isso porque as razões que elas fornecem para a ação são razões protegidas, as quais, em sua capacidade excludente, nos dirige a ignorar a moralidade ordinária exceto quando ela for empregada para avaliar as políticas que subjazem os vários papéis. Tais políticas criam o que pode ser chamado "perímetro" de papel. Razões excludentes, ao

²⁵¹ “Uma pessoa que respeita o direito expressa, dessa forma, sua atitude para a sociedade, sua identificação para com o direito e sua lealdade a ele. Tal pessoa pode achar apropriado expressar essas atitudes para com a sociedade, dentre outras formas, através da sua atitude para com o direito. Ela pode senti-la como uma expressão adequada da sua lealdade por reconhecer a autoridade do direito. Ela então obedecerá ao direito pelo modo com o qual ele reivindica ser obedecido. [...] para a pessoa que respeita o direito há uma obrigação de obedecer. Seu respeito é a fonte dessa obrigação” (RAZ, 2009, p. 260).

²⁵² Raz não desenvolve a ideia do respeito adiante. Então não fica claro, por exemplo, se há uma relação entre os atos de consentimento e tal atitude de respeito. No caso dos juízes, se juramentos de fidelidade à ordem jurídica representam uma atitude de respeito e adesão moral desses oficiais à autoridade de suas normas.

estabelecer um perímetro para o papel, simplificam a complexidade da demanda moral para o agente: o agente agora é responsável somente pelos julgamentos sobre o que o papel requer, e todos os outros julgamentos práticos são excluídos de consideração.

Outro exemplo significativo é Wendel, que suporta um argumento constitutivo através das razões excludentes reivindicadas por papéis profissionais:

Essa concepção de papel é conhecida por ser diferenciada enquanto postula obrigações ou permissões excludentes – prescrições específicas do papel que substituem [*preempt*], suplantam ou superam o que, do contrário, seriam os requerimentos da moralidade ordinária. Essa é uma concepção de papéis geradora de razões excludentes, centrais para a forma que tenciono refletir sobre obrigações profissionais. Arguivelmente, se papéis criam razões excludentes, quando alguém atua enquanto ocupante de um papel, não há como referir-se novamente às considerações morais ordinárias, a não ser abandonando papel completamente." (WENDEL, 2011, p. 550).²⁵³

Como se nota, ambos pensam que a teoria da autoridade de Raz atua como um determinante de obrigações morais para ocupantes de papéis profissionais.

O segundo motivo é que há outra interpretação do argumento também debilitante à minha tese. Ela é, digamos, mais caridosa à Raz, pois respeita a paridade moral das obrigações entre juízes e cidadãos, enquanto propõe que ambos teriam a mesma obrigação para aderir ao direito *já que sistemas jurídicos razoavelmente justos reivindicam autoridade legítima*. Dessa forma, o dilema do perspectivismo seria resolvido em favor da obediência o direito. Essa é a interpretação que Hurd (1999, p. 62) dá à autoridade raziana:

Se o direito *qua* direito provê razões para obediência incondicional, então, mesmo que não espelhe perfeitamente a moralidade, ele, não obstante, preclui a desobediência justificada por parte dos cidadãos. Não temos causa para preocupação quanto à punição dos cidadãos desobedientes, porque o direito não admite casos nos quais um juiz poderia estar moralmente justificado em recusar-se a punir a desobediência.

Penso que mesmo essa interpretação não é incontroversa. Ela está alinhada à hipótese de que cidadãos e juízes deveriam aceder à autoridade das normas em casos subótimos (*i.e.*, aqueles onde o direito não parece espelhar a moralidade). Apesar disso, já sabemos que a concepção raziana de autoridade é fragmentária (*piecemeal*), mesmo em sistemas jurídicos razoavelmente justos. Então pode muito bem ser que a obediência reivindicada em quaisquer casos subótimos não se traduza em obrigações morais para juízes e cidadãos; ou pode ser que os casos subótimos sejam precisamente as instâncias onde as razões de autoridade jurídica obrigam esses agentes. Não me preocuparei em investigar qual seria o posicionamento autêntico

²⁵³ Dare (2016), Cullity (2019) e Swanton (2019) também discutem razões excludentes no âmbito da moralidade profissional;

de Raz sobre essa questão. Seja qual for o caso, a objeção pela qual rejeitarei essa teoria da autoridade será mais abrangente. Ela almeja provar que Raz não consegue manter o caráter excludente das razões para a ação que o direito reivindica. Se conseguir demonstrar como a teoria não pode ser sustentada, ela falhará sob quaisquer dessas compreensões fragmentárias sobre obrigações morais.

Por fim, o terceiro motivo é que a apreciação crítica e conseqüente rejeição dessa teoria indicarão que a leitura mais plausível sobre razões de autoridade não reside em sua aparente capacidade prática para compelir obediência, mas tão somente, na sua qualidade epistêmica.

Na próxima seção, descrevo a teoria de autoridade de Raz. Na seguinte, demonstro como ela falha em demandar a substituição de razões para a ação subjacentes em detrimento daquelas decretadas pelo direito.

7.2.1. A concepção de serviço da autoridade jurídica

Já sabemos que Raz quer explicar como o direito é uma fonte de razões normativas que visam substituir a necessidade de os indivíduos agirem conforme outras razões. Por pensar que qualquer autoridade tem uma pretensão de ser moralmente legítima, todas impõem razões com esse propósito prático. Raz nomeia sua teoria *concepção de serviço*, afinal autoridades nos prestam um serviço nos dizendo como devemos agir conforme as melhores razões disponíveis.

Para enxergar como sua teoria aparentemente vincula juízes (ou também todos os sujeitos de direito) à obediência das normas jurídicas, precisamos entender como Raz ofereceu uma resposta elegante ao chamado *paradoxo da autoridade*, através de três postulados sobre a racionalidade prática.

O *paradoxo da autoridade* é, basicamente, uma forma ampla de exprimir o problema moral que perpassou esta tese: como pode ser justificado ou mesmo racional para uma pessoa agir contra o balanço de razões conforme ela o vê *somente porque uma norma do direito assim determinou?*²⁵⁴

Como me esforcei em demonstrar nos capítulos anteriores, é difícil conceber como os juízes ou os demais cidadãos precisam obedecer ao direito em razão dos argumentos mais usuais da obrigação política, ou mesmo em função dos valores institucionais do Estado de Direito e da democracia. Não sou conclusivamente razoável obedecê-lo por quaisquer desses fundamentos de moralidade política.

²⁵⁴ Ver Shapiro (2004, p. 385-93) para uma exposição detalhada do paradoxo da autoridade enquanto problema para a moralidade e a racionalidade prática.

Raz propõe uma tática diferente para resolver esse paradoxo. Ele recorre a aspectos intuitivos que explicam sob quais condições poderíamos, razoavelmente, reconhecer que um sujeito acedeu à autoridade de um comando. Esses aspectos correspondem a cada um dos seus postulados sobre a racionalidade prática das autoridades. São eles: a *tese da justificação normal*; a *tese da dependência*; e a *tese da preempção*. Através deles Raz quer provar como é racional para o agente *obedecer* aos comandos de uma autoridade prática quando delibera. Assim, ele espera mostrar que o paradoxo da autoridade é ilusório, pois caso seus postulados estejam corretos, a aparente irracionalidade de nos submetermos à autoridade do direito será falseada pela *concepção de serviço* (RAZ, 1988, p. 38-42; 2009, p. 19-27).

Vejam os abaixo o que cada postulado determina:

A *tese da justificação normal* nos diz que a forma normal de justificar a autoridade legítima de alguém implica reconhecer que os agentes estarão em posição mais vantajosa se obedecerem às razões impostas pela autoridade ao invés de agir por razões próprias (RAZ, 1988, p. 53). O postulado deixa implícito que as razões reivindicadas por autoridades legítimas procuram ser as melhores formas para agir disponíveis.

Já a *tese da dependência* estabelece que todos os comandos de autoridades legítimas devem ser baseados em razões relevantes para o curso de ação determinado e já se aplicam a ele (RAZ, 1988, p. 44). Isso significa que as razões de autoridade não podem pegar os agentes completamente de surpresa. Elas não podem ser razões novas em folha ou alheias à questão que querem regular. Isto é, não podem impor uma conduta que não se poderia razoavelmente esperar que os agentes deliberassem a respeito. A tese da dependência garante que os agentes poderão ter uma razão para confiar no comando normativo. Fosse uma razão inteiramente nova ou alheia, seria improvável que os agentes concebessem a autoridade como legítima.

Por fim, a *tese da preempção* explica que as razões fornecidas pela autoridade legítima são muito mais que meras razões opcionais ou uma razão bastante relevante a ser sopesada perante outras razões para agir. Elas são razões que *excluem* do raciocínio prático outras diretivas para a ação (RAZ, 1988, p. 59-60). A tese da preempção é responsável por realçar a característica mais importante das diretivas de autoridades práticas: suas razões não se acrescentam a uma razão para agir fornecendo-lhe maior peso; elas são o que são porque foram impostas para *substituir* quaisquer outras razões para a ação consideradas, retirando-as do raciocínio deliberativo.

O caráter preemptivo ou excludente de uma razão de autoridade faz com que ela tenha uma característica que a sobrepõe às demais. Ela atua no jargão da racionalidade prática como uma razão de *segunda ordem*, pois *o fato de que essa razão em específico foi eleita pela*

autoridade como aquela a ser seguida é, por si mesmo, a razão para o agente obedecê-la. Como a própria razão da autoridade determina a conduta que o agente deve praticar, ela também é considerada razão de *primeira ordem*, pois ela concorre nesse aspecto com as outras razões para agir disponíveis. Como ela representa a melhor conduta considerada pela autoridade, Raz também chama essa razão de *razão protegida*.

Por meio dessas teses Raz acredita ter solucionado paradoxo da autoridade, pois ele consegue explicar como podemos submeter nossas decisões aos comandos de uma autoridade por uma razão, mesmo quando seja possível que as razões da autoridade não *estivessem realmente* de acordo com o melhor balanço de razões para agir em casos particulares. Isto é, mesmo que cheguemos à conclusão *post facto* que a melhor razão para agir teria sido desobedecer ao comando normativo, considerado todas as coisas, teremos a obrigação moral de obedecer à autoridade. Veja abaixo como Shapiro (2004, p. 407) sintetiza os objetivos da concepção de serviço:

Assuma que a autoridade legítima proponha uma diretiva para algum agente requerendo dele uma ação já suportada pelo balanço de razões. O agente deve certamente se conformar com a diretiva nesse caso. Mas sua existência é relevante para a razão prática do agente? Ela é sob a teoria de Raz. De acordo com a Tese da Justificação Normal, já que a autoridade é legítima, suas diretivas tornam mais provável que o agente lide melhor quanto às razões que se aplicam diretamente a ele. A diretiva, por consequência, é uma razão para a ação, porque através da sua orientação o agente aumenta suas chances de agir conforme o balanço de razões dependentes do conteúdo.

Assuma, por outro lado, que o conteúdo da diretiva não é suportado pelo balanço de razões. O agente deve seguir a diretiva? A resposta é, novamente, 'Sim', pois, segundo a Tese da Preempção, diretivas estabelecidas por autoridades legítimas não são meramente adicionadas ao balanço de razões dependentes, mas substituem algumas dessas razões. Como resultado dessa exclusão, as razões dependentes que aconselhavam contra conformar-se com a diretiva não são mais relevantes. As únicas razões que contam são aquelas que restaram na balança, que, nesse caso, acabam por ser a diretiva da autoridade.

Esses foram, portanto, os postulados da racionalidade prática que justificam como nós, e especialmente os juízes, poderíamos aceder aos comandos da autoridade, ou melhor, ao conteúdo prescrito pelas normas do direito, por razões morais independentes dos seus méritos em casos particulares. Assim, segundo a concepção de serviço, juízes não teriam permissão, sequer o dever moral para desviar do direito nos casos subótimos.

7.2.2. Superando a concepção de serviço

O objetivo da objeção é provar como a justificação raziana para autoridades legítimas falha ao procurar insular os agentes da avaliação substantiva e da decisão conforme outras razões de primeira ordem.

Penso que Hurd tenha oferecido o percurso mais instrutivo dessa falha, embora outros filósofos tenham apresentado objeções semelhantes.²⁵⁵ Por isso, optei por percorrer o mesmo caminho argumentativo que ela seguiu, apresentando as reflexões de outros críticos quando julgar necessário.

Inicialmente, Hurd (1999, p. 72-73) antecipa que a concepção de serviço sofre com duas dificuldades inter-relacionadas.

A primeira, por ser extremamente difícil apresentar um exemplo de um caso que faça jus ao cânone da racionalidade junto à ideia de que há razões protegidas que excluem as decisões morais do agente em função do *seu* balanço sobre as razões de primeira ordem.

A segunda, explica que a dificuldade em formular exemplos satisfatórios ocorre porque a ideia de razões protegidas é conceitualmente incoerente.

7.2.3. Exemplos insubsistentes

Raz (1999, p. 37-38) formulou dois exemplos para demonstrar como razões de segunda ordem conseguem excluir outras razões de primeira ordem (*Tese da Preempção*) e como aqueles submetidos aos comandos presumidamente agirão melhor caso sigam as diretivas das autoridades que já se aplicariam a eles (*teses da justificação normal* e da *dependência*). São os casos de Ann e Jeremy.

Ann está diante de uma oportunidade irrecusável de investimento financeiro. Ela tem pouco tempo para fazê-lo, mas as chances de lucro são satisfatórias, desde que ela escolha os fundos certos. Porém, Ann teve um dia extenuante do trabalho, ela está cansada e estressada. Por isso, não tem certeza se conseguirá avaliar as propostas da melhor maneira possível. Sua insegurança faz com que ela se considere incompetente para decidir qual é o investimento mais rentável no momento. Decepcionada, Ann confessa ao seu amigo que deixará a oportunidade passar. Nesse caso, Ann considerou a decisão de não investir uma razão protegida, dado que ela desconsiderou agir conforme o balanço das razões para investir que tinha disponíveis.

²⁵⁵ Por exemplo, Michelon (2002), Martin (2010), Moore (2000) e Shapiro (2004).

Jeremy é um sargento que recebeu a ordem do seu comandante para se apropriar e utilizar o caminhão que pertencia a um comerciante. Seu companheiro lhe oferece razões de peso para que a ordem seja desrespeitada. Jeremy admite, seu irmão de guerra pode estar correto, mas insiste em aceder ao comando, pois não importa se o comandante está certo ou não, ele é seu superior e é obrigação do soldado obedecer às ordens de seus superiores. Nesse caso, Raz admite que mesmo que a ordem fosse equívoca dado o balanço de razões (o companheiro estava certo, no fim das contas), o comando do oficial superior era justificado, dado que ele é uma autoridade legítima e a ordem não aparentava requerer qualquer atrocidade (e.g. atirar em quem quer que se movesse em Mỳ Lai).²⁵⁶ Fosse claramente imoral, Jeremy se recusaria, segundo Raz. Portanto, mesmo suspeitando que o comando fosse indevido, Jeremy também estaria agindo por uma razão protegida (a ordem de um superior), de modo que a razão de primeira ordem do companheiro teve de ser descartada.²⁵⁷

O problema desses exemplos é que eles não conseguem demonstrar, satisfatoriamente, porque as razões de autoridade seriam de fato excludentes, nem mesmo como é verdadeiro ser racional aceitar razões independentes de conteúdo como se fossem as melhores decisões disponíveis.

Quanto ao caso de Ann, Hurd esclarece haver uma explicação muito mais plausível sobre o caráter das razões que ela tinha. Lembre-se que Ann deixou de deliberar sobre os investimentos por falta de tempo e cansaço. Dito isso,

Alguém estar cansado não constitui razão para se abster de agir com base no equilíbrio de razões de primeira ordem. Na verdade, não constitui, de modo algum, razão para a ação. Pelo contrário, quando alguém julga a si mesmo incompetente para tomar decisões sábias, tem uma razão para *crença*, isto é, atua-se como autoridade epistêmica a respeito da provável verdade das conclusões que a pessoa tem sobre o equilíbrio de razões de primeira ordem em favor ou contra uma ação em particular. Alguém estar cansado constitui mera evidência do fato de que as premissas que emprega em suas inferências práticas podem muito bem ser falsas. A exaustão dá a alguém uma razão para acreditar que há *outras* razões para não se envolver na negociação, as quais, se aparentes, mostrariam que a negociação seria precária. Dado que a exaustão torna provável, ou pelo menos possível, que o balanço de razões para a ação como alguém os vê inexato, há razões para pensar que há outras razões para a

²⁵⁶ A ordem era, para os fins da discussão, um caso *subótimo*.

²⁵⁷ Junto aos casos de Ann e Jeremy, Raz também apresenta o exemplo de uma promessa feita por Colin à sua esposa. Deixei esse exemplo de lado, pois Raz (1999, p.186; 214) afirma explicitamente que o caso da promessa de Colin representa um tipo de diretiva cuja razão protegida não se impõe por ser, presumivelmente, a melhor razão para a ação, mas somente porque ela parece ser uma razão para o agente se comprometer. Raz afirma que o exemplo de Ann representa muitos casos de razões excludentes com caráter evidencial, pois o sujeito que aquiesce à diretiva de autoridade o faz porque considera ela a melhor razão para agir, dadas as circunstâncias. Já no exemplo de Colin, o aspecto autoritativo é determinado apenas por considerações motivacionais. Raz nada diz a respeito do exemplo de Jeremy, embora ela pareça mais próximo do caso de Ann do que de Colin como veremos a seguir. Por isso, apenas os exemplos de Ann e Jeremy servem para explicar a racionalidade entre as teses da preempção e da justificação normal. Ver também Hurd (1999, p. 75) sobre porque o exemplo de promessas não cumpre bem os desígnios de Raz para a concepção de serviço.

ação enganosas no presente, mas que, se somadas ao equilíbrio, resultará na descoberta de que o negócio é uma proposta imprudente. Então conhecimento de uma condição de incompetência tão-somente faz de alguém uma autoridade epistêmica sobre a verdade das inferências que envolvem conjuntos complexos de premissas. E, assim sendo, isso não significa obstar a deliberação da pessoa sobre agir ou de agir com base nas razões de primeira ordem para desconsiderar sua própria incompetência. Embora o único curso de conduta racional possa muito bem ser deixar de celebrar um contrato complexo, esse curso de conduta é ditado pelo balanço de razões de primeira ordem dependentes de conteúdo. A condição de incompetência de alguém é apenas evidência do fato de que, ao lidar com essas razões dependentes de conteúdo, pode-se não estar empregando premissas verdadeiras. (HURD, 1999, p. 73-74).

Sinteticamente, Hurd demonstrou nessa longa exposição como o exemplo não convence em provar que a decisão de Ann foi informada por uma razão excludente de segunda ordem. Sua desistência do investimento, motivada pelo fato de estar cansada e sem tempo, é uma razão de primeira ordem como todas as alternativas recusadas por ela. O que Ann fez foi avaliar e sopesar sua relativa incompetência junto às outras razões para agir, noutras palavras, Ann chegou à conclusão que seu cansaço superou suas perspectivas de sucesso. Nesse caso, ela avaliou o mérito das escolhas que tinha disponíveis e, racionalmente, chegou à conclusão que o melhor a se fazer era não aproveitar a oportunidade no momento. Se essa explicação é plausível, como tudo indica ser, ela é suficiente para suspeitarmos da ideia de razões protegidas.²⁵⁸

Voltemos agora nossas atenções para o exemplo restante.

No caso de Jeremy, aparentemente, os motivos que levaram Ann se abster dos investimentos não afetam o sargento. Logo, é presumível que Jeremy pudesse avaliar bem as razões para a ação do seu pelotão, mas não o fez em função das ordens do seu comandante. Jeremy poderia ter tratado as ordens do seu superior como razão protegida? Penso que não. Deixe-me explicar.

Sabemos, pelo exemplo de Raz, que a razão para a ação do comandante talvez não fosse a melhor ordem imposta sobre o pelotão. Isso porque Raz admitiu que as razões contrárias à ordem dadas pelo companheiro de Jeremy eram persuasivas. Se Jeremy estava em sãs condições para avaliar o mérito das razões disponíveis, ele tinha condições para concluir, assim como seu companheiro, que as razões impostas pelo comandante não eram, de fato, as melhores disponíveis. A despeito dessa hipótese, Raz insiste que Jeremy está justificado em obedecer a tal ordem. Como um narrador-personagem, assume a voz da consciência do sargento e reflete:

²⁵⁸ Edmundson (1993, p. 333) explica que “... a menos que possamos confidentemente classificar ao menos algumas situações de conflito como instâncias da exclusão, e não de superação [*overriding*], não pode haver razão para pensar que razões excludentes exerçam qualquer papel importante ou distintivo no raciocínio prático, e o edifício raziano não poderá ser erguido”.

Ordens são ordens e devem ser obedecidas mesmo se erradas, mesmo que nenhum dano decorra das suas desobediências. Isso significa que não é para você decidir o que é melhor. Você pode notar pelo balanço das razões que um curso de ação está correto e ainda assim estar justificado em não segui-lo (RAZ, 1999, p. 38).

Mas será que Raz pode mesmo argumentar que Jeremy agiu por uma razão e estava moralmente justificado em aderir à ordem do comandante? Parece bastante difícil crer que sim.

Para demonstrar essa dificuldade saiba que Raz aceita o seguinte cânone para a racionalidade prática: “é sempre o caso que alguém deve, considerado todas as coisas, agir conforme uma razão não derrotável” (RAZ, 1999, p. 40). Ora, se esse é o cânone da razão prática e Jeremy está apto para concluir que a ordem do comandante é equivocada, é porque ele conseguiu concluir que uma ou outras razões de primeira ordem é melhor que a do seu superior. Nesse caso, as razões de Jeremy não parecem ser derrotadas pelas razões de protegidas do comandante no fim das contas. Vamos supor que o comandante determinou que o pelotão roubasse o caminhão para que os soldados se infiltrassem no território inimigo, embora houvesse boas evidências de que a operação era arriscada e envolveria o sacrifício desnecessário de soldados. Se essas foram as razões que Jeremy tinha em conhecimento através do amigo, a conclusão mais plausível que podemos chegar é que não soa justificado, nem mesmo razoável que a ordem do comandante fosse justificada!

Insistir como a voz da consciência do sargento que ordens são ordens e estão lá para ser obedecidas não parece outra coisa senão a obediência cega os comandos de uma autoridade. Se estou correto, não há boas razões para Jeremy obedecer pelo mero fato do comandante ser considerado autoridade legítima. Embora Raz tenha insistido que uma razão, mesmo que equivocada, pode ser uma razão não derrotável, não parece plausível reconhecer sua viabilidade, já que um agente consciente e bem-informado tem competência epistêmica para derrotá-la.

A única maneira que vejo para o raziano escapar desse problema seria admitir que Jeremy não possuísse competência para ter chegado à conclusão que ele alcançou, mas isso colocaria o segundo exemplo no mesmo patamar que o primeiro: Jeremy, assim como Ann, não crê ser capaz de julgar que as ordens do comandante são as melhores disponíveis. O problema é que essa leitura do caso traz de volta todos os problemas do exemplo anterior, e é incapaz de explicar como a ordem é uma razão protegida.

O que tentei demonstrar é que nem mesmo nesse exemplo – que envolve diretamente normas mandatórias – há espaço para considerar as ordens do comandante como razões excludentes, o comandante forneceu uma razão de primeira ordem com relativa influência, mas ela não consegue ser mais que uma razão para crença, já que seus subordinados só poderiam

agir por uma razão caso reconheçam, por si mesmos, que a ordem satisfaz o cânone da racionalidade prática estipulado por Raz.²⁵⁹

Essas foram as dificuldades dos exemplos do caráter excludente das razões autoritativas. Há ainda a objeção da incoerência teórica. Abaixo demonstro o problema da incoerência a partir de outro problema que ficou implícito no exemplo de Jeremy que evidencio a seguir.

7.2.4. A incoerência das razões para a ação protegidas

Vimos acima como os exemplos que Raz deu para justificar seus principais postulados não foram persuasivos o suficiente. Eles dificilmente afixam que nossa racionalidade prática seja governada por razões excludentes. Mesmo seu exemplo de normas mandatórias, mais próximo à normatividade coerciva do direito é nebuloso e não consegue provar porque era plenamente razoável que Jeremy obedecesse às ordens do comandante independente dos seus méritos.

Agora quero esclarecer como há uma tensão entre as teses da concepção de serviço – a da Justificação Normal e a Tese da Dependência, de um lado; e a Preempção, do outro. Essa tensão é a prova da incoerência teórica. Para tanto, o exemplo de Jeremy vem a calhar novamente.

