

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Direito e equidade:

os requisitos para a legitimidade da imposição de deveres jurídicos

Paulo Baptista Caruso MacDonald

Porto Alegre

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
INSTITUTO DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Direito e equidade:

os requisitos para a legitimidade da imposição de deveres jurídicos

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Filosofia.

Orientador: Prof. Dr. Alfredo Carlos Storck

Porto Alegre

2013

AGRADECIMENTOS

Preparei esta tese com o cuidado de que as pessoas que de algum modo contribuíram para sua redação pudessem nela se reconhecer. Poucos talvez concordem com o resultado final na sua integralidade; contudo, gostaria muito de que pudessem perceber o quanto ajudaram a abrir os caminhos que me levaram até o argumento ora apresentado – e como serão importantes nos novos rumos a serem desbravados em um projeto que considero longe de estar concluído. Estes agradecimentos, se incapazes de expressar plenamente a minha gratidão, que sirvam como um convite para que eu possa continuar a me beneficiar do contato estimulante com os interlocutores que tive nesses últimos três anos.

O esforço em escrever com clareza e precisão foi uma tentativa de seguir as exigências de honestidade intelectual que caracterizam o Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRGS. Agradeço, de modo geral, meus colegas e professores por tudo que com eles aprendi e pelo ambiente propício ao debate e à reflexão e, em particular, aos Professores Nelson Boeira e André Klaudat, pela participação que tiveram durante todo o meu doutorado, desde as ideias que surgiram em seus instigantes seminários até os valiosos questionamentos proferidos em suas arguições por ocasião da defesa desta tese. Ter podido contar com o interesse de ambos no meu projeto foi um grande incentivo para um jovem pesquisador.

Os debates se estenderam além das salas de seminário em dois grupos de estudos: um sobre Filosofia do Direito, outro sobre justiça e desenvolvimento humano. Ambos foram importantíssimos para os temas da minha linha de pesquisa, o que me torna grato a cada um de meus colegas. Em especial, tenho que destacar a satisfação de ter tido como opositor constante nas discussões um amigo inteligente como Mateus Baldin. A esta altura, creio que jamais conseguiremos convencer um ao outro, mas suas indagações sempre me obrigaram a reformular meus argumentos. O mesmo pode ser dito a respeito do

Prof. José Guilherme Giacomuzzi, o qual sempre prescindiu da posição de professor que lhe cabe de fato e de direito para debater de igual para igual. A ele agradeço particularmente pelo auxílio cuidadosamente prestado nas suas arguições. Espero, na sequência da pesquisa, ter a oportunidade de continuar a conversa.

Também não posso esquecer das agradáveis tardes que passei discutindo justiça e desenvolvimento humano com meus amigos Gabriel Goldmeier, Nikolay Steffens, Daniela Tocchetto, Rodrigo Coulon, Mitieli Seixas, Eduardo von Saltiel, Marina dos Santos e Prof. Flávio Comim, entre outros que passaram pela Casa Ethos. Muitas das questões levantadas nesta tese foram gestadas nesses encontros, dos quais tenho saudade.

Outra experiência extremamente enriquecedora foi o estágio de docência, o qual realizei junto com a companheira de estudos de longa data Priscilla Spinelli e no qual tive o prazer de conhecer Raquel Weiss. Nele encontrei alunos interessados que me permitiram confirmar o meu gosto pelo magistério e tive a alegria de ver, ao longo do semestre, minhas duas colegas se tornarem professoras do quadro efetivo da Universidade.

A preparação do doutorado, durante a qual fui bolsista do CNPq, também me propiciou um período de estágio na Université de Paris I (Panthéon/Sorbonne), com bolsa da CAPES. Senti-me muito bem acolhido pelo meu coorientador, Prof. Jean-François Kervégan, a quem agradeço muito pelos ensinamentos, pelas sugestões para a tese e pela maneira como valoriza a intervenção de seus alunos nos seminários. Sou igualmente grato aos demais membros da Equipe NOSOPHI e aos professores do Centre Raymond Aron da EHESS, que prontamente me abriram as portas de seus seminários, em especial ao Prof. Luc Foisneau, cujo seminário sobre Rawls foi essencial para esclarecer alguns pontos desta tese. Nesses meses em Paris, tive ainda a sorte de poder contar com a companhia dos amigos porto-alegrenses Ana Schmidt e Antônio Madalena, além dos novos que tive o prazer de conhecer.

Assim como ocorreu no mestrado, tampouco conseguiria expressar aqui toda a minha gratidão ao Prof. Alfredo Storck e à sua dedicação e amizade, que foram para muito além dos limites da orientação desta tese. Porém, conhecendo-o hoje melhor, acredito que a única maneira de agradecer-lhe verdadeiramente consiste em assumir o compromisso de ter a mesma atenção e generosidade com meus futuros alunos e orientandos.

Uma preocupação constante do Alfredo foi a de proporcionar o contato com destacados pesquisadores da área de outras universidades. Por conta disso, tive o privilégio de conhecer o Prof. Andrés Rosler. Suas palestras em muito alargaram os meus horizontes em Filosofia Política e Filosofia do Direito, e as conversas com ele foram sempre inspiradoras. Foi uma grande honra tê-lo como arguidor.

Os grandes e velhos amigos comprovaram mais uma vez que estão aí para o que for preciso. Lucas Bortolozzo fez uma leitura atenta dos primeiros esboços de parte desta tese. Ele, Luciano Da Ros e Antônio Loureiro fizeram com que pudesse ver o meu trabalho de uma perspectiva mais ampla, o que sempre foi uma fonte de entusiasmo para seguir em frente.

Encorajamento e apoio tampouco faltaram por parte dos meus irmãos – Laura e André – e dos meus pais – Norberto e Sílvia. Claro que neste espaço não cabe tudo que tenho para lhes agradecer. Todavia, não posso deixar de registrar a admiração pela forma que tanto o meu pai quanto a minha mãe sempre exerceram o magistério e a influência que isso teve na minha escolha profissional. Com ambos aprendi que não há atitude mais corajosa – e recompensadora – para quem ensina do que jamais subestimar a inteligência de seus alunos.

Por fim, gostaria de dedicar esta tese à Patrícia, por me lembrar a cada dia da beleza e da força do vínculo entre pessoas que compartilham os mesmos ideais.

Il semble [le privilégié] ignorer que la liberté est antérieure à toute société, à tout Législateur; que les hommes ne sont réunis que pour mettre leurs droits à couvert des entreprises des méchants, & pour se livrer, à l'abri de cette sécurité, à un développement plus étendu, plus énergique, & plus fécond en jouissances de leurs facultés morales & physiques. Le Législateur est établi, non pour accorder, mais pour protéger nos droits. S'il borne notre liberté, ce ne peut être que pour les actes qui seroient nuisibles à la société, & par conséquent la liberté civile s'étend à tout ce que la loi ne défend pas.

Au moment où le Prince imprime à un citoyen le caractère de privilégié, il ouvre l'ame de ce citoyen à un intérêt particulier, & la ferme plus ou moins aux inspirations de l'intérêt commun. L'idée de Patrie se resserre pour lui; elle se renferme dans la caste où il est adopté. Tous ses efforts, auparavant employés avec fruit au service de la chose nationale, vont se tourner contre elle. On vouloit l'encourager à mieux faire; on n'a réussi qu'à le dépraver. Alors naît dans son ame une forte besoin de primer, un désir insatiable de domination. Ce désir, malheureusement trop analogue à la condition humaine, est une vraie maladie anti-sociale. Il n'est personne qui n'ait dû le sentir mille fois, &, si par son essence il doit toujours être nuisible, qu'on juge de ses ravages, lorsque l'opinion & la loi viennent lui prêter leur puissant appui.

Pénétrez un moment dans les nouveaux sentiments d'un privilégié. Il se considère avec ses collègues, comme faisant un ordre à part, une nation choisie dans la nation. Il pense qu'il se doit d'abord à ceux de sa caste, & s'il continue à s'occuper des autres, ce ne sont plus en effet que les *autres*, ce ne sont plus les siens. Ce n'est plus ce corps dont il étoit membre. Ce n'est que le *Peuple*, le Peuple qui bientôt dans son langage, ainsi que dans son cœur, n'est qu'un assemblage de *gens de rien*, une classe d'hommes, créée tout exprès pour servir, au lieu qu'il est fait, lui, pour commander, & pour jouir. Oui, les privilégiés en viennent réellement à se regarder comme une autre espèce d'hommes.

TÍTULO: Direito e equidade: os requisitos para a legitimidade da imposição de deveres jurídicos

AUTOR: Paulo Baptista Caruso MacDonald

RESUMO

A distinção entre ser obrigado a fazer alguma coisa por meio de coerção e ter a obrigação jurídica de fazê-la foi apresentada por H. L. A. Hart como a distinção entre atos coercitivos praticados com ou sem o respaldo de uma regra jurídica válida. Para o esse autor, a validade jurídica de uma regra está condicionada à aceitação do ordenamento ao qual pertence por parte significativa da sociedade, principalmente das autoridades responsáveis por aplicar as sanções correspondentes ao seu descumprimento. A aceitação, por seu turno, pode ter fundamento nos mais diversos tipos de razão, não sendo necessária a concordância moral. Ainda que essa possa ser uma boa descrição do funcionamento do direito enquanto prática social, ela carece de elementos para justificar certos atos coercitivos praticados pelos aparatos estatais como a imposição de deveres jurídicos autênticos àqueles que porventura não os percebam assim. Esta tese busca esclarecer quais seriam os requisitos para a justificação da imposição de tais deveres e a importância dessa investigação na fundamentação das decisões judiciais.

Palavras-chave: teoria do direito; teoria política; normatividade; legitimidade; raciocínio jurídico.

ABSTRACT

The distinction between being obliged to do something by coercion and having the legal obligation of doing it was presented by H. L. A. Hart as the distinction between coercive acts either backed or not by a valid legal rule. According to him, the legal validity of a rule is conditioned to the acceptance of the legal system to which it belongs by a large part of the society, especially by the officials who are responsible for the application of the sanctions related to their infringement. The acceptance, in turn, may be founded in several kinds of reasons, which do not entail moral approbation. Even though that might be a good description of law as a social practice, it lacks the necessary elements to justify certain coercive acts practised by the officials as the imposition of authentic legal duties to those who happen to see them as mere acts of violence. This dissertation seeks to elucidate the requirements for justifying the imposition of legal duties and the importance of this investigation to the justification in judgements.

Key-words: jurisprudence; political theory; normativity; legitimacy; legal reasoning.

SUMÁRIO

<u>Introdução.....</u>	<u>8</u>
<u>1 As condições para a imposição de obrigações jurídicas a pessoas igualmente livres.....</u>	<u>14</u>
<u>2. Os limites do ordenamento jurídico positivo com respeito ao cumprimento das condições formais de justificação.....</u>	<u>26</u>
<u>3 O papel da teoria política na justificação da imposição de deveres jurídicos</u>	<u>47</u>
<u>4. A aplicação do direito orientada pelas condições formais e substanciais de justificação.....</u>	<u>86</u>
<u>Considerações finais.....</u>	<u>129</u>
<u>Referências bibliográficas.....</u>	<u>137</u>

INTRODUÇÃO

Há três questões que são centrais para o estudo das relações entre teoria do direito e teoria política. A primeira diz respeito ao que faz com que um ordenamento jurídico seja capaz de fornecer razões para que se deva preferir, em princípio, agir em conformidade às suas prescrições do que contrariamente a elas. O medo da sanção constituiria uma explicação adequada? Ou apenas deveres morais podem ser também deveres jurídicos? Essas são indagações acerca da normatividade do direito.

A segunda questão concerne ao que torna legítimo um ato de coerção praticado em nome do direito. A descrição da prisão de um criminoso ou da penhora de bens que não leva em conta o contexto institucional em que esses atos são praticados não é capaz de diferenciá-los de sequestros e de roubos, respectivamente. Um conjunto de propriedades não redutíveis a fatos brutos – isto é, que dependem de como o sujeito deve interpretar os fatos – é responsável por diferenciar os atos de coerção legítimos (nos exemplos dados, prisão e penhora) dos ilegítimos (sequestro e roubo).

O objeto da terceira e última questão corresponde ao papel da teoria política na aplicação das normas jurídicas ao caso concreto. É necessário recorrer a uma concepção de justiça para justificar que o caso particular é mesmo merecedor das consequências previstas pela norma em cujo suporte fático ele se enquadra? Se a resposta é positiva, por que e em que medida? E como isso pode ser feito no âmbito da deliberação judicial?

O argumento a ser desenvolvido mostra que a resposta à segunda questão depende da resposta à primeira, e que a resposta à terceira questão depende dos resultados obtidos nas investigações anteriores. Os atos de coerção são legítimos – sustentar-se-á – apenas quando visam impor deveres jurídicos ou a sanção correspondente ao seu descumprimento conforme determinar a aplicação de uma norma jurídica justa que conserve o seu caráter justo no tratamento que confere ao caso concreto. A noção de dever jurídico, porém, remete à primeira questão, acerca da normatividade do direito.

O papel da teoria política na fundamentação da decisão judicial só pode ser definido, por seu turno, uma vez conhecidos os requisitos responsáveis por tornar legítimos os atos coercivos que o julgador ordena. São fatores internos à prática do direito, todavia, que determinarão caso a caso quais desses requisitos devem ser satisfeitos de forma explícita pela justificação oferecida na decisão e quais dentre eles têm a sua satisfação subentendida.

O fundamento do dever jurídico, em cujo exame se concentrará o tratamento do tema da normatividade do direito, não será buscado em uma das diversas razões pelas quais os indivíduos vêm a agir em conformidade com o ordenamento jurídico (concordância com o conteúdo das regras, medo da sanção, patriotismo, vontade de ser aceito socialmente etc.). Essas são razões aptas a justificar a normatividade do direito apenas sob certas condições (se o agente concordar com o conteúdo da regra, se ele temer a sanção etc.). Tampouco será defendido que tal fundamento resida em razões

categóricas, o que representaria um condicionamento moral absoluto: nessa hipótese, todo dever jurídico expressaria necessariamente aquilo que deve ser feito nas circunstâncias particulares da ação.

Sustentar-se-á que o fundamento dos deveres jurídicos reside em um princípio moral que seus destinatários devem aceitar, mas que pode ser excepcionado no caso concreto, sendo desse modo possível que o direito exija uma conduta incompatível com a requerida pela moral. Trata-se do princípio da equidade, o qual, na definição de John Rawls, estabelece o dever de obedecer às regras de uma instituição se estas últimas forem justas e se o destinatário usufrui dos benefícios por ela gerados. Na perspectiva de quem exerce o poder político relativo à imposição de deveres, corresponde à cláusula formulada pelo mesmo autor segundo a qual “o nosso exercício do poder político é apropriado apenas quando sinceramente acreditamos que as razões que oferecemos para a nossa ação política podem razoavelmente ser aceitas pelos outros cidadãos como uma justificação dessas ações.”¹

Embora o dever fundado no princípio de equidade seja sempre capaz de obrigar o seu destinatário *in foro interno*, apenas quando for acompanhado da ameaça de sanção para quem o descumprir pode obrigá-lo *in foro externo* nas situações nas quais seja plausível crer que grande parte dos membros da sociedade não satisfarão os encargos que lhes couberam. Na medida em que o dever jurídico corresponde necessariamente a uma obrigação *in foro externo*, não

1 RAWLS, John. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005, p. xliv.

há se falar em normatividade do direito sem ter sido realizada essa condição.