Parto do ponto em que o exemplo falha. Era esperado que Raz pudesse provar o seguinte: como seria possível Jeremy aceitar as ordens do comandante, mesmo quando há evidências sólidas para seus subordinados chegarem à convicção de que a ordem era ruim? Lembre-se que Jeremy não pode simplesmente se curvar às ordens, sua obediência tem que ser justificável e contar como uma razão moral, já que a autoridade legítima só é justificada quando suas diretivas fornecem uma razão insuperável para Jeremy deixar de agir conforme o *seu* balanço de razões de primeira ordem.

²⁵⁹ Raz não poderia escapar desse problema da irracionalidade mantendo que Jeremy agiu por uma razão, embora moralmente incorreta? Talvez o agente tenha obedecido à autoridade do comandante por uma razão legal do direito militar, que previa sua eventual punição por insubordinação. Assim, por temer ir à corte marcial, Jeremy obedeceu à ordem. Pode ser também que Jeremy, pensando em seguir carreira no exército, obedeceu às ordens por uma razão meramente prudencial, pois ele tinha interesse em subir de patente quanto antes. No entanto, essa explicação não pode ser proposta por um raziano. Primeiro porque, se assim o fizesse, Raz efetivamente abandonaria sua tentativa de justificar a autoridade moral que o direito reivindica. Além disso, Raz teria que se comprometer com uma leitura da racionalidade prática que não lhe agrada, já que ele ao menos precisaria abandonar a ideia de que os enunciados jurídicos procuram estabelecer obrigações morais. Nesse caso, eles nem sempre representariam reivindicações morais, de modo que uma razão jurídica poderia ser distinta de uma razão moral. Então a racionalidade e a justificação das diretivas de autoridade só podem erguer-se ou sucumbir juntas para um raziano. Sobre a indistinção entre categorias de razões morais, legais e até prudenciais em âmbito teórico, ou mesmo prático, aceita por Raz, ver os Capítulos 12 e 13 de *“Engaging Reason: on the Theory of Value and Action”* (2002).

No entanto, para a autoridade ser justificável, é necessário que qualquer subordinado consiga compreender e avaliar as ordens que recebe em função do valor que elas exercem sobre a sua deliberação prática. Só assim todo sujeito pode, racionalmente, se conformar com as diretivas da autoridade.²⁶⁰ Basicamente, é por isso que Raz postulou as teses da Justificação Normal e da Dependência, porque elas satisfazem uma demanda de racionalidade. Ambas restringem o poder das autoridades, limitando o âmbito dos seus comandos apenas às razões de primeira ordem que já se aplicariam aos sujeitos sem qualquer coerção, e àquelas que, *a priori*, seriam as melhores razões disponíveis.

Por outro lado, o propósito da preempção não parece trilhar o mesmo percurso de racionalidade das teses anteriores. Afinal sua função é, justamente, insular o tomador de decisão da avaliação moral sobre as razões de primeira ordem, pois, entre elas, a autoridade aparentemente escolhera a mais razoável. Isso também explica porque Raz postulou a preempção como a última tese da concepção de serviço: ela seria uma decorrência natural dos postulados anteriores. Eis o percurso da argumentação de Raz:

- (a) Se uma conduta é racional *somente porque* foi imposta por uma autoridade prática legítima que tem acesso a boas razões para agir, melhor que seus subordinados (1. Tese da Justificação Normal); e ela agiu nos limites das razões disponíveis aplicáveis às circunstâncias (2. Tese da Dependência). Então, supostamente, *qualquer* razão imposta por tal autoridade é racional.
- (b) Daí, por (a)1. e (a)2, o agente *deve* reconhecer que as ordens impostas sobre ele são justificadas *independente dos seus próprios juízos de primeira ordem*.

A tensão agora é mais clara: enquanto as teses de (a) estabelecem critérios de racionalidade e justificação a todos que se submetem aos comandos de autoridades; a tese da preempção em (b) tenta impedir que tomadores de decisão decidam em favor do melhor balanço de razões para a ação. Mas, o rigor da preempção estabelecido em (b) não soa correto. Pois, se a preempção de razões requer que o agente deixe de agir segundo outras razões de primeira ordem relevantes, como ele poderá *saber* que a autoridade que ele precisa obedecer é, de fato, legítima? Ao recomendar que o agente não aja conforme as razões de primeira ordem alheias àquela determinada pela autoridade, a preempção recomenda, na prática, que o agente sequer

²⁶⁰ Raz considera, por isso, ser um tanto trivial admitir que todo agente que se fia às razões excludentes pode deliberar livremente sobre os méritos das razões de primeira ordem, a única restrição que a concepção de serviço impõe é que o agente não pode agir com base em razões não protegidas. Explicitamente ele afirma que "nada há de errado quanto eu considerar os méritos do direito e da ação em conformidade ao direito. A reflexão sobre os méritos das ações exigidas pela autoridade não é automaticamente proibida por qualquer diretiva de autoridade..." (RAZ, 1988, p. 39). Pelo menos, assim Raz nos fez pensar.

delibere a respeito dos méritos dessas razões. Mas se não for necessário que o agente considere o mérito das demais razões de primeira ordem ele jamais conseguirá *crer racionalmente* que as diretivas de autoridade são justificáveis.

Essa é então a objeção. Hurd (1999, p. 85) a expôs como se segue:

Se é racional se conformar às leis promulgadas por uma autoridade prática somente se tal autoridade for *legítima* [...], e se uma autoridade é legítima somente se suas leis melhor corresponderem com o balanço de razões para a ação dependentes de conteúdo [...], então deve ser o caso de que, para julgar se uma autoridade está agindo legitimamente, a pessoa precisa balancear por si própria as razões para a ação em cada caso em que uma lei é aplicada, de modo que policie a capacidade da autoridade reivindicante para ordenar a ação conforme essa avaliação. A capacidade que uma autoridade reivindicante tem para alcançar a ação que a longo prazo melhor se harmoniza com o balanço de razões somente pode ser medido se, a cada decisão, alguém julgue por si mesmo as razões para a ação e compare seu julgamento com o juízo alcançado pela autoridade. Sem o engajamento em tais comparações de longo prazo, uma pessoa não tem qualquer base para *pensar que a autoridade reivindicada é legítima e, conseqüentemente, não dispõe de qualquer fundamento racional para aceder à vontade da autoridade. Em suma, uma pessoa não tem qualquer fundamento para pensar que a tese da justificação moral de Raz se aplica. Ainda mais, porque a atribuição de autoridade prática às instituições governamentais impede que alguém se engaje precisamente nesse tipo de comparações sobre as quais a racionalidade prática depende, tal atribuição não pode ser racionalmente defendida* (grifo meu).

O que essa objeção mostra é que há um “vazamento” de razões de primeira ordem sobre uma razão que deveria ser excludente (MICHELON, 2004, p. 283). Era suposto que os agentes, racionalmente, aderissem às razões de autoridade somente em virtude das mesmas se apresentarem como razões de segunda ordem, independentes do seu conteúdo.

Não fosse uma tentativa de Raz para escapar dessa objeção, já poderia concluir que sua concepção de serviço deve ser rejeitada. Porém, em sua defesa, Raz insiste numa resposta que nos conduz à racionalidade e justificação moral de casos *subótimos*. Ele tenta explicar como esse vazamento não ocorre, de modo que ainda seria possível impedir que razões protegidas fossem reavaliadas caso a caso. Raz acredita que a objeção não funciona porque ela confunde erros claros com erros difíceis de ser identificados.

Para explicar seu ponto Raz recorre a uma analogia envolvendo cálculos matemáticos. Imagine a adição de trinta números. Alguém pode identificar um pequeno erro que é bastante claro, como quando a soma é um número inteiro, mas uma única fração foi adicionada. No entanto, essa soma pode ter sido equívoca por milhares, e o erro ser grande, mas dificilmente identificável a menos que a adição seja recontada soma a soma. Raz então conclui que uma pessoa não precisa se debruçar sobre razões de primeira ordem – que, na analogia, foram representadas por cada operação de adição – para identificar comandos que não merecem ser obedecidos, basta um olhar rápido para identificar o problema (RAZ, 1988, p. 62). Assim,

acredita ter provado que a obediência cega não é um problema, já que o agente pode identificar comandos indevidos sem obedecer cegamente às razões de uma autoridade. Dito isso, acabaram-se os problemas, pois as razões protegidas continuariam intactas, tão logo os agentes possam apontar que autoridades legítimas podem cometer alguns equívocos.

De fato, quando olhamos o exemplo de Jeremy, notamos que resposta que Raz ofereceu acima não é novidade. A analogia da adição quer produzir o mesmo efeito da hipotética recusa de Jeremy caso as ordens do comandante fossem claramente errôneas ou imorais: “*Sargento! Diga para seu pelotão abrir fogo contra qualquer um que se mover em M̃y Lai. Isso é uma ordem!*”. Como já mencionei em resposta ao caso Jeremy, mesmo diante de um caso *subótimo*, se o sargento tem evidências persuasivas que demonstram que a ordem, embora não claramente imoral, seria um grande erro, ele não poderia racionalmente compactuar com a ordem.

Por isso, penso que Raz talvez não tenha apreciado o problema que sua teoria da autoridade enfrenta, já que seu novo exemplo descreve um cenário onde a pessoa responsável por conferir a soma não tem evidências suficientes para *saber* que a soma não foi bem-feita. Nesse caso, é razoável aceitar o resultado dos cálculos, dadas as circunstâncias epistêmicas. Mas não é esse o problema que está em causa! O desafio que Raz teria que enfrentar é do contexto em que o agente tem razões convincentes para crer que a autoridade está cometendo um erro evitável.

Além disso, a analogia da adição é um tanto desconcertante, porque, através dela, Raz parece estar admitindo abertamente que erros grandes, difíceis de ser identificados, devem ser tolerados. Quanto às decisões judiciais, isso implicaria que juízes estariam moralmente justificados a aplicar uma série regras coercivas que representariam erros grandes, só porque eles seriam *subóticos*. Isso não pode estar certo. Michelon (2004, p. 284) identifica e explica, de modo bastante convincente, porque a resposta de Raz não o afasta da objeção da incoerência:

A concessão de Raz de que os erros claros cometidos pela autoridade podem permitir razões de primeira ordem vazarem para o nível do raciocínio de segunda ordem é rapidamente seguido pelo alerta de que isso não implica que erros grandes tenham o mesmo efeito. Portanto, não há necessidade de raciocinar profundamente para descobrir, se um erro foi grande o suficiente para colocar a autoridade em xeque ou não. Mas a possibilidade de a autoridade cometer erros grandes não implicaria que temos a obrigação moral de não interromper a investigação no nível da intuição moral *prima facie*? Ocasionalmente uma ação que não parece *prima facie* digna de nota acaba por ser *claramente* errada após a reflexão. Se, ao seguir regras de autoridade, existe a possibilidade de se cometer um grande erro, uma das obrigações que o agente pode ter é tentar esclarecer a situação. Se, depois da reflexão sobre os erros e acertos do caso, não decorre conclusão clara, alguém pode decidir seguir a diretiva da autoridade baseada no fato, digamos, de que os emissores da regra parecem ter uma melhor ideia do que está moralmente se passando do que o agente. Mas isso somente ocorreria depois que a reflexão prática de primeira ordem fosse realizada.

Para reforçar a crítica sobre a inescapabilidade da objeção da incoerência considere a seguinte *reductio*:

Na versão correspondente de *Egalitária* no Mundo Invertido, *Sub-Egalitária*, onde todos seus cidadãos consideram viver sob um sistema jurídico razoavelmente justo, não há qualquer lei *claramente* injusta. Porém, ao contrário do seu gêmeo, em *Sub-Egalitária* há profundas divergências morais sobre inúmeros casos *subótimos* que seriam difíceis de identificar. Além disso, todos os juízes de *Sub-Egalitária* têm atitudes formalistas e subscrevem à concepção de serviço de autoridade. Assim, desvios de boa-fé nem sequer fazem sentido e são considerados heresia. A maioria dos infratores apresentou razões convincentes de fato e de direitos que constatavam sua inocência. Sem sucesso todos, sem exceção, foram punidos.

Nessas circunstâncias, é difícil aceitar que as decisões dos juízes de *Sub-Egalitária* foram razoáveis, por mais que a ordem jurídica reivindicasse autoridade legítima sobre quaisquer conflitos de direitos. Num mundo onde todos os juízos morais são controversos e casos de desobediência não são claros, é plausível imaginar que todos os juízes agem em autoengano quando tratam todas as normas do direito como razões protegidas. Somadas as punições injustificadas representam um grande erro. Assim, creio que todos os cidadãos de *Sub-Egalitária*, juízes inclusos, deveriam ter razões para crer que muitos, senão todos os casos *subótimos* são genuínos exemplares do injusto uso da força através do direito.

Portanto, em função do problema dos exemplos e da incoerência teórica, a concepção de serviço não pode insular cidadãos, nem mesmo os juízes de se engajarem em juízos substantivos sobre questões morais relevantes em casos particulares.

7.3. Síntese geral

Nesse capítulo, espero ter rejeitado satisfatoriamente dois argumentos constitutivos baseados na filosofia moral e do direito de Joseph Raz.

Nem a autoridade enquanto razões excludentes para a obediência, muito menos a incomensurabilidade de valores consegue sustentar o dilema do perspectivismo judicial. Essa última nem sequer soa compatível com conflitos morais que envolvem direitos e obrigações. Também demonstrei que nem mesmo quando compatível com a paridade moral de direitos e obrigações entre juízes e cidadãos, a teoria sobre autoridades legítimas provê obrigações morais de obediência nos casos que interessam à discussão.

8. A TESE DA PARIDADE MORAL

No capítulo derradeiro, finalmente apresento a defesa da compreensão que considero a mais correta acerca da moralidade vinculada ao papel judicial e às suas obrigações. No decorrer dos últimos capítulos, procurei demonstrar como nossas intuições acerca da existência de uma obrigação moral especial dos juízes, de obediência ao direito – determinável em função do seu papel – foram falseadas.

Fossem partidárias à desconsideração de questões morais alheias ao conteúdo do direito pela exclusão (como visto, sobretudo, nos Capítulos 2 e 7), ou através da superação de razões pelo maior peso atribuível às obrigações de papel (mais bem formuladas pelos argumentos dos Capítulos 3 e 4), todos os fundamentos constitutivos avaliados procuraram justificar a existência de um conflito moral genuíno entre o princípio do retributivismo fraco e os valores sistêmicos do direito. Até mesmo esses últimos serviram como fundamentos morais específicos para as obrigações dos juízes (Capítulos 5 e 6).

Caso estivessem corretos, quaisquer desses argumentos provaria que do papel judicial surgiriam obrigações morais que inexoravelmente conflitariam com os direitos e deveres morais mais gerais dos cidadãos. Me opus contra essa representação moral do direito e da prática jurisdicional, por acreditar que não pode haver espaço para conflitos morais genuínos entre as regras jurídicas de conduta e da adjudicação e os direitos morais devidos a cada pessoa. Ao longo das objeções às teorias constitutivas, me esforcei em argumentar favoravelmente a eliminação desse tipo de conflito entre o que chamei *moralidade ordinária* e a *moralidade profissional dos juízes*, isto é, *o dilema do perspectivismo jurídico*.

Como não há muita plausibilidade nos argumentos favoráveis a obrigação política – seja dos cidadãos em geral, ou dos juízes em específico – defendi que o problema moral do papel judicial deve ser resolvido em direção ao retributivismo fraco, um princípio moral geral que atestou como é um grande desafio justificar a autoridade do direito sobre cidadãos e juízes.

A despeito disso, também divisei uma solução para o problema da moralidade judicial que é favorável à obediência ao direito em ordenamentos democráticos razoavelmente justos: caso as obrigações políticas de cidadãos e juízes sejam *prima facie* e não superáveis diante dos casos subótimos, ambas terão a mesma direção, de modo que a moralidade política representaria a “moralidade ordinária” de cada ordem jurídica e a moralidade judicial acompanharia as obrigações políticas impostas a todos. Considero essa solução plausível à sua própria maneira, desde que ela seja fundamentada por uma teoria sobre obrigações políticas mais convincente que as analisadas por esta tese.

Agora, deixo para trás essa breve recapitulação do percurso que trilhei até o momento e apresento abaixo a *tese da paridade moral* entre os direitos e obrigações dos juízes e dos cidadãos em geral. Nas seções abaixo, explicarei como as obrigações morais dos juízes não são tão especiais quanto antes se imaginava. Elas são nada mais que obrigações morais gerais derivadas da moralidade ordinária, exequíveis no contexto profissional da adjudicação. Portanto, a obrigação moral dos juízes na tomada de decisão não deve conflitar com a satisfação do princípio do retributivismo fraco.

Também esclareço em quais termos devemos compreender as ditas *obrigações de papel* reivindicadas por organizações profissionais ou instituições jurídicas, como é o caso da obrigação judicial de julgar conforme o direito.

Por fim, defendo minha tese de algumas objeções mais diretas que ainda não considerei, bem como afastos possíveis más compreensões e especifico um caso-limite em que o retributivismo fraco pode ser plausivelmente superado pelos valores sistêmicos do direito. Veremos como as condições para ele ser superado são bem mais exigentes do que as intuições favoráveis às obrigações morais especiais dos juízes perante o direito nos fizeram pensar.

8.1. A autoridade que sistemas jurídicos conseguem reivindicar

A chave para a defesa da tese da paridade moral parte de uma compreensão adequada sobre o tipo de autoridade legítima que o direito pode reivindicar sobre seus governados. Tal compreensão se torna clara a partir dos defeitos que a concepção de serviço padeceu no capítulo anterior.

Primeiro, temos que reconhecer que Raz está provavelmente certo em afirmar que todo sistema jurídico tem a pretensão de determinar as obrigações morais dos seus governados ao se apresentar como autoridade legítima. Por isso, as teses da justificação normal e dependência soam corretas.

O segundo ponto é que a exclusão de razões de primeira ordem (ou a ideia de insular os deliberadores de decidir conforme o sopesamento de razões substantivas) foi equívoca. A tese da preempção é falsa, e com ela a ideia de que os cidadãos precisariam obedecer aos comandos do direito porque eles se apresentam como razões independentes de conteúdo. Desse modo, o agente só pode razoavelmente obedecer aos comandos de uma autoridade caso ele delibere e conclua, por si mesmo, que a prescrição determinada por uma norma jurídica é a melhor razão para a ação, *all-things-considered*, ou considerado os méritos das demais razões para a ação.

Dito isso, penso que a solução mais correta para o paradoxo da autoridade implica na adoção de uma teoria bem mais modesta sobre o tipo de razões que uma autoridade consegue reivindicar. Assim, mesmo que ordens jurídicas se apresentem como autoridades práticas que impõem razões para obediência, o máximo que elas conseguem reivindicar é a capacidade de recomendar razões *boas o suficiente* para se agir em todos os casos. Porém, essa reivindicação não implica, necessariamente, obediência moral dos juízes e demais cidadãos, pois essas razões não são conclusivas e sua justificação só se completa quando o sujeito de direito concluir que o comando representa a melhor razão disponível, dadas as circunstâncias.

Então, o tipo de autoridade que o direito consegue legitimar tem caráter epistêmico ao invés de prático. Seus comandos prescritos em regras são razões para crença; razões para os sujeitos de direito *pensarem* que aderir às regras é a melhor opção moral disponível. Segue-se daí que uma teoria sobre autoridade não precisa depender de razões de segunda ordem. Quando pensamos em ordens imperativas, não haveria esse tipo de razões, apenas razões de primeira ordem, dependentes do conteúdo. Nesse caso pelo menos uma, ou um conjunto de razões, é mais relevante ou tem maior peso enquanto conduta que *deve* ser seguida.

Essa concepção sobre a racionalidade e justificação de regras prescritivas é compatível com a argumentação que venho desenvolvendo: cidadãos e juízes não têm obrigação moral de obedecer ao direito nos casos *subótimos* simplesmente porque ordenamentos razoavelmente justos se apresentam como autoridades legítimas. Então afirmações sobre legitimidade não implicam, necessariamente, obrigações morais de obediência.

Como as razões impostas pelo direito não são razões para a ação propriamente ditas, mas razões para crer, a teoria mais modesta é a concepção da *Autoridade Epistêmica*. De acordo com ela, autoridades impõem ordens *tout court*, mas seus comandos não são moralmente obrigatórios por si mesmos, já que a racionalidade prática requer que os subordinados avaliem se tais comandos são conselhos confiáveis nas circunstâncias que se encontram.

Hurd (1999, p. 63-64) sintetiza as características do modelo epistêmico:

Os enunciados de uma autoridade epistêmica provêm razões para crença, não razões para ação; isto é, eles funcionam com caráter evidencial. Quando uma autoridade epistêmica faz uma afirmação que diz respeito à ação correta, seus enunciados fornecem uma razão para crer que há outras razões (para além do mero fato de que a autoridade falou) para agir conforme o recomendado. As prescrições de tal autoridade epistêmica são então guias heurísticos a detecção da existência de e determinação da provável verdade de razões antecedentemente existentes. Se, por exemplo, uma pessoa foi aconselhada por uma autoridade epistêmica para levar seu guarda-chuva, a pessoa tem toda razão para pensar que há boas razões para assim fazê-lo, como o fato de que está chovendo, que um guarda-chuva prevenirá que ela se molhe, assim por diante. O efeito do conselho é ponderar como mais provável a propensão de que essas outras razões existem. Mas são essas outras razões, não o conselho em si, que prestam serviço no raciocínio prático a respeito de como uma pessoa deve agir.

Portanto, são as razões de primeira ordem, e o sopesamento dos seus méritos e deméritos, que determinam qual curso de ação pode ser considerado moralmente obrigatório.

Como a imposição de razões independentes do conteúdo se mostraram vãs, precisamos atribuir um novo predicado às razões de autoridade impostas pelo direito. Já sabemos que elas são dependentes de conteúdo, mas isso não soa suficiente. Elas parecem ser mais algo mais, afinal elas ainda têm o lastro da autoridade que é considerada legítima pelos seus governados. Então elas não são meras razões dependentes de conteúdo como quaisquer outras. Precisamos admitir que parcela significativa da população *confia* nas diretivas impostas pelo direito. Isso faz com que suas prescrições não sejam descartáveis. Desse modo, é correto afirmar o seguinte: é quase sempre o caso que os sujeitos de direito precisam levar a sabedoria contida nas normas jurídicas a sério. Tais regras precisam – exceto quando claramente imorais – ser sempre contabilizadas nos nossos juízos práticos, mesmo que, em última análise, o mandamento jurídico seja superado por razões de maior peso.

Penso que a melhor maneira de representar a autoridade reivindicada pelas normas jurídicas é dizer que seus comandos são razões *salientes*. Isto é, o direito reivindica legitimamente o poder de especificar determinados comportamentos que, *a priori*, são bons o bastante. Shapiro (2004, p. 410) destaca esse atributo, admitindo que um modelo epistêmico

Concebe as diretivas de autoridade como geradoras de saliência. O equilíbrio especificado pelo conteúdo da diretiva torna-se mais visível com a outorga pela autoridade e essa ‘marcação de terreno’ foca a atenção de todos os participantes sobre essa solução. Cada participante não apenas se foca nessa solução, mas espera que outros foquem de modo similar e esperam que terceiros esperem desses um foco semelhante.

Enquanto razões salientes, as diretivas de autoridade têm peso significativo precisamente porque a maioria das pessoas costuma respeitar sua sabedoria. Disso não se segue que elas *devem* renunciar seu julgamento, já que é através da avaliação substantiva das demais razões que elas saberão se as razões impostas são realmente boas, por consequência, moralmente vinculantes.

Através desse modelo podemos também reconhecer com mais clareza que o fato de os comandos de uma instituição ou pessoa serem considerados legítimos não implica que esses agentes têm autoridade para compelir obediência. Nesse caso, penso que *legitimidade* e *autoridade* representam propriedades morais distintas. Para ser mais preciso, cada uma delas exprime diferentes reivindicações morais:

Legitimidade é a permissão e um poder moral no sentido hohfeldiano, reconhecido pelos cidadãos, que ordens jurídicas têm para *prescrever e impor regras* de conduta aos seus governados. Autoridade é o direito que instituições jurídicas teriam para *obrigar a submissão* das pessoas às suas ordens expressas em regras.²⁶¹

Em sendo propriedades morais independentes,

É coerente acreditar que governos poderiam ser legítimos, mas não autoritativos. Isto é, é coerente sustentar que um governo pode ter a permissão moral perseverar e criar leis, mesmo que nenhum cidadão tenha o dever de obedecer ou submeter-se a esse governo. O governo poderia ter permissão para forçar os cidadãos a obedecer, mas os cidadãos não teriam obrigação para obedecer (para ser mais preciso, não teríamos qualquer dever de obedecer às regras *porque* o governo nos ordena fazê-lo, embora nós ainda tenhamos razões independentes para obedecer suas regras. (BRENNAN, 2018, p. 68).

Para ilustrar essa diferença, Brennan (2018, p. 70) recorre ao exemplo de uma luta de boxe. No combate os lutadores têm permissão para trocar socos. Então, no contexto da luta, socar é legítimo. Mas reconhecer que socos são permitidos não explica, muito menos implica, que qualquer dos boxeadores têm a obrigação de deixar que o outro lutador lhe acerte. Isto é, nenhum boxeador tem autoridade para golpear, embora seus golpes sejam legítimos. Os adversários têm pleno direito de resistir, já que cada combatente pode se esquivar e bloquear as investidas. Algo concebivelmente similar ocorreria quando consideramos os efeitos da *legitimidade* e da *autoridade*: podemos afirmar que, em condições normais (*e.g.* quando os cidadãos de um território reconhecem a soberania do Estado) governos têm legitimidade para criar e forçar o cumprimento de regras, mas seus cidadãos não têm obrigação moral de obedecer às ordens só porque seus governos as impõem.

Através dessa distinção também podemos afirmar que os cidadãos não poderiam simplesmente invadir o Congresso, tomar o controle das instituições públicas e estabelecer normas de conduta ao mero sabor do arbítrio, já que há razões deveras convincentes para crer que governos soberanos, ainda mais aqueles considerados liberais e democráticos, são os melhores sistemas políticos que conhecemos para organizar nossas vidas em sociedade. Também que, mesmo considerando a afirmação anterior como verdadeira e indisputável, não se segue que todas as regras de um sistema jurídico, devidamente editadas segundo

²⁶¹ Brennan (2018, p. 63-68) esclarece haver filósofos que tratam os termos como se fossem sinônimos, de modo que ambos serviriam para representar deferência moral à autoridade estatal. Também há aqueles que pensam que apesar de propriedades distintas, a verdade de uma conduziria à justificação da outra. Em terceiro, há filósofos que, assim como ele, rejeitam que uma conduza à outra. Nessa tese é bem provável que os defensores das teorias constitutivas do papel judicial aceitem as duas primeiras formas de compreensão aqui mencionadas. Outros filósofos que qualificam legitimidade e autoridade pela terceira forma são Applbaum (2010) e Edmundson (1998).

procedimentos democráticos, formais e substantivos do Estado de Direito são moralmente obrigatórias.

8.2. A paridade moral e as obrigações do papel judicial

Tendo explicado como autoridades legítimas podem somente reivindicar razões epistêmicas para crer na obediência dos seus comandos, me sinto seguro em propor minha tese sobre a obrigação moral dos juízes *qua* juízes:

Tese da Paridade Moral: as condições que justificam um cidadão desobedecer às normas jurídicas em defesa dos seus direitos, injustamente ameaçados pela eventual imposição da coerção, são as mesmas sob as quais os juízes estão moralmente justificados a desviar do direito, a despeito do contexto diverso em que atuam.

Minha tese nada mais é outra forma de satisfazer os corolários estabelecidos pelo princípio do retributivismo fraco e pela tese da correspondência moral. Portanto, admito que todo sujeito de direitos tem um direito permanente contra o uso injustificado da força através do Estado, independente das credenciais benevolentes que o sistema jurídico possua.

Desde que se demonstre que as evidências de fato e de direito não coadunam com uma conduta injustificada, pois corroboram com a crença de que o desobediente não merece punição, o juiz adquire uma obrigação moral para absolvê-lo, mesmo que isso implique em sua desobediência indireta da regra de conduta imposta sobre o infrator, ou mesmo de normas que demandem obediência estrita às doutrinas mais formalistas e substantivas do *stare decisis* e do *rule of law*.

Entendo que a paridade moral é uma tese sobre a direção das obrigações morais dos juízes e não sobre a eventual diferença de peso entre elas e os direitos e os deveres que os cidadãos possuem. No fim do capítulo 1, apresentei diversas compreensões possíveis entre as putativas obrigações morais dos cidadãos e dos juízes variarem com relação à sua força e direção. Lembrando que elas foram formuladas com vistas para regimes jurídicos razoavelmente justos, elas especificaram:

- (1) A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz é insuperável. Ela é derrotável para o cidadão, mas o juiz, enquanto julga, precisa sempre aplicar a regra de conduta que o cidadão desobedeceu;
- (2) A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz também é *prima facie*. Mas elas têm

pesos distintos, de modo que a obrigação do cidadão quase sempre é derrotada; enquanto a do juiz dificilmente é derrotada. Nesse caso, o papel tem uma dimensão de peso ou força que altera a direção da obrigação moral dos juízes;

- (3) A obrigação do cidadão é *prima facie*. A do juiz também é *prima facie*. Ambas podem ter pesos distintos. No entanto, se derrotável para o primeiro, também o será para o segundo. Ou seja, a dimensão de peso do papel não altera a direção da obrigação dos juízes;
- (4) Não há obrigação para o cidadão. Mas juízes têm a obrigação, *prima facie* ou insuperável, de aplicar o direito e punir os agentes que violaram regras de conduta nos casos subótimos.
- (5) Não há obrigação para o cidadão. Também não há para o juiz. Se a desobediência ao direito for moralmente justificada para o primeiro, ela também deve ser para o segundo.

Como busquei provar, somente (3) e (5) satisfazem a paridade moral, enquanto (1), (2) e (4) representaram o dilema das obrigações de papéis que rejeitei. Ao longo da tese argumentei em favor da última leitura. Ela é provavelmente a mais correta, visto ter demonstrado que muitos dos fundamentos mais relevantes sobre a existência de obrigações políticas não se sustentam. Note em (3) que o peso não precisa alterar o balanço de razões para agir relativos à obediência jurídica. Já em (5) esse peso não foi contabilizado, já que apresentei as hipóteses (1)-(5) para expor e investigar a variabilidade entre as *obrigações políticas* dos sujeitos, cujos fundamentos se mostraram falseáveis. Apesar disso, creio uma diferença de força possa ser defendida em (5), embora ela não diga respeito às obrigações políticas propriamente ditas, mas a outro aspecto moralmente relevante que afeta mais o raciocínio moral dos juízes do que os dos cidadãos em geral. Indicarei ela ao fim do capítulo.

A seguir, antes de defender a tese de eventuais objeções, aprofundo considerações importantes sobre a paridade moral, que talvez ficaram implícitas no decorrer da tese. O objetivo desse aprofundamento é duplo:

- (A) Demonstrar que o significado mais aparente de *obrigações de papel* é substantivamente inerte no que diz respeito à moralidade, quando o conjunto de normas impostas sobre o profissional é considerado;
- (B) Explicar como a justificação das obrigações vinculadas à papéis profissionais é derivada da moralidade ordinária, embora o contexto em que o ocupante do papel atua seja diferenciado.

A defesa desses pontos é importante, pois eles me permitem mostrar como uma abordagem não-constitutiva sobre a moralidade das obrigações de papel não perde

profundidade acerca do objeto de discussão, do contexto e dos conceitos jurídicos, morais e políticos que permearam a tese até aqui. Noutras palavras, além das conclusões alcançadas em (A) e (B) contribuírem para tornar a paridade moral plausível, também espero que elas amarrem algumas pontas soltas e preservem todas as informações relevantes que tínhamos acerca do problema do papel judicial.

Tendo esclarecido esses pontos, reapresento a tese da paridade moral salientando porque ela é uma teoria não-constitutiva sobre as obrigações morais dos juízes *qua* juízes.

8.2.1. O significado nominal ou denotativo das obrigações de papel

Ao longo da tese argumentei contrariamente às intuições de senso comum que temos sobre a moralidade judicial. Essas intuições foram capturadas pelos argumentos constitutivos que, de maneira geral, tentaram demonstrar como as exigências profissionais impostas sobre os ocupantes de papéis seriam, de fato, obrigações morais determináveis em função das normas de uma convenção ou prática profissional. No caso específico dos juízes, o dever de se ater às normas especificadas pela prática institucional do direito perpassou todos os argumentos constitutivos examinados.

Assim, posso admitir que a versão da tese da paridade moral que defendo representa uma teoria cética no que diz respeito à obrigação política dos juízes. Se não há fundamentos convincentes sobre obrigações políticas gerais, se segue, *pari passu*, que não há obrigações políticas especiais atribuíveis aos juízes.

Por essa razão poder-se-ia imaginar que não tenho como oferecer qualquer teoria sobre as obrigações do papel judicial. Mas esse não é o caso. O que minha tese da paridade moral se compromete é que se juízes *qua* juízes têm obrigações morais, elas assim o são por razões que trespassam as normas institucionais que definem as regras de conduta e de exercício do seu papel. Como vimos, o direito não consegue, satisfatoriamente, impor razões de autoridade independentes de conteúdo, de modo que a justificação moral para a imposição do direito é dependente do balanço de outras razões para agir não previstas nas normas jurídicas. Na medida em que a melhor conduta moral disponível não corresponda às prescrições legais, a obrigação moral atribuível ao juiz será externa ao direito, entendido como um sistema institucional de normas.

Então uma teoria sobre as obrigações do papel judicial precisa explicar a função que as exigências normativas do direito, enquanto convenção constitutiva, têm sobre o profissional

sem assumir que elas sejam *indiscutivelmente morais*. Também tem que ser compatível com uma teoria sobre o caráter epistêmico das razões de autoridade jurídica.

Appelbaum que, como já sabemos, é contrário aos argumentos constitutivos, destaca que a solução é propor uma teoria que acomode uma “rota direta” de justificação moral. De acordo com ele:

As profissões adversariais apelam para uma divisão moral do trabalho que, ao demandar tanto neutralidade pessoal quanto relatividade do papel, restringe o conjunto de razões sobre as quais os ocupantes do papel devem agir. Ao fazê-lo, essa divisão do trabalho reivindica a permissão para a violação [dos direitos] de pessoas de maneiras que de outras formas seria errado. Esse argumento, apesar de sua aparência de sofisticação e sua pose conhecedora da mundividência, é muito mais fraco do que se supunha. A verdade é muito mais simples: instituições e os papéis que elas criam ordinariamente não podem cunhar permissões [ou obrigações] morais para fazer o que de outro modo seria proibido. Elas não podem porque a filtragem de razões e a redescrição de ações e atores que os papéis adversariais demandam não têm controle sobre os julgamentos dos ocupantes do papel que são simples pessoas, e assim enfrentam todas as razões para a ação que se aplicam a simples pessoas. Descrições constitutivas de atos não arrogam descrições de atos naturais. A redescrição de ato e ator falham, em parte, porque a redescrição dos alvos falha: as vítimas da ação adversarial, embora elas também possam ocupar papéis, não perdem suas reivindicações de ser tratadas com dignidade e respeito que são próprias às simples pessoas.

[...] Se as pessoas devem ser tratadas com respeito então suas infrações devem ser razoavelmente aceitáveis a elas. É improvável que uma proposta para permitir a violação [dos direitos] de alguém para realizar outros bens para outrem faria jus a tal teste. (APPLBAUM, 2000, p. 257)

Por necessidade de apresentar uma teoria que explique obrigações profissionais com tais exigências, Appelbaum entende que quando falamos ou pensamos sobre obrigações de papel não devemos ter em mente que as “*obrigações*” exigidas tenham conteúdo ou mérito moral próprios.

Appelbaum propõe o que chamou *positivismo da prática* (*practice positivism*), uma teoria sobre obrigações de papéis, sejam elas morais ou não. De acordo com ele, o conceito ou a ideia de uma prática profissional/normativa não consegue impor exigências substantivas de conteúdo ou restrições de conduta insuperáveis sobre os seus agentes, já que tais exigências só serão moralmente obrigatórias *post facto*, quando o profissional responsável balancear as razões contra ou a favor da ação que ele está instado a cumprir. “As regras de uma prática simplesmente são o que são, não o que elas devem [moralmente] ser.” (APPLBAUM, 2000, p. 51).

Portanto, o positivismo da prática implica na rejeição do conflito moral genuíno entre obrigações de papel e a moralidade ordinária, pois não há obrigações morais constituídas pela prática específica de uma profissão. O que há são apenas padrões morais gerais que acabam por se tornar obrigatórios no contexto específico de cada ocupação profissional.

O positivismo da prática preserva nossas intuições quanto ao fato de as regras constitutivas de certa profissão ainda representarem uma prática que *é* ou *aspira ser* moralmente valiosa. Embora seus objetivos institucionais sejam apenas contingentemente morais. Além disso, a contingência moral das normas constitutivas permite o reconhecimento de papéis ou ofícios que não conteriam qualquer valor moral, seja ele intrínseco ou talvez até mesmo instrumental (e. g. “Carrasco”; “caçador de recompensas”; “gladiador”; “pirata”; “gestor de resíduos”, o emprego de Tony Soprano). Em quaisquer papéis, sejam eles moralmente desejáveis ou não, há normas constitutivas que definem o *modus operandi* de cada ocupante e estabelecem sanções contra desvios de funções. Então, quando ostensivamente identificamos as obrigações atribuídas a determinado papel podemos falar sobre práticas sociais normativas sem ser necessário designar qualquer propriedade moral, ou mesmo fazer quaisquer juízos morais substantivos sobre elas.²⁶²

Por exemplo,

Podemos informativamente dizer que cabe ao *capo* dar ordens para o *sgarrista*, ou que cabe ao torturador manter os tanques de água cheios. O que não podemos dizer é que, só porque esses atos estão na descrição dos seus trabalhos, o *capo* ou o torturador têm um dever moral para praticá-los. Pelo contrário, eles têm um dever moral para *não* os realizar. (GREEN, 2014, p. 10).

Penso que podemos dizer o mesmo sobre qualquer conjunto de regras que fixam obrigações profissionais para papéis direcionados a estados de coisas moralmente bons, como é o caso dos médicos, advogados e juízes. Podemos extrair o mesmo conhecimento normativo acerca das obrigações desses profissionais sem concluir que as normas institucionais de cada ofício são moralmente obrigatórias, já que só saberemos se elas são moralmente obrigatórias após um exame bem informado das razões para agir que se apresentam diante do profissional.

Desse modo, o sentido de “*dever*” ou “*obrigação profissional*” carrega um significado genérico, que pode se referir a normas que possuem qualidades morais e, quem sabe, ser moralmente obrigatórias.²⁶³

²⁶² Applbaum (2000, p. 15-42) dedica um capítulo para avaliar criticamente a ficção histórica de Charles-Henri Sanson, o “Executor de Paris”. Através desse exemplo, Applbaum demonstra como a aceitação de Sanson às normas institucionais do Antigo Regime francês – que reivindicavam autoridade legítima sobre seu ofício público de carrasco e constituíam as obrigações de papel dos executores – não tornavam as ações de Sanson frente à Guilhotina moralmente obrigatórias *por causa* do seu papel num sistema jurídico legítimo, por mais que Sanson ou inúmeros cidadãos franceses pensassem o contrário.

²⁶³ Obviamente, não estou limitando nossa compreensão de questões normativas sobre deveres ou obrigações em termos especificamente morais. Emprego aqui uma acepção de normatividade muito mais abrangente e que reconhece que nem todas as questões normativas se referem a considerações morais. Como também aceita que nem toda conduta imoral implica, necessariamente, numa irracionalidade. Isto é, um agente pode ter razões para crer que ele deve agir por interesses exclusivamente prudenciais, embora todas as suas razões fossem moralmente erradas. Apesar disso, penso que normas morais geralmente devem gozar de uma prioridade superior no raciocínio

Podemos notar de modo bastante claro que essa teoria sobre a moralidade das obrigações de papel é não-constitutiva. Isto é, ela não afirma que os requerimentos institucionais de um papel determinam quais são as obrigações morais dos seus ocupantes. Applbaum (2000, p. 52) argumenta que, sob o positivismo prático, a moralização das obrigações de papel é mediada, isto é,

As prescrições que um papel gera não são, por si mesmas, prescrições morais, e os padrões para avaliar ocupantes adequados de papéis não são [necessariamente] avaliações morais. Ao invés disso, se uma pessoa ocupa um papel com força moral, ela tem uma grande razão moral para seguir as prescrições não-morais do papel.

A teoria de Applbaum deve soar familiar àqueles que já tiveram contato com o positivismo jurídico de Hart. Applbaum se inspirou precisamente nessa teoria do direito para formular o positivismo da prática. De modo análogo à Hart, Applbaum apresentou uma teoria sobre obrigações de papel para explicar que quando pessoas identificam um conjunto de normas atribuídas à determinada prática social – nesse caso, não necessariamente limitada ao direito, mas a qualquer profissão não jurídica – não se segue daí que “obrigação” se refira, a algum juízo moral substantivo.

No caso das obrigações do papel judicial, dizer que juízes devem aplicar ou decidir casos conforme as normas jurídicas implica, trivialmente, que eles têm a obrigação legal para fazê-lo. Mas, junto a essa atitude ou razão legal para aderir ao direito, a ideia de “obrigação” pode estar ou não vinculada a outras atitudes paralelas e sob a superfície desse significado legal. É por isso que, ao caracterizar a ideia de obrigação jurídica, Hart especificou que aceitação de um sujeito perante à ordem jurídica pode ser motivada por outras considerações que não exprimem, necessariamente, obrigações morais:

Não só pode um grande número de pessoas ser coagido por leis que não considera como moralmente vinculativas, mas nem mesmo é verdade que aqueles que aceitam voluntariamente o sistema devam considerar-se como moralmente vinculados a aceitá-lo, embora o sistema seja mais estável quando o façam. De facto, a sua lealdade ao sistema pode ser baseada em considerações muito diferentes: cálculos acerca de interesse a longo prazo; preocupação desinteressada quanto aos outros; atitude não crítica, herdada ou tradicional; ou o mero desejo de fazer como os outros fazem. Não há, na verdade, qualquer razão pela qual os que aceitam a autoridade do sistema não devessem examinar sua consciência e decidir que, moralmente, não deviam aceitá-lo, muito embora continuem a fazer por várias razões (HART, 2007, p.218).

prático de cada pessoa. Portanto, minha compreensão da normatividade do direito não é redutível à normatividade moral. Acredito que esses domínios normativos podem coincidir, mas compreender o primeiro domínio independe do segundo. Creio que essa seja a leitura que Hart tinha a respeito da normatividade do direito com relação a outros sistemas normativos. Entendimentos como esse são encontrados em Berteau (2019), Delacroix (2019) e Halpin (2019). Já a ideia de que há domínios normativos, cuja racionalidade não tem relação estrita com a moralidade não é incomum e goza de certa popularidade na filosofia; filósofos como Audi (2002), Dancy (2000), Kagan (1989) e Parfit (2011) aceitam a distinção entre razões morais e razões não-morais.

Hart explica que essa diferença fica geralmente obscurecida pelo fato de “obrigação” ser um vocábulo capaz de denotar tanto obrigações jurídicas, que existem em função de uma convenção social organizada num sistema de regras, quanto obrigações morais cuja existência e força vinculante poderiam independer de uma prática social:

Aqueles que aceitam a autoridade de um sistema jurídico, encaram-no do ponto de vista interno e exprimem o sentido das suas exigências em afirmações internas formuladas na linguagem normativa que é comum, quer ao direito, quer à moral: ‘eu (tu) tenho (tens) o dever de’; ‘eu (ele) tenho (tem) de’; ‘eu (eles) tenho (têm) uma obrigação’. Contudo, não estão por tal circunstância vinculados a um juízo *moral* de que é moralmente certo fazer o que o direito exige (HART, 2007, p.218).²⁶⁴

Embora Hart não tenha se aventurado a falar da moralidade, creio que podemos extrair um dado bastante plausível da distinção: as obrigações legais dos juízes, correspondem à todas as suas obrigações determinadas por instituições jurídicas, mas elas não são morais *devido às* normas radicadas em instituições jurídicas, já que seu caráter moral independe da legalidade.

Através do positivismo da prática consigo argumentar em favor da tese da paridade moral, já que se juízes têm obrigações morais, *qua* juízes, elas não são constituídas e impostas a partir das normas jurídicas. Como a autoridade moral e prática reivindicada pelo direito não pode ser razoavelmente justificada, juízes podem ter o dever moral da tomar decisões que contrariam os comandos do direito. Portanto, as obrigações morais dos juízes, assim como de qualquer profissional, não são determinadas e justificadas somente através das convenções constitutivas que fixam as normas do seu papel. Os juízes então terão obrigações morais para além dos limites da legalidade.²⁶⁵

²⁶⁴ Uma boa explicação sobre o sentido genérico de “dever” ou “obrigação” expresso em enunciados jurídicos é dada por Wodak (2018).

²⁶⁵ A teoria moralmente neutra de Applbaum sobre as obrigações de papel, ainda tem uma vantagem explanatória que as teorias constitutivas de obrigações morais teriam maior dificuldade para acomodar. Deixo Applbaum (2000, 53) explicar por si mesmo: “Muitos regras explícitas e costumes implícitos dos papéis são claramente desprovidos de conteúdo moral direto, substantivo: espera-se que médicos preencham muita papelada para companhias de seguro, e espera-se que advogados vistam gravatas em tribunais, mas parece estranho dizer que cobrar pacientes e vestir-se a caráter está entre as obrigações morais diretas de médicos e advogados. Se a moralidade tem algo a dizer sobre essas atividades, ela o faz por uma rota mais sinuosa. Mais importante, aqueles que instituem regras e os ocupantes exemplares de um papel não são infalíveis – mesmo o *American Medical Association's Council on Ethics and Judicial Affairs* pode errar – então o conteúdo de práticas atuais, mesmo em papéis porventura bons, podem ser moral e profissionalmente equívocos. Se um médico deve aquiescer com regras monopolistas que proíbem a publicidade e se um oficial do exército deve cumprir as políticas que suprimem homossexualidade nas forças armadas, a razão não é porque essas características do papel adquiriam correção moral substantiva por virtude da sua promulgação. Isso tornaria os mecanismos de governança de várias instituições geradoras de papéis – a *AMA House of Delegates*, o *Joint Chiefs of Staff* – em legislaturas da moralidade. Mas além das fronteiras do Reino dos Fins Kantiano, a moralidade não é assim promulgada. Nós podemos reconhecer que exercem força moral sem adotar uma visão procedimentalista pura sobre a correção moral e profissional de práticas atuais”.

Dito isso, esclareço logo abaixo a seguinte inquietação: ora se papéis são incapazes de constituir obrigações morais especiais para os juízes, um papel profissional não serve para nada? Afinal, para que servem os papéis?

8.2.2. *O papel de um papel profissional para as obrigações morais*

Comecei a tese discutindo a intuição geral de que profissionais, no nosso caso juízes, adquiririam obrigações morais diferenciadas por ocuparem um papel circunscrito por valores que teriam *status* especial para seus ofícios. Agora estou finalizando a tese com uma conclusão distinta: valores profissionais como a vinculação ao Estado de Direito e à democracia, que coloriam muito da resistência a decisões contrárias às normas do direito, não determinam as obrigações morais de juízes *qua* juízes. Isso porque os valores sistêmicos do direito, e os demais argumentos constitutivos que os sublinharam, se mostraram incapazes de justificar obrigações morais convincentes em casos de conflito com a justiça. Mas onde essa conclusão nos leva a respeito da importância dos papéis profissionais sobre o raciocínio moral? Se papéis não constituem obrigações morais, para que eles serviriam? É possível que papéis não exerçam qualquer contribuição para o raciocínio moral dos seus agentes?

A despeito das aparências, nós podemos reconhecer que papéis contribuem para o raciocínio moral daqueles que os ocupam sem ser necessário que eles constituam obrigações morais específicas para profissionais. Para tanto, considere o exemplo abaixo, que já apresentei em outra oportunidade (V. FAGGION, 2020, p. 66-68):

Enquanto tomava um banho de mar, Lake é pego pela maré, entra em pânico e não consegue nadar de volta à costa. Se não for resgatado, ele fatalmente se afogará. Emerson é um salva-vidas, contratado precisamente para resgatar nadadores à deriva. Ao notar que Lake está prestes a se afogar, Emerson desempenha o serviço pelo qual foi contratado: acudir banhistas. Ele intuitivamente também faz o que ele moralmente deveria fazer nessas circunstâncias. Podemos dizer que o papel de Emerson *qua* guarda-costeiro foi a fonte da sua obrigação moral de salvar banhistas em apuros?