A ideia de que deveres jurídicos têm de ser justificados por uma concepção de justiça é introduzida no primeiro capítulo. Ainda que o princípio da equidade seja enunciado apenas no terceiro capítulo, as noções primitivas de cooperação social e reciprocidade são apresentadas para diferenciar, seguindo-se H. L. A. Hart, a situação em que alguém é obrigado a fazer alguma coisa daquela em que tem a obrigação de fazê-lo. A partir delas e da tese de que o direito institui deveres para pessoas que estão anteriormente em condição de igual liberdade, defende-se a fundamentação do dever em uma norma geral, para que casos iguais sejam tratados igualmente pelo sistema jurídico. A exclusão de parte dos cidadãos do alcance das normas que restringem a liberdade, ou a concessão a eles de direitos exclusivos caracterizam o que Sieyès denominou privilégios. Como estes também podem ser conferidos a classes de cidadãos por meio de normas gerais, os deveres jurídicos têm de ser justificáveis nos termos de uma concepção de justiça. Não apenas eles devem estar fundados em uma regra considerada justa em abstrato, mas também a sua imposição no caso concreto não pode ir de encontro à concepção de justiça que aprova a norma.

O segundo capítulo inicia com o desenvolvimento de uma noção apresentada no primeiro – a saber, que os critérios jurídicos de igual tratamento são estabelecidos pela relação entre as hipóteses de incidência das normas e as respectivas consequências que elas preveem. Essa relação é determinada mediata ou imediatamente por

alguns dos fins que o ordenamento visa promover, os quais também, por sua vez, devem estar em conformidade com a concepção de justiça escolhida como padrão de justificação. Com isso em mente, procede-se à análise das teorias formalistas do direito, do ceticismo com respeito a regras e da teoria de Hart no que concerne à capacidade de fornecer uma descrição da prática jurídica apta a satisfazer os requisitos de justificabilidade defendidos no capítulo anterior como condições necessárias à normatividade do direito. Chega-se à conclusão de que as duas primeiras mostram-se insustentáveis, enquanto que o meio-termo entre ambas sugerido por Hart dispõe de elementos que permitem justificar a decisão judicial até um certo limite (a consideração dos fins para a determinação do escopo de aplicação das normas); esbarra, porém, na ausência de recursos para resolver determinados conflitos entre fins de maneira satisfatória consoante os requisitos de justificabilidade. Neste momento, verifica-se a necessidade de introduzir a discussão de teoria política acerca do conteúdo que deve ter a concepção de justiça responsável por conferir caráter normativo ao direito.

O terceiro capítulo apresenta, em linhas gerais, a teoria da justiça de John Rawls como apta a fornecer a concepção desejada. Seus princípios de justiça como equidade, justificados por terem sido escolhidos em condições hipotéticas de imparcialidade, coadunam com a noção de que interesses razoáveis de indivíduos igualmente livres merecem igual consideração e respeito por parte da autoridade política em uma sociedade pluralista. A partir desses princípios e da tese de Hart de que os ordenamentos jurídicos devem necessariamente perfazer algumas funções mínimas, fecha-se a lista

das condições de justificabilidade da imposição de deveres jurídicos iniciada no primeiro capítulo. Contudo, quando se tentam resolver os problemas de fundamentação da decisão judicial deixados pela teoria de Hart no segundo capítulo, constata-se que os princípios da concepção de justiça como equidade de Rawls são demasiadamente vagos e abstratos para darem conta sozinhos e de maneira imediata desses problemas em grande parte dos casos, além de não proverem o julgador de nenhuma diretriz para a percepção correta daquilo que é juridicamente relevante dentre as circunstâncias do caso particular. A sua especificação por meio de estágios deliberativos, bem como a adoção de mecanismos complementares, fazem-se, portanto, necessárias.

No quarto capítulo, inspirando-se na obra de Rawls, dividir-se-á o caminho que vai da escolha dos princípios de justiça até a decisão judicial feita de acordo com tais princípios em três estágios deliberativos, correspondendo a deliberação legislativa ao estágio intermediário. Paralelamente, será examinado o uso que a figura do espectador imparcial de Adam Smith pode ter como mecanismo complementar aos métodos argumentativos de Rawls, representando outro modo de se obter imparcialidade nas avaliações. Nas últimas seções, serão tratados os componentes da deliberação judicial e a necessidade de o julgador de certa forma reconstruir os estágios deliberativos anteriores para fundamentar as decisões de casos mais difíceis.

1 AS CONDIÇÕES PARA A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES JURÍDICAS A PESSOAS IGUALMENTE LIVRES

A situação em que uma autoridade estatal obriga o indivíduo a fazer algo sem que o ordenamento jurídico de algum modo justifique que este último tenha o dever de fazê-lo sinala o exercício ilegítimo do seu poder coercitivo. Há uma clara distinção, apresentada por H. L. A. Hart, entre *ser obrigado a fazer alguma coisa* e *ter a obrigação* de agir de uma determinada maneira: no primeiro caso, o indivíduo encontra-se obrigado enquanto permanecer a ameaça de coerção (por exemplo, alguém que entrega seu dinheiro a um bandido que lhe aponta uma arma); no segundo, ao qual dizem respeito as ordens amparadas no direito, a sua obrigação persiste ainda que ele nem sequer vislumbre a hipótese de que se lhe imponha o seu cumprimento².

Apenas podem ser destinatários de obrigações seres capazes de agir por razões, na medida em que um dever não pode ser a causa de uma ação (tal como seria um movimento imprimido no indivíduo por uma força externa a ele), mas, em vez disso, consiste em uma razão para agir de acordo com o que é prescrito. Certamente a ameaça de sofrer uma sanção constitui uma razão para que o indivíduo prefira escolher fazer o que lhe ordenam. Entretanto, como foi visto acima, a ameaça por si só não é capaz de gerar uma obrigação. Esta só existirá propriamente quando as razões fornecidas

2 HART, H. L. A. *The concept of law*. 2ª ed. New Delhi: Oxford University Press, 2007, p. 82-86. Os termos *dever* e *obrigação* serão tratados como sinônimos.

ao seu destinatário preencherem certos requisitos.

O modo mais perfeito de mostrar que uma pessoa tem uma determinada obrigação consiste em apresentar uma justificação de que a ação prescrita corresponde ao que é moralmente correto fazer em determinada situação particular. Se a justificação for acertada, nada mais é necessário para caracterizar o que deve ser feito.

Aquilo que o ordenamento jurídico impõe como dever, todavia, não opera da mesma forma. Por um lado, deve ser de algum modo justificado, pois, caso contrário, poderia ser corretamente percebido pelo seu destinatário como mero exercício de força. De acordo com a distinção de Hart reproduzida acima, ele apenas seria obrigado a agir de uma determinada maneira sem ter a obrigação de fazê-lo. Por outro lado, parece excessivo exigir que os deveres jurídicos sejam um subconjunto dos deveres morais, hipótese na qual o direito só poderia ordenar legitimamente aquilo que é, em absoluto, o melhor a ser feito na situação particular, consideradas todas as circunstâncias.

Há uma forte razão para rejeitar-se tal condicionamento moral irrestrito dos deveres jurídicos. Uma vez reconhecidos os benefícios que um esquema razoavelmente justo de cooperação social pode trazer a cada um de seus participantes³, o direito impõe-se como um instrumento imprescindível para que o empreendimento cooperativo seja possível⁴ (ao menos em sociedades complexas). Aquilo que é

3 Os detalhes sobre como um esquema razoavelmente justo beneficia a todos que dele participam serão examinados no terceiro capítulo.

4 O conteúdo mínimo que um ordenamento jurídico deve possuir para poder exercer essa função será discutido no terceiro capítulo.

moralmente correto fazer ou se abster de fazer em cada situação particular é, muito frequentemente, matéria de grande controvérsia, sobretudo em sociedades pluralistas. Caso a existência de obrigações jurídicas ficasse condicionada aos juízos morais de cada um, ou ainda a uma justificativa cogente acerca do que deve ser feito consideradas todas as circunstâncias do caso concreto, o sistema de cooperação social que o direito visa regular tornar-se-ia inviável (ou viável apenas pelo uso ilegítimo da força, obrigando os cidadãos independentemente do fato de eles terem as obrigações correspondentes). Faz-se necessária, portanto, a existência de um ordenamento com normas que possam ser satisfatoriamente identificadas pelos seus destinatários e com procedimentos estabelecidos para que uma decisão provida de autoridade dê término às disputas sobre a sua correta interpretação.

Os deveres jurídicos, portanto, não se confundem nem com os deveres morais, nem com o mero uso (ou ameaça de uso) da força. Em contraposição aos primeiros, em sociedades caracterizadas pelo pluralismo de concepções morais (ou pela divergência na interpretação de uma moralidade compartilhada), eles necessitam ser determinados de forma decisiva por alguma autoridade reconhecida; diferentemente do mero uso do poder coercitivo, são capazes de fornecer razões além do temor para o cumprimento por parte de seu destinatário. Essas razões, por sua vez, dizem respeito àquilo que se pode legitimamente esperar de um cidadão enquanto participante de um sistema cooperativo – não se justificam, portanto, como razões sobre o que deve ser feito *tout court*.

Para que os atos estatais de coerção não apenas obriguem os cidadãos, mas sejam legitimados como a imposição de deveres jurídicos, a sua justificação tem de cumprir pelo menos estas duas exigências básicas:

- (1) os deveres jurídicos impostos têm de estar fundados em normas gerais, de maneira a proporcionar a sua incidência a todos os casos iguais;
- (2) a imposição do dever em virtude da aplicação de uma norma geral considerada justa segundo uma concepção *x* de justiça não pode resultar em um emprego injusto do aparato coercitivo segundo essa mesma concepção.

O segundo requisito diz respeito à necessidade de que haja transitividade do caráter justo da norma geral para as decisões particulares que forem nela fundamentadas. Ora, se é uma certa concepção de justiça que fundamenta o caráter justo da norma, e é a norma, segundo o primeiro requisito, que deve embasar a decisão, requer-se que a decisão feita em conformidade à norma seja também consistente com a concepção de justiça que justifica esta última. De maneira análoga, em uma demonstração, a conclusão que se extraiu de um conjunto de premissas não pode estar em contradição com os conjuntos de premissas que demonstram as proposições que serviram de premissa no primeiro silogismo.

Poder-se-ia objetar, todavia, que o segundo requisito pressupõe que a justificação dos atos coercitivos legitimados pelo direito e praticados pelas autoridades juridicamente reconhecidas deva ser,

necessariamente, uma justificação em termos de justiça, em vez de uma justificação que apele para outras noções, como a de fim social ou interesse público. Esse problema não se põe, no entanto, uma vez que se compreenda o termo *justiça* como critério último de correção da ação da autoridade legitimada pelo direito. Não haveria restrição, neste primeiro momento, em aceitar uma concepção de justiça que a identifique com a promoção de um determinado fim social (ou conjunto de fins), por exemplo. A única exigência é a de que, se a relação entre suporte fático e consequências jurídicas de uma dada norma for, em abstrato, considerada justa segundo uma determinada concepção de justiça, todas as instâncias de aplicação dessa mesma norma também devem ser consideradas justas de acordo com a mesma concepção.

Outra objeção possível viria de encontro à pressuposição de que as instâncias de aplicação da mesma norma podem ser claramente identificadas. Afinal, o que contaria como critério de individuação das normas jurídicas, uma vez que a referência aos mesmos dispositivos legais ou precedentes não constitui condição necessária, tampouco suficiente, para tanto? O primeiro requisito enfraquece essa objeção, na medida em que exige a referência a uma norma geral como premissa maior do silogismo que justifica a decisão do caso concreto. O que conta é a norma tal como ela foi definida pelo julgador. Trata-se de outra questão, igualmente dependente de argumentos, avaliar se a norma tal como foi definida corresponde a uma norma do ordenamento jurídico, a qual vincula os demais casos iguais, ou a um

erro de quem julga⁵.

O primeiro requisito, por sua vez, decorre necessariamente da noção de que todos os cidadãos devem ser tratados como igualmente livres, a qual implica reciprocidade no que concerne à restrição de liberdade⁶. O fundamento do igual tratamento reside no reconhecimento de duas faculdades morais presentes em todos os homens:

(i) Uma dessas faculdades é a capacidade de adquirir um senso de justiça: a capacidade de compreender, aplicar e agir em virtude de (e não meramente de acordo com) os princípios de justiça política que especificam os termos equitativos da cooperação social.

(ii) A outra faculdade moral é a capacidade relativa a uma concepção de bem: a capacidade de possuir, revisar e perseguir racionalmente uma concepção de bem. Tal concepção equivale a uma família ordenada de fins e objetivos últimos que especifica a concepção de uma pessoa sobre o que tem valor na vida humana. Os elementos de tal concepção são normalmente estabelecidos no interior de – e interpretados por – determinadas doutrinas abrangentes, sejam elas religiosas, filosóficas ou morais, à luz das quais os diversos fins e objetivos são ordenados e compreendidos.⁷

Fundar o tratamento de todas as pessoas como igualmente livres nessas faculdades não parece, entretanto, possível, na medida

5 Essa questão será analisada no segundo capítulo da tese, e uma orientação metodológica para a determinação das normas gerais será sugerida no quarto capítulo.

6 Os modos de restrição de liberdade serão explanados mais adiante.

7 RAWLS, John. *Justice as fairness: a restatement*. Ed. Erin Kelly. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001, p. 18-19.

em que se poderia objetar que, empiricamente, indivíduos adultos diferem significativamente com relação a elas⁸. Nada impede que se fale em pessoas conscientes em maior ou menor grau com respeito à sua concepção de bem, ou que refletiram mais ou menos sobre ela – para ter-se um exemplo, basta comparar Sócrates com a maioria de seus interlocutores atenienses. Do mesmo modo, constata-se uma considerável disparidade entre as pessoas no que se refere às predisposições para tomar termos equitativos de cooperação social em si mesmos como razões para a ação.

Essa linha de objeção não atinge, todavia, a fundamentação para que, em pelo menos um sentido, todos os cidadãos sejam tratados como igualmente livres pelo ordenamento jurídico, pois esse é o pressuposto necessário de qualquer distinção de tratamento por meio do direito que empregue um critério empírico de diferenciação. Viu-se acima que qualquer restrição à liberdade por meio de coerção que se pretenda legitimar pelo direito tem de corresponder à imposição de um dever jurídico. Como corolário disso, tem-se que, aos olhos do direito, é igualmente ilegítima qualquer intervenção coercitiva na liberdade de quem quer que seja que não se fundamente em um dever jurídico. Nesse sentido, faz parte da lógica da legitimação de atos coercitivos pelo ordenamento jurídico que os indivíduos sejam tomados como igualmente livres antes que sejam

8 Esse é, *mutatis mutandis*, o ponto da crítica de Bernard Williams às tentativas de fundamentação transcendental da igualdade entre os homens na sua responsabilidade por suas próprias ações, uma vez que, empiricamente, se constata variação quanto a isso (basta lembrar que grande parte dos sistemas penais contemporâneos reconhecem diferentes graus de culpabilidade pelo ato delitivo) (WILLIAMS, Bernard. *The idea of equality. In the beginning was the deed*. Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 97-114, p. 102).

estabelecidas as distinções.⁹

Mas por que, então, haveria necessidade de embasar nas duas faculdades morais esse sentido do tratamento de todos os cidadãos como igualmente livres, se isso se sustenta como uma decorrência lógica da legitimação de restrições de liberdade pelo direito? A resposta reside na delimitação dos destinatários dos deveres jurídicos, os quais são os únicos que podem ser igualmente livres no sentido apresentado. A faculdade de desenvolver um senso de justiça constitui uma condição necessária para que o dever jurídico possa ser reconhecido em si mesmo como uma razão para a ação; a de formular uma concepção de bem e de agir em conformidade a ela, por seu turno, corresponde a um requisito para a existência de uma esfera de liberdade anterior a ser restringida pelo direito.