Considere o distraído Lake mais uma vez. Ele está se afogando, novamente, mas dessa vez Emerson não está lá para resgatá-lo, Palmer estava. Porém, Palmer não é nenhum guarda-costeiro, ele é um triatleta amador. Ao ver que Lake está se afogando, ele ruma sobre a situação enquanto toma seu banho de sol e conclui que, embora seja o único capaz de resgatar Lake, ele não tem essa obrigação. Minutos depois, o desafortunado Lake morre afogado.

Palmer poderia levantar o fato de que ele não é contratado como salva-vidas como escusa? Não parece ser o caso. Estar diante de uma circunstância como essas, na posição de ser a única pessoa capaz de salvar Lake, faz com que Palmer tenha a mesma obrigação moral que Emerson tinha. Admitindo isso, podemos assumir que o papel profissional *salva-vidas* não pode constituir ou modificar substancialmente a obrigação moral de salvar banhistas que se afogam. Essa obrigação existia desde o princípio. Ela representa um dever geral atribuível a todos nós em determinados contextos: ajudar aqueles que se encontram em situações pesadas quando isso não impor um risco significativo de nos prejudicar no processo.

O exemplo mostra que não podemos argumentar que o papel de guarda-costeiro outorga a Emerson a obrigação moral de salvar a vida das pessoas. O que podemos dizer é que a profissão *guarda-costeiro* adiciona maior *saliência* ou *responsabilidade* a uma obrigação moral que existe a despeito de qualquer papel, logo, se tornar um guarda-costeiro implica resgatar pessoas (quando viável) sem qualquer sombra de dúvidas sobre essa responsabilidade. Podemos inferir também que, se o papel não constitui ou altera substancialmente as metas morais da obrigação que Emerson tinha, quando ele decide se tornar um salva-vidas o novo profissional adquire novas *condições de ação*; afinal Emerson agora foi contratado para zelar pela segurança dos banhistas que frequentam a praia. Então é esperado que Emerson fique sempre alerta em suas horas de trabalho, essa é uma obrigação profissional que evidentemente não podemos exigir de nadadores natos como Palmer.

Deixemos de lado esses casos perdidos nos episódios de *S.O.S. Malibu*, e vejamos se eles nos dizem algo significativo para a discussão sobre o papel judicial. Se essa mesma dedução sobre a obrigação moral dos salva-vidas é preservada em todos os outros papéis profissionais, teremos de admitir que algumas obrigações morais que qualquer pessoa deve levar à cabo, faça parte do seu papel ou não, surgem com frequência no contexto da sua profissão. No caso do papel judicial, minha sugestão é que, de modo análogo aos casos *S.O.S. Malibu*, há obrigações morais que tomam partido do contexto judicial, porque elas incitam um tipo de decisão que independe das convenções éticas que outorgam os deveres dos juízes. Isso explica como algumas obrigações morais que qualquer pessoa poderia realizar entrariam num conflito moral aparente com a compreensão típica que temos sobre a ética profissional. Então, quando confrontados como um caso moralmente *subótimo*, o juiz pode estar diante de uma obrigação moral para absolver os infratores justificados, assim como um bom nadador ou um *salva-vidas* podem estar diante de uma circunstância em que qualquer um deles tem o dever de resgatar banhistas que se afogam.

Existe, no entanto, uma disparidade entre os exemplos, que, embora importante, não é suficiente para alterar a conclusão que quero alcançar. A diferença está no fato de que, ao contrário do triatleta amador ou qualquer nadador nato poder satisfazer a mesma obrigação moral do salva-vidas, não podemos dizer o mesmo com relação ao papel judicial. Por mais que uma pessoa seja das mais virtuosas e saiba lidar com casos morais difíceis, ela não pode simplesmente ocupar o assento do juiz e proferir sentenças. Isso nos mostra haver papéis profissionais como do juiz, do advogado e do médico que contêm condições de ação mais restritas. No caso do direito, tipicamente apenas juristas formados e licenciados nos cursos superiores de direito podem se tornar um juiz.²⁶⁶ Apesar disso, essas condições formais não provam que as obrigações morais de profissionais que exercem funções altamente especializadas seriam diferenciadas da moralidade ordinária. O que elas indicam, certamente, é que há ofícios cujas atribuições são muito complexas e requerem um tipo de conhecimento técnico para lidar com demandas que outras profissões não têm.²⁶⁷

A relação que estabeleci entre as exigências normativas de papéis profissionais e as obrigações morais vinculadas a eles sugerem que tais papéis ainda exercem uma função no raciocínio moral dos seus ocupantes, mesmo que não constituam obrigações morais genuínas. Assim, entendo que – sob a tese da paridade moral e do positivismo prático – um papel como o judicial funciona como uma *precondição* e não como fundamento para obrigações morais (STOCKER, 1970, p. 610). Logo, os juízes são, virtualmente, as únicas pessoas investidas com a obrigação moral de proferir vereditos e sentenças com força jurídica.²⁶⁸ O que essa *precondição* explica é que, trivialmente, não ocupasse o cargo judicial uma pessoa não adquiriria uma obrigação moral de proferir sentenças sobre o direito. Como venho dizendo, esse

²⁶⁶ Um caso notável é dos Estados Unidos, onde esse tipo de formação não é necessária para uma pessoa se tornar um Juiz Federal, embora ela tenha que demonstrar ter experiência legal suficiente para ser nomeada. No caso dos advogados o diploma superior em direito, pelo que sei, é indiscutível. Podemos dizer o mesmo sobre a grande maioria dos profissionais na área da saúde.

²⁶⁷ Tenha em mente que não estou sugerindo que, por requererem um tipo de conhecimento mais específico, profissões como juiz, advogado ou médico são mais dignificantes, ou têm mais valor que o trabalho dos salva-vidas, triatletas, motoristas, marceneiros, encanadores, vendedores, etc. Temos razões para crer que grande maioria das profissões que conhecemos são valiosas e todas são dignificantes não só para aqueles que as exercem com dedicação, mas a todos que se beneficiam justamente dos serviços prestados. Também temos, infelizmente, razões para lamentar ao saber como há profissões tão dignas quanto às primeiras que mencionei e que são pouco ou nada valorizadas.

²⁶⁸ Ele nem sequer é o único, pois há o papel social ocupado transitariamente pelos jurados que, apesar de não proferirem eles próprios a sentença, eles assumem uma função análoga a um colegiado de juízes e emitem um veredito, que, por sua vez, é declarado na sentença pelo juiz. Curiosamente, a questão da obrigação moral de se ater ao direito também afeta os representantes do júri, mas a rejeição dessa putativa obrigação constituída pelo papel de jurado é bem menos controversa quando comparada com o papel judicial. Sobre os jurados e uma possível explicação para essa diferença de tratamento, ver (HUEMER, 2016) e (V. FAGGION & GRECCO, 2019).

papel dos papéis profissionais é incapaz de constituir ou justificar as obrigações morais daqueles que os ocupam.²⁶⁹

Nesse ponto, minha defesa segue de perto as propostas que Stocker (1970), Simmons (1979) e Cameron (1971) colocaram à mesa a respeito da força e da justificação moral das obrigações de papel, ou como cada um deles preferiu nomear, deveres de posição ou obrigações institucionais.

O objetivo de Stocker foi, assim como fiz, demonstrar que muitas das obrigações que podemos justificadamente atribuir a um papel não são mais que deveres gerais, cuja atribuição moral independe da forma com a qual eles foram convencionalmente representados. Stocker (1970, p. 608) favoreceu o seguinte:

Que podemos redescrever esses deveres morais de um modo que não se pressuponha instituições é trivial, pois, podemos simplesmente tomar ‘o que nós somos moralmente obrigados a fazer’ como a redescrição em questão. As redescrições que oferecerei não são, entretanto, nem triviais, nem desinteressantes. Pois, elas mostram *porque* os atos em questão são moralmente obrigatórios. Isto é, essas redescrições não são somente identificatórias, mas são também justificatórias [...] eu argumento que essas descrições são anteriores aos tipos de atos obrigatórios pressupostos pela instituição e que instituições não são necessárias para definir, muito menos ordenar, aqueles atos que são moralmente obrigatórios. Em síntese, essas descrições mostram como os atos são moralmente obrigatórios independentemente de instituições e obrigações institucionais.²⁷⁰

Esse ato de “redescrever” obrigações morais de papel como obrigações morais gerais, que Stocker propôs foi nada mais que restabelecer a genuína fonte de justificação de condutas recobertas por exigências profissionais a partir de nossas convicções morais ordinárias.²⁷¹

Já Simmons (1979, p. 21), seguiu muito da explicação de Stocker e também reconheceu uma estratégia semelhante no contexto das obrigações políticas:

Não podemos produzir uma explicação sobre obrigação política (ou do dever de obedecer ao direito) que se fia somente na existência de certos deveres de posição. O simples fato de que uma instituição (ou conjunto de instituições) existe, e que suas regras se aplicam a mim, não irão me vincular [moralmente] à tal instituição.

²⁶⁹ Ao defender um argumento não-constitutivo semelhante ao meu, Reeves (2010, p. 179) acredita que normas institucionais são “incapazes de fundamentar obrigações especiais de fidelidade, que se arrogam ao raciocínio moral na adjudicação, já que considerações morais externas [à prática do judicial e do direito] devem validar uma exigência do papel judicial antes que ela se torne relevante”.

²⁷⁰ “A existência de um dever de posição (*i. e.* alguém ocupar uma posição vinculada a certos deveres) é um fato moral *neutro*. Se um dever de posição é obrigatório para nós, é porque há fundamentos de uma exigência moral para realizar tais deveres de posição que são independentes da posição e do esquema que a define. A existência de um dever de posição, então, nunca estabelece (por si mesmo) uma exigência moral” (SIMMONS, 1979, p. 21).

²⁷¹ Com relação à estratégia de Stocker podemos dizer, resgatando o argumento redescrição rejeitado no Capítulo 2, que a “redescrição da redescrição” sobre as obrigações morais vinculadas aos papéis, anulou a força das intuições constitutivas tipicamente atribuídas às normas profissionais; assim, como uma dupla negação estabelece a verdade de uma proposição, *i. e.*, que papéis profissionais não constituem obrigações morais.

Por fim, Cameron (1971) também esclarece que o sentido de “*deve fazer*” (“*ought-to*”) constituído por normas institucionais pode ser substantivamente avaliado, porque ele exerce alguma força sobre os juízos morais do agente, embora a convenção constitutiva que o criou não seja a fonte de justificação moral para uma obrigação. Em réplica ao famoso argumento dedutivo de Searle – onde procurou solucionar problema da lacuna entre o “ser-dever ser” (ou a famosa Lei de Hume) – Cameron defende que obrigações institucionais ou obrigações de papel devem ser entendidas sobre um imperativo avaliativo mais abstrato e não-moral, como um “*ter de fazer*” (“*has-to*”).²⁷² Grosso modo, Cameron (1971, p. 310) entende que “*ter de fazer*” esgota o caráter imperativo do dever sem ser necessário que ele crie uma obrigação moral. Assim, uma obrigação de papel sempre impõe um imperativo que pode, na melhor das hipóteses, *acionar* ou *facilitar* a emergência de uma obrigação moral cuja justificação independe, mas se sobrepõe à convenção constitutiva.²⁷³ Cameron (1971, p. 312), corretamente, estipula que o “dever” em questão é um imperativo fraco, uma mera razão saliente para se agir.²⁷⁴

Em resumo, penso que o papel dos papéis que acabei de defender ainda é relevante para nosso raciocínio moral, pois eles ainda especificam um agregado de direitos e deveres convencionalmente fixados e instrumentalmente úteis para organizar a divisão do trabalho moral. Papéis profissionais certificam que as decisões difíceis tomadas no contexto de cada

²⁷² Vimos, no Capítulo 2, como essa teoria sobre convenções constitutivas inspirou a teoria rawlsiana da clara cisão, bem como ele expressa muito das intuições morais constitutivas que discuti ao longo de toda a tese.

²⁷³ Predicados como “acionar” e “facilitar” são empregados por particularistas morais para explicar a relação que imperativos normativos têm sobre a emergência de obrigações morais. Sabemos que teóricos simpáticos ao particularismo não lidam bem com a ideia de razões morais independentes do conteúdo. Sob uma teoria particularista de racionalidade prática, a atribuição de deveres ou responsabilidades morais é *dependente do conteúdo* das razões para a ação. Por isso, particularistas usam predicados como os mencionados para especificar como razões normativas reguladas por convenções contribuem contextualmente para nosso raciocínio moral. Jonathan Dancy é o principal defensor desses atributos vinculados a razões, segundo ele, além de “facilitadores” e “acionadores” de razões (*reason-enablers* e *reason-triggers*) há também “atenuadores” (*reason-attenuators*) e “desabilitadores” (*reason-disablers*). Por meio desse vocabulário, Dancy acredita que conseguimos entender como razões normativas se relacionam com o raciocínio moral apenas enquanto considerações que favorecem ou desfavorecem determinadas escolhas, ou decisões, a depender das circunstâncias e do contexto. A emergência do particularismo como explicação para o problema do conflito moral entre obrigações especiais, associativas ou de papel é bastante recente. Robinson (2012), Lösche (2018) e Phillips (2019) são filósofos que investiram nas respostas particularistas. Ver Dancy (2006) e Darwall (2013), para uma explicação detalhada sobre os favorecedores e desfavorecedores de razões; e Enoch (2011; 2014) para uma aproximação entre os atributos particularistas da racionalidade moral e o problema do paradoxo da autoridade no direito e noutros domínios normativos.

²⁷⁴ “Contudo, mesmo com essa latitude na interpretação de ‘dever’, fica claro que algumas obrigações institucionais não podem ser analisadas como tomadores de qualquer tipo de forma “deve fazer”. [...] se Rosencrantz desafia Guildenstern para um duelo, a aceitação de Guildenstern coloca Rosencrants em uma posição institucional de estar obrigado a lutar; se ele é [moralmente] obrigado a lutar é outra questão” (CAMERON, 1971, p. 313). Nesse exemplo, Rosencrants tem que lutar *qua* duelista, mas não se segue que ele teria obrigação moral de lutar, ainda mais se as circunstâncias do duelo fossem espúrias.

ofício serão exercidas pelas pessoas que terão maior competência para agir, dadas as circunstâncias. É precisamente isso que ocorre no contexto da adjudicação quando a responsabilidade de tomar decisões morais difíceis através de sentenças é concentrada num cargo específico.

8.2.3. A teoria não-constitutiva da paridade moral

Quais serão então as obrigações morais de juízes *qua* juízes?

A obrigação moral dos juízes é resultado de um juízo substantivo acerca do merecimento moral da conduta ilegal perpetrada pelo agente (*i.e. retributivismo fraco*) confrontado com os padrões normativos do direito resguardados pelos valores do Estado de Direito e da Democracia. Como o resultado desse juízo moral é alcançado durante a tomada de decisão judicial, as obrigações morais dos juízes não são constituídas *a priori* por convenções sociais ou somente através dos valores institucionais radicados na própria prática do direito enquanto um sistema de normas.

Elas têm que ser fruto do melhor balanço de razões morais em favor ou mesmo contra o direito, visto que instituições jurídicas falham ao justificar convincentemente o uso da força pelo simples fato de confiarmos em sua legitimidade de outorgar regras de conduta. Como as obrigações políticas de cidadãos e juízes podem não ser verdadeiras, as obrigações morais dos segundos não devem entrar em franco conflito com os direitos e deveres de cada pessoa que defende uma pretensão de justiça nos tribunais.

A tese da paridade moral satisfaz a correspondência entre a justificação das condutas dos sujeitos de direito e das condutas dos juízes, então a melhor teoria sobre as obrigações morais do papel judicial é não-constitutiva.

8.3. Uma teoria demasiado liberal?

É justo dizer que uma teoria não-constitutiva sobre as obrigações morais dos juízes é uma leitura um tanto liberal, no sentido de permitir mais condutas que desafiam a autoridade do direito.²⁷⁵ Isso pode soar preocupante aos ouvidos de muitos que acreditam que uma concepção como essa não deve ser encorajada. O receio seria que a tese da paridade moral

²⁷⁵ “Chamarei a leitura de que papéis socialmente aceitos não têm valor moral intrínseco de “a concepção liberal dos papéis” (REEVES, 2010, p. 174).

atribuiria aos juízes certos poderes ou responsabilidades que não deveriam ser alocados sobre um papel social tão relevante. Há o temor de que, na ausência de uma obrigação moral de fidelidade ao direito, juízes possam instaurar uma espécie de *tirania da minoria*, beneficiando a promoção de direitos e políticas ao sabor das suas próprias preferências pessoais ou de grupos sociais específicos com quem a classe dos juízes, ou juízes específicos, se identificariam.

Em virtude dessas crenças inabaláveis, alguns juristas podem acreditar que a tese da paridade moral é extremamente perigosa, já que ele implica no fato de que os juízes não podem se furtar de fazer juízos morais substantivos para solucionar conflitos de direitos, virtualmente, em qualquer sistema jurídico do mundo atual. Alguns podem até mesmo imaginar se essa tese não dá vazão a algo muito mais extremo, a uma ordem anárquica de juízes que pouco se importam com a ordem jurídica e tomam decisões com suas máscaras Guy Fawkes à tiracolo.²⁷⁶

É por isso que aproveito o espaço que me resta para afastar algumas objeções que podem ser lançadas contra a tese da paridade moral. Meu objetivo é demonstrar que a teoria não-constitutiva que defendo não endossa, muito menos encoraja a maior parte desses receios. Caso seja bem-sucedido, as conclusões que alcancei nessa tese poderão ser endossadas, ao mesmo tempo, em que todas as críticas contra uma espécie de ativismo judicial exacerbado continuam válidas e extremamente relevantes.

Antes de especificar cada objeção, julgo importante salientar, novamente, que a minha tese da paridade moral não é a única possível. Como demonstrei no começo do capítulo, a paridade moral entre direitos e obrigações morais dos cidadãos e dos juízes só deve ter a mesma direção com relação às normas do direito. O fato que determinará, por assim dizer, o curso dessa paridade é uma teoria convincente a respeito de nossas obrigações políticas. Essa outra conclusão, que não defendi ao longo da tese, é plausível à sua própria maneira, embora dependa de uma resposta satisfatória para o problema da obrigação política, que no estágio atual da discussão ainda não foi devidamente articulada. Por causa dessa rota alternativa, creio que os juristas devem fazer uma pausa para reflexão e se perguntarem: vale mesmo à pena a defesa de uma teoria sobre a moralidade judicial que aceita o dilema do perspectivismo como representação da realidade indelével do conflito e do discurso moral?²⁷⁷ Porque insistir numa representação tão fatídica como essa?

²⁷⁶ Me refiro ao também conhecido Guido Fawkes, uma personalidade histórica que participou de uma conspiração que pretendia assassinar o rei da Inglaterra Jaime I. Sua figura ficou imortalizada em uma máscara que simboliza muitas vezes levantes anárquicos favoráveis à deposição do Estado.

²⁷⁷ Hurd, argumenta, persuasivamente, em prol de uma teoria de justificação moral que resolva esse tipo de conflito. Penso que essa maneira de lidar como problema é a mais adequada, principalmente quando pensamos ser coerente recorrermos ao raciocínio moral como uma tentativa de resolver conflitos que nos incomodam. “Desde que consideramos que crenças são justificadas, enquanto pensamos que elas chegam perto do que é verdadeiro, é

Suspeito que o temor dos juristas acerca dos deveres e responsabilidades morais dos juízes os coloquem sob uma dissonância cognitiva desconfortável entre as crenças que mantêm sobre as obrigações morais dos juízes serem muito mais robustas que as dos cidadãos em geral e a inevitável violação dos direitos morais dos desobedientes inocentes para preservar a fidelidade dos juízes perante o direito.²⁷⁸ Mas se há uma rota bem menos acidentada disponível, a alternativa mais parcimoniosa é seguir o seu percurso.

8.3.1. Um princípio moral absoluto?

A primeira crítica assume que, ao defender que o dilema do papel judicial deve ser solucionado em favor do retributivismo fraco, eu estaria, implicitamente, assumindo que ele tem que ser visto como um princípio moral absoluto, de modo que, não importa o que estivesse determinado nos padrões jurídicos, nós cidadãos e os juízes poderíamos desobedece-los indiscriminadamente. Essa objeção é compreensível, ainda mais se considerarmos que passei a maior parte da tese defendendo desvios judiciais ao direito em casos subótimos.

Apesar de ter me apegado bastante à defesa de tais desvios, minha tese não implica e não precisa implicar qualquer absolutismo do retributivismo fraco. Para tanto, tenho algumas considerações a fazer para afastar esse problema.

A primeira delas se deve ao fato de ter qualificado, no Capítulo 1,²⁷⁹ que o retributivismo fraco é um princípio moral fundado na ideia geral de que é *prima facie* errado submeter uma pessoa inocente a punições injustas e sérias, que poderiam muito bem ser evitáveis. Portanto, desde o princípio, jamais afirmei que o retributivismo fraco pudesse ter um *status* absoluto.

impossível construir uma teoria sobre a justificação moral que não pressuponha uma teoria independente da verdade moral. Assim, quando nossa teoria da justificação nos compromete com o parecer de que duas pessoas estão ambas justificadas em defender julgamentos morais conflitantes, nós temos razão para tentar aprimorar nossa teoria da justificação, de modo que ela nos permita declarar como verdadeiro o julgamento mais justificado dentre os dois” (HURD, 1999, p. 30).

²⁷⁸ A aparência desse conflito inevitável foi comparada por Hurd a uma arena de gladiadores onde os direitos dos infrator justificado enfrentam as obrigações morais dos juízes ao direito. Porém, ao aceitar esse conflito, e elegerem os segundos como seus campeões do Estado de Direito, muitos juristas cometem um erro teórico e filosófico que poderia e deveria ser evitado. Quando focamos a posição moral do juiz nesse dilema, Moore (2018, p. 375-76) fez outra representação trágica que ilustra muito bem o problema. Penso que ela deve servir de lição para não aceitarmos suas consequências: “Se estamos obrigados tanto em realizar uma ação A no tempo t [punir os desobedientes justificados], e em abster-se de ‘A-gir’ em t, então a moralidade demanda de nós o impossível. Isso garante nosso fracasso moral, não importa o que façamos. Embora algum Deus grego malevolentemente brincalhão pode impingir uma moralidade injusta como essa sobre humanidade, é certamente muito injusta para ser levada a sério no caso da ausência de tais origens malevolentemente divinas. Então quando dizemos que o conflito de obrigações é uma característica familiar da moralidade, nós não queremos dizer que obrigações ao fim e ao cabo ou plenas podem e devem conflitar. Ao invés disso, tais situações de conflito – tipicamente chamadas “dilemas morais” – existem no sentido de que uma característica familiar da experiência moral é um conflito aparente ou experimentado sobre as demandas de duas, ou mais obrigações”.

²⁷⁹ Rever seção 1.4., “O dilema do perspectivismo jurídico”.

Tudo o que demonstrei ao longo da tese é que ele, certamente, é um princípio que exige certa prerrogativa sobre outras considerações morais relevantes, como razões de estabilidade e cooperação social favorecidos pelos valores sistêmicos do direito.²⁸⁰

A segunda é que, caso tivesse feito uma leitura absoluta do retributivismo fraco, provavelmente nem sequer seria possível que eu pudesse apostar no particularismo sensível a regras como a teoria de decisões judiciais que devemos favorecer. Fosse um mandamento moral absoluto, o retributivismo fraco derrotaria sem caso pensado qualquer comando normativo expresso por uma norma jurídica. Isto é, não importaria avaliar o que qualquer diretiva do direito recomendasse, ela seria dispensável, já que do retributivismo fraco extrairíamos todo o conhecimento necessário para tomar decisões morais corretas.

Pense em termos da lei moral absoluta que Kant postulou, seu imperativo categórico: *aja de tal maneira que você trate toda a humanidade, seja a si mesmo como outrem, sempre como um fim, nunca como um meio*. Agora considere o exemplo simples da mentira: enquanto varria sua calçada, Hansi nota um alemão correndo desesperado pela via. Minutos depois um oficial da SS o interpela, perguntando se ele havia avistado um judeu em fuga. Hansi tinha o direito de mentir? Todos nós conseguimos admitir facilmente que sim, Hansi não tinha qualquer obrigação moral de dizer a verdade, por mais que ele tratasse a humanidade, que o oficial da SS porventura ainda teria, como um meio para que o mentiroso abandonasse sua franqueza, também como um meio para que o judeu escapasse.

Nesse caso, se o dever de contar sempre a verdade fosse uma razão moral categórica, Hansi não precisaria se preocupar com o destino do alemão em fuga, mas essa é uma conclusão absurda.

O exemplo da mentira mostra claramente que é intolerável considerarmos princípios morais como máximas absolutas. Além disso, a informação mais importante que me permite escapar à objeção é que o exemplo mostra como o dever categórico de não mentir opera como uma razão independente dos méritos frente às outras opções de conduta que Hansi poderia considerar. Porém, como vimos, a solução para o dilema do perspectivismo judicial ocorre à medida que o tomador de decisão considere razões favoráveis ou contra determinada ação enquanto razões dependentes de conteúdo, todas superáveis, a depender das circunstâncias. Isso é precisamente o que o particularismo sensível às regras prescreve. Então a tese da paridade

²⁸⁰ Creio que essa prerrogativa perpassa sobre a própria demanda dos filósofos políticos, especialmente aqueles que procuram desenvolver uma teoria correta que justifique nossa obediência geral ao direito. Esse esforço requer que os próprios valores sistêmicos do direito sejam justificados à guisa da proteção dos direitos morais de todos os sujeitos que vivem sob ordens jurídicas liberais e democráticas.

moral não precisa se comprometer com uma forma absoluta do princípio do retributivismo fraco.²⁸¹

Dito isso, não devemos imaginar o retributivismo fraco como um princípio moral absoluto,²⁸² já que trairia os próprios desígnios do particularismo sensível às regras e da tese da paridade moral que defendo, pois ambos tratam as diretivas de autoridade reivindicadas pelas normas jurídicas como razões epistêmicas salientes que apontam na direção da melhor razão para agir disponível.

8.3.2. *Dois valores sistêmicos desprezáveis? (E um caso-limite para os desvios judiciais)*

Uma segunda objeção seria a de que, ao dar primazia ao retributivismo fraco, eu teria esvaziado os valores sistêmicos do Estado do Direito e da democracia a tal ponto de eles se tornarem valores morais desprezáveis, a ponto de se reconhecer que um juiz estivesse livre para superá-los a qualquer momento.

Contra essa objeção, as considerações favoráveis ao particularismo sensível às regras feitas acima já ajudam a demonstrar como esse receio é hiperbólico. Como argumentei, no início do capítulo, os juízes precisam sempre consultar o conteúdo prescritivo das normas jurídicas, pois o direito é um sistema de regras erigido e respeitado como o melhor, certamente o mais organizado, e talvez o único do seu tipo capaz de fornecer as melhores razões gerais para a ação de cada sujeito. Não podemos negar esse fato, pois o direito ainda reivindica autoridade legítima. Esse fato demonstra como as razões para a ação prescritas em normas e endossadas por esses valores de governança os tornam indispensáveis à tomada de decisão judicial. O que questioneei, nos capítulos 5 e 6, foi a necessidade de entender esses valores como se eles fossem moralmente intrínsecos, isto é, valiosos por si mesmos. Talvez a melhor compreensão da democracia e do Estado do Direito seja vê-los como valores sistêmicos instrumentalmente valiosos, dado que as normas de conduta elaboradas em consonância a eles são as melhores razões epistêmicas que os sujeitos têm para ter uma vida relativamente pacífica

²⁸¹ De fato, como já havia indicado no Cap. 1 (1.5.1.3) particularistas em geral são avessos à ideia de princípios morais categóricos, já que máximas morais universais são insensíveis aos contextos particulares, cujas circunstâncias podem interferir na atribuição de uma maior ou menor peso de certo princípio moral. Portanto, a própria ideia de máximas morais categóricas é incompatível com uma teoria de decisão baseada nas diretivas epistêmicas de uma autoridade e na ideia de que juízos morais são alcançados através do balanço de razões para agir dependentes de conteúdo. Sobre o fato do particularismo lidar com razões ou mesmo obrigações *prima facie*, ou *pro tanto*, ver Ridge (2020) e Olsen (2014).

²⁸² Isso é reconfortante, já que Moore (2018, p. 371) está correto em afirmar que um imperativo moral categórico “é o tipo de hipérbole enérgica que leva as pessoas para os piquetes, mas é, com certeza, um disparate se tomado como o tipo de filosofia moral sob a qual nós devemos viver”.

em sociedade. Logo, concluir que os valores sistêmicos do direito são instrumentais é muito diferente da afirmação de que eles são práticas destituídas de qualquer valor. Reconhecê-los desse modo só implica que tais valores não bastam para justificar, conjuntamente, o *status* moral e mandatório das normas prescritivas que foram instituídas através dos seus procedimentos.

Portanto, juízes que decidem apenas de acordo com sua voz da razão, pois ignoram ou não dão devida atenção ao valor epistêmico contido em cada norma jurídica são profissionais tão negligentes, incompetentes e malversados sob a minha tese, quanto eles o seriam para as teorias constitutivas que rejeitei.²⁸³

Pois bem, acabo de afirmar que o retributivismo fraco não é um mandamento moral absoluto, nem que o Estado do Direito e a democracia são descartáveis. Isso indica que deve haver casos-limite em que o retributivismo fraco pode ser superado por *nossa* adesão moral ao Estado de Direito e à democracia – nesse pronome possessivo, juízes também estão inclusos.

Antes de apresentar um caso-limite de superação, creio que precisamos de uma teoria da ética prática que aceite casos-limite e explique como a superação de um princípio moral que possui primazia pode ocorrer. Uma teoria que cumpre bem essa função é a chamada *deontologia limiar* (“*threshold deontology*”). Não estou certo que ela se apresenta como a única solução possível; apesar disso, ela é compatível com a tese da paridade moral numa medida em que demonstra como o retributivismo fraco é um princípio moral perfeitamente derrotável.

Essa é uma teoria moral deontológica, porque reconhece haver determinados princípios morais que não deveriam ser violáveis (como seria o caso do retributivismo fraco),²⁸⁴ embora também admita que o consequencialismo é um tipo de raciocínio moral inevitável em nossas experiências práticas (e. g. o risco de os desvios judiciais *simpliciter* macularem o Estado do Direito e a democracia, a ponto de prejudicar a cooperação social sob instituições jurídicas).²⁸⁵ Tal teoria é uma solução deontológica moderada. Ela procura assegurar o maior compromisso

²⁸³ Lembrem-se dos juízes Lazier e Lubrico que apresentei no capítulo 1? Me refiro exatamente a eles agora, como havia feito desde o começo. Dessa forma, “[j]uízes não estarão intitulados a deixar o direito de lado em favor dos seus próprios julgamentos morais sem levar a sério que o direito constitui uma autoridade teórica [ou epistêmica] respeitável no que concerne ao conteúdo das obrigações que os vincula” (HURD, 1999, p. 315).

²⁸⁴ O retributivismo fraco pode ser apenas um dentre outras restrições deontológicas, ou uma forma de apresentar uma restrição mais abrangente. Por exemplo, Alexander & Ferzan (2009, p. 96-103) propõe que um limitar resistente precisa contemplar restrições sobre atos não-consensuais que se apropriam indevidamente do corpo, do trabalho ou dos talentos de uma pessoa, onde tal interferência é feita simplesmente para o benefício de terceiros.

²⁸⁵ “A ética deontica – a ética da escolha e da ação, como ela é distinguida da ética aretáica da disposição e do caráter – é então composta por obrigações consequencialistas bem como por obrigações deontológicas. Eu insisto que o modo correto de visualizar essa combinação é considerar razões consequencialistas como onipresentes na vida e então ver razões deontológicas como um tipo de restrição oblíqua [*side-constraint*] ou prerrogativa [*override*]” (MOORE, 2018, p. 374).

moral possível para com o retributivismo fraco, até que o respeito a esse princípio alcance uma fronteira em que as consequências negativas se tornam palpáveis.

A deontologia limiar consegue responder ao temor daqueles que pensam que os valores sistêmicos do direito jamais prevaleceriam sobre o princípio do retributivismo fraco. Além disso, eles conseguem satisfazer a paridade moral entre direitos e obrigações morais dos cidadãos e dos juízes, porque

Deontologistas que afirmam que o princípio do retributivismo fraco pode ser posto de lado para prevenir o desfalecimento de instituições justas devem, presumidamente, reconhecer que quaisquer obrigações que possam levar o cidadão a violar o direito nesses casos são superadas pelas más consequências sistêmicas causadas por assim fazê-lo (HURD, 1999, p. 314).

Nesse caso, as circunstâncias que justificariam *a priori* a desobediência moral do cidadão falseiam a prerrogativa do retributivismo fraco, pois tal infração, acompanhada pelo desvio judicial, representa uma ameaça séria à estabilidade das instituições jurídicas.

Para entender em que contexto o retributivismo fraco pode ser superado, considere uma variação do exemplo de Egalitária, que causou agora muitos transtornos àquela comunidade. Nessa versão, saiba que Egalitária recentemente se recuperava de uma crise judiciária, já que, infelizmente, vários oficiais eram protótipos dos juízes Lazier e Lubrico. Como muitos eram profissionais abaixo da média, várias decisões equívocas foram tomadas. Eles negligenciaram o direito aplicável, não analisaram cuidadosamente as evidências de fato e atenderam seus próprios interesses pessoais e políticos.

Na Egalitária de agora, havia um contexto de extrema desconfiança na competência de o judiciário conseguir tomar decisões justas. Nesse contexto, os cidadãos desobedientes se deparavam com o mesmo dilema sobre a liberação das restrições das Leis de Drogas que já conhecemos, agora com um agravante: por ser o único caso subótimo, ele virou uma pauta de divergências vigorosas entre a maioria que insistia em suas convicções, mesmo ignorando evidências científicas, morais e políticas esmagadoramente favoráveis à legalização. Atos de violência e intolerância contínuas entre os grupos ocorreram após o fracasso de mais uma proposta de reforma legislativa. A despeito de todas essas consequências, um grupo filantrópico assumiu o risco e desobedeceu às regras aplicáveis e começou a plantar a droga para fins medicinais. O caso chega nas mãos do juiz. Ele também reconhece, a causa era legítima. Porém, o juiz está também ciente que esse é um conflito moral e político bastante delicado para os cidadãos de Egalitária. Num caso como esses, o juiz, assim como os cidadãos infratores não poderiam ter assumido que a desobediência e o desvio fossem justificados, pois, nesse contexto, havia um risco tangível que a violação do direito causasse danos sérios à cooperação e à vida

relativamente pacífica de Egalitária. Cidadãos e juízes poderiam muito bem ter antevisto essas consequências.

Assim, diante de cenários em que a controvérsia sobre certos direitos é muito acirrada e as instituições jurídicas estão sob grande tensão, o retributivismo fraco pode perder sua prerrogativa e ser superado para que violações injustificadas de outros direitos possam ser evitadas. Logo, há casos em que é permissível infringir os direitos morais das pessoas de ser punidas injustamente, mas tal circunstância se torna justificada se, e somente se, for muito difícil ou inviável satisfazer o princípio do retributivismo fraco.²⁸⁶

A deontologia do limitar consegue então fornecer uma resposta razoável contra os riscos concretos de ruína das instituições jurídicas. Em sua forma mais crua esse receio especifica um argumento bastante geral sobre a obediência moral ao direito, baseado em apelos de necessidade, cuja originalidade é atribuída à David Hume. Grosso modo, o argumento da necessidade é composto por três premissas (GUR, 2013, p. 329-333):

- (N1) Pessoas têm o dever de preservar, no mínimo o dever de não embaraçar, instituições ou arranjos institucionais *necessários* para que condições toleráveis de sociabilidade sejam viáveis;
- (N2) A governança através do direito é necessária para garantir o usufruto de certos bens essenciais sem os quais a vida em sociedade seria tormentosa, ou mesmo sequer seria possível;
- (N3) Se os cidadãos infringirem o direito, conseqüentemente, eles minarão a aptidão e os esforços do governo em cumprir seus desideratos essenciais.
- (N4) Logo, cidadãos têm o dever moral de obedecer ao direito.

Deixemos de lado a existência de regimes jurídicos perversos que falseiam as premissas N1-N3; só regimes jurídicos razoavelmente justos contam. Como podemos notar, o argumento geral da necessidade específica e toca a mesma questão que a deontologia do limiar se propôs

²⁸⁶ Nos casos-limite, o dilema do perspectivismo continua sendo meramente aparente e os juízes não adquiriam qualquer obrigação moral diferenciada pelo seu papel; a paridade moral ainda permanece incólume, já que o desobediente nesses cenários já não seria mais justificado, tendo em vista o risco iminente ou concretizado que o ato de desobediência causou sobre outras pessoas ou mesmo sobre as instituições. É bastante provável que o ato irrefletido do desobediente contribuíra para violar seu dever moral *prima facie* de não causar danos sérios e injustos contra terceiros por força de seus próprios atos. Portanto, “[...] as obrigações impostas pelo princípio do retributivismo fraco podem ser violadas quando as consequências epistêmicas da adesão a esse princípio forem tão graves a ponto de seriamente ameaçar o Estado de Direito, a democracia e a separação de poderes [...] Então, um cidadão cuja obediência seriamente ameaça o Estado de Direito e o pluralismo estrutural (ao estabelecer um exemplo perigoso a terceiros, por exemplo, ou por causar seu juiz, e o juiz do seu juiz proferirem decisões que ameaçam a liberdade, a equidade e a proteção dos interesses e da confiança não é um desobediente justificável. O princípio do retributivismo fraco permanece inviolável porque pode não haver circunstância em que um cidadão esteja genuinamente justificado em desobedecer a direito enquanto o juiz é forçado a deixar o princípio de retributivismo fraco de lado em nome de boas consequências sistêmicas” (HURD, 1999, p. 314).

a responder. E, assim penso, ela já conseguiu eliminar muito da força desse argumento, principalmente da premissa N3, que, Gur explica,

Se equivoca ou pelo menos grosseiramente exagera os fatos verdadeiros. Como Joseph Raz criticamente comentou, ‘é um exagero melodramático supor que toda violação do direito, por menor que seja, põe em risco a sobrevivência do governo, ou do direito e da ordem’. Pois, em primeiro lugar, o poderoso aparato coercivo dos governos tipicamente tem à sua disposição implica que eles podem lidar efetivamente com uma quantia bastante significativa de desobediência e manter o controle sobre a população em face de algum comportamento recalcitrante. Em segundo lugar, embora certos atos públicos de desobediência civil que expressam revolta contra o governo, ou algumas violações do direito por oficiais do direito bastante visíveis, podem ter um significativo impacto sobre nossas atitudes socialmente aceitas perante o direito, este dificilmente é caso com a maioria dos tipos de violação do direito por um cidadão comum. Dado o tamanho tipicamente grande das sociedades políticas modernas, um indivíduo comum pode supor de forma plausível que um ato de desobediência de sua parte não teria qualquer, ou nenhum efeito muito mais que reduzido, sobre o hábito geral da obediência em sociedade.

É verdade que se todos confiassem nessa suposição e desobedecessem regularmente ao direito, a ameaça resultante à eficácia do direito ficaria distante de ser mínima. Porém, essa última afirmação é uma afirmação hipotética (*‘se todos...’*); ela não pretende ser uma descrição dos fatos existentes. Nem pretende descrever um resultado que realmente resultaria de uma violação do direito em condições normais. [...]. Do ponto de vista de nossa avaliação atual, o que importa é o impacto real que nossas ações provavelmente terão sobre arranjos sociais necessários – isto é, seu provável impacto à luz de fatos atuais (GUR, 2013, p. 331-32).²⁸⁷

Os casos-limite são então possíveis, mas bem menos prováveis, já que eles ocorrem em circunstâncias excepcionais. A despeito disso, repare que o caso-limite estabelecido pela deontologia limiar não faz com que os valores do Estado do Direito e da democracia estabelecessem, por si mesmos, uma obrigação moral de obedecer ao direito no caso particular. Os direitos e os deveres dos infratores e dos juízes foram determinados em função do balanço moral entre as razões para a ação disponíveis. Porém, como não atuaram como razões independentes de conteúdo, seria estranho concluirmos que uma obrigação política surgiu nessas circunstâncias. Penso que a melhor maneira de expressar o que ocorre em casos como

²⁸⁷ A conclusão que Gur alcança sobre apelos à questões de necessidade tem o mérito não só de admitir que desvios judiciais em casos subótimos podem ser tolerados, como levanta uma questão mais refinada acerca da delimitação desse limiar deontológico. Brand-Ballard (2010) é o filósofo que conheço que melhor aprofundou esse problema ao discutir sobre as circunstâncias onde os desvios de boa-fé em casos subótimos podem se aproximar ou mesmo contribuir para que tal limiar seja atingido. Mesmo os desvios justificáveis ao direito podem desencadear dois tipos de erros sistêmicos de julgamento, que afetam juízes e pessoas em geral. Há erros de adaptação que ocorrem quando a própria população superestima as circunstâncias onde a desobediência do direito seria justificada e passa a desobedecer a regras por crenças morais falsas; e também há erros de adaptação onde juízes menos atentos ou competentes também superestimam os desvios praticados por outros juízes como uma razão precedente para desconsiderar o direito em casos cujo uso da coerção jurídica era necessária (*i. e.* casos moralmente ótimos). A despeito desses desafios, Brand-Ballard (assim como eu e vários outros filósofos) acredita que os desvios judiciais são permissíveis, a despeito desses erros sistêmicos. Recomendo a leitura da Parte II de *“Limits of Legality”* onde o autor demonstra como a questão dos erros sistêmicos pode ser atenuada. Sobre erros sistêmicos e seu impacto sobre cálculos morais consequencialistas correlacionados ao argumento da necessidade, ver também Hurd (1999, p. 189-203; 298-307).

esses seria dizer que, apesar da punição atribuída aos desobedientes ainda ser maculada por uma questão de injustiça, cidadãos e juízes estavam moralmente obrigados a aquiescer às normas porque esse era um mal menor compreensível para ambos.²⁸⁸

Portanto, minha tese ainda atribui um valor considerável à democracia e ao Estado de Direito, embora ambos, mesmo acompanhados dos outros fundamentos para a obrigação política, talvez não sejam suficientes para justificar a obediência moral ao direito. Também indiquei como a necessidade de preservarmos uma situação de convivência pacífica em sistemas jurídicos razoavelmente justos pode, em casos excepcionais, favorecer os valores sistêmicos em detrimento do retributivismo fraco.

8.3.3. Responsabilidades morais sem obrigações políticas

Por fim, desejo encerrar a tese articulando um argumento que acompanha muito bem a paridade moral que estabeleci entre os direitos e as obrigações morais dos cidadãos e dos juízes.

Quero argumentar que, mesmo sem uma justificação moral para o dever de obedecer ao direito, os juízes assumem uma grande responsabilidade moral quando decidem desconsiderar o direito local que se aplica a eles. Além disso, é até mesmo possível que esses oficiais, assim como os cidadãos em geral, tenham *um dever moral de respeitar* o direito, mesmo que ele se mostre incapaz de impor obrigações morais de obediência às suas normas.

Através dessas ideias pretendo explicar que juízes *qua* juízes têm, em virtude do seu papel, uma responsabilidade moral perante o direito mais exigente que aquela esperada dos cidadãos. Também como essa conclusão é compatível com a tese da paridade moral, pois embora o papel do juiz não possa constituir obrigações morais especiais para esse profissional, o papel que ele desempenha na sociedade consegue intensificar suas responsabilidades morais.²⁸⁹

²⁸⁸ Tanto é o caso que os desobedientes nessas circunstâncias, a despeito da injustiça irremediável que lhes foi causada, merecem ser punidos pelos eventuais danos que causaram a terceiros, à sociedade e às instituições do direito. Essa é a conclusão que Hurd chega, sem que, para isso, seja necessário validar o dilema do perspectivismo judicial: “Quando e se eu fizer algo errado, e violar uma regra sob as circunstâncias em que as razões ditavam minha conformidade, então eu devo, de fato, ser punido. Não apenas eu receberei meu justo merecimento, mas tal sanção ajudará a me educar sobre a verdadeira sabedoria da regra que eu violei: ela será adicionada ao meu banco de dados, e ao banco de dados dos demais, de modo que em casos futuros similares, eu e os outros terão maior evidência das razões para a ação aplicáveis a nós” (HURD, 2005, p. 83).

²⁸⁹ Meu argumento em prol da maior responsabilidade moral alocada sobre aqueles que desempenham papéis profissionais procura solucionar o problema do desengajamento moral do agente em torno dos atos que ele é instado a cumprir, e que parece ser um problema endêmico quando pensamos na divisão do trabalho moral por meio da imposição de obrigações morais diferenciadas. Além de Luban que, como vimos no Capítulo 2, diagnosticou esse problema da ética insulada em normas profissionais, Wolgast apresenta diagnóstico semelhante sobre o problema de moralidades cindidas por papéis que vale a pena ser destacado. Wolgast pensa que o problema

O argumento da responsabilidade moral pode ser esboçado a partir da maneira pela qual o direito pretende reivindicar autoridade, e do tipo de autoridade legítima que ele pode, de fato, reivindicar. Isto é, a teoria de autoridade epistêmica defendida no princípio do capítulo. Até o momento espero ter deixado claro que reconhecer a legitimidade do direito através das razões epistêmicas que suas regras fornecem informa tanto o particularismo sensível às regras quanto a paridade moral. Através dessas credenciais posso dizer que os sujeitos de direito, especialmente os juízes, precisam nutrir – e devem encorajar que todas as pessoas tenham – uma atitude de deferência ao direito. Essa atitude ou predisposição requer que todos nós sempre levemos à sério o conteúdo prescritivo imposto pelo direito, mesmo que, em última análise, tenhamos boas razões morais para superá-los nos casos particulares.

da moralidade dos papéis prejudica a assunção de responsabilidade moral por parte dos profissionais. Isso ocorre porque a linguagem ou o modo como as obrigações de papel são alocadas torna o profissional uma pessoa artificial, um agente ou preposto agindo em representação aos demais, mas que não consegue internalizar que as ações enquanto profissional são também *suas* ações, bem como a responsabilidade pelos erros de decisão reivindicados pelas normas do seu papel também são *seus*. Assim Wolgast (1992, p. 144-45) coloca a questão: “a capacidade de falar pelos outros que torna as pessoas artificiais úteis e atraentes também frustra as condições de responsabilidade. Este fato lança uma sombra moral sobre todas essas práticas e as instituições – o jurídico, o militar, representantes políticos, corporações – que encarnam pessoas artificiais. As razões de fundo da dificuldade são variadas e intratáveis. Uma é a comparação de papéis profissionais com aquela dos atores [ou mesmo jogadores], uma analogia que ajuda a insular os papéis da crítica moral. Outra é a concepção equivocada do governo representativo, inspirado na ideia de que o governo poderia agir *como* os cidadãos e não precisaria ser distinguido como um tipo de agente particular [o que diluiria a responsabilidade moral entre toda a sociedade]. Então há uma ênfase no funcionalismo que torna as questões morais fora dos limites nos contextos de trabalho. Uma quarta é que podemos usar o termo ‘pessoa’ para propósitos legais para cobrir qualquer entidade que nos apeteça, sem preocupação com a ‘pessoa’ da teoria moral, e assim cria-se confusão. E, como vimos, os problemas resultantes são também múltiplos. Talvez o maior problema moral seja a quebra da autonomia como uma característica da ação humana, e isso tem consequências de dois tipos. Primeiro, a ação de uma pessoa falha de uma maneira crítica em ser *sua*, porque os aspectos fenomenológicos da ação são rompidos de suas decisões. Segundo, a crítica moral é incapaz de localizar responsabilidade; então zonas-livres de responsabilidades emergem onde julgamentos morais perdem aquisição. Além disso, as características de pessoas artificiais implicam que não podemos ser representados moralmente, que a representação na política e outras áreas é impossível. Pois, para ser possível, representantes precisariam falar e agir de forma não autônoma; mas isso, no que lhe concerne, macularia sua responsabilidade. Então, embora muito da teoria social e política modernas assume que representar outrem não só é possível, mas benéfico e digno de estima, essa visão está profundamente equivocada. A despeito das recomendações de muitos lados, problemas de responsabilidade profissional não podem ser lidados através de códigos de ética especializados. Pois, esses assumem a discrição dos papéis e um destacamento dos papéis da vida fora do papel que nutre a ação não-autônoma. Nem, eu argumento, pode a solução ser uma revisão calculada do vocabulário moral, com uma concomitante alteração em nossas intuições morais. Termos morais têm nossas percepções ligados a elas, e palavras, e percepções são ambas partes da nossa compreensão moral. Mudar os termos da discussão para lançar uma solução seria uma petição de princípio”. Após sua análise crítica Wolgast (1992, p. 146) pensa que “devemos rejeitar a linguagem de moralidades de papéis [profissionais] e dissolver as fronteiras entre pessoa e papel. [...] ao avaliar instituições, nós devemos considerar não apenas sua utilidade para produzir bens sociais amplos, como também seus efeitos morais nos indivíduos sobre esses bens, particularmente as atitudes que instituições encorajam em nome de sua função definida. Essa dimensão é negligenciada quando instituições são fundadas e justificadas simplesmente em considerações amplas, impessoais de benefício público”. Creio que muito desse longo diagnóstico encontre ressonância no argumento da paridade moral que propus. Na ausência ou dúvida sobre obrigações políticas, ou morais de papel, o melhor que podemos fazer é apresentar uma solução que integre grande responsabilidade moral para o ocupante do papel sem que para isso ele tenha que aquiescer a comandos independentes dos seus próprios méritos.