Por meio do direito, o indivíduo pode ter a sua liberdade restringida: (1) pela imposição de deveres, os quais tornam obrigatórias ou proibidas condutas que de outra forma lhe seriam opcionais; ou (2) pela sua exclusão das possibilidades abertas por uma vida em sociedade regulada por normas jurídicas, entre as quais se destacam: a de estabelecer autonomamente relações jurídicas com outros indivíduos, a de reivindicar o que lhe é devido em juízo, a de reivindicar em juízo que os mecanismos existentes para proteger a sua liberdade sejam empregados contra os seus ofensores, a de ocupar cargos e exercer funções públicas.

9 Essa linha de argumentação foi inspirada em HART, H. L. A. Are there any natural rights? *The philosophical review*, v. 64, n. 2, apr./1955, p. 175-191.

Se o direito possui a função de regular os termos justos da cooperação social distribuindo encargos e benefícios a pessoas inicialmente tomadas como igualmente livres e os deveres oriundos desse ordenamento precisam constituir razões autônomas para que seus destinatários ajam em conformidade a eles, as razões que serviram para justificar a restrição da liberdade de um cidadão têm de se impor da mesma maneira a casos iguais. Do contrário, o peso desses encargos não poderia, de modo algum, ser dividido de forma equânime, arruinando-se o caráter recíproco da cooperação social¹⁰. Uma vez que casos iguais recebam tratamento distinto do sistema jurídico, a restrição à liberdade não mais se apresenta ao indivíduo como a sua parte em um empreendimento cooperativo do qual é beneficiário, a qual é igualmente exigida de todos que se encontram na mesma situação, mas sim como um desfavorecimento arbitrário em relação aos demais. Nessas condições, não há se falar em dever jurídico.

A fundamentação da restrição da liberdade em uma norma geral assinala que o tratamento dispensado ao caso corresponde ao tratamento devido aos demais casos que se enquadrarem em seu suporte fático¹¹. Desse modo, o ordenamento jurídico apresenta-se como igualmente válido para todos, sem que haja, em princípio, indivíduos privilegiados, os quais são, sem fundamento normativo, isentados dos deveres jurídicos e das sanções que devem seguir o seu descumprimento impostos aos demais. A existência de pessoas

10 ROUSSEAU, *Du contrat social*, I.6 e II.4.

11 A questão dos casos excepcionais será discutida no segundo capítulo.

que se encontram fora do alcance do ordenamento jurídico não denota uma situação em que os indivíduos podem receber tratamento desigual apenas quanto a um aspecto (a saber, aquele previsto pela norma), mas sim um estado em que concidadãos se encontram necessariamente em desigualdade absoluta¹², uma vez que não serão as mesmas normas que determinarão o que lhes é devido juridicamente. Nessa hipótese, a liberdade de alguns poderia ser restringida pelo direito por razões que, independentemente do seu conteúdo, seriam de plano inaplicáveis a outros, conforme explica Sieyès:

*Todos os privilégios, sem distinção, têm certamente por objeto ou dispensar da lei, ou conceder um direito exclusivo a qualquer coisa que não seja proibida pela lei. O que constitui o privilégio é estar fora do direito comum, e ele só pode surgir de alguma dessas duas maneiras.*¹³

O mesmo autor relaciona à injustiça os dois modos pelos quais os privilégios se originam. No caso da dispensa da lei, a concessão de privilégios equivale a uma permissão para prejudicar os demais, o que quebra o sistema de restrição mútua de condutas danosas. Nas suas palavras, “se a lei é boa, ela deve obrigar todo o mundo; se ela é má, deve-se aniquilá-la: ela é um atentado contra a liberdade.”¹⁴ A concessão de um direito exclusivo a qualquer coisa que não seja proibida por lei, por sua vez, consiste em “arrebatar dos cidadãos uma porção de sua liberdade”, pois reduz o domínio compartilhado da

12 SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Essai sur les privilèges*, p. 15-16.

13 *Idem*, p. 02.

14 *Idem*, p. 04-05.

liberdade civil, o que “prejudica todo o mundo em nome de alguém”¹⁵.

Ainda que condição necessária para justificar a restrição imposta à liberdade, a fundamentação em uma norma geral por si só não assegura, contudo, que todos sejam tratados com igual consideração e respeito, não havendo cidadãos privilegiados, nem (seu correlato) injustamente desfavorecidos. O problema é que casos particulares jamais são absolutamente idênticos: eles só são considerados iguais ou diferentes com relação a um critério, o que, em direito, é estabelecido pelo suporte fático de uma regra. Uma regra que estabelece um imposto a ser pago por todos aqueles que nasceram em terças-feiras será aplicada de modo não-arbitrário na hipótese de sofrerem as consequências jurídicas por ela previstas para a sua desobediência apenas as pessoas nascidas em terças-feiras que o sonegarem, não havendo discriminação em virtude de nenhuma outra característica (gênero, raça, religião, preferência política etc.). O critério utilizado para selecionar os contribuintes (ter nascido terça-feira) é, contudo, arbitrário, uma vez que, para fins de tributação, não há razão plausível para discriminar-se pelo dia do nascimento. A arbitrariedade, portanto, pode-se dar não apenas no plano da aplicação da norma jurídica ao caso particular, mas também na seleção de critérios para relacionar certos tipos de casos a conjuntos de consequências jurídicas¹⁶.

15 *Idem*, p. 05.

16 HART, H. L. A., *The concept of law, op. cit.*, p. 160-161. Segundo Hart, nenhuma característica inerente ao direito é suficiente para a eliminação do arbítrio na eleição dos critérios de igualdade, a qual depende da moralidade das normas jurídicas existentes (*Idem*, p. 206-207).

Ainda que não sejam propriamente arbitrários, os critérios normativos de igualdade podem ser injustificáveis porque são, por alguma outra razão, injustos. Trata-se das hipóteses em que as normas jurídicas não são introduzidas com vistas a especificar os deveres recíprocos da cooperação entre os cidadãos, mas sim para conceder privilégios através das mesmas formas descritas por Sieyès, só que, no lugar de concedê-los a indivíduos designados, conferi-los a determinadas classes de cidadãos distinguidas pelo suporte fático da regra. Esse é o caso das sociedades em que as restrições à liberdade são distribuídas de maneira díspar entre raças, gêneros, religiões etc.

A investigação acerca do conteúdo da concepção de justiça à qual as normas jurídicas devem se conformar para que sejam insuscetíveis de tornarem-se instrumentos para a concessão de privilégios será desenvolvida no terceiro capítulo. O próximo capítulo ocupar-se-á de examinar se a aplicação do direito pode dar conta dos dois requisitos de justificabilidade ora expostos – a saber, a fundamentação em uma norma geral para que casos iguais recebam o mesmo tratamento e a preservação do caráter justo da regra na decisão do caso concreto, seja qual for a concepção de justiça – recorrendo apenas às fontes sociais do direito.

2. OS LIMITES DO ORDENAMENTO JURÍDICO POSITIVO COM RESPEITO AO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES FORMAIS DE JUSTIFICAÇÃO

2.1 As regras jurídicas como critérios de igualdade

Dizer que casos iguais devem ser tratados igualmente sem mencionar com relação a quais critérios os casos serão comparados não é nada mais do que repetir uma fórmula vazia. Quando o direito é aplicado respeitando-se as duas exigências expostas no primeiro capítulo¹⁷, é possível extraírem-se tais critérios das decisões judiciais¹⁸. Em alguns sistemas jurídicos¹⁹, eles devem ser explicitados, na medida em que justificam a decisão enquanto aplicação do direito e não um exercício arbitrário do poder de julgar.

A justificação de uma decisão judicial ocorre por meio da subsunção do caso (por exemplo, “Pedro matou alguém nas circunstâncias *a*, *b* e *c*”) a uma regra, a qual possui a estrutura de um condicional, constando a hipótese de incidência no antecedente (“matar alguém nas circunstâncias *a*, *b* e *c*”) e o tratamento jurídico conferido a casos desse tipo no consequente (“pena de *x* anos de

17 A saber, a fundamentação em uma norma geral e a conservação do caráter justo do critério de distinção empregado pela norma na sua aplicação ao caso concreto.

18 Evidentemente, as decisões judiciais não são o único fator relevante para determinar o funcionamento não-arbitrário do sistema jurídico. No entanto, como a decisão judicial, não importando de que espécie de jurisdição ela provenha, corresponde em muitos sistemas, inclusive no brasileiro, ao último grau de recurso de que o cidadão dispõe para exigir o cumprimento de uma obrigação ou impedir que seja forçado a fazer algo sem que tenha a respectiva obrigação, é inegável a importância de seu papel nesta discussão.

19 No direito brasileiro, inciso IX do art. 93 da Constituição exige que as decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

prisão”). O antecedente da regra responde por destacar quais das inúmeras circunstâncias presentes no caso concreto foram consideradas juridicamente relevantes para a sua comparação com outros casos. Fornece, em outras palavras, o critério utilizado para atribuir àquele conjunto de fatos aquelas consequências jurídicas (a decisão de prender Pedro por x anos).

Apenas quando são abstraídas as particularidades do caso concreto (no exemplo, todas as circunstâncias do crime cometido por Pedro) para que se descreva a situação fática em termos universais de acordo com o critério do que é juridicamente relevante (se tivermos como base o ordenamento brasileiro, importa para o correto enquadramento do caso que Pedro usou arma de fogo; é irrelevante, porém, que ele vestia uma camisa verde) abre-se a possibilidade de que casos particulares sejam comparados com o fim de conferir igual tratamento àqueles que devem receber a mesma descrição jurídica. Por isso a necessidade de subsumir o caso a uma regra aplicável a todas as situações semelhantes como forma de demonstrar que a decisão não é arbitrária.

A formulação universal da regra, entretanto, não implica que qualquer caso que puder ser descrito nos termos de seu suporte fático seja automaticamente merecedor do mesmo tratamento jurídico conferido aos outros casos aos quais a regra foi aplicada, ainda que possa haver uma presunção nesse sentido. A prática jurídica revela a possibilidade de encontrar-se no caso novo uma circunstância relevante segundo os critérios jurídicos que está ausente nos casos que compartilham as características descritas no antecedente de uma

mesma regra. Voltando ao exemplo anterior, se Márcio, tal como Pedro, matou alguém nas circunstâncias *a*, *b* e *c*, mas, ao contrário de Pedro, o fez em legítima defesa, segundo o direito brasileiro, ele não merece a punição imposta a este último. De maneira similar, distingue-se o enquadramento jurídico da conduta de Cristina, a qual agiu de modo similar a Márcio, mas excedeu-se no uso da legítima defesa. Em suma, para comparar um caso com os outros, não basta verificar se seus fatos coincidem com a descrição do suporte fático de uma regra: deve-se também investigar se esses são todos os fatos que interessam para classificá-lo segundo os critérios do ordenamento jurídico.

A justificação de uma decisão judicial por meio de uma regra jurídica cumprirá, portanto, a exigência do tratamento igualitário de casos iguais se forem preenchidas as seguintes condições:

a) não houver razão para considerar o caso diferente dos demais que foram subsumidos à mesma regra;

b) juízes que se depararem com casos iguais no futuro os tratem segundo os ditames da mesma regra.

Até o momento, no entanto, não se considerou a hipótese em que a aplicação igualitária do direito não é possível, a saber, quando o julgador se depara com um caso sem precedente. Tratar-se-á esse caso de modo igual a quê? Nessa situação, a alternativa disponível parece ser criar uma nova regra. Contudo, se a criação de uma nova regra não obedecer de alguma maneira a uma outra espécie de critério jurídico previamente estabelecido, há um distanciamento da

igualdade em direção ao arbítrio, conforme aponta Stanley Cavell:

Pode haver períodos históricos nos quais os juízes habitualmente ou 'meramente aplicam', ou 'criam' o direito; mas, como uma descrição neutra do processo de decidir conjuntamente casos e critérios, isso apresenta uma falsa alternativa, ou um falso quadro. Para chegar a sua decisão, o juiz é obrigado, em cumprimento à sua função, a fornecer e estar aberto a argumentos de caráter institucionalmente reconhecível; e o objetivo desse argumento é permitir, se possível, uma extensão natural do corpo do direito, a qual não é nem mera aplicação do direito existente, nem simplesmente a criação de um novo direito. O mito orientador precisa ser que não é o juiz, mas o próprio caso, que estende o direito. A justiça dependerá da verdade disso – e de isso ser visto como verdade – ser mais frequente do que o contrário.²⁰

Por outro lado, o apego excessivo à igualdade perante o direito tal como descrita até o momento conduz, à primeira vista, a uma concepção absurdamente conservadora da prática jurídica. Se levado à risca o preceito segundo o qual casos iguais devem ser tratados igualmente, o resultado aparente é que os julgadores fiquem presos a decisões proferidas há centenas de anos, ignorando por completo as transformações na sociedade.

Há pelo menos duas soluções para esse problema. A primeira consistiria em uma separação entre a função de determinar os critérios segundo os quais os casos particulares serão considerados iguais ou diferentes e a função de aplicar esses critérios. Desse

²⁰ CAVELL, Stanley. *The claim of reason*. New edition. New York: Oxford University Press, 1999, p. 12-13.

modo, os critérios poderiam ser alterados através de um procedimento reconhecidamente legítimo, o qual afastaria a suspeita de arbítrio na mudança das “regras do jogo”. A separação entre os poderes que legislam daquele que julga, o sistema de freios e contrapesos entre todos os poderes, e o uso limitado da regra da maioria no processo legislativo e para a escolha periódica dos legisladores correspondem a esse tipo de procedimento legítimo de mudança dos critérios de tratamento jurídico nas democracias contemporâneas.

A segunda solução procuraria, no interior da própria prática de aplicar o direito, a existência de critérios externos àqueles estabelecidos pelas regras que permitiriam a adaptação destes últimos às modificações na vida social. Assim, a liberdade conquistada pelo julgador frente a rigidez do critério estabelecido pela regra derivada do precedente não redundaria em arbítrio (ausência de um critério preexistente), mas sim no respeito a um critério de comparação de casos particulares de natureza distinta à da regra.

Qualquer que seja a solução adotada (os sistemas jurídicos complexos geralmente acolhem ambas), resta a pergunta acerca do que constitui o critério de comparação entre casos a ser aplicado pelo julgador. Se seguida a primeira solução, deve-se indagar como um critério elaborado em termos abstratos e universais se transmite a aplicações particulares. Na hipótese de empregar-se a segunda solução, é preciso esclarecer-se qual seria essa outra espécie de critério e como ela operaria em relação à determinação das regras, as quais, como vimos, são necessárias para fundamentar as decisões particulares de acordo com o primeiro requisito de justificabilidade.