Penso que essa atitude está no cerne do particularismo sensível às regras, já que essa teoria da decisão tem o cuidado de se certificar que, embora o direito não consiga reivindicar razões para agir independentes de conteúdo, tais razões expressas em regras são, na maior parte dos casos, as melhores que o legislador democrático conseguiu produzir. Elas são, no dizer de Reeves (2011, p. 325) uma *razão praticamente significativa*, já que representam uma razão para agir que deve figurar nas deliberações do agente sobre o que fazer – *i. e.*, ela não é inconsequente para a determinação completa sobre o que se deve fazer”.

Essa disposição para confiarmos no direito enquanto o repositório mais importante de normas de conduta social é reconhecido por Noam Gur (2013) como uma atitude importante, que devemos ter o cuidado de manter, pois, ela é responsável por conter decisões particulares contaminadas por vieses que afetam decisões individuais (*e.g.* os vieses do *autoaprimoramento* ou “*self-enhancement*”; do desconto hibernólico; e do *autointeresse* ou “*self-serving*”). Também sugere que preservar essa atitude é valioso mesmo que não exista uma obrigação moral de obedecer ao direito.²⁹⁰ Ainda sobre ela, entendo que Gur ecoa a maneira como a autoridade do direito se impõe sobre nós como se fosse uma razão independente de conteúdo, apesar de não ser necessário que tomemos essa reivindicação como certa:

Embora seja verdade que tal disposição exerce sobre nós uma força que é independente-de-conteúdo, isso não significa que ela exclua do nosso horizonte outros fatores, dependentes de conteúdo, que podem competir com ela e, quando suficientemente potentes, superá-la. A independência-de-conteúdo de um fator não implica a exclusão de outros fatores, em competição. Além disso, disposições de deferência ao direito podem variar em força – elas podem ser fracas ou fortes – e embora alguns indivíduos podem ter uma disposição muito forte para se conformar com as diretivas jurídicas, não há razão para este ser o caso com a maioria das pessoas, ao menos não no contexto de culturas políticas menos do que radicalmente autoritárias. (GUR, 2013, p. 343).

Finalmente, pense nessa atitude de deferência ao direito como um tipo de respeito dirigido a um sistema normativo democraticamente instituído. É essa a proposta elegante que Frye e Klosko (2017) apresentam para explicar como devemos canalizar nosso comportamento frente a autoridade reivindicada pelo direito, sem ser necessário incorrer na controversa alegação de que estamos moralmente obrigados a obedecê-lo. Os teóricos tomam emprestado o modo como Darwall (1977) caracteriza a ideia de respeito, ou manifestar respeito sobre algo, ou alguém, que ele chamou *respeito por reconhecimento* (*recognition respect*). Darwall, Frye e Klosko, entendem que essa acepção de respeito é importante para nossas deliberações e ações,

²⁹⁰ “Conclui que, mesmo que não exista obrigação de obedecer ao direito, os sujeitos de um sistema jurídico razoavelmente justo têm boas razões para adotar e cultivar uma disposição de deferência ao direito. [...] meu objetivo central foi demonstrar que mesmo a partir de uma perspectiva cética o valor de uma disposição de deferência ao direito deve ser reconhecido” (GUR, 2013, p. 346).

porque ele representa certa disposição que uma pessoa deveria ter para ponderar em suas deliberações um aspecto importante sobre o que está em causa, para agir adequadamente após ter considerado seus prós e contras (FRYE & KLOSKO, 2017. p. 6). Segundo Darwall esse tipo de respeito pode ser dirigido ao direito, sobre os sentimentos de uma pessoa ou mesmo às instituições sociais.²⁹¹

A partir dessa ideia de respeito, Frye e Klosko associam-na à normatividade instituída pelo direito em contextos democráticos. Eles indicam que embora a deferência às normas jurídicas com ascendência democrática não implique na obediência moral, elas, não obstante, são objetos de respeito. Em razão disso, todos os sujeitos de direito precisam reconhecer que um sistema de normas merece ser respeitado, dado o esforço daqueles que almejam editar normas de conduta com o objetivo de apaziguar conflitos.

Os dois filósofos propõem que o respeito por consideração atua como uma razão expressiva de peso para que os agentes vinculados a essas normas as considerem seriamente durante a tomada de decisões. Eles também sugerem que essas razões têm força para atuar como se fossem razões de segunda ordem, porque elas foram geradas num contexto democrático. Dito isso, qualquer sujeito que irrefletida ou sumariamente dispensa as normas prescritivas do direito não demonstra uma atitude de respeito às escolhas tomadas pelos cidadãos com quem convive. Ao fazê-lo, essa pessoa põe a si mesma e suas próprias decisões acima das escolhas das outras. Por isso, o agente que despreza seu ordenamento jurídico demonstra, perante seus pares, uma atitude de ser o dono da verdade, algo que é percebido pelos demais como um comportamento de menosprezo, ou até mesmo autoritarismo.

Além do condão expressivo do respeito, tal atitude ainda revela um aspecto do raciocínio prático e moral importante para o resultado que quero alcançar: o respeito por reconhecimento é também marcado por uma qualidade epistêmica, pois a pessoa que simplesmente desconsidera o conteúdo prescritivo do direito “também ignora a possibilidade de que seu próprio raciocínio pode estar equivocado como resultado de vieses sobre seus

²⁹¹ “Há um tipo de respeito que pode ter um número qualquer de vários tipos de assuntos como seu objeto e que consiste, de modo mais geral, em uma disposição de ponderar apropriadamente em suas deliberações alguma característica do assunto em questão e agir adequadamente. O direito, os sentimentos das pessoas, e instituições sociais acompanhadas de suas ocupações e papéis são exemplos de coisas que podem ser objeto desse tipo de respeito. Na medida em que esse tipo de respeito consiste em dar consideração devida ou reconhecimento de algum atributo desse objeto ao deliberar sobre o que fazer, vou chama-lo *respeito por reconhecimento*. Pessoas podem ser o objeto de respeito por reconhecimento. De fato, é exatamente esse tipo de respeito que se diz ser devido a todas as pessoas. Dizer que as pessoas como tais têm direito ao respeito é dizer que elas têm o direito de que outras pessoas levem a sério e pesem apropriadamente o fato de que são pessoas ao deliberar sobre o que fazer” (DARWALL, 1977, p. 38).

próprios interesses ou de erros cognitivos familiares que possam afetar sua tomada de decisão.” (FRYE & KLOSKO, 2017, p. 11).

Por essas razões Frye e Klosko (2017, p. 13) chegam a uma proposta que, acredito, melhor responde o problema da deferência à autoridade do direito em sistemas razoavelmente justos. De acordo com eles:

Apesar do fato de que as razões de segunda ordem geradas por procedimentos democráticos não darem origem a razões para obedecer suas decisões, isso não equivale a uma licenciosidade para desobedecer ao direito. [...] acreditamos que em uma política democrática as leis são geralmente feitas por boas razões, portanto, geralmente há boas razões de primeira ordem para obedecê-las. Embora os cidadãos devam seguir seus próprios julgamentos quanto ao que é certo, isso não lhes dá licença para desconsiderar essas preocupações de primeira ordem por motivos leves ou passageiros.

Esse é uma sugestão bastante plausível, pois ela nos permite concluir que as razões para ação reivindicadas pelo direito são dependentes do seu conteúdo, ou seja, elas não determinam, por si mesmas, obrigações morais, pois cabe aos sujeitos de direito considerar os seus próprios méritos nos casos particulares. Daí, se, no caso concreto, houver boas evidências que indicam que a exigência jurídica imposta produz uma injustiça e o agente, razoavelmente, concluir que o direito não deve ser obedecido, ele pode infringi-lo. Como esse resultado pode ser cognoscível por qualquer pessoa, ele vale tanto para os cidadãos quanto para os juízes, em respeito à paridade moral.

Assim, sistemas jurídicos com credenciais democráticas merecem nosso respeito, mesmo que suas normas não consigam impor obrigações morais. O argumento apresentado, me permite, inclusive, afirmar que embora não existam obrigações políticas de obedecer ao direito destinadas aos cidadãos ou sobre os juízes, ambos têm uma obrigação moral de respeitar o direito. Essa obrigação de respeito difere da obrigação de obediência, enquanto essa requer que a autoridade moral do direito seja reconhecida como uma razão prática independente de conteúdo, aquela concebe o direito como uma autoridade epistêmica. A identificação do dever de respeito não implica obediência ao direito, por não ser justificado em função da autoridade moral que o direito reclama, mas somente através da sua legitimidade.²⁹² Noutras palavras, o poder e a permissão moral que as instituições jurídicas têm para regular comportamentos sociais, que são reconhecidos pela imensa maioria das pessoas, justifica o dever do respeito.²⁹³

²⁹² Agora, como já bem sabemos, descobrir se o exercício de tal legitimidade é autoritativo e moralmente vinculante é uma questão diferente, e muito mais delicada.

²⁹³ Filósofos como Raz e Dworkin também falam dessa atitude de respeito com relação ao direito ou às instituições jurídicas. Sobre Raz, indiquei no Capítulo 7 como ele entende o respeito como um fundamento moral para a obediência do direito. Já Dworkin (1986, p. 413) faz alusão a uma atitude *interpretativa* ou *protestante* com relação às normas do direito embora ela esteja conectada ao seu argumento das obrigações políticas associativas. O que

Finalmente, após essa incursão sobre a atitude de respeito, posso explicar como aqueles que desempenham o papel judicial têm uma grande responsabilidade moral ao lidar com o direito (e com os diretos das pessoas).

Já argumentei no capítulo 6, que os procedimentos e credenciais democráticos seriam insuficientes para impor obrigações de obediência. Boa parte das minhas objeções tocaram no problema dos vieses comportamentais manifestos por indivíduos e grupos no contexto político. Ao fim daquele capítulo, mencionei que os juízes estariam também sujeitos aos vieses cognitivos no contexto da adjudicação, mas que o cargo que ocupam contém exigências de papel que atuam ao menos como um obstáculo a interferências de cunho político, pessoal, privado ou prudencial sobre suas decisões. Com o dever de respeito à legitimidade e à autoridade epistêmica que o direito possui, defendo que o papel judicial intensifica a responsabilidade moral dos agentes que o ocupam, pelos seguintes motivos:

Primeiro, porque juízes *qua* juízes estão propensos aos mesmos vieses cognitivos dos cidadãos em geral no que diz respeito ao contexto político, afinal, juízes também são eleitores e podem, assim como qualquer pessoa, manifestar uma predileção a um perfil ideológico e político-partidário que condiciona parte dos seus juízos morais. Além de cidadãos, *qua* juízes, eles estão sujeitos aos vieses típicos do seu próprio contexto profissional. Por essas razões, caso se deparem com um caso subótimo, eles precisam estar cientes de suas responsabilidades e devem ser extremamente cuidadosos sobre as decisões que pretendem proferir. Somente diante de evidências de fato e de direito persuasivas é que o juiz poderá adquirir razões morais para crer que o princípio do retributivismo fraco será violado. Porém, se por algum motivo as evidências que tem em mãos forem pouco convincentes, ou se o juiz tem uma crença moral ou política muito arraigada sobre os direitos em disputa, é bastante provável que o julgador não terá boas razões para desviar do direito. É por isso que o respeito ao valor epistêmico extraído das normas jurídicas é tão importante. Antes de formar qualquer crença ou fundamentação de decisão o juiz precisa levar o direito à sério sempre que fundamentar sua sentença, ou arguição oral.

Esse alerta de cuidado ainda é compatível com tese da paridade moral, pois, “quando o direito e justiça conflitam, juízes devem fazer o que é justo. Mas também é crucial para eles reconhecer que seus *julgamentos* de que o direito é injusto podem, em certos casos, não ser confiáveis, portanto, eles devem ter cuidado extra antes de agir de acordo com esse julgamento” (BRENNAN, 2018, p. 205).

os outros filósofos com os quais me alinhei fizeram foi adotar uma posição mais cautelosa, afastando um pouco mais essa atitude de respeito da ideia de ordens ou comandos.

O segundo é o que chamo *problema do dano colateral*. Ele explica como a responsabilidade moral dos juízes perante o direito é maior quando comparada à responsabilidade do desobediente justificado. Isso ocorre por causa da propensão que a conduta desses sujeitos tem para influenciar o comportamento de terceiros. Um cidadão, principalmente aquele que não é uma personalidade muito conhecida, tem chances bem pequenas de influenciar outras pessoas que, porventura, vão se encontrar em casos subótimos semelhantes. Porém, o desvio do direito nesses casos subótimos tem um potencial muito maior de influenciar o comportamento dos demais cidadãos, já que todas as decisões judiciais são atos que ocorrem na esfera pública. Então as chances de influência são sempre maiores. E elas aumentam a depender da posição hierárquica do juiz. Assim, podemos dizer que o potencial de influência aumenta exponencialmente no último grau de jurisdição. É por causa desse efeito que é correto afirmar que a responsabilidade moral do juiz que avalia a justificação do uso da coerção jurídica é muito maior quando comparado ao cidadão comum. Quando pensamos nos juízes das Supremas Cortes, é justo dizer que tal responsabilidade é enorme.

O problema do dano colateral fica mais evidente com uma analogia com a engenharia civil. Pense nos papéis do servente de pedreiro, do mestre de obras e do calculista. Todos têm o mesmo dever moral geral de não expor pessoas a danos contra sua integridade física. No contexto em que trabalham esse dever está especificado na obrigação moral de construir um edifício seguro e habitável. Mas as responsabilidades morais de cada profissional são diferentes. Se o servente comete um erro ao assentar os blocos de concreto, ele pode comprometer uma parede ou parte de uma estrutura, e isto pode causar trincas e infiltrações, dificilmente um desabamento. O mestre de obras, que certo dia não deu a devida atenção às proporções de brita, areia e cimento do concreto, pode prejudicar a estrutura de um andar inteiro (os riscos de danos às pessoas já serão bem maiores). Já o calculista que não confere seus cálculos pode deixar que um erro sério passe despercebido, o que colocaria a estrutura de todo o prédio em risco. Portanto, o dano colateral por uma falha de julgamento causada por cada um desses profissionais aumenta a depender da função que cada um ocupa na hierarquia. Basicamente o mesmo ocorre no caso dos juízes, suas responsabilidades morais aumentam da primeira à última instância; quanto maior o grau de jurisdição, maior será o dano colateral que uma decisão equívoca pode provocar aos sujeitos de direito, não apenas aos litigantes, mas à comunidade como um todo, até mesmo às instituições jurídicas.²⁹⁴

²⁹⁴ Sobre o problema de fundamentações judiciais equívocas, porque foram baseadas em evidências de fato e de direito falseáveis, ou mesmo porque foram fruto de motivações políticas incompatíveis com o contexto jurisdicional, recomendo que o leitor confira dois trabalhos escritos por Bustamante (2018; 2021). Nesses dois

Dito isso, mesmo sabendo ser inevitável a responsabilidade ou mesmo a obrigação moral de os juízes avaliarem o mérito moral do direito caso a caso – já que sua autoridade não consegue ser justificada de antemão – quando o tomador de decisão não está seguro das evidências apresentadas a ele; se ele não teve tempo para avaliar elas com cuidado; ou mesmo se está política e emocionalmente envolvido com uma questão de direito notória em que ele não consegue divisar nenhuma boa razão para o desvio, o melhor que ele tem a fazer é aderir ao direito.

artigos, inspirados pelo direito como integridade de Dworkin, Bustamante menciona casos concretos onde a atitude de respeito ao direito não foi levada em conta, seguida de uma análise dos riscos que desvios espúrios ao direito interferem na estabilidade institucional do nosso ordenamento jurídico. A despeito do marco teórico ter sido o direito como integridade, penso que boa parte das preocupações levantadas nesses trabalhos são compatíveis com o particularismo sensível a regras e com a tese da paridade moral.

CONCLUSÃO

Nessa tese me propus a investigar a seguinte indagação: seria possível que juízes *qua* juízes, em democracias liberais, adquirissem uma obrigação moral que os vinculasse em aplicar o direito mesmo que suas decisões fossem injustas?

Como demonstrei no capítulo inaugural, essa é uma questão ético-normativa específica de um problema moral mais abrangente a respeito de obrigações atribuídas por papéis profissionais.

O problema da moralidade dos papéis opôs, de maneira geral, duas leituras sobre os fundamentos morais dessas obrigações: de um lado, teorias nomeadas constitutivas procuraram demonstrar como uma moralidade profissional consegue determinar obrigações morais específicas para os ocupantes desses papéis, que subsistiriam mesmo diante de um conflito inevitável com direitos e deveres morais dos cidadãos em geral. Do outro, teorias não-constitutivas explicam como esse conflito não deve ser sustentado, vez que as obrigações morais correlacionadas a esses papéis nada mais são que direitos ou deveres morais gerais ajustados ao contexto em que a profissão é desempenhada.

Por acreditar que uma leitura moral não-constitutiva é a mais correta, procurei defender minha hipótese contra os argumentos constitutivos mais interessantes já articulados na filosofia, visto que eles justificariam o dilema do perspectivismo jurídico – o nome dado ao problema moral do papel judicial.

Entre os capítulos 2 e 7, avaliei criticamente uma série de argumentos constitutivos favoráveis à persistência inevitável desse dilema. Todos eles estavam intimamente conectados à ideia de que os juízes teriam uma obrigação política de fidelidade aos padrões normativos do direito – insuperável ou forte o suficiente para justificar a punição moral e jurídica de infratores desobedientes em casos nos quais eles não mereceriam ser penalizados. Ao longo dos capítulos demonstrei como os argumentos da clara cisão, do *fair play*, das obrigações associativas, da força moral dos valores sistêmicos do Estado de Direito e da democracia, da incomensurabilidade e das razões excludentes de autoridade falharam em seus desígnios constitutivos. Grosso modo, nenhum deles se mostrou capaz de justificar como seria possível que o princípio do retributivismo fraco – um dever moral geral de não submeter pessoas contra punições injustas – fosse superado pela obrigação de fidelidade judicial ao direito e aos seus valores sistêmicos.

A rejeição desses argumentos me permitiu concluir ser inevitável que os juízes avaliem substantivamente a força moral das prescrições jurídicas nos casos concretos, mesmo entre aqueles moralmente *subótimos*.

Tendo demonstrado que o direito é incapaz de reivindicar obrigações morais gerais de obediência, tanto sobre os cidadãos quanto para os juízes, defendi minha hipótese no capítulo final, através de uma das *teses da paridade moral*. De acordo com ela, as obrigações morais dos juízes *qua* juízes teriam que ser determinadas em função de um juízo moral substantivo e particular entre o retributivismo fraco e os valores sistêmicos, quando em conflito. Expliquei como o primeiro princípio tem prioridade moral sobre os segundos. Isso me permitiu argumentar que as obrigações morais dos juízes têm que seguir a mesma direção dos direitos e deveres morais gerais dos cidadãos. Portanto, o dilema do perspectivismo é dissipado e, conseqüentemente, o conflito moral aparente entre as obrigações judiciais e a moralidade ordinária é desfeito.

Também apresentei uma teoria sobre obrigações de papel, o positivismo da prática, que explica como as obrigações profissionais que identificamos em cada prática não são, necessariamente, obrigações morais, mas apenas exigências ocupacionais que adquirem *status* moral obrigatório a partir dos juízos avaliativos substanciados pela moralidade ordinária.

Por fim, defendi a tese da paridade moral contra possíveis objeções, sobretudo, contra o receio de que os juízes pudessem se aproveitar dessa concepção mais liberal de suas obrigações morais para satisfazer interesses escusos ou ameaçar frontalmente os valores do Estado de Direito e da democracia. Argumentei que, embora a prática do direito talvez seja incapaz impor obrigações morais sobre seus governados, ela ainda possui legitimidade contida no valor epistêmico de suas normas. Essa leitura epistêmica da normatividade jurídica me permitiu sugerir que a melhor teoria de decisão judicial disponível é *o particularismo sensível a regras*, em contraste às teorias formalistas e do direito como integridade. Ainda pude defender que a legitimidade do direito é valiosa o suficiente para nos reivindicar uma atitude ou mesmo um dever moral geral de respeito às instituições jurídicas. Esse ideal de respeito, presente no cotidiano das sociedades liberais, assegura a estabilidade das instituições democráticas. Através dele, notei como o papel ocupado pelos juízes é capaz de intensificar ou tornar mais saliente suas responsabilidades morais da sua hierarquia profissional.

Em síntese, o papel judicial é uma função de extrema importância que acarreta grandes responsabilidades morais sobre aqueles que aspiram a um dia tornarem-se juízes. Porém, por mais alta que essa responsabilidade seja, ela não deve ser cindida ou deslocada sobre um

conjunto de normas e obrigações de uma prática social que moralize danos injustos contra aqueles que não merecem ser punidos.

REFERÊNCIAS

ACHEN, Christopher H.; BARTELS, Larry M. **Democracy for Realists: Why Elections Do Not Produce Responsive Government**. Revised edição ed. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2017.

ALEXANDER, Larry. Constrained by Precedent. **Southern California Law Review**, v. 63, p. 1, 1989.

_____. “With Me, It’s All er Nuthin’”: Formalism in Law and Morality”. **University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 3, 1 jun. 1999.

_____. **What are Principles, and Do They Exist?** Rochester, NY: Social Science Research Network, 10 jun. 2013. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2277787>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

ALEXANDER, Larry; FERZAN, Kimberly Kessler. **Crime and Culpability**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/books/crime-and-culpability/8E1CF79231DB78BE01DDB54862915072>>. Acesso em: 27 jul. 2021. (Cambridge Introductions to Philosophy and Law).

ALEXANDER, L.; KRESS, K. Contra os Princípios Jurídicos. In: MARMOR, A. (Ed.). **Direito e interpretação**. Edição: 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000. p. 419–92.

ALEXANDER, L.; SCHAUER, F. Law’s Limited Domain Confronts Morality’s Universal Empire. **William & Mary Law Review**, v. 48, n. 5, p. 1579, 1 abr. 2007.

ALEXANDER, L.; SHERWIN, E. **The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law**. Durham: Duke University Press Books, 2001.

AMAR, Akhil. Choosing Representatives by Lottery Voting. *Faculty Scholarship Series*, 1 jan. 1984. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1018>. Acesso em: 8 set. 2020.

APPLBAUM, Arthur Isaak. **Ethics for Adversaries**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARNESON, Richard J. Defending the Purely Instrumental Account of Democratic Legitimacy. **Journal of Political Philosophy**, v. 11, n. 1, p. 122–132, 2003.

_____. Sophisticated Rule Consequentialism: Some Simple Objections. **Philosophical Issues**, v. 15, n. 1, p. 235–251, 2005.

ARRELL, Robert. **The ethics of partiality**. 2014. 2014. Disponível em: <<http://minerva-access.unimelb.edu.au/handle/11343/50962>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

AUDI, Robert. **The Architecture of Reason**. Oxford: Oxford University Press, USA, 2002.

AUSTIN, Michael W. What's Wrong With Utilitarianism?. In: **Psychology Today**, jun. 2015. Disponível em: <https://www.psychologytoday.com/us/blog/ethics-everyone/201506/whats-wrong-utilitarianism>. Acesso em: 29 out. 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BANDEIRA, G. V. V. In: B. Torrano; J. E. M. Ommati (Orgs.); **O Positivismo Jurídico no Século XXI. 2018 -Volume 5**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p.209–32.

BARAK, Aharon. **Judicial Discretion**. New Haven: Yale University Press, 1989.

BATTIN, Margaret. Is a Physician Ever Obligated to Help a Patient Die? In: EMANUEL, L. L. (Ed.). **Regulating how We Die: The Ethical, Medical, and Legal Issues Surrounding Physician-assisted Suicide**. Cambridge: Harvard University Press, 1998. p. 21–47.

BAUMRIN, B. Physician, Stay Thy Hand! In: BATTIN, M. P.; RHODES, R.; SILVERS, A. (Eds.). **Physician Assisted Suicide: Expanding the Debate**. [s.l.] Routledge, 2015. p. 177–81.

BAXTER, Hugh. **Habermas: The Discourse Theory of Law and Democracy**. 1ª ed. Stanford, Calif: Stanford Law Books, 2011.

BEERBOHM, Eric. **In Our Name – The Ethics of Democracy**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2012.

BEN-AMITAI, Boaz. Incommensurability of Values Thesis and its Failure as a Criticism of Utilitarianism. **Canadian Journal of Law and Jurisprudence**, v. 19, n. 2, 2006.

BENHABIB, Seyla. Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. **Constellations**, v. 1, n. 1, p. 26–52, 1994.

BERNS, Sandra S. Dworkin's Account of Associative Obligations: New Clothes for an Old Theory? **Western Australia Law Review**, v. 21, p. 89–121, 1991.

BERTEA, Stefano. A Problem for the Unambitious View of Legal Normativity. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija Za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava**, n. 37, p. 9–16, 10 jun. 2019.

BLAIR, William G. Flip of Coin Decides Jail Term in a Manhattan Criminal Case. **The New York Times**, 2 fev. 1982.

BORK, Robert. Neutral Principles and Some First Amendment Problems. **47 Indiana Law Journal**, v. 47, n. 1, 1971. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol47/iss1/1>>. Acesso em 30 mar. 2021.

BRAND-BALLARD, Jeffrey. **Limits of Legality: The Ethics of Lawless Judging**. 1 edition ed. Oxford ; New York, N.Y: Oxford University Press, 2010.

_____. Devem os juizes considerar argumentos morais? In: STRUCHINER, N.; TAVARES, R. DE S. (Eds.). **Novas fronteiras da teoria do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora PUC Rio, 2014. p. 71–106.

BRANDT, Richard B. V. The Concepts Of Obligation And Duty. **Mind**, v. LXXIII, n. 291, p. 374–393, 1 jul. 1964.

BRENNAN, Jason. **Against Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

_____. **The Ethics of Voting**. With a New afterword by the author edition ed. Princeton: Princeton University Press, 2012.

_____. Compulsory Voting Defended. In: BRENNAN, Jason; HILL, Lisa. **Compulsory Voting: For and Against**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014.

_____. **When All Else Fails: The Ethics of Resistance to State Injustice**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2018.

BREWER-DAVIS, Nina. Associative Political Obligation as Community Integrity. **Journal of Value Inquiry**, v. 49, n. 1–2, p. 267–279, 2015.

_____. Partiality and the Significance of Shared History. **International Journal of Ethics**, v. 8, n. 4, 2012.

_____. Roles and relationships: On whether social roles ground associative reasons. **European Journal of Philosophy**, v. 27, n. 2, p. 377–386, 2019.

BURTON, Steven J. **Judging in Good Faith**. 1 ed. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1992.

BUSTAMANTE, Thomas. **A Triste História Do Juiz Que Acreditava Ser Hércules (The Sad Story of the Judge Who Thought He Were Hercules)**. SSRN Scholarly Paper, n° ID 3714707. Rochester, NY: Social Science Research Network, 19 out. 2020. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3714707>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

_____. Pronunciamentos Judiciais Fora dos Autos: Uma nova reflexão sobre os Obiter Dicta exoprocessuais no Brasil. In: II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO Rio de Janeiro: CONPEDI, 2018. p. 1–15.

BUSTAMANTE, Thomas; DECAT, Thiago Lopes. Incommensurability, Social Practices and Moral Dilemmas: A Rejoinder to Heidi Hurd’s Anti-Perspectivalism. **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho**, v. 1, n. 14, p. 125–146, 5 ago. 2020.

BUTLER, Paul. When Judges Lie (and When They Should). **Minnesota Law Review**, v. 91, n. 6, p. 1785–1828, jun. 2007.

BRINK, David O. Legal Positivism and Natural Law. **The Monist**, v. 68, n. 3, p. 364–387, 1985.

BYRNES, Nanhee. **The Best Results Argument for Democracy**, 2015. UC San Diego. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/87m2f141>>. Acesso em: 8 jun. 2021.

CAMERON, J. R. 'Ought' and Institutional Obligation. **Philosophy**, v. 46, n. 178, p. 309–323, out. 1971.

CAMPBELL, Tom. **Prescriptive Legal Positivism**. 1^a ed. London : Portland, Or: Routledge Cavendish, 2004.

CAPLAN, Bryan Douglas. Rational Ignorance versus Rational Irrationality. **Kyklos**, v. 54, n. 1, p. 3–26, 2001.

_____. The Logic of Collective Belief. **Rationality and Society**, v. 15, n. 2, p. 218–242, 2003. SAGE Publications Ltd.

_____. **The myth of the rational voter: why democracies choose bad policies**. 1.ed. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press, 2008.

CARD, Robert F. Inconsistency and the Theoretical Commitments of Hooker's Rule-Consequentialism. **Utilitas**, v. 19, n. 2, p. 243–258, jun. 2007.

CHADE, Jamil. **Brasil perde status de democracia liberal perante o mundo**. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/opiniao/2020-05-05/brasil-perde-status-de-democracia-liberal-perante-o-mundo.html>>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CHANG, Ruth. Incommensurability (and Incomparability). In: LAFOLLETTE, HUGH (Org.). **The International Encyclopedia of Ethics**, p. 2591–2604, Nova Jérsei: Blackwell, 2013.

_____. **Making Comparisons Count**. 1^a ed. Londres: Routledge, 2015a.

_____. Value Incomparability and Incommensurability. **The Oxford Handbook of Value Theory**, 1 jun. 2015b. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199959303.001.0001/oxfordhb-9780199959303-e-12>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

CHRISTIANO, Thomas. **Rule of the Many : Fundamental Issues In Democratic Theory**. 1^a ed. Boulder, Colo: Westview Press, 1996.

_____. Waldron on Law and Disagreement. **Law and Philosophy**, v. 19, n. 4, p. 513–543, 2000. Springer.

CHRISTIANO, T.; BAJAJ, S. **A Companion to Applied Philosophy**. 1^a ed. Wiley-Blackwell, 2016.

COHEN, Gerald. A. Beliefs and Roles. **Proceedings of the Aristotelian Society**, v. 67, p. 17–34, 1966.

COHEN, Joshua. Reflections on Habermas on Democracy. **Ratio Juris**, v. 12, n. 4, p. 385–416, 1999.

_____. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: D. Estlund (Org.); **Democracy**. 1^a ed., p.87–107, 2002. Malden, MA: Blackwell.

COHEN, J. **Rousseau: A Free Community of Equals**. 1^a ed. Oxford: Oxford University Press 2010.

CONNOR, Earl. Why Moral Dilemmas Are Impossible. **American Philosophical Quarterly**, v. 26, n. 2, p. 133–141, 1989.

COOPER, A. **FIA tightens podium rules after Hamilton's Breonna Taylor protest**. Disponível em: <<https://www.motorsport.com/fl/news/fia-bans-t-shirts-fl-podium-ceremonies/4882621/>>. Acesso em: 30 out. 2020.

CRAMTON, R. C.; KNOWLES, L. P. “Professional Secrecy and Its Exceptions: Spaulding v. Zimmerman Revisited” by Roger C. Cramton and Lori P. Knowles. **Minnesota Law Review**, v. 83, n. 1, p. 63–127, nov. 1998.

CULLITY, Garrett. Deliberative Restriction and Professional Roles. In: DARE, Tim; SWANTON, Christine (Org.). **Perspect. Role Ethics Virtues Reasons Oblig.** 1ª ed. Nova Iorque: Routledge, 2019. p. 173–193.

_____. Particularism and Presumptive Reasons. **Aristotelian Society Supplementary Volume**, v. 76, n. 1, p. 169–190, 1 jul. 2002.

DAGGER, R.; LEFKOWITZ, D. Political Obligation. In: ZALTA, E. N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2014/entries/political-obligation/>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

DAN-COHEN, Meir. Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law. **Harvard Law Review**, v. 97, n. 3, p. 625–677, 1984.

DANCY, Jonathan. Ethical Particularism and Morally Relevant Properties. **Mind**, v. 92, p. 530–547, 1 out. 1983.

_____. **Ethics without Principles**. Oxford: Clarendon Press, 2006.

_____. **Moral Reasons by Jonathan Dancy**. 1ª edição ed. Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 1993.

_____. **Practical Reality**. Oxford: Oxford University Press, 2000.

DARE, Tim. **The Counsel of Rogues?: A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role**. 1ª ed. Londres: Routledge, 2016a.

_____. Robust Role-Obligation: How Do Roles Make a Moral Difference? **The Journal of Value Inquiry**, v. 50, n. 4, p. 703–719, 1 dez. 2016b.

DARWALL, Stephen. Ethics and Morality. In: MCPHERSON, TRISTRAM; PLUNKETT, DAVID (Org.). *The Routledge Handbook of Metaethics*. Londres: Routledge, 2017. p. 552–566.

_____. Morality and Principle. In: BAKHURST, David; LITTLE, Margaret Olivia; HOOKER, Brad (Org.). **Think. Reasons Themes Philos. Jonathan Dancy**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 168.

DELACROIX, Sylvie. Understanding Normativity. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija Za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava**, n. 37, p. 17–28, 10 jun. 2019.

DICKSON, Julie. **Evaluation and legal theory**. Oxford ; Portland: Hart Pub, 2001.

DITTO, P.; LIU, B.; CLARK, C.; et al. At Least Bias Is Bipartisan: A Meta-Analytic Comparison of Partisan Bias in Liberals and Conservatives. **Perspectives on Psychological Science**, 2017.

DRYZEK, John S. **Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, Contestations**. Oxford University Press, 2002.

DWORKIN, Ronald . **A Matter of Principle**. Repr. ed. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1986.

_____. **Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1997.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge, Mass.: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 2011.

_____. **Law's Empire**. 1st edition ed. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 1986.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Levando os direitos a sério**. Sao Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. **Taking Rights Seriously**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1978.

_____. The law of the slave-catchers. **The Times Literary Supplement**, n. 3847, p. 1437, 5 dez. 1975. Disponível em: link.gale.com/apps/doc/EX1200410228/TLSH?u=new64731&sid=bookmark-TLSH&xid=4e9071ce. Acesso em: 1 jul. 2021.

EDMUNDSON, William A. Rethinking Exclusionary Reasons: A Second Edition of Joseph Raz's. **Law and Philosophy**, v. 12, n. 3, p. 329–343, 1993.

_____. State of the Art: The Duty to Obey the Law. **Legal Theory**, v. 10, n. 4, p. 215–259, dez. 2004.

_____. **Uma introdução aos direitos**. 1ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

_____. **Three Anarchical Fallacies: An Essay on Political Authority**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

EGGLESTON, Ben. Act utilitarianism. In: EGGLESTON, B.; MILLER, D. E. (Eds.). . **The Cambridge Companion to Utilitarianism**. Cambridge Companions to Philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2014. p. 125–145.

EHRENBERG, Kenneth M. Law's Authority is Not a Claim to Preemption. In: WALUCHOW, WILFRID J.; SCIARAFFA, STEFAN (Org.). **Philosophical Foundations of the Nature of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 51.

Eleições 2020: custo do pleito deve girar em torno de R\$ 647 milhões. In: Tribunal Superior Eleitoral, 7 out. 2020. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Outubro/eleicoes-2020-custo-do-pleito-deve-girar-em-torno-de-r-647-milhoes>>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ELY, John Hart. **Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review**. Harvard: Harvard University Press, 1980.

ENGELLEN, Bart. Why Compulsory Voting Can Enhance Democracy. **Acta Politica**, v. 42, n. 1, p. 23–39, 1 abr. 2007.

ENOCH, David. Authority and Reason-Giving. **Philosophy and Phenomenological Research**, v. 89, n. 2, p. 296–332, 2014.

_____. Reason-Giving and the Law. In: GREEN, Leslie; LEITER, Brian (Org.). . **Oxf. Stud. Philos. Law Vol. 1**. [S.l.]: Oxford University Press, 2011. p. 1–38. Disponível em: <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199606443.001.0001/acprof-9780199606443-chapter-1>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

_____. Taking Disagreement Seriously: On Jeremy Waldron's Law and Disagreement. **Israel Law Review**, v. 39, n. 3, p. 22–35, 2006. Cambridge: Cambridge University Press.

ERIKSEN, Andreas. **Taking Roles Seriously. On Professional Duty and Virtue**. 2016. 140f. Tese (PHd). Oslo and Akershus University College of Applied Sciences, Oslo, 2016.

_____. The Authority of Professional Roles. **Journal of Social Philosophy**, v. 46, n. 3, p. 373–391, 1 set. 2015.

ESTADOS UNIDOS. United States v. Schoon, 971 F.2D 193. United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 29 jul. 1991. Disponível em: <https://www.casebriefs.com/blog/law/criminal-law/criminal-law-keyed-to-kadish/exculpation/united-states-v-schoon-2/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

ESTADOS UNIDOS. United States v. Oakland Cannabis Buyers' Cooperative, 532 U.S. 483. United States Supreme Court, Ninth Circuit, 14 mai. 2001. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/532/483/>. Acesso em: 16 jan. 2021.

ESTLUND, David. Jeremy Waldron on Law and Disagreement. **Philosophical Studies**, v. 99, n. 1, p. 111–128. Heidelberg: Springer, 2000.

_____. **Democratic Authority: A Philosophical Framework**. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2009.

FAGGION, Andrea. Why a Hedgehog Cannot Have Political Obligations. **Ratio Juris**, v. 33, n. 3, p. 317–328, 2020.

FAGGION, Vinicius. Is the Judicial Role Just a Descriptive Social Fact? **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho**, v. 1, n. 14, p. 57–78, 5 ago. 2020.

_____. **O que juízes devem fazer? Uma análise do papel judicial**. 2016. 136 f. Tese – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=27249@1>>. Acesso em: 24 fev. 2021.

FAGGION, Vinicius; GRECCO, Lucas. Nulificação do Júri e Nulificação Judicial. **Asp. Políticos E Históricos Const. - An. III Congr. Int. Direito Consituucional E Filos. Política**. Minas Gerais: Arraes Editores, 2019. v. 3. p. 278–292.

FALLON, Richard. Reflections on Dworkin and the Two Faces of Law. **Notre Dame Law Review**, v. 67, n. 3, p. 553, 1 jun. 1999.

FEINBERG, B. The Court Upholds a State Law Prohibiting Physician-Assisted Suicide. **Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 88, n. 3, p. 847–76, 1998.

FELONIUK, Wagner Silveira. 17 mil magistrados, 1 milhão de advogados, 27 milhões de processos novos: números e perspectivas do sistema judiciário brasileiro. **Revista de Política Judiciária, Gestão e Administração da Justiça**, v. 3, n. 1, p. 56–74, 1 jun. 2017.

FIA Statutes and Internal Regulations. Disponível em: <<https://www.fia.com/fia-statutes-and-internal-regulations>>. Acesso em: 30 out. 2020.

FREIMAN, Christopher. **Unequivocal Justice**. 1^a ed. Londres: Routledge, 2017.

_____. **Why It's OK to Ignore Politics**. 1^a ed. New York, NY: Routledge, 2020.

FINNIS, John. **Lei Natural E Direitos Naturais**. 1^a edição ed. Rio Grande do Sul: Unisinos, 1980.

_____. **Natural Law and Natural Rights**. 2^a ed. Nova Iorque: Oxford University Press, USA, 2011.

FULLER, Lon. **The Morality of Law**. Yale: Yale University Press, 1969.

FULTNER, Barbara. Communicative action and formal pragmatics. **Jurgen Habermas**. p.54–74. Routledge: Routledge, 2011.

GANS, Chaim. **Philosophical Anarchism and Political Disobedience**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

GLEDHILL, James. The ideal and reality of epistemic proceduralism. **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, v. 20, n. 4, p. 486–507. Londres: Routledge, 2017.

GOLDMAN, Alan H. **The Moral Foundations of Professional Ethics**. 1ª ed. Totowa, N.J: Rowman & Littlefield Pub Inc, 1980.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. The Limits of Judicial Fidelity to Law: The Coxford Lecture. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v. 24, n. 2, p. 305–325, jul. 2011.

GOMES, Adalmir de Oliveira; GUIMARÃES, Tomás de Aquino. Desempenho no Judiciário. Conceituação, estado da arte e agenda de pesquisa. **Revista de Administração Pública**, v. 47, n. 2, p. 379-402, 12 abr. 2013.

GONZÁLEZ-RICOY, Iñigo. Depoliticising the Polls: Voting Abstention and Moral Disagreement. **Politics**, v. 32, n. 1, p. 46–51. Thousand Oaks: SAGE Publications Ltd., 2012.

GOODIN, Robert E. **Utilitarianism as a Public Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

_____. Public Service Utilitarianism as a Role Responsibility. **Utilitas**, v. 10, n. 3, p. 320–336, nov. 1998.

GORDON, J.-S. Modern Morality and Ancient Ethics. In: **Internet Encyclopedia of Philosophy**, ISSN 2161-0002. 2019. Disponível em: <https://iep.utm.edu/anci-mod/>. Acesso em: 15 out. 2019.

GREEN, Leslie. Law and Obligations. **The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law**, 22 jan. 2004. Disponível em: <<https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199270972.001.0001/oxfordhb-9780199270972-e-13>>. Acesso em: 5 set. 2019.

_____. Law and the Role of a Judge. In: FERZAN, K. K.; MORSE, S. J. (Eds.). **Legal, Moral, and Metaphysical Truths: The Philosophy of Michael S. Moore**. Oxford Oxford University Press, 2016. p. 323–342.

_____. Legal Obligation and Authority. In: ZALTA, EDWARD N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 201 Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2012. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/legal-obligation/>>. Acesso em: 7 maio 2018.

_____. Who Believes in Political Obligation? **For and Against the State**. Lanham, MD: Rowman and Littlefield, 1996., 1 jan. 1996.

GREENAWALT, Kent. **Conflicts of Law and Morality**. 1ª ed. New York Oxford: Oxford University Press, 1989.

GUR, Noam. Actions, Attitudes, and the Obligation to Obey the Law. **Journal of Political Philosophy**, v. 21, n. 3, p. 326–346, 2013.

_____. Normative Weighing and Legal Guidance of Conduct. **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v. 25, n. 2, p. 359–391. Cambridge University Press, 2012.

GUERRERO, Alexander A. Against Elections: The Lottocratic Alternative. **Philosophy & Public Affairs**, v. 42, n. 2, p. 135–178, 2014.

GUTHRIE, C.; RACHLINSKI, J.; WISTRICH, A. Inside the Judicial Mind. **Cornell Law Faculty Publications**, 2001. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/814>>. Acesso em: 15 abr. 2021.

_____. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Review**, v. 93, n. 1, p. 1, 2007.

GUTMANN, P. U. A.; THOMPSON, D. F. **Why Deliberative Democracy?** Princeton, N.J: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics**. 1994.

_____. **Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy**. 1ª ed. Polity, 1996.

_____. **Reply to Symposium Participants, Benjamin N. Cardozo School of Law**. 1ª ed. Berkeley: University of California Press, 1998.

HAMARA, Courtney Taylor. The Concept of the Rule of Law. In: FLORES, IMER B.; HIMMA, KENNETH E. (Org.). **Law, Liberty, and the Rule of Law**. Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013. p. 11–26. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-94-007-4743-2_2>. Acesso em: 3 jun. 2021.

HALPIN, Andrew. The Tigerish Nature of Legal Normativity. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law / Revija Za Ustavno Teorijo in Filozofijo Prava**, n. 37, p. 39–46, 10 jun. 2019.

HARDIMON, Michael. O. Role Obligations. **The Journal of Philosophy**, v. 91, n. 7, p. 333–363, 1994.

HART, H. L. A. Are There Any Natural Rights? **The Philosophical Review**, v. 64, n. 2, p. 175–191, 1955.

_____. **O Conceito de Direito**. Edição: 6ª ed. Lisboa: Calouste, 2007.

HASNAS, John. Back to the Future: From Critical Legal Studies Forward to Legal Realism, Or How Not to Miss the Point of the Indeterminacy Argument. **Duke Law Journal**, v. 45, n. 1, p. 84–132, 1 out. 1995.

HILL, Lisa. Compulsory Voting Defended. In: BRENNAN, Jason; HILL, Lisa. **Compulsory Voting: For and Against**. New York, NY: Cambridge University Press, 2014.

HOHFELD, Wesley Newcomb. **Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning: And Other Legal Essays**. Yale: Yale University Press, 1923.

HOLTON, Richard. Particularism and Moral Theory: Principles and Particularisms. **Aristotelian Society Supplementary**, v. 76, n. 1, p. 191–209, 2002.

HOOKER, Brad. **Ideal Code, Real World a Rule-Consequentialist Theory of Morality**. Oxford: OUP Oxford, 2002.

_____. Rule-Consequentialism. **Mind**, v. 99, n. 393, p. 67–77, 1990.

HORTON, John. **Political Obligation**. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1992.

HORTY, John F. **Reasons as Defaults**. 1ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014.

HSIEH, Nien-hê. Incommensurable Values. In: ZALTA, EDWARD N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. 2016 ed. Metaphysics Research Lab. Stanford: Stanford University, 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/value-incommensurable/>>. Acesso em: 4 nov. 2019.

HUDDY, L.; SEARS, D. O.; LEVY, J. S. Introduction: Theoretical Foundations of Political Psychology. **The Oxford Handbook of Political Psychology: Second Edition**, Oxford Handbooks. 2ª ed., p.1–22. Oxford, New York: Oxford University Press, 2013.

HUEMER, Michael. America's Unjust Drug War. In: MASTERS, B. (Ed.). **The New Prohibition**. Lonedell: Accurate Press, 2004.

_____. Devil's Advocates: On the Ethics of Unjust Legal Advocacy. In: CROOKSTON, E.; KILLOREN, D.; TRERISE, J. (Eds.). **Ethics in politics: the rights and obligations of individual political agents**. Londres: Routledge, Taylor & Francis Group, 2017. p. 285–304.

_____. The Duty to Disregard the Law. **Criminal Law and Philosophy**, v. 12, n. 1, p. 1–18, 1 mar. 2018.

_____. **The Problem of Political Authority: An Examination of the Right to Coerce and the Duty to Obey**. 1ª ed. New York: Palgrave Macmillan, 2012.

_____. Why People Are Irrational About Politics. **Philosophy, Politics, and Economics: An Anthology**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press. 2015.

HURD, Heidi M. Friendly Combat Over Moral Combat: A Reply to My Critics. **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría Del Derecho**, v. 1, n. 14, p. 147–172, 5 ago. 2020.

HURD, H. **Moral Combat: The Dilemma of Legal Perspectivalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

_____. Why You Should Be A Law-Abiding Anarchist (Except When You Shouldn't). **San Diego Law Review**, v. 42, n. 1, p. 75–84, 1 fev. 2005.

JAKOBI, Julia. The Egalitarian Quality of Lottocracy. **Quaderns de Filosofia**, v. 6, p. 43, 26 nov. 2019.

JESKE, Diane. Families, Friends, and Special Obligations. **Canadian Journal of Philosophy**, v. 28, n. 4, p. 527–555, 1998.

_____. Special Obligations. In: ZALTA, EDWARD N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Stanford: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/special-obligations/>>. Acesso em: 7 maio 2018.

_____. Special Relationships and the Problem of Political Obligations. **Social Theory and Practice**, v. 27, n. 1, p. 19–40, 2001.

KAGAN, Shelly. **The Limits of Morality**. Revised ed. edition ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

KAHAN, D. M. The Politically Motivated Reasoning Paradigm, Part 1: What Politically Motivated Reasoning Is and How to Measure It. **Emerging Trends in the Social and Behavioral Sciences**. p.1–16, 2016. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781118900772.etrds0417>>. Acesso em: 10/6/2021.

KASS, L. R. “I will give no deadly drug.” Why doctors must not kill. **Bulletin of the American College of Surgeons**, v. 77, n. 3, p. 6–17, mar. 1992.

KAVANAGH, Aileen. Participation and Judicial Review: A Reply to Jeremy Waldron. **Law and Philosophy**, v. 22, n. 5, p. 451–486. Heidelberg: Springer, 2003.