1.2 Em busca de elementos para a satisfação das exigências de justificabilidade do direito na teoria de H. L. A. Hart

A teoria de H. L. A. Hart oferece resposta às questões levantadas no final da seção anterior. Como é sabido, no capítulo VII de sua obra *O conceito de direito*, ele elabora uma descrição da aplicação do direito que se pretende um meio-termo entre as doutrinas formalistas e o ceticismo acerca da existência de regras anteriores às decisões judiciais particulares, evitando os excessos das duas posições extremas.

Na verdade, é difícil encontrar algum teórico do direito que corresponda perfeitamente à figura do formalista ou do cético puros. Entretanto, para fins de argumento, é interessante reconstruir os tipos ideais das duas correntes, o que não será feito seguindo-se à risca o texto de Hart.

Uma posição formalista extrema defende que a compreensão do significado das palavras da lei – ou das *rationes decidendi* dos precedentes – é por si só suficiente para aplicar o direito a qualquer caso concreto. Ao julgador, segundo esse modelo, caberia apenas a tarefa mecânica de enquadrar os fatos a uma regra preexistente de acordo com o sentido literal de seu suporte fático. Obviamente, o formalista teria que reconhecer a impossibilidade de as regras jurídicas estabelecidas preverem todas as situações que possivelmente chegariam aos tribunais. Tais casos, porém, não lhe apresentariam nenhuma dificuldade, na medida em que há dois tipos de regras jurídicas que dão conta de classificar de maneira completa

o modo como o sistema jurídico avalia as condutas. As regras primárias classificam as condutas em proibidas, obrigatórias ou permitidas; as secundárias, por sua vez, como aptas ou inaptas a produzirem os efeitos jurídicos desejados. Sendo assim, para se eliminarem as lacunas e restaurar-se a completude do ordenamento jurídico, bastaria pressupor que é permitido tudo aquilo que as palavras da lei nem ordenam, nem proíbem explicitamente; e que é apenas apto a produzir efeito jurídico aquilo que seguir os requisitos explícitos na letra da lei.²¹

O modelo formalista respeita o requisito de justificabilidade de tratar igualmente casos iguais, na medida em que segue os critérios estabelecidos pelo conteúdo literal dos dispositivos legais ou das *rationes decidendi*. Ele viola a segunda exigência, todavia, ao tornar esses padrões demasiadamente rígidos, não permitindo que exceções sejam adicionadas à regra por conta da posse de certas peculiaridades por um caso particular em relação aos demais casos que usualmente recaem sob a descrição do mesmo dispositivo normativo. Em consequência disso, é frequente que a aplicação de regras consideradas justas em sua formulação abstrata resulte em decisões claramente injustas. Como exemplo, pode-se imaginar um ordenamento que contenha uma lei estipulando uma pena severa ao homicídio (o que se considera justo), mas que não tenha previsão

21 Como é sabido, a classificação das regras jurídicas como primárias ou secundárias deve-se a Hart; portanto, os formalistas por ele criticados não empregaram essa distinção. Entretanto, acredito que se valer desses conceitos na reconstrução de seu argumento é um modo de torná-lo imune a críticas de natureza distinta daquelas que se pretendem apresentar neste trabalho (por exemplo, a crítica de Hart dirigida contra a concepção de regras como comandos do soberano).

legal explícita de exculpante de estado de necessidade. Nessa situação, não resta ao juiz estritamente formalista outra alternativa senão a de punir aquele que matou como único meio disponível de salvar a sua própria vida.

Além de apresentar problemas para uma aplicação equitativa do direito, o que poderia ser resolvido pelo constante aperfeiçoamento da legislação frente a novas demandas por justiça²², a pretensão formalista falha por conferir à linguagem um grau de precisão que ela não possui, o que será o alvo da crítica de Hart²³. As palavras da lei, embora tenham hipóteses inequívocas de aplicação (no exemplo de Hart, se alguma coisa é um veículo, um carro e um caminhão o são) e situações claras de não-aplicação (uma bola e um lápis não podem, de modo algum, ser considerados veículos), possuem uma zona de penumbra, a qual abrange casos que residem na fronteira da extensão de um termo (seriam veículos bicicletas e patinetes?). Em virtude dessa *textura aberta* da linguagem, é impossível que apenas o sentido literal das palavras da lei forneça solução para todas as situações fáticas que possam ser apresentadas aos tribunais. Algum outro elemento, externo ao sentido literal, deverá concorrer para decidir quais casos da zona de penumbra o suporte fático da norma

22 Essa solução, entretanto, impede que a solução justa seja dada aos casos concretos antes da alteração legislativa, quase sempre morosa. Ainda que se possa conceber um poder legislativo ideal, capaz de dar conta de questões de justiça supervenientes sem abrir mão dos procedimentos democráticos, pelo menos um caso (o primeiro a trazer a questão de justiça) teria uma decisão injusta apesar do caráter justo do dispositivo normativo, a não ser que se abra mão de outro traço importante de um Estado de direito, a saber, a regra geral de irretroatividade da lei, a qual, entre outras coisas, impede que a função judicial seja usurpada pelo poder legislativo, podendo resultar em um casuísmo legislativo avesso ao tratamento igual.

23 HART, H. L. A., *The concept of law*, *op. cit.*, p. 126-130.

abrange e quais casos ele exclui.

No extremo oposto ao formalismo, encontram-se aqueles que defendem que as decisões judiciais não estão vinculadas a nenhuma norma preexistente. Hart caracterizou essa posição como ceticismo com respeito a regras. Segundo a reconstrução dessa corrente por ele empreendida a partir da reunião de citações de diversos teóricos agrupados sob o rótulo de “realistas americanos” e de algumas teses de John Chipman Gray²⁴, os julgadores seriam não apenas responsáveis pela aplicação dos critérios de igualdade para agrupar os casos segundo o tratamento jurídico por eles merecido, mas também lhes caberia estabelecer esses critérios por conta própria na interpretação que eles efetuarem daquilo que Gray classificou como meras fontes do direito (lei, precedentes, costumes etc.). Para esse autor, só seriam dignas da qualidade de jurídicas as regras estabelecidas pelos órgãos jurisdicionais, conforme fica claro nesta passagem:

Regras de conduta estabelecidas e aplicadas pelos tribunais de um país são coextensivas com o direito desse país, e, à medida que as primeiras mudam, o mesmo ocorre com as últimas. O Bispo Hoadly disse: 'quem quer que possua uma autoridade absoluta para interpretar quaisquer leis escritas ou faladas, é ele quem é verdadeiramente o legislador para todas intenções e propósitos, e não a pessoa que primeiramente as escreveu ou pronunciou'; a fortiori, quem quer que tenha uma autoridade absoluta não apenas de interpretar o direito, mas de dizer o que o direito é, é de fato o legislador. Entia non multiplicanda. Parece não haver nada a se ganhar procurando descobrir as fontes, os

24 GRAY, John Chipman. *The nature and sources of the law*. 2ª ed. New York: MacMillan, 1948.

*propósitos e as relações de uma entidade misteriosa chamada 'O Direito', para então dizer que esse tal Direito se expressa exatamente nas regras pelas quais os tribunais decidem os casos. É melhor considerar diretamente as fontes, propósitos e relações das próprias regras, e chamar as regras de 'O Direito'.*²⁵

Tal caracterização da aplicação do direito torna impossível a sua justificação, precisamente por eliminar a distinção entre a constituição de critérios de comparação entre os casos concretos e a aplicação dos critérios na resolução destes últimos. A ausência de uma distinção entre essas duas etapas – constituição e aplicação – implica a inexistência de critério anterior à decisão que o estabelece, sendo possível determinar apenas *a posteriori* quais casos foram tratados igualmente pelos tribunais e quais foram tratados de forma diferente, sem que faça sentido, pela ausência de critério *a priori*, dizer que tais casos eram de fato iguais ou diferentes, isto é, merecedores ou não do tratamento comparativo que lhes foi conferido. Seria desprovido de sentido, portanto, julgar uma decisão juridicamente correta ou incorreta, pois faltaria um parâmetro jurídico de correção externo à própria decisão.

Hart formula a sua posição sobre a aplicação do direito a partir daquilo que ele considera correto em cada uma das duas posições, evitando, no entanto, recair nos seus excessos. Do formalismo ele extrai a tese segundo a qual o sentido usual das palavras constantes em leis ou precedentes determinam em grande medida as regras que os julgadores invocarão para justificar as suas decisões de casos

25 GRAY, John Chipman, *op. cit.*, p. 102-103. Ver também p. 121, 124-125 e 170.

particulares. Ao contrário da crença formalista levada às últimas consequências, contudo, Hart reconhece os limites da linguagem em que tais dispositivos são formulados na determinação da solução de certas lides. Conforme visto acima, a textura aberta da linguagem gera uma zona de penumbra entre os casos claros de aplicação e não-aplicação, sendo por si só insuficiente para fornecer o critério de inclusão ou exclusão do âmbito de incidência da regra²⁶. Além disso, mesmo casos que claramente são abrangidos pelo conteúdo semântico de uma regra podem ser considerados excepcionais. Se há uma regra proibindo o trânsito de veículos em um parque, por exemplo, certamente ela não se aplica a uma ambulância que atender a uma emergência, ainda que não haja dúvida acerca da sua inclusão na categoria dos veículos²⁷.

Todavia, o fato de as regras que preexistem à aplicação do direito não possuírem uma formulação que forneça um critério claro para o enquadramento jurídico de qualquer caso possível não implica que nunca forneçam critério algum, podendo o intérprete atribuir-lhe o sentido e a extensão que bem desejar. Se o conteúdo das regras

26 “A primeira deficiência é a nossa ignorância relativa quanto aos fatos; a segunda é a nossa indeterminação relativa quanto aos fins. Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado apenas por um número finito de propriedades, e essas em conjunto com todos os modos que eles poderiam ser combinadas fossem conhecidos para nós, então uma estipulação poderia ser feita de antemão para qualquer possibilidade. Nós poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos particulares nunca demandariam uma escolha ulterior. Tudo poderia ser conhecido, e, em relação a tudo, algo poderia ser feito e especificado de antemão por uma regra. Esse seria um mundo sob medida para a teoria 'mecânica' do direito.

Evidentemente esse mundo não é o nosso mundo; legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa inabilidade em antecipar acarreta uma indeterminação relativa quanto aos fins.” (HART, H. L. A., *The concept of law*, op. cit., p. 128)

27 *Idem*, p. 139.

jurídicas fosse completamente indeterminado até que as lides fossem decididas pelos órgãos jurisdicionais, o direito seria ineficaz na sua tarefa de regular a vida em sociedade, pois ninguém saberia o que ele exige em uma situação particular antes do pronunciamento do julgador de última instância. Hart busca afastar-se igualmente da posição extremada dos céticos com respeito a regras, defendendo haver limites às interpretações judiciais do âmbito de aplicação das normas. Esses limites não são vinculados a um conteúdo semântico fixo, mas variam de acordo com transformações na prática do direito em uma sociedade:

Na verdade, todos os sistemas, de maneiras diferentes, buscam um meio-termo entre duas necessidades sociais: a necessidade de algumas regras que possam, em amplas áreas de conduta, ser aplicadas com segurança pelos particulares por si mesmos, sem uma nova orientação oficial ou sopesamento de questões sociais, e a necessidade de deixar aberto, para uma fixação posterior por uma escolha oficial esclarecida, questões que só possam ser adequadamente apreciadas e fixadas quando elas surgem em um caso concreto. Em alguns sistemas jurídicos em alguns períodos, coisas demais podem ser sacrificadas em nome da certeza, e essa interpretação judicial das leis ou do precedente é demasiadamente formal e, em razão disso, falha em responder às semelhanças e diferenças entre casos que são visíveis quando eles são considerados à luz dos fins sociais. Em outros sistemas ou em outros períodos, pode parecer que questões demais são tratadas pelos tribunais como perenemente abertas ou suscetíveis de revisão por precedentes, e pouco respeito é concedido aos limites que a linguagem legislativa, malgrado a sua textura aberta, fornece apesar de tudo. O pensamento jurídico tem sob esse aspecto uma história curiosa, pois ele está apto ou a ignorar ou a exagerar as indeterminações das regras jurídicas.²⁸

28 *Idem*, p. 130.

Pode-se observar, na passagem acima, uma tensão entre as duas espécies de critérios que permitiriam uma aplicação equitativa do direito: o vínculo à letra da lei ou do precedente e a consideração dos fins sociais que as regras jurídicas visam promover²⁹. Cada espécie de critério corresponde a uma das duas formas de superar-se o conservadorismo que a aplicação igualitária do direito poderia acarretar caso fosse levada às últimas consequências. A letra da lei – porém não a do precedente – constitui um critério de fixação de como devem ser agrupados os casos para que recebam o mesmo tratamento, o qual pode ser alterado através de um procedimento legítimo, apto a justificar que situações fáticas que anteriormente ensejariam as mesmas consequências jurídicas sejam doravante tratadas de maneira diferente. A consideração dos fins das regras, por sua vez, forneceria ao julgador um critério externo à formulação linguística das regras jurídicas, conferindo uma maior flexibilidade à sua aplicação – inclusive para identificar os casos excepcionais – sem pender à arbitrariedade.

A finalidade da regra no conjunto de fins perseguidos pelo ordenamento jurídico é o critério por meio do qual se julga uma determinada situação fática como análoga ou distinta a casos de

29 Joseph Raz faz uma distinção esclarecedora entre o fim de uma norma no interior de uma instituição (e.g. a exigência de testemunhas no testamento para garantir a autenticidade da declaração de vontade) e a finalidade social da instituição (no exemplo, permitir a transmissão *post mortem* dos bens de acordo com a vontade de seu proprietário). Sem essa diferenciação, seria difícil atribuir uma finalidade a grande parte das normas, uma vez que não atende diretamente a nenhum fim social. (RAZ, Joseph. *The functions of law. The authority of law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 163-179, p. 167.)

aplicação da regra³⁰. Seguindo o exemplo de Hart, se o fim da norma que proíbe veículos em um parque é evitar a poluição no local, pode-se muito bem estendê-la a um patinete movido a gasolina, que, assim como automóveis e caminhões, emite substâncias poluentes. Entretanto, se a norma foi estabelecida com o único objetivo de preservar o calçamento do sobrepeso, não haveria razão de seu suporte fático incluir tal patinete, uma vez que ele adiciona pouco peso à pessoa que o utiliza, e pessoas estão inequivocamente excluídas da proibição. No caso do trânsito de uma ambulância, embora ela se enquadre claramente no conceito de veículo, emita poluentes e seja pesada, sua entrada no parque para atender uma emergência não estaria vedada pela regra, qualquer que seja a sua finalidade entre as duas sugeridas, desde que, de acordo com o ordenamento jurídico, prevaleçam a proteção da vida, da saúde e da integridade física em relação aos outros dois fins³¹.

A aplicação do direito nos exemplos acima não se resumiria, portanto, à simples subsunção do caso à regra, exigindo que a inclusão ou exclusão do caso no escopo de uma regra seja justificada com referência a sua dimensão teleológica. Na hipótese de essa justificação ser considerada aceitável, criar-se-iam, através dos precedentes, novos parâmetros para a determinação do escopo da

30 *Idem*, p. 127. Ver também RAZ, Joseph. Law and value in adjudication. *The authority of law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 180-209, p. 203-204; 208-209.

31 “Quando o caso não previsto de fato surge, nós confrontamos os temas em jogo e podemos então fixar a questão escolhendo entre os interesses em competição da maneira que melhor nos satisfizer. Fazendo isso, nós teremos tornado mais determinado nosso fim inicial, e teremos incidentalmente fixado uma questão com respeito ao sentido, para os propósitos dessa regra, de um termo geral.” (HART, H. L. A., *The concept of law, op. cit.*, p. 129)

regra. A questão que resta analisar para avaliar a aptidão da descrição de Hart para fornecer os elementos necessários à aplicação equitativa do direito diz respeito a como ela se enquadra na dicotomia apresentada por Cavell, isto é, se ela constitui uma “extensão natural do direito” ou a criação de um direito novo. Conforme visto na primeira seção, a última alternativa entra em conflito com a noção de tratarem-se igualmente casos iguais.

O modo como fins podem servir como critério de aplicação do direito torna este apto a fornecer respostas à questão de como um caso que não encontra previsão em regra – ou que consiste em uma exceção à regra cujo suporte fático o descreve – deve ser tratado. Certamente a subsunção do caso a uma regra universal previamente formulada corresponde à forma por excelência de tratar igualmente casos iguais. Porém, de nada adianta respeitar a forma universal em detrimento dos fins que um ordenamento tem como objetivo promover. Ao invocarem-se os fins para alterar o âmbito de incidência de uma regra ou até mesmo formulando uma nova regra, o raciocínio silogístico não se dá mais em sua forma pura e direta, tornando-se dependente do raciocínio analógico.

O raciocínio analógico é menos preciso do que o silogístico na medida em que este último emprega critérios semânticos para agrupar os casos que, possuindo inequivocamente as circunstâncias descritas pelos termos universais do suporte fático da norma, devem receber *prima facie* o mesmo tratamento jurídico (a não ser que haja um argumento suficientemente forte para mostrar seu caráter excepcional, conforme visto acima). O raciocínio analógico, por sua

vez, busca mostrar que uma determinada relação entre situação fática e consequências jurídicas é igual ou diferente a outra no que concerne aos fins que o direito visa promover. Para estabelecer o tratamento jurídico aplicável ao caso, é necessário investigar quais fins envolvidos no caso concreto são mais valiosos para o sistema jurídico e como cada um dos fins concorrentes seria afetado pelas formas como o caso poderia ser tratado.

Embora o critério de comparação seja muito mais complexo do que aquele formulado por uma regra, esse outro modo de raciocinar constitui uma investigação mais profunda com respeito às razões subjacentes aos critérios de igualdade estabelecidos pelo direito. Afinal, se as normas jurídicas não são mero produto do arbítrio, entendido agora como aleatoriedade, o que iria de encontro às funções que o direito exerce na sociedade, é necessário supor que existam certos fins em vista dos quais o ordenamento jurídico escolhe tratar casos de maneira igual ou diferente. Há, portanto, uma prioridade dos fins, que correspondem à razão de existir os critérios de igualdade, sobre a formulação semântica de tais critérios, que constituem apenas uma forma imperfeita de expressão desses critérios. Quando a indagação pela finalidade não é suscitada, vale a pressuposição de que os fins protegidos pelo ordenamento são adequadamente promovidos pela aplicação literal da regra.

A consideração dos fins relevantes para a decisão do caso concreto, entretanto, corresponde para Hart muito mais à criação de direito novo do que à “extensão natural” do ordenamento vigente. Ainda que, em alguns sistemas, o juiz possa ou deva recorrer a

valores morais para orientar sua decisão quando o apelo às regras instituídas mostra-se insuficiente, seria “insensato acreditar que, quando o sentido da regra é posto em dúvida, a moralidade sempre tem uma resposta clara a oferecer”³². O máximo que se poderia buscar para preservar o caráter equitativo do direito nesses casos seria exigir que o juiz examine o caso obedecendo a três requisitos da virtude judicial:

a) *imparcialidade e neutralidade ao inventariar as alternativas;*

b) *consideração dos interesses de todos os afetados pela decisão;*

c) *preocupação em empregar um princípio geral aceitável como fundamento arrazoado da decisão.*³³

Mesmo respeitando-se essas condições, uma gama de decisões ainda é possível, uma vez que há uma pluralidade de fins que podem ser invocados e diferentes modos de considerá-los quanto ao seu peso relativo no caso concreto. Não haveria, portanto, como demonstrar que uma decisão é a única correta³⁴: mais de um critério de igualdade satisfaria esses requisitos, e a escolha entre eles caberia ao arbítrio do julgador³⁵. Em situações como essa, o cumprimento estrito da máxima de tratar igualmente casos iguais não seria possível devido à ausência de um critério claro instituído³⁶. A

32 Hart, H. L. A., *op. cit.*, p. 204.

33 *Idem*, p. 205.

34 *Idem, ibidem*.

35 *Idem*, p. 272.

36 *Idem*, p. 252.

única homenagem que se poderia ainda conferir ao igual tratamento consistiria em julgar os casos semelhantes no futuro com base no novo critério estabelecido pela decisão. Todavia, na ausência de uma regra que vincule as decisões futuras às precedentes, o ordenamento conferiria tacitamente a cada julgador a faculdade de decidir segundo seu melhor juízo. A decisão feita dentro dessa margem poderia sofrer a crítica de que foi moralmente equivocada no sopesamento dos diversos fins em jogo, mas teria que ser considerada, pelo próprio fato de encontrar-se no interior da margem, como juridicamente perfeita.

Ainda que tal problema tenha um efeito menor na função do direito de estabelecer as regras e instituições básicas que ordenam a vida em sociedade, seu impacto na legitimidade dos tribunais é digno de nota. Recorrendo-se novamente ao pensamento de Stanley Cavell, para que uma decisão seja considerada legítima, o direito não deve ser estendido pela vontade do juiz, mas pelo próprio caso. Afinal, reconhecemos a diferença entre a insatisfação de um cidadão que obteve uma decisão desfavorável porque de alguma forma descumpriu uma regra jurídica e aquela de outro que recebeu uma decisão desfavorável apesar de o próprio sistema jurídico reconhecer que seria igualmente cabível uma decisão favorável. No primeiro caso, a decisão desfavorável é fruto do direito; no segundo, do arbítrio, ainda que exercido dentro de limites impostos pelas regras. Em outras palavras, aquilo que o modelo de Hart veria como uma decisão “juridicamente perfeita” seria recebido pelo cidadão como produto da má sorte de ter seu caso julgado por um juiz cujas crenças morais vieram a lhe desfavorecer.

Com os três requisitos da virtude judicial, Hart acredita ter chegado ao limite de como a prática jurídica pode satisfazer às exigências de justificabilidade apresentadas no primeiro capítulo. No entanto, ele antevê a questão que necessariamente deve ser resolvida caso se pretenda avançar:

Somente se, para todos esses casos, fosse sempre possível encontrar no direito existente algum conjunto único de princípios superiores atribuindo pesos ou prioridades relativos a tais princípios inferiores divergentes [aqueles princípios que embasam analogias divergentes], seria o momento da criação de direito pelo juiz não apenas diferido, mas eliminado.³⁷

A solução sugerida (talvez como uma redução ao absurdo da possibilidade de eliminar-se por completo – e não apenas limitar significativamente – o arbítrio moralmente negativo da aplicação do direito³⁸) incorre em problemas similares aos da solução formalista para o tratamento igual de casos iguais descrita acima. Não parece possível prever todas as possíveis combinações de conflito entre fins que cada caso apresentará em uma intensidade particular, estabelecendo-se de antemão quais fins devem prevalecer e os meios aptos a promovê-los através da decisão do caso concreto, ao menos não de modo que obedeça ao requisito da conservação do caráter justo da norma abstrata em todas as decisões concretas nela fundadas (segundo requisito da equidade exposto na introdução).

37 *Idem*, p. 275.

38 Há uma dimensão de arbítrio na aplicação do direito que é moralmente neutra (por exemplo, a determinação do prazo para o pagamento de uma dívida, desde que estabelecido dentro dos limites da razoabilidade).

Seria, então, impossível realizar plenamente as exigências de justificabilidade da imposição de obrigações jurídicas definidas no primeiro capítulo? Talvez não, se estendermos os limites da teoria do direito para além dos termos de Hart, incorporando a ela tanto uma concepção substancial de equidade que seja responsável por conferir contornos mais definidos ao que significa tratar a todos com igual consideração e respeito na eleição de critérios para o emprego do raciocínio analógico, quanto uma teoria moral que fundamente a objetividade da percepção dos fins em jogo em uma situação particular.

O próximo capítulo buscará estabelecer os contornos que tal concepção substancial de equidade deverá ter para que cumpra as exigências do tratamento de todas as pessoas com igual consideração e respeito apresentadas no primeiro capítulo como o fundamento dos requisitos de justificabilidade. A partir disso, passar-se-á à análise da concepção de justiça de John Rawls como um exemplo de construção teórica que dá conta tanto de atender a essas exigências quanto de fornecer princípios hierarquicamente ordenados capazes de orientar a consideração dos fins na aplicação do direito.

Verificar-se-á, todavia, a dificuldade de aplicar imediatamente princípios abstratos de justiça na solução jurídica de casos particulares. Uma possível combinação de vários métodos para enfrentar tal dificuldade será esboçada no quarto capítulo. Segundo o método a ser sugerido, uma alternativa para se pensar a deliberação judicial responsável pela decisão do caso concreto em conformidade com as exigências de justificabilidade consiste na reconstrução

racional do que teria sido a deliberação do legislador ao mesmo tempo orientada pelos princípios de justiça de Rawls e atenta ao contexto específico da comunidade política. Para tanto, buscar-se-á no artifício do espectador imparcial de Adam Smith o complemento necessário para trabalhar os estágios deliberativos descritos por Rawls, uma vez que a teoria deste último não trata da percepção moral das circunstâncias particulares.

3 O PAPEL DA TEORIA POLÍTICA NA JUSTIFICAÇÃO DA IMPOSIÇÃO DE DEVERES JURÍDICOS

Consoante o exposto nos dois primeiros capítulos, a justificabilidade do tratamento imposto pelo sistema jurídico a um indivíduo depende da subsunção de seu caso a uma regra geral, a qual estabelece o mesmo conjunto de consequências para os fatos que se enquadrarem na categoria descrita em seu antecedente. A justificabilidade dos critérios de agrupamento de situações fáticas, os quais determinam quais casos receberão tratamento igual ou diferente, depende, por sua vez, da adequação de tais critérios a algum fim que o ordenamento vise promover. A ausência de razão que fundamente o critério o torna arbitrário e, por conseguinte, insuscetível de justificação o tratamento conferido ao indivíduo.

A questão da justificação dos critérios de igualdade contidos nas regras não seria relevante para a fundamentação da decisão judicial se a finalidade das normas não tivesse o papel essencial na determinação de seu escopo na sua aplicação caso a caso, conforme ressaltado no capítulo anterior. Nessa hipótese, as duas tarefas de justificação corresponderiam a objetos distintos que não guardariam nenhuma relação entre si. Poder-se-ia inclusive imaginar a seguinte divisão de tarefas: um órgão estatal responsável pela justificação da regra em seus termos gerais (por exemplo, a elaboração da exposição de motivos de uma lei) e outro pela sua aplicação aos casos particulares – isto é, por mover certos aparatos estatais com base em normas.

Os ataques de Hart ao formalismo e ao ceticismo jurídicos reconstruídos no capítulo anterior mostraram, no entanto, que, por um lado, a mera formulação verbal de uma regra pode ser insuficiente para definir a sua aplicação a um caso concreto e que, por outro lado, essa limitação não redundava necessariamente na impossibilidade de justificar uma decisão judicial por meio do direito. É exatamente como alternativa a ambos os extremos que o exame dos fins que justificam as regras se impõe na justificação da aplicação de uma determinada regra a uma situação particular.

Também foi visto, todavia, que a solução hartiana para preservar a justificabilidade das decisões judiciais perde fôlego devido à ausência de uma teoria política que dê conta de estabelecer uma hierarquia entre os diversos fins promovidos pelo ordenamento jurídico e de fornecer outras diretrizes para que o tratamento igual de casos iguais, um dos requisitos de justificabilidade defendidos no primeiro capítulo, seja possível. De outro modo, na ausência de determinação legal detalhada, seria deixado ao arbítrio de cada julgador decidir, por exemplo, se um criminoso psicopata merece ser punido com uma pena maior do que aquele que não possui o transtorno, por ser mais provável a reincidência e, por conseguinte, o risco à sociedade, ou reduzida, por se entender que é menor o seu grau de responsabilidade pelo ato delitivo, ou ainda se não deve haver diferença de tratamento, considerando-se tal característica irrelevante.

Este capítulo buscará estabelecer os contornos de uma teoria política que, ao mesmo tempo, respeite as razões apresentadas no

primeiro capítulo em favor do tratamento igualitário de casos iguais e forneça diretrizes que sejam úteis na tarefa de estabelecer ordem entre os fins que orientam a determinação do escopo da regra na sua aplicação às situações particulares. Na primeira seção, buscar-se-á traduzir a cláusula da igual liberdade de todas as pessoas em diretrizes para a determinação do objeto e do método de tal teoria política; na segunda, examinar-se-á a aptidão da concepção de justiça como equidade de John Rawls para ser a teoria política escolhida; na terceira, serão discutidos em conjunto os requisitos para a justificação dos atos estatais de coerção, com os acréscimos provenientes dos princípios de justiça de Rawls; na quarta, serão apresentados os desafios para a satisfação dessas exigências na fundamentação das decisões judiciais.

3.1 A justificação dos critérios de igualdade e a igualdade entre todos os homens

Defendeu-se no primeiro capítulo o fundamento em uma regra geral como condição necessária à justificabilidade das obrigações jurídicas. Foi lembrada a implicação decorrente da ausência de tal fundamento: a negação de que todos os seres humanos são, em um sentido, igualmente livres, a saber, que nenhuma restrição à sua liberdade pode ser fruto de uma obrigação sem que se estenda igualmente aos demais.

Esse sentido segundo o qual todos os seres humanos são iguais não determina, no entanto, o tratamento absolutamente igual de todos indivíduos em quaisquer que sejam as circunstâncias. Em vez disso, o

que a exigência de fundamento em regras gerais garante é o tratamento igual de casos iguais, isto é, que todos os casos que se enquadrarem no suporte fático de uma regra receberão as mesmas consequências jurídicas.

Evidentemente, a generalidade da norma que autoriza a interferência estatal na liberdade do indivíduo não é suficiente para garantir que todos os seres humanos sejam tratados como igualmente livres. Em verdade, os maiores atentados a esse princípio que a história registra foram feitos em função de características relativas a raça, crença, opinião, nascimento ou renda, as quais são perfeitamente apreensíveis nos termos gerais do suporte fático de uma norma. Para que se respeite o princípio da igual liberdade, não apenas os critérios de igualdade devem ser aplicáveis a todos, mas eles próprios devem ser justificáveis por razões que não permitam a segregação da sociedade em castas. Em outras palavras, o privilégio, ainda que instituído em termos universais, não constitui fundamento aceitável de uma obrigação.

Mas como distinguir uma razão legítima de um privilégio? Conforme foi visto, a noção de privilégio é correlata à de casta. Ocorre que a primeira concepção à qual uma sociedade dividida em castas vai de encontro é a de que o sistema social se baseia na ideia de cooperação, a qual, segundo John Rawls, “inclui a ideia da vantagem racional ou bem de cada participante”³⁹. Não há como justificar uma obrigação ao seu destinatário se o sistema jurídico tem

39 RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 06.

por fim o seu mal ou do grupo ao qual pertence, ou desfavorecê-lo na distribuição de benefícios.

Um defensor de um sistema de castas poderia lançar mão do argumento de que tal divisão da sociedade seria mutualmente benéfica para todos, assim como o era, para Aristóteles, a submissão do escravo natural ao seu senhor⁴⁰. Contudo, isso também é incompatível com a noção de cooperação social apresentada, na medida em que o tratamento distinto é conferido por uma suposta capacidade superior de beneficiar os demais indivíduos com determinadas características teriam e não como uma retribuição a uma contribuição efetivamente dada ao bem comum⁴¹. Ademais, esses são termos de cooperação que indivíduos que se concebem como igualmente livres não poderiam aceitar, violando-se mais um traço essencial da noção de cooperação social apontado por Rawls:

A ideia de cooperação inclui a ideia de termos equitativos [fair] de cooperação: esses são termos que cada participante pode razoavelmente aceitar, e por vezes deve aceitar, desde que todos os demais da mesma maneira os aceitem. Os termos equitativos de cooperação especificam uma ideia de reciprocidade, ou mutualidade: todos que fazem a sua parte conforme requerem as regras reconhecidas devem beneficiar-se de acordo com o especificado por um padrão público acordado.⁴²

40 Política, I.1254b16–21.

41 SIEYÈS, *op. cit.*, p. 07-08.

42 RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 06. Ver também RAWLS, John. *Political liberalism, op. cit.*, p. 16.

A sociedade em que há castas de privilegiados e de desfavorecidos é, portanto, aquela na qual não vigem os princípios que orientam uma cooperação equitativa. Consequentemente, apenas as normas jurídicas que respeitam esses princípios são capazes de gerar obrigações autênticas.

O conteúdo desses princípios será o objeto da próxima seção. Por ora, cabe, preliminarmente, delimitar a espécie de benefício social a que tais princípios devem concernir e o modo segundo o qual o interesse de cada um nesses benefícios deve ser considerado por um ordenamento jurídico justo.

Se as capacidades de possuir e de tentar pôr em prática uma concepção de bem são de fato parte do fundamento da igualdade entre todos os seres humanos, conforme sustentado no primeiro capítulo, podemos continuar acompanhando John Rawls e definir os bens úteis ou necessários à realização de toda concepção razoável de bem⁴³, os quais ele denomina bens primários, como a esfera de alcance dos princípios de justiça⁴⁴. Fazem parte desses bens:

a) *As liberdades fundamentais (liberdade de pensamento e liberdade de consciência etc.): essas liberdades são as condições institucionais basilares necessárias para o desenvolvimento e o exercício completo e consciente das duas*

43 Sumariamente, pode-se caracterizar uma concepção razoável de bem como toda aquela compatível com o desenvolvimento do senso de justiça, conforme a descrição no primeiro capítulo. Para maiores detalhes, ver RAWLS, John. *Political liberalism*, *op. cit.*, p. 48-54.

44 RAWLS, John. *Political liberalism*, *op. cit.*, p. 178; RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. xiii.

*faculdades morais*⁴⁵ (...); essas liberdades são também indispensáveis para a proteção de uma ampla gama de concepções definidas de bem (dentro dos limites da justiça);

b) *Liberdade de movimento e livre escolha de profissão em um quadro de diversas oportunidades: essas oportunidades permitem a busca de diversos fins últimos e efetivam a decisão de revisá-los e modificá-los, se assim desejarmos.*

c) *Poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade: dão margem a várias capacidades sociais e de autogoverno do indivíduo.*

d) *Renda e riqueza, compreendidas em um sentido amplo como meios para todo tipo de propósito (que possuam um valor de troca): são necessárias para alcançar direta ou indiretamente uma ampla gama de fins, quaisquer que eles venham a ser.*

e) *As bases sociais do autorrespeito: são os aspectos das instituições fundamentais que são normalmente essenciais para que os cidadãos tenham um senso vigoroso do seu próprio valor como pessoas e sejam capazes de desenvolver e exercer suas potências morais e promover suas metas e fins com autoconfiança.*⁴⁶

A existência de regras que disciplinem a alocação desses bens é possível no contexto da cooperação social na medida em que os participantes reconheçam o empreendimento comum como vantajoso, isto é, como maximizando as oportunidades que cada um possui de pôr em prática a sua concepção de bem. Impõe-se, contudo, como

45 Ver primeiro capítulo.

46 RAWLS, John. *Political liberalism, op. cit.*, p. 308-309. Sobre a possibilidade de ajustes na lista de bens primários, ver RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 168-176.

condição externa à cooperação que haja recursos suficientes disponíveis, uma vez que a escassez extrema impede que cada um tenha ao menos o mínimo necessário à sobrevivência.

Se, por um lado, a escassez extrema não permite prosperar a cooperação em termos equitativos, a abundância desses recursos tornaria, por outro lado, alguns desses termos supérfluos, pois não haveria necessidade de criar limites ao usufruto individual de bens que são ilimitados. Uma das condições para que se ponha a questão da justiça na cooperação é, portanto, que haja uma escassez apenas moderada dos recursos, ou seja, que eles bastem para que o empreendimento cooperativo ocorra com benefícios para todos, mas que não sejam suficientes para a completa satisfação dos desejos de todos os participantes.

No entanto, a circunstância objetiva de escassez moderada de recursos não determina, por si só, a necessidade da fixação de regras para a divisão dos benefícios e encargos relativos à cooperação social. Em uma sociedade na qual os membros são altruístas, é impossível imaginar conflito de interesses acerca da divisão desses bens, sendo supérflua a interferência de princípios de justiça, assim como seria praticamente inviável um sistema de cooperação com regras justas em uma sociedade na qual os participantes jamais têm em vista as necessidades dos demais em suas deliberações. O altruísmo limitado dos membros da sociedade seria, em função disso, a circunstância subjetiva que exige um sistema normativo que

especifique os termos justos da cooperação⁴⁷.

Na síntese oferecida por Rawls, “as circunstâncias de justiça ocorrem sempre que pessoas apresentem reivindicações conflitantes com respeito à divisão dos benefícios sociais em condições de escassez moderada.”⁴⁸ O desafio na elaboração dos termos em que se dará a cooperação consiste em determinar quais interesses serão satisfeitos – uma vez que é impossível satisfazê-los todos – sem violar a cláusula segundo a qual todas as pessoas são dignas de igual consideração e respeito ou, em outras palavras, sem criar uma casta de privilegiados pela cooperação social em detrimento de uma casta de desfavorecidos.

O único modo de evitar a concessão de privilégios na distribuição de bens primários – e o conseqüente desfavorecimento indevido dos demais – consiste em tomar em consideração os interesses razoáveis dos membros da sociedade com imparcialidade⁴⁹. Essa noção, a qual corresponde à chave da concepção de justiça a ser defendida neste capítulo (a saber, a de John Rawls), cujas implicações para a aplicação do direito serão desenvolvidas adiante, precisa ganhar contornos mais nítidos para que se sustente o método pelo qual ela é justificada na próxima seção.

47 RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 84-85; RAWLS, John. *Political liberalism, op. cit.*, p. 66; RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, p. 109-112.

48 RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, p. 110.

49 HART, *op. cit.*, p. 167.

Uma possibilidade de considerar imparcialmente interesses conflitantes com respeito à distribuição de bens primários consiste em sopesá-los utilizando como padrão de medida a contribuição a um fim último ao qual a vida em sociedade deveria servir. Como exemplos bastante simples (e um tanto artificiais), pode-se pensar em sociedades voltadas à guerra e à conquista, em que os bens são distribuídos de acordo com os triunfos militares; naquelas voltadas ao cultivo das artes, nas quais são merecedores de uma maior parcela de bens os artistas mais habilidosos etc.⁵⁰ Desde que os critérios distributivos presentes nas regras sejam adequados à promoção do fim buscado e que sejam aplicados com isenção, o ideal de tratamento imparcial aparentemente encontrar-se-á satisfeito.

No entanto, não é esse ideal de tratamento imparcial orientado por uma concepção de bem que deve ser buscado nas sociedades pluralistas, mas sim um tratamento que seja imparcial inclusive entre as diversas concepções razoáveis de bem. Se é apropriado falar-se em um fim último desse tipo de sociedade, este corresponderia antes a propiciar as melhores condições possíveis em que cada um possa desenvolver sua vida de acordo com a sua própria concepção de bem dentro de um sistema justo de cooperação. Embora possam existir no interior da sociedade entidades que visem à promoção de bens específicos e que, em função disso, distribuam benefícios e encargos, os princípios fundamentais que regem os termos de cooperação da

50 É possível sustentar que outros padrões distributivos sejam mais eficientes para promover os fins militares e artísticos nas sociedades dos exemplos. O que interessa à discussão é mostrar como pode operar uma distribuição de bens orientada por um fim último.

sociedade como um todo não devem tomar partido de uma concepção razoável de bem em detrimento das demais. No contexto de sociedades pluralistas, isso seria percebido como mais uma maneira intolerável de criarem-se castas.

A imparcialidade com respeito às concepções razoáveis de bem que os princípios de justiça devem resguardar reforça a noção de que o objeto da justiça deve ser limitado à distribuição dos bens primários através das instituições⁵¹ que compõem a estrutura básica da sociedade⁵². A justiça corresponde a apenas uma das virtudes da vida em sociedade, não sendo os seus princípios por si só suficientes para servir de critério a toda espécie de juízo moral, nem tampouco para determinar a melhor política pública a ser implementada em cada ocasião⁵³.

Porém, apesar de limitado o escopo da justiça, ela se impõe como a primeira virtude da vida em sociedade⁵⁴, excluindo do âmbito do moralmente correto aquilo que não for compatível com os seus princípios:

Um sistema social justo define a margem dentro da qual os indivíduos devem perseguir seus objetivos, e fornece

51 Rawls entende por instituição “um sistema público de regras que define os cargos e posições com seus respectivos direitos e deveres, poderes e imunidades etc.” (RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, p. 47).

52 "Compreende-se por estrutura básica o modo como as principais instituições sociais se articulam em um sistema, e como elas atribuem direitos e deveres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios que resultam da cooperação social." (RAWLS, John. *Political liberalism, op. cit.*, p. 258).

53 RAWLS, John. *Political liberalism, op. cit.*, p. 21, 175.

54 RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, p. 03ss.

uma moldura de direitos e oportunidades dentro da qual e os meios de satisfação pelos quais esses fins podem ser buscados. A prioridade da justiça é em parte responsável por sustentar que os interesses que requerem a violação da justiça não possuem valor algum. Não possuindo nenhum mérito já de início, esses interesses não podem superar as suas exigências.⁵⁵

Como síntese do caminho argumentativo percorrido nesta seção, podemos retomar as exigências apresentadas para que uma concepção de justiça seja capaz de discriminar quais são os critérios de agrupamento de casos que devem receber o mesmo tratamento jurídico aptos a gerar deveres para indivíduos igualmente livres. Viu-se que, em oposição ao que ocorre numa sociedade dividida em castas, a concepção de justiça deve considerar imparcialmente os interesses razoáveis de todos as pessoas, inclusive naquilo que diz respeito às suas concepções de bem. O que concerne à justiça limita-se, em razão disso, à divisão dos bens primários (e dos respectivos encargos) decorrentes da cooperação social, os quais servem de instrumento a qualquer projeto de vida a ser escolhido e perseguido por seres dotados das faculdades morais relativas ao desenvolvimento de uma concepção de bem e do senso de justiça⁵⁶. Na próxima seção, examinar-se-á como a estratégia argumentativa adotada por John Rawls para justificar seus dois princípios de justiça dá conta de atender essas exigências.

55 RAWLS, John. *A theory of justice*, op. cit., p. 28. Ver também RAWLS, John. *Political liberalism*, op. cit., p. 174.

56 Esses conceitos foram explicados no primeiro capítulo.

3.2 Os princípios da justiça como equidade

A questão que orienta a investigação empreendida por John Rawls, em suas próprias palavras, é a de “qual é a concepção de justiça mais apropriada para especificar os termos equitativos da cooperação social entre cidadãos vistos como livres e iguais, e membros da sociedade plenamente cooperativos por toda a vida, de uma geração à outra?”⁵⁷

Conforme foi mostrado na seção anterior, a resposta a essa questão depende de um método apto a considerar os interesses de todos os cidadãos de modo imparcial. A restrição do escopo da justiça à distribuição de bens primários, os quais são úteis independentemente da concepção razoável de bem do indivíduo, é necessária para que o objeto da justiça não se confunda com aquilo que deve ficar a cargo de uma escolha pessoal, em razão da qual ninguém pode ser injustamente discriminado. Mas como garantir a imparcialidade dos critérios que devem orientar a distribuição dos bens primários?

A resposta de Rawls consiste em apresentar uma situação ideal de deliberação dos princípios de justiça, cujas circunstâncias seriam suficientes para garantir a imparcialidade dos resultados. Trata-se de uma situação hipotética, não de um modelo a ser reproduzido tanto quanto possível na realidade. O que importa é que o argumento tenha sucesso de dois modos distintos: em primeiro lugar, que seja verossímil que indivíduos na situação descrita deliberem daquela

57 RAWLS, John. *Political liberalism*, op. cit., p. 03.

forma, chegando àqueles resultados; em segundo lugar, que as características atribuídas à situação sejam suficientes para garantir o caráter justo dos resultados⁵⁸.

Tratar-se-ia, portanto, de um caso de justiça procedimental pura, a qual Rawls opõe às justiças procedimentais perfeita e imperfeita⁵⁹. A justiça procedimental perfeita corresponde à situação em que se tem conhecimento de como os bens devem ser divididos (no exemplo clássico, que todos ganhem uma fatia de torta do mesmo tamanho), e há um procedimento que necessariamente trará o resultado desejado (aquele que divide a torta é o último a escolher a sua fatia, supondo-se que todos estão interessados em obter o maior pedaço possível). Nos casos de justiça procedimental imperfeita, por sua vez, sabe-se o resultado a que se quer chegar (em um processo penal, por exemplo, o réu deve ser condenado às penas previstas ao crime do qual é acusado se e somente se de fato ele o tiver cometido), mas o procedimento, por mais aprimorado que seja (contemplados ampla defesa, contraditório, dilação probatória etc.), não é infalível na obtenção do resultado desejado.

O artifício de que Rawls lança mão para garantir a imparcialidade na escolha dos princípios de justiça consiste em conceber aqueles que participam da deliberação hipotética acerca de seu conteúdo como cobertos por aquilo que ele denominou “véu de ignorância”, o qual não lhes permite conhecer, entre outras coisas, a

58 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 15-19; 120.

59 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 74-75; RAWLS, John. *Political liberalism*, *op. cit.*, p. 72-73.

sua concepção específica de bem, as suas características e capacidades pessoais, e a posição que ocupará na sociedade⁶⁰. Desse modo, exclui-se do processo deliberativo qualquer influência de interesses específicos de algum indivíduo ou de alguma parcela da sociedade que se distinga das demais por algum conjunto de propriedades (crença, raça, modo de vida, classe social, profissão, talento etc.), bem como qualquer forma de barganha.

Por outro lado, tais indivíduos hipotéticos estariam cientes de que, como seres racionais, possuirão na vida real alguma concepção de bem e de que participar da cooperação social lhes proverá, de uma maneira mais efetiva, dos meios para colocá-la em prática (bens primários). Igualmente conhecedores das circunstâncias de justiça (escassez moderada de recursos e altruísmo limitado dos interessados em utilizá-los), buscariam garantir a maior extensão ou quantidade de bens primários possível independentemente da posição que viriam a ocupar na sociedade⁶¹. Não haveria, com efeito, outro modo de obter tal garantia senão preocupando-se em tornar a situação do membro do grupo social menos favorecido a melhor possível do ponto de vista dos bens primários.

Sob as condições descritas, proceder-se-ia ao exame de concepções rivais de justiça⁶². Rawls ocupa-se principalmente em

60 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 118-123.

61 Rawls exclui da deliberação sobre os princípios de justiça desejos motivados pela inveja, pelos quais o indivíduo aceitaria uma quantidade menor de bens primários desde que os demais também fossem prejudicados (RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 124-125).

62 RAWLS, John. *Justice as fairness*, *op. cit.*, p. 83.

mostrar que concepções utilitaristas, em suas diversas versões, seriam rejeitadas. Não cabe reproduzir aqui todos os seus argumentos, nem tampouco o extenso debate que houve sobre o tema⁶³. O que importa é que Rawls levou a sério o requisito de considerar imparcialmente os interesses de todos os cidadãos, elaborando engenhosamente um artifício teórico apto a dar conta de tal exigência. Ademais, por razões que serão expostas ainda nesta seção, seus princípios de justiça podem ser defendidos como uma justificativa para critérios de classificação de casos iguais pelas normas jurídicas dirigida a pessoas igualmente livres, sendo incapaz de legitimar a concessão de privilégios. Segundo o autor, seriam estes os princípios de justiça escolhidos:

(a) Toda pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema completamente adequado de liberdades fundamentais iguais, sendo esse esquema compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e

(b) As desigualdades socioeconômicas devem satisfazer a duas condições: em primeiro lugar, devem estar vinculadas a cargos e posições abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidade; em segundo lugar, devem beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (princípio da diferença).⁶⁴

Esses princípios não entrariam em conflito entre si, pois devem ser aplicados obedecendo-se a uma ordem de prioridade, segundo a

63 Alguns dessas objeções são respondidas em RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 94-104.

64 RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 42-43.

qual o primeiro princípio não pode ser sacrificado em nome do segundo, nem a igualdade equitativa de oportunidade em função do princípio da diferença. Nas palavras de Rawls, “uma liberdade fundamental pode ser limitada ou recusada somente em nome de outra ou outras liberdades fundamentais, e nunca em função de um bem público maior que seja entendido como uma soma líquida mais elevada de vantagens sociais e econômicas para a sociedade como um todo.”⁶⁵

Não é de se estranhar a ordem de prioridade sustentada por Rawls. Afinal, não parece possível se justificar para cidadãos concebidos como igualmente livres qualquer forma de interferência em sua liberdade que não tenha como objetivo a preservação de um igual esquema de liberdades fundamentais de outro cidadão. Em condições normais, não é compatível com a dignidade humana⁶⁶ trocá-la por um estado de maior prosperidade. Se forem analisadas cada uma das liberdades fundamentais, podem-se prever as consequências da renúncia a um esquema menor do que o completamente adequado e igual ao dos demais cidadãos defendido no primeiro princípio. Das liberdades de consciência, pensamento, associação, movimento e escolha de profissão depende o exercício das potências morais relativas à formação e persecução da própria concepção de bem; dos direitos políticos, a capacidade de expressar sua opinião e de participar nas decisões da sociedade – ou na eleição de representantes que as realizarão – com um voto que terá o mesmo

65 *Idem*, p. 111.

66 RAWLS, John. *Political liberalism*, *op. cit.*, p. 318-319, 337-338.

peso dos demais (do contrário, estaria o indivíduo necessariamente submetido a regras cuja elaboração se teria dado por um processo completamente alheio à sua vontade, caracterizando-se a divisão da sociedade em castas intransponíveis de governantes e governados, ou do qual participou em desvantagem); e assim por diante.

A necessidade de que “cargos e posições estejam abertos a todos sob condições de igualdade equitativa de oportunidades” para que não sejam criadas castas no interior da sociedade não parece ser suscetível de controvérsia. A mesma coisa não pode ser dita, no entanto, com respeito ao princípio da diferença. Por um lado, ao permitir a desigualdade na distribuição de riqueza e renda, pode ser acusado de produzir uma classe de privilegiados; por outro, ao condicionar a desigualdade ao incremento na posse desses bens por parte dos menos favorecidos, parece falhar em reconhecer o mérito individual como critério de alocação de recursos, criando uma sociedade na qual os talentosos e esforçados são compelidos a transferir parte do produto de seu talento e esforço a quem em nada contribuiu para sua geração.

A desigualdade de renda e riqueza sem nenhuma espécie de condicionamento constitui um obstáculo à realização de um sistema de cooperação entre pessoas igualmente livres. Ainda que a posse desigual de recursos materiais seja compatível com a igual liberdade de adquiri-los (isto é, com a igual capacidade de ser titular de direitos reais) e, uma vez adquiridos, convertê-los em qualquer mercadoria (liberdade de contratar), ela confere valores necessariamente

dísparas a algumas das liberdades fundamentais⁶⁷ (basta pensar, por exemplo, que a liberdade de viajar para fora do país carece de valor para aqueles que não dispõem dos recursos para fazer a viagem, ou lembrar as famosas acusações de Anatole France contra o formalismo da igualdade jurídica, pela qual tanto o rico quanto o miserável são igualmente proibidos de “dormir debaixo de pontes, mendigar nas ruas e roubar pão”⁶⁸). A condição que Rawls estabelece à desigualdade com respeito a esses bens primários, no entanto, confere ao esquema de liberdades dos menos favorecidos um valor maior do que ele teria em qualquer arranjo alternativo⁶⁹, preservando-se o caráter da sociedade como um empreendimento cooperativo entre indivíduos igualmente livres com vistas ao benefício de todos, conforme o próprio autor explica:

[...] a estrutura básica em duas partes permite uma reconciliação entre liberdade e igualdade. Assim, liberdade e valor da liberdade se distinguem desta maneira: a liberdade é representada pelo sistema completo das liberdades de igual cidadania, enquanto que o valor da liberdade para pessoas e grupos depende da sua capacidade em promover os seus fins dentro da moldura que o sistema define. A liberdade [freedom] entendida como igual liberdade [liberty] é a mesma para todos; a hipótese de compensação por uma liberdade menor do que a igual

67 A noção de *valor da liberdade* foi introduzida por Hart em *Are there any natural rights*, *op. cit.*, p. 175, n. 2.

68 FRANCE, Anatole. *Le lys rouge*. Paris: Calmann-Lévy, 1894, p. 118.

69 À condição expressa nos princípios de justiça (benefício dos menos favorecidos) acrescentem-se algumas outras, tendo-se em vista que, em alguns casos, a mera desigualdade no que concerne ao valor da liberdade já é suficiente para minar a igualdade com respeito a liberdades fundamentais, como é o caso da influência do poder econômico no processo eleitoral (RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 198).

não se levanta. Mas o valor da liberdade não é o mesmo para todos. Alguns possuem mais autoridade e riqueza e, por conseguinte, mais meios de atingir seus objetivos. O valor menor da liberdade é, contudo, compensado, uma vez que a capacidade dos membros menos afortunados da sociedade de atingir seus objetivos seria ainda menor se eles não aceitassem as desigualdades existentes toda vez em que o princípio da diferença é satisfeito. Porém, não se deve confundir a compensação por um valor da liberdade menor com a indenização por uma liberdade desigual. Tomando-se os dois princípios em conjunto, a estrutura básica deve ser ordenada com vistas a maximizar para os menos favorecidos o valor do esquema completo de igual liberdade compartilhado por todos. Isso define a finalidade da justiça social.⁷⁰

Expostos os argumentos que sustentam a desigualdade de renda e riqueza tolerada pelo princípio da diferença como justificáveis perante cidadãos igualmente livres, resta enfrentar a objeção aos princípios de justiça fundada na noção de mérito individual. Cabe qualificá-la, em primeiro lugar, como uma concepção rival de justiça, a qual deve mostrar-se superior à justiça como equidade de Rawls como justificação última dos critérios de igualdade das normas de um sistema jurídico legítimo. Com isso, excluem-se os argumentos que se apresentam como metafísicos – e, portanto, moralmente neutros – em seu favor, tais como o de que a pessoa estende a propriedade absoluta que possui sobre o seu próprio corpo àquilo que é produzido por meio de seu trabalho. Em uma discussão sobre justiça, afirmar que o bem produzido deve ser distribuído ao seu produtor com

⁷⁰ *Idem*, p. 179.

fundamento na tese da aquisição pelo trabalho constitui petição de princípio⁷¹.

Reconhece-se, entretanto, que a avaliação do resultado da conjunção de aptidão e esforço corresponde a um critério legítimo de distribuição de certo tipo de bem em determinados contextos, como as notas na universidade ou prêmios em festivais de cinema. Não seria o caso de também empregá-la como critério para a distribuição de bens primários no âmbito da estrutura básica da sociedade?

Os princípios de justiça de Rawls não acolhem a noção de mérito tal como ela aparece nos exemplos acima. Sua teoria da justiça, ao invés, rejeita-a explicitamente por considerá-la fundada em fatores moralmente arbitrários, os quais não devem determinar por si só a parcela de bens primários que cabe a cada um. Afinal, não é objeto de escolha de ninguém as suas aptidões e disposições inatas, nem tampouco as oportunidades que terá de desenvolvê-las⁷². Além disso, conforme exposto na seção anterior, a estrutura básica de uma sociedade pluralista não deve promover uma concepção de bem em detrimento das demais, o que está por trás da definição de mérito nos

71 Para não mencionar o caráter obscuro da tese da propriedade da pessoa sobre o seu próprio corpo.

72 RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 55; "Os dois princípios (...) parecem constituir uma base equitativa [*fair*] sobre a qual os mais dotados, ou os mais afortunados devido à sua posição social – duas coisas das quais não podemos nos considerar merecedores – poderiam esperar a cooperação voluntária dos demais quando algum esquema viável se impõe como condição necessária ao bem-estar de todos. Uma vez que tenhamos decidido obter uma concepção de justiça que impeça o uso dos acidentes da dotação natural e as contingências das circunstâncias sociais como trunfos na busca por vantagens políticas e econômicas, somos conduzidos a esses princípios. Eles exprimem o resultado de não se levar em consideração os aspectos do mundo social que parecem arbitrários de um ponto de vista moral." (RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, p. 13-14; ver também *idem*, p. 88.)

âmbitos da universidade (onde se devem promover determinadas formas de conhecimento) e das premiações de artistas (as quais devem ser guiadas pelos critérios de excelência de cada arte)⁷³.

Pode-se dizer, todavia, que a noção de mérito é antes redefinida do que abandonada por Rawls, que prefere falar em *expectativas legítimas*⁷⁴. A redefinição consiste em adaptá-la às condições de imparcialidade de uma concepção de justiça como equidade. Em primeiro lugar, cabe lembrar que os menos favorecidos a serem beneficiados pela aplicação do princípio da diferença participam do empreendimento comum de cooperação⁷⁵. Não há espaço, portanto, para a acusação de que viveriam às custas dos demais, sem a necessidade de esforço: não há expectativa legítima de compartilhar as vantagens da vida em sociedade para aqueles que não contribuem minimamente.

Em segundo lugar, o mesmo princípio da diferença permite que aqueles responsáveis por uma contribuição efetiva maior para elevar o nível de vida de todos comparativamente com outros arranjos distributivos (o que se afere pela situação dos menos favorecidos) tenham a expectativa legítima de usufruir uma parcela maior da riqueza socialmente produzida. Na base da noção de expectativa legítima, a qual deve orientar as instituições da estrutura básica da sociedade, não se encontra uma das diversas concepções razoáveis

73 RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 73.

74 RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, p. 273-277; RAWLS, John. *Justice as fairness, op. cit.*, p. 73-75.

75 RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, p. 13.

de bem existentes em uma sociedade pluralista, mas sim o interesse comum de concidadãos que se veem como igualmente livres⁷⁶:

[...] os princípios de justiça são os princípios da cooperação voluntária entre iguais. Privar alguém da justiça significa ou recusar reconhecê-lo como um igual (alguém em função do qual estamos preparados a reprimir nossas ações em virtude de princípios que escolheríamos em uma situação de igualdade que é equitativa [fair]), ou manifestar uma disposição em explorar as contingências da sorte e do acaso naturais com vistas à nossa própria vantagem.⁷⁷

O resultado parcial deste capítulo é que a satisfação de princípios substanciais de justiça obtidos por meio da consideração imparcial dos interesses de cada cidadão acrescenta-se às outras duas condições de justificabilidade dos deveres jurídicos: o seu fundamento em regras gerais e a preservação do caráter justo da regra na sua aplicação ao caso particular. Uma vez tendo sido defendida a concepção de justiça como equidade de John Rawls como a que melhor atende à nova exigência, são os seus princípios de justiça que definem o caráter justo de uma norma jurídica e que devem ser observados na sua aplicação. A partir disso, serão discutidos, em seguida, o fundamento dos deveres jurídicos e, na última seção deste capítulo, as dificuldades de tratarem-se igualmente casos iguais tomando-se apenas os princípios de Rawls como guia.

76 Uma posição semelhante, segundo a qual só deve ser de algum modo recompensado aquele que efetivamente serviu ao interesse comum, é defendida em SIEYÈS, *op. cit.*, p. 07.

77 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 336-337.

3.3 O fundamento substancial dos deveres jurídicos

Conforme a distinção de Hart exposta no primeiro capítulo, referimo-nos a fatos diferentes quando dizemos que alguém *foi obrigado a* ou que alguém *tem a obrigação de (deve)* fazer alguma coisa. Isso fica claro com exemplos do conjunto de situações em que alguém é obrigado a fazer alguma coisa correspondente aos atos de coerção praticados pelos agentes estatais e da classe de deveres preenchida pelos deveres jurídicos. Afinal, nem todos os atos coercitivos praticados por agentes estatais no exercício da sua função estão necessariamente vinculados à imposição de deveres jurídicos (pode-se imaginar, por exemplo, um ordenamento que confira um poder discricionário ilimitado aos seus oficiais com respeito ao tratamento de uma parcela da população), assim como um dever jurídico subsiste ao seu destinatário ainda que o poder coercitivo estatal não tenha sido empregado para impô-lo. Mas por que se buscar precisamente uma correlação entre atos de coerção praticados pelos agentes estatais e deveres jurídicos, e não de qualquer um dos termos com outro subconjunto das situações em que alguém é obrigado a ou tem a obrigação de fazer alguma coisa?

Pode-se explicar a correlação recorrendo-se a duas ideias. A primeira é a de que apenas as interferências do Estado na liberdade individual que visam à imposição de deveres jurídicos podem, preenchidos os requisitos de justificabilidade, ser consideradas como uso legítimo da força. A segunda, a de que, por uma questão de justiça, todos aqueles que descumprem um dever jurídico teriam de

receber as sanções previstas pelas respectivas normas. No que tange a este último ponto, Hart fundamenta a necessidade de sanções com o seguinte argumento:

As 'sanções' são exigidas não como o motivo normal para a obediência, mas como uma garantia de que aqueles que obedeceriam voluntariamente não serão sacrificados por aqueles que não o fariam. Obedecer sem essa garantia equivaleria a correr o risco de arruinar-se. Em virtude desse perigo permanente, o que a razão requer é a cooperação voluntária em um sistema coercitivo.⁷⁸

A restrição da possibilidade de uso legítimo da força estatal à imposição de deveres jurídicos pode, por sua vez, ser defendida pelos seguintes argumentos. Em primeiro lugar, como mostrou Lon Fuller, a sua realização em certa medida é imprescindível ao funcionamento do direito como meio de orientação do comportamento dos membros de uma sociedade⁷⁹. Um alto grau de incongruência entre aquilo que é exigido dos cidadãos pelas normas jurídicas – seja qual for a sua origem – e ação dos oficiais (o exemplo mais dramático é a punição indiscriminada de culpados e inocentes, sem o devido processo legal) acaba por impedir que o direito exerça sua função de ordenar a cooperação social, uma vez que, sendo a aplicação de sanções completamente arbitrária, o sistema jurídico se torna incapaz de fornecer qualquer tipo de razão para que se prefira agir de uma forma em vez de outra.

78 HART, *op. cit.*, p. 198.

79 FULLER, Lon. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1964, p. 38; 81-91.

Em segundo lugar, ainda que um certo nível de descompasso entre o que é previsto nas normas – ou aquilo que delas se depreende pelo raciocínio analógico, conforme exposto no segundo capítulo – e os atos de coerção praticados pelos agentes estatais não impeça o funcionamento do direito, cabe ressaltar que a congruência constitui em si mesma um valor a ser promovido⁸⁰. Em um empreendimento ideal de cooperação social entre pessoas igualmente livres, é legítimo criar a expectativa de que sua liberdade não será violada pelo poder estatal senão em virtude da aplicação da sanção correspondente ao descumprimento de um dever jurídico justificadamente inferido⁸¹ de normas instituídas pelos procedimentos publicamente reconhecidos como aptos para tal função (ou, secundariamente, em virtude da investigação do descumprimento de um dever jurídico nos limites impostos pela cláusula do devido processo legal).

Em terceiro lugar, os princípios de justiça de Rawls, defendidos nas seções anteriores deste capítulo, não permitem a imposição pela força estatal de deveres que provenham de concepções morais abrangentes sem que as normas de que derivam tais deveres tenham sido criadas por um procedimento publicamente reconhecido como apto para tal função, do qual também se exige a conformidade com os dois princípios, principalmente naquilo que diz respeito à observância das iguais liberdades políticas. Conforme afirmado repetidas vezes, a estrutura básica de uma sociedade pluralista não pode promover uma determinada concepção de bem mais abrangente do que aquela

80 *Idem*, p. 41-44.

81 Ou seja, com a observância dos requisitos de justificabilidade.

obtida se respeitando as condições de imparcialidade – muito menos impô-la à força. Todavia, como se verá na próxima seção, os princípios de justiça sofrem de algumas limitações, as quais fazem a sua implementação por meio de normas jurídicas depender da consideração de fins que são com eles compatíveis mas que deles não podem ser inferidos. Certamente isso abre espaço para a introdução de concepções razoáveis de bem na instituição de deveres jurídicos. Os princípios de justiça, contudo, estabelecem determinadas condições para que os procedimentos responsáveis por criar essas normas sejam legítimos: em linhas gerais, que todos, diretamente ou por meio de seus representantes, possam deles participar em pé de igualdade.

De qualquer modo, o ordenamento jurídico necessita ter um conteúdo mínimo para que, nas circunstâncias presentes nas sociedades humanas, possa desempenhar sua função de tornar viável a cooperação social, independentemente da moralidade de seus fins últimos ou do caráter justo da distribuição de bens e encargos⁸². De acordo com Hart, nenhum sistema de cooperação social consegue manter-se – que dirá prosperar – sem possuir regras que estipulem “de alguma forma restrições ao uso livre da violência, ao furto e à fraude (...).”⁸³ Além disso, devido à escassez moderada de recursos, a alocação de direitos sobre os meios de produção e os resultados da cooperação social tem de ser disciplinada⁸⁴. Por fim, o próprio

82 HART, *op. cit.*, p. 91; 193-200. Rawls endossa essa tese em *Political liberalism*, *op. cit.*, p. 109-110, n. 15.

83 HART, *op. cit.*, p. 91.

84 *Idem*, p. 196.

ordenamento jurídico pode incrementar as formas de interação cooperativa por meio da criação de figuras contratuais e de instrumentos de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, conferindo segurança e previsibilidade às relações⁸⁵. Sem uma regulação mínima das transações entre indivíduos, entretanto, a possibilidade de cooperação se extingue.

Uma vez reunidos todos os requisitos apresentados para a justificação de um dever jurídico e estabelecido o seu vínculo com a legitimidade do emprego da coerção, acredita-se obter o conjunto suficiente de condições, a seguir sumariadas, para justificar que se cobre por meio de atos coercitivos o cumprimento do dever por parte do destinatário, se considerado como igualmente livre:

(1) o dever jurídico tem de estar fundado em uma norma que satisfaça as seguintes exigências:

a) seja geral, de maneira a proporcionar a sua incidência a todos os casos iguais;

b) tenha sido instituída por um procedimento⁸⁶:

b1) publicamente reconhecido como apto para tal função;

b2) que divida de maneira justa o poder de criar normas entre os cidadãos, no caso de o dever ir de

85 *Idem*, p. 196-197.

86 Ou que tenha sido recepcionada por uma comunidade política cujo procedimento de criação de normas preencha as mesmas condições.

encontro à concepção de bem de seu destinatário
(se tal concepção for razoável).

c) seja compatível com uma concepção de justiça cujos princípios foram obtidos em condições de imparcialidade (foi defendida a concepção de Rawls neste trabalho).

(2) o sistema jurídico ao qual a norma pertence deve preencher os seguintes requisitos:

a) o ordenamento tem de dispor do conteúdo mínimo necessário para que seja possível a cooperação social, e o destinatário do dever tem de estar protegido pelas regras que correspondem a esse conteúdo mínimo;

b) a conduta dos agentes estatais deve ser na maior parte das vezes congruente com o que se encontra previsto em suas normas;

c) os destinatários de suas normas obedeçam-lhes na maior parte das vezes;

d) o descumprimento dos deveres decorrentes de suas normas acarrete, na maior parte das vezes, um risco considerável de sofrer-se uma sanção.

(3) a imposição do dever jurídico decorrente da aplicação de uma norma geral considerada justa segundo a concepção de justiça referida acima não pode resultar em um emprego injusto do aparato coercitivo segundo essa mesma concepção.

Algumas ressalvas, porém, devem ser feitas à condição 1c, pois, caso contrário, ela seria demasiadamente exigente, a ponto de negar, por exemplo, que a grande maioria – se não todos – dos sistemas tributários existentes no mundo seja capaz de gerar deveres jurídicos justificáveis a indivíduos igualmente livres, na medida em que não segue à risca o princípio da diferença, quando, na realidade, vários desses sistemas imperfeitos permitiram historicamente avanços significativos no nível de vida dos menos favorecidos. Condicionar a justificabilidade dos deveres jurídicos à situação ideal de pleno cumprimento dos princípios de justiça seria, portanto, contraproducente para a sua própria promoção nas sociedades reais: uma certa medida de injustiça deve ser tolerada por pessoas igualmente livres em nome da manutenção da cooperação social e, por conseguinte, da possibilidade de torná-la mais justa. Há, todavia, limites à legitimidade para impor deveres por parte de normas que não sejam adequadas aos princípios de justiça, conforme expõe Rawls: “(...) a longo prazo, o fardo da injustiça deve ser distribuído de maneira mais ou menos paritária entre diferentes grupos na sociedade, e o sofrimento por políticas injustas não deve ser demasiadamente pesado em qualquer caso particular.”⁸⁷

Com a enumeração desses requisitos, é possível distinguir a imposição de deveres jurídicos a indivíduos igualmente livres que se beneficiam de um sistema de cooperação social de atos de pura força praticados pelos agentes estatais contra aqueles que são, nas

87 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 312.

palavras de Hart, “vítimas [do sistema], não seus beneficiários”⁸⁸. No primeiro caso, o poder coercitivo é empregado “apenas contra os malfeitores, os quais, embora desfrutem da proteção das regras, mesmo assim as infringem de maneira egoísta”; no segundo, “para subjugar e manter em uma posição de inferioridade permanente o grupo de súditos”. Nesta última hipótese, “não há nada no sistema para aqueles de tal modo oprimidos que recomende a sua lealdade, mas apenas o que temer.”

Nas interações entre indivíduos que se veem como igualmente livres, o fundamento último característico do dever jurídico reside naquilo que Rawls, seguindo Hart, denominou princípio de equidade [*principle of fairness*]:

Esse princípio sustenta que uma pessoa deve fazer a sua parte conforme definem as regras de uma instituição, quando duas condições são satisfeitas: primeiro, a instituição é justa [just] (ou equitativa [fair]), isto é, ela satisfaz os dois princípios de justiça; segundo, a pessoa aceitou voluntariamente os benefícios do sistema ou tirou proveito das oportunidades que ele oferece para promover seus interesses. A ideia central é a de que, quando um certo número de pessoas toma parte em um empreendimento cooperativo mutuamente vantajoso ordenado por regras, e com isso restringe a sua liberdade nas maneiras necessárias para produzir vantagens para todos, os que se submeteram a essas restrições possuem o direito a uma anuência similar da parte dos que se beneficiaram com a sua submissão. Não devemos nos aproveitar dos esforços

88 HART, *The concept of law, op. cit.*, p. 201.

cooperativos dos outros sem contribuirmos com a quota que nos cabe por justiça [fair share]. Os dois princípios de justiça definem o que corresponde a uma quota justa [fair share] no caso das instituições pertencentes à estrutura básica. Portanto, se esses arranjos institucionais são justos, cada pessoa recebe a quota que lhe cabe por justiça quando todos (inclusive ela) fizerem a sua parte.⁸⁹

Para que o princípio da equidade seja capaz de subsistir como uma razão para a ação, ressalta-se mais uma vez a importância do caráter coercitivo do direito como garantia de que a maior parte das outras pessoas também cumprirá os deveres que lhes cabe no empreendimento cooperativo. De outra forma, a existência de indivíduos que se aproveitam do esforço alheio sem fazer a sua parte – em outras palavras, os privilegiados *de facto*, ainda que não *de iure* – abalaria a confiança no sistema daqueles dispostos a cooperar. Na ausência de razões para crer que as restrições à liberdade serão observadas pela grande maioria e que as chances de que os aproveitadores prosperem impunes sejam seriamente combatidas pelos aparatos estatais, o cumprimento dos encargos pode se tornar um sacrifício injustificável pelo princípio da equidade.

A justificação dos deveres jurídicos para cidadãos igualmente livres não se confunde, no entanto, com a questão moral que se ocupa em determinar o que é correto fazer em cada situação particular – ou seja, o que dever ser feito *tout court*. O princípio de equidade corresponde ao fundamento último da moralidade pública, a

89 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 96; HART, H. L. A. Are there any natural rights, *op. cit.*, p. 185-186.

qual diz respeito às interações no âmbito da estrutura básica da sociedade, mas essa não é a única dimensão moral, nem possui necessariamente prevalência sobre as demais dimensões. São concebíveis casos de deveres jurídicos que, embora perfeitamente justificáveis, não correspondem àquilo que deve ser feito nas circunstâncias particulares. Como exemplo, podemos pensar no pai que corretamente prefere usar o dinheiro que lhe resta para tentar salvar a vida de seu filho em vez de quitar uma dívida já vencida.

Tampouco o princípio de equidade constitui a única – ou mesmo a principal – razão moral para que se conforme a ação àquilo que é exigido pelas normas jurídicas. Por exemplo, matar alguém é, salvo em circunstâncias excepcionais, moralmente errado, independentemente da incidência do princípio da equidade. Isso explica o fato de mesmo as vítimas de um sistema jurídico extremamente injusto, que não possuem razão nenhuma para tomar as suas ordenações como deveres jurídicos, terem ainda assim, extrajuridicamente, razões morais para agir em conformidade com aquilo que vem a ser parte de suas prescrições (por exemplo, limitar o uso da violência à autodefesa ou a certo tipo legítimo de tentativa de derrubar o regime opressor, pagar determinadas dívidas etc.). Na medida em que são razões que passam ao lado daquelas fornecidas pelo ordenamento jurídico, não denotam nem lealdade a este último, nem medo de sofrer a punição por ele estipulada.

Por fim, cabe lembrar que não é inconcebível uma situação em que os privilegiados por um sistema jurídico opressor acreditem sinceramente na aptidão deste último para gerar deveres genuínos

para a casta oprimida, ou que mesmo as próprias vítimas empreguem as regras que lhes desfavorecem como guia para orientar a sua conduta e julgar a dos demais. No primeiro caso, os privilegiados não veem os demais como igualmente livres; no segundo, os oprimidos não se veem como pessoas livres como as outras.

Tendo sido examinadas as condições que tornam justificáveis para pessoas igualmente livres atos estatais de coerção, passaremos à discussão de como esses requisitos devem operar na justificação das decisões judiciais que ordenam (ou ameaçam) tais atos. Obviamente, a satisfação daqueles que se referem ao sistema jurídico (item 2 na lista acima) não precisa (quase) nunca ser explicitada pelo julgador, e, em muitos casos, basta a referência à norma à qual o caso se enquadra, pois o cumprimento das demais exigências é praticamente evidente. Quando não for este o caso, no entanto, deve-se recorrer a certo tipo de argumento para justificar a decisão. Esse será o objeto do próximo capítulo, que o enfrentará diretamente na seção 4.5. Por ora, serão apresentados os desafios impostos pelos requisitos de justificabilidade de que os métodos argumentativos terão de dar conta.

3.4 Dificuldades na aplicação

A fundamentação da decisão judicial corresponde, no mínimo, à explicitação de quais normas jurídicas serviram de base aos atos ordenados pelo juiz. Nos casos em que não há controvérsia quanto à validade jurídica da norma, nem quanto à sua correta formulação,

nem quanto à sua incidência sobre o caso concreto, isso equivale a tudo de que se precisa para assinalar a congruência com o direito da prestação jurisdicional e que o tratamento dela recebido corresponde àquele que é devido a todos os casos iguais. Mesmo a essa hipótese, entretanto, aplicar-se-ia o requisito de justificabilidade segundo o qual a imposição do dever jurídico decorrente da aplicação de uma norma geral considerada justa – de acordo com uma concepção de justiça cujos princípios foram obtidos em condições de imparcialidade – não pode resultar em um emprego injusto do aparato coercitivo segundo essa mesma concepção. Em virtude da ausência de controvérsia a seu respeito, presumir-se-ia a sua satisfação na fundamentação apresentada pelo julgador. O que não se pode conceber como aceitável é a decisão judicial embasada apenas na validade jurídica de uma regra, conforme sustenta Nigel Simmonds:

Uma vez que uma sentença não é uma prestação de contas à autoridade superior, mas dirige-se aos litigantes (entre outros), a justificação não pode consistir simplesmente em uma demonstração de que determinadas