KIME, Megan. Associative Duties. In: CHATTERJEE, DEEN K. (Org.). **Encyclopedia of Global Justice**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2011. p. 50–50. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-1-4020-9160-5_132>. Acesso em: 18 set. 2019.

KLOSKO, George. Multiple Principles of Political Obligation. **Political Theory**, v. 32, n. 6, p. 801–824, 2004.

_____. **Political Obligations**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008.

_____. The Moral Obligation to Obey the Law. In: MARMOR, A. (Ed.). **The Routledge Companion to Philosophy of Law**. 1. ed. Routledge: Routledge, 2012. p. 511–26.

KOLODNY, Niko. Which Relationships Justify Partiality? The Case of Parents and Children. **Philosophy & Public Affairs**, v. 38, n. 1, p. 37–75, 2010.

KRAMER, Matthew H. **In Defense of Legal Positivism: Law Without Trimmings**. Oxford: OUP Oxford, 2003.

_____. On the Moral Status of the Rule of Law. **The Cambridge Law Journal**, v. 63, n. 1, p. 65–97, 2004.

_____. Legal and Moral Obligation. In: GOLDING, M. P.; EDMUNDSON, W. A. (Eds.). **The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory**. [s.l.] John Wiley & Sons, 2008. p. 179–90.

_____. On the Moral Status of the Rule of Law. **The Cambridge Law Journal**, v. 63, n. 1, p. 65–97, mar. 2004.

KRAUTHAUSEN, Udo. **Individual Roles and Conflicting Moral Obligations**. 2011. 100 f. Victoria University of Wellington, Wellington, Nova Zelândia, 2011.

- LACROIX, Justine. A Liberal Defence of Compulsory Voting. **Politics**, v. 27, p. 190–195, 1 out. 2007.
- LAMOND, Grant. The Routledge Companion to Philosophy of Law. In: MARMOR, ANDREI (Org.). **The rule of law**. Londres: Routledge Handbooks Online, 2012. Disponível em: <<https://www.routledgehandbooks.com/doi/10.4324/9780203124352.ch32>>. Acesso em: 3 jun. 2021.
- LANGVATN, Silje A. Legitimate, but unjust; just, but illegitimate: Rawls on political legitimacy. **Philosophy & Social Criticism**, v. 42, n. 2, p. 132–153, 1 fev. 2016.
- LAW, Iain. Rule-Consequentialism's Dilemma. **Ethical Theory and Moral Practice**, v. 2, n. 3, p. 263–276, 1 set. 1999.
- LEFKOWITZ, David. The Duty to Obey the Law. **Philosophy Compass**, v. 1, n. 6, p. 571–598, 2006.
- LITTLE, Margaret. O. On Knowing the “Why”: Particularism and Moral Theory. **The Hastings Center Report**, v. 31, n. 4, p. 32–40, 2001.
- LODGE, M.; TABER, C. S. **The Rationalizing Voter**. 1ª ed. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2013.
- LÓPEZ-GUERRA, Claudio. The enfranchisement lottery. **Politics, Philosophy & Economics**, v. 10, n. 2, p. 211–233, 2011.
- LÖSCHKE, Jörg. Relationships as Indirect Intensifiers: Solving the Puzzle of Partiality. **European Journal of Philosophy**, v. 26, n. 1, p. 390–410, 2018.
- LUBAN, David. **The Good lawyer: Lawyers' roles and lawyers' ethics**. Totowa, N.J.: Rowman & Allanheld, 1983.
- _____. **Lawyers and Justice**. Third Printing edition ed. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1988.
- _____. Professional Ethics. In: **A Companion to Applied Ethics**. [s.l.] John Wiley & Sons, Ltd, 2007a. p. 583–596.
- _____. **Legal Ethics and Human Dignity**. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2007b.
- LYONS, David. Derivability, Defensibility, and the Justification of Judicial Decisions. **The Monist**, v. 68, n. 3, p. 325–346, 1 jul. 1985.
- _____. Moral Limits of Dworkin's Theory of Law and Legal Interpretation. **Boston University Law Review**, v. 90, n. 2, p. 595–602, abr. 2010.
- MACINTYRE, Alasdair. Social Structures and Their Threats to Moral Agency. **Philosophy**, v. 74, n. 289, p. 311–329, 1999.

MADISON, J.; HAMILTON, A.; JAY, J. **Os Artigos federalistas 1787 - 1788: edição integral**. Nova Fronteira, 1993.

MANSON, Dylan N. **Are Associative Political Obligations Possible?** 2014. 1-44 f. Dissertação de Mestrado, Central European University, Budapeste, 2014.

MARCUS, Ruth Barcan. Moral Dilemmas and Consistency. **Journal of Philosophy**, v. 77, n. 3, p. 121–136, 1980.

MARMOR, Andrei. **Integrity in Law's Empire**. SSRN Scholarly Paper, nº ID 3422173. Rochester, Nova Iorque: Social Science Research Network, 18 jul. 2019. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3422173>>. Acesso em: 6 out. 2019.

MARTIN, Margaret. Raz's The Morality of Freedom: Two Models of Authority. **Jurisprudence**, v. 1, n. 1, p. 63–84, 1 jun. 2010.

MASKIVKER, Julia. **The Duty to Vote**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

MCCARTHY, Thomas. Translator's Introduction. **Legitimation crisis**. p.vii–xxiv. Cambridge, UK: Polity Press, 1988.

MCCONNELL, Terrance. Moral Dilemmas. In: ZALTA, EDWARD N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab. Stanford: Stanford University, 2018. . Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/moral-dilemmas/>>. Acesso em: 4 nov. 2019.

MCCLOSKEY, H. J. A Non-Utilitarian Approach to Punishment. **Inquiry: An Interdisciplinary Journal of Philosophy**, v. 8, n. 1–4, p. 249–263, 1965.

MCKEE, Theodore. Judges as Umpires. **Hofstra Law Review**, v. 35, n. 4, 1 jan. 2007.

MCKEEVER, Sean; RIDGE, Michael. The Many Moral Particularisms. **Canadian Journal of Philosophy**, v. 35, n. 1, p. 83–106, 1 jan. 2005.

MICHELON, Cláudio. The Justification of Authority and the Insulation of Formal Reasons. **Cadernos Do Programa de Pós-Graduação Em Direito – PPGDir./UFRGS**, v. 2, n. 4, 2004. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49199>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

MILLER, Dale E. Mill, Rule Utilitarianism, and the Incoherence Objection. In: EGGLESTON, B.; MILLER, D. E.; WEINSTEIN, D. (Eds.). . **John Stuart Mill and the Art of Life**. [s.l.] Oxford University Press, 2011. p. 94.

MØLLER, J.; SKAANING, S. **The Rule of Law: Definitions, Measures, Patterns and Causes**. 1ª ed 2014 ed. Londres: Palgrave Macmillan, 2014.

MOORE, Michael S. A Natural Law Theory of Interpretation. **Southern California Law Review**, v. 58, p. 277–338, 1985.

_____. **Educating Oneself in Public: Critical Essays in Jurisprudence**. 1ª ed. Oxford ; New York: Oxford University Press, 2000.

_____. The Rationality of Threshold Deontology. In: HURD, Heidi M. (Org.). . **Moral Puzzles Leg. Perplexities Essays Influ. Larry Alexander**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 371–387. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/books/moral-puzzles-and-legal-perplexities/rationality-of-threshold-deontology/93125C0C6F5148EC0EA97656E2B842A2>>. Acesso em: 26 jul. 2021.

MURPHY, Colleen. Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. **Law and Philosophy**, v. 24, n. 3, p. 239–262, 2004.

MURPHY, Mark. **The Philosophy of Law: The Fundamentals**. Edição: 1 ed. Malden, MA: Blackwell Publishing, Incorporated, 2006.

MUTZ, Diane. C. **Hearing the Other Side: Deliberative versus Participatory Democracy**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

NATHANSON, Stephen. Act and Rule Utilitarianism. In: **Internet Encyclopedia of Philosophy, ISSN 2161-0002**. Disponível em: <https://iep.utm.edu/util-a-r/>. Acesso em: 27 out. 2020

NORCROSS, Alastair. Act-utilitarianism and Promissory Obligation. In: **Promises and Agreements**. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 217–236.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Nova Iorque: Basic Books, 1974.

NYE, Hillary. Finnis's divided view of law: problems for adjudicative theory. **Jurisprudence**, v. 11, n. 4, p. 503–529, 1 out. 2020.

OLSEN, Kristian. Ross and the particularism/generalism divide. **Canadian Journal of Philosophy**, v. 44, n. 1, p. 56–75, 2 jan. 2014.

OLSON, Kevin. Deliberative democracy. **Jurgen Habermas: Key Concepts**. p.140–155. Londres: Routledge, 2011.

OBERHEIM, Eric; HOYNINGEN-HUENE, Paul. The Incommensurability of Scientific Theories. In: ZALTA, Edward N. (Org.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2018. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2018/entries/incommensurability/>>. Acesso em: 6 jan. 2020.

PARFIT, Derek. **On What Matters**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2011.

PELLEGRINO, Edmund D. Physician-Assisted Suicide and Euthanasia: Rebuttals of Rebuttals – The Moral Prohibition Remains. **The Journal of Medicine and Philosophy: A Forum for Bioethics and Philosophy of Medicine**, v. 26, n. 1, p. 93–100, 1 jan. 2001.

PERRY, Stephen. Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law. **Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin** Oxford: Oxford University Press, 2006. Disponível em: <<https://oxford.universitypressscholarship.com/10.1093/acprof:oso/9780199546145.001.0001/acprof-9780199546145-chapter-9>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

PHILLIPS, David. What Prima Facie Duties Are There?: Ross, Agent-Relativity, and the Rejection of Consequentialism. **Ross. Ethics**. [S.l.]: Oxford University Press, 2019. Disponível em: <<https://oxford.universitypressscholarship.com/10.1093/oso/9780190602185.001.0001/oso-9780190602185-chapter-3>>. Acesso em: 22 jul. 2021.

POSNER, Eric; CHOI, Stephen; GULATI, G. Are Judges Overpaid?: A Skeptical Response to the Judicial Salary Debate. **Journal of Legal Analysis**, v. 1, p. 47, 1 jan. 2009.

POSTEMA, Gerald J. Moral Responsibility in Professional Ethics. In: ROBISON, W. L.; PRITCHARD, M. S.; ELLIN, J. (Eds.). **Profits and Professions: Essays in Business and Professional Ethics**. Contemporary Issues in Biomedicine, Ethics, and Society. Totowa, NJ: Humana Press, 1983. p. 37–63.

POUND, Roscoe. The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice. **Crime & Delinquency**, v. 10, n. 4, p. 355–371, 1 out. 1964

QUILL, Timothy. Death and Dignity: a Case of Individualized Decision Making. **The New England Journal of Medicine**, v. 324, n. 10, p. 691–94, mar. 1991.

RASMUSSEN, David. Ideal Speech Situation. In: A. Allen; E. Mendieta (Orgs.); **The Cambridge Habermas Lexicon**. p.182–184. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-habermas-lexicon/ideal-speech-situation/38F1BC044E78D54B1CF6F29C89DC5B3A>>. Acesso em: 10/6/2021.

RAWLS, John. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.
_____. Legal Obligation and the Duty of Fair Play. In: HOOK, S. (Ed.). **Law and Philosophy: A Symposium**. First Edition edition ed. New York: New York University Press, 1964.

_____. **O liberalismo político**. Edição: 1 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. Two Concepts of Rules. **The Philosophical Review**, v. 64, n. 1, p. 3–32, 1955.

_____. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000

RAZ, Joseph. **Engaging Reason**. New York, NY: OUP Oxford, 2002.

_____. **Practical Reason and Norms**. 2ª ed. Oxford: OUP Oxford, 1999.

_____. **The authority of law: Essays on law and morality**. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **The Morality of Freedom**. 1ªed. Oxford: Oxford University Press, 1988.

_____. The Obligation to Obey: Revision and Tradition. **Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy**, v. 1, n. 1, p. 139, 19 fev. 2014.

REEVES, Anthony. R. Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law?: Moral Responsibility and Judicial-Reasoning. **Law and Philosophy**, v. 29, n. 2, p. 159–187, 1 mar. 2010.

_____. Judicial Practical Reason: Judges in Morally Imperfect Legal Orders. **Law and Philosophy**, v. 30, n. 3, p. 319–352, 2011.

RENZO, Massimo. Associative Responsibilities and Political Obligation. **The Philosophical Quarterly**, v. 62, n. 246, p. 106–127, 2012.

RIDGE, Michael; MCKEEVER, Sean. Moral Particularism and Moral Generalism. In: ZALTA, Edward N. (Org.). **Stanf. Encycl. Philos.** Winter 2020 ed. [S.l.]: Metaphysics Research Lab, Stanford University, 2020. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/moral-particularism-generalism/>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

ROBERTS, John. Judges as Umpires. **Confirmation Hearing on the Nomination of John G. Roberts, Jr. to be Chief Justice of the United States Before the S. Comm. on the Judiciary**, 109th Cong. 55, 1st sess, p. 55–56, 12 set. 2005. Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/GPO-CHRG-ROBERTS.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

REDONDO, Maria Cristina. Legal normativity as a moral property. **Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law**, n. 37, p. 57–68, 2019.

SALVATORE, Ingrid. Thompson on Rawls and Practices. **Philosophy and Public Issues (New Series)**, v. 3 (supplementary), p. 85–106, 2015.

SARCH, Alex.; WODAK, Daniel. Resolving Judicial Dilemmas. **Virginia Journal of Criminal Law**, v. 6, p. 93, 2018.

SCHAUER, Frederick. Formalism. **Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, 1 jan. 1988.

_____. Is There a Psychology of Judging? **The Psychology of Judicial Decision Making**. p.103–120. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

_____. The Questions of Authority. **Philip A. Hart Memorial Lecture**, 1 jan. 1992.

_____. A Critical Guide to Vehicles in the Park. **NYU Law Review**, v. 83, n. 4, p. 1109–34, 18 out. 2008.

_____. Em defesa do Direito Probatório fundado em regras - e da Epistemologia também. **Teoria Jurídica Contemporânea**, v. 1, n. 2, p. 319–335, 2016.

SCIARAFFA, Stefan. Identification, Meaning, and the Normativity of Social Roles. **European Journal of Philosophy**, v. 19, n. 1, p. 107–128, 2011.

SCHEFFLER, Samuel. Relationships and Responsibilities. **Philosophy & Public Affairs**, v. 26, n. 3, p. 189–209, 1997.

SCHLAG, Pierre. Rules and Standards. **UCLA Law Review**, 1 jan. 1985.

SEARLE, John R. How to Derive “Ought” From “Is”. **The Philosophical Review**, v. 73, n. 1, p. 43–58, 1964.

_____. **The Construction of Social Reality**. Illustrated edição ed. Nova Iorque: Free Press, 1997.

SEAY, Gary. Euthanasia and Physicians’ Moral Duties. **Journal of Medicine and Philosophy**, v. 30, n. 5, p. 517–533, 1 out. 2005.

SEBOK, Anthony J. Judging the Fugitive Slave Acts. **The Yale Law Journal**, v. 100, n. 6, p. 1835–1854, 1991.

SHAPIRO, Scott. Authority. In: COLEMAN, Jules L.; SHAPIRO, Scott J.; HIMMA, Kenneth Einar (Org.). **Oxf. Handb. Jurisprud. Philos. Law**. Oxford: Oxford University Press, USA, 2004. p. 382–439.

_____. Judicial Can’t. **Philosophical Issues**, v. 11, p. 530–557, 2001.

SHERWIN, Emily. The Importance of “The Gap”. **Cornell Law Faculty Publications**, 1 jan. 2016.

_____. Equity and the Modern Mind. In: GOLDBERG, J. C. P.; SMITH, H. E.; TURNER, P. G. (Eds.). **Equity and Law: Fusion and Fission**. Cambridge: Cambridge, 2019. p. 353–73.

SIMMONS, A. John. **Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations**. Cambridge, UK ; New York, NY, USA: Cambridge University Press, 2000.

_____. **Moral principles and political obligations**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 1979.

_____. II The Duty to Obey and Our Natural Moral Duties. In: WELLMAN, Christopher Heath; SIMMONS, A. John (Org.). **Is There a Duty to Obey the Law?** Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 2005.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes Martins, 2018.

SMITH, M. B. E. May Judges Ever Nullify the Law. **Notre Dame Law Review**, v. 74, n. 5, p. 1657, 1 jun. 1999.

SMITH, M. B. E. Is There a Prima Facie Obligation to Obey the Law? **The Yale Law Journal**, v. 82, n. 5, p. 950–976, 1973.

SMITH, Steven. D. Why Should Courts Obey the Law?. **Georgetown Law Journal**, v. 77, p. 113, 1989 1988.

SOLUM, Lawrence. On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 1 jan. 1987.

_____. **Legal Theory Lexicon 039: Primary and Secondary Rules** *Legal Theory Lexicon*, set. 2009. Disponível em: <https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2004/06/legal_theory_le_2.html>. Acesso em: 11 jul. 2020

_____. The Unity of Interpretation. **Georgetown Law Faculty Publications and Other Works**, 1 jan. 2010.

_____. **Legal Theory Lexicon 013: Conduct Rules and Decision Rules** *Legal Theory Lexicon*, jan. 2019a. Disponível em: <https://lsolum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/12/legal_theory_le_3.html>. Acesso em: 11 jul. 2020

_____. **Legal Theory Lexicon: Rules, Standards, and Principles** *Legal Theory Blog*, dez. 2019b. Disponível em: <<https://lsolum.typepad.com/legaltheory/2009/09/legal-theory-lexicon-rules-standards-and-principles.html>>. Acesso em: 11 jul. 2020.

SOMIN, Ilya. **Democracy and Political Ignorance: Why Smaller Government Is Smarter, Second Edition**. 2^o ed. Stanford: Stanford Law Books, 2016.

SOUZA, BB. P. **Introdução Aos Recursos Cíveis e À Ação Rescisória**. 10. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SUNSTEIN, Cass. Deliberative Trouble? Why Groups Go To Extremes. **The Yale Law Journal**, v. 110, 2000.

SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reed. Four Failures of Deliberating Groups. **Public Law & Legal Theory**, 2008. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/public_law_and_legal_theory/126>. Acesso em: 22 mai. 2021.

STOCKER, Michael. Moral Duties, Institutions, and Natural Facts. **The Monist**, v. 54, n. 4, p. 602–624, 1970.

STOKES, M. Formalism, Realism, and the Concept of Law. **Law and Philosophy**, v. 13, n. 2, p. 115–159, 1994.

STORY, Joseph. **Life and Letters of Joseph Story: Associate Justice of the Supreme Court of the United States, and Dane Professor of Law at Harvard University**. Union, N.J: The Lawbook Exchange, Ltd., 2001.

STRUCHINER, Noel. **Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005.

SWANTON, Christine. Expertise and Virtue in Role Ethics. In: DARE, Tim; SWANTON, Christine (Org.). **Perspect. Role Ethics Virtues Reasons Oblig**. 1st edition ed. New York: Routledge, 2019. p. 45–71.

TAIWO, Olufemi. The Rule of Law: The New Leviathan? **Canadian Journal of Law & Jurisprudence**, v. 12, n. 1, p. 151–168, jan. 1999.

TAMANAH, Brian. Z. **On the Rule of Law: History, Politics, Theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

_____. **A Concise Guide to the Rule of Law**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 13 set. 2007. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1012051>>. Acesso em: 15 maio. 2020.

TASIOULAS, John. The Rule of Law. In: TASIOULAS, JOHN (Org.). **The Cambridge Companion to the Philosophy of Law**. Cambridge Companions to Law. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. p. 117–134. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-companion-to-the-philosophy-of-law/rule-of-law/FEE1AA8CBEF23D4B0D5143B4E705EEAC>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

THOMASSEN, Lasse. **Habermas: A Guide for the Perplexed**. Londres; Nova Iorque: Bloomsbury Publishing PLC, 2010.

TIMMONS, Mark. **Moral Theory: An Introduction**. 2 ed. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 2012.

TOSI, Justin. Rethinking the Principle of Fair Play. **Pacific Philosophical Quarterly**, v. 99, n. 4, p. 612–631, 2018.

TUSHNET, Mark. **Taking the Constitution Away from the Courts**. 1ª ed. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1999.

UMBERS, Lachlan M. Compulsory Voting: A Defence. **British Journal of Political Science**, v. 50, n. 4, p. 1307–1324, out. 2020.

VÄYRYNEN, Pekka. Moral Particularism. In: MILLER, C. (Ed.). **The Continuum Companion to Ethics**. [s.l.] A&C Black, 2011. p. 247–60.

VENEZIA, Luciano. Raz's Normative Theory of Authority. *Philosophical enquiries : revue des philosophies anglophones*, v. 1, p. 95–110, jun. 2013.

VOGELSTEIN, Eric. Evaluating the American Nurses Association's arguments against nurse participation in assisted suicide. **Nursing Ethics**, v. 26, n. 1, p. 124–133, 1 fev. 2019.

VOSSSEN, Bas Van der. Associative Political Obligations. **Philosophy Compass**, v. 6, n. 7, p. 477–487, 2011.

WALDRON, Jeremy. Authority for Officials. **Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz**. p.45–70, Oxford: Oxford, 2003.

_____. Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (In Florida)? **Law and Philosophy**, v. 21, n. 2, p. 137–164, 2002.

_____. Normative (or Ethical) Positivism. In: COLEMAN, Jules L. (Org.). **Harts Ps. Essays Ps. Concept Law**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

_____. The Core of the Case against Judicial Review. **The Yale Law Journal**, v. 115, n. 6, p. 1346–1406, 2006.

_____. The Dignity of Legislation. **Maryland Law Review**, v. 54, n. 2, p. 633, 1995.

_____. **The Dignity of Legislation**. Cambridge ; New York: Cambridge University Press, 1999.

_____. **The Rise and Decline of Integrity**. SSRN Scholarly Paper, n° ID 3463479. Rochester, NY: Social Science Research Network, 26 ago. 2019. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=3463479>>. Acesso em: 30 jul. 2021.

_____. the rule of law and the importance of procedure. **Nomos**, v. 50, p. 3–31, 2011.

_____. The Rule of Law. In: ZALTA, E. N. (Ed.). . **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Metaphysics Research Lab. Stanford: Stanford University, 2016.

_____. The Rule of Law as a Theater of Debate. **Dworkin and His Critics**. Nova Jérsei: John Wiley & Sons, Ltd, 2004. p. 319–336. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9780470996386.ch17>>. Acesso em: 3 jun. 2021.

WALL, Steven. Democracy and Equality. **The Philosophical Quarterly**, v. 57, n. 228, p. 416–438, 2007.

WELLMAN, Christopher. H. Toward a Liberal Theory of Political Obligation. **Ethics**, v. 111, n. 4, p. 735–759, 2001.

WENDEL, W. Bradley. Legal Ethics. In: **International Encyclopedia of Ethics**. [s.l.] American Cancer Society, 2013.

_____. Three Concepts of Roles. **Cornell Law Faculty Publications**, 1 mar. 2011. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/580>>. Acesso em: 2 ago. 2019.

_____. Professional Roles and Moral Agency. **Georgetown Law Journal**, v. 89, p. 667, 2001 2000.

_____. Value Pluralism in Legal Ethics. *Cornell Law Faculty Publications*, 1 abr. 2000. Disponível em: <<https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/474>>.

WERTHEIMER, Alan. In defense of compulsory voting. In: CHAPMAN (EDIT, J. ROLAND PENNOCK; JOHN W. (Org.). **Participation in politics**. 1ª ed. New York: Lieber-Atherton, 1975. p. 276–296.

WODAK, Daniel. What Does ‘Legal Obligation’ Mean? **Pacific Philosophical Quarterly**, v. 99, n. 4, p. 790–816, 2018.

WOLGAST, Elisbeth. H. **Ethics of an Artificial Person: Lost Responsibility in Professions and Organizations**. 1 ed. Stanford, California: Stanford University Press, 1992.

WOLFF, Jonathan. Pluralistic Models of Political Obligation. **Philosophica**, v. 56, n. 2, p. 7–27, 1995.

WOLFF, R. P. **In Defense of Anarchism**. Nova Iorque: Harper & Row, 1970.

WUESTE, Daniel. Taking Role Moralities Seriously. **The Southern Journal of Philosophy**, v. 29, p. 407–417, 1991.

_____. **Professional Ethics and Social Responsibility**. Lanham, Md: Rowman & Littlefield Publishers, 1994.

ZIMMERMAN, Michael J. Duty and Obligation. **International Encyclopedia of Ethics**, 2013. American Cancer Society. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1002/9781444367072.wbiee158>>. Acesso em: 7/8/2021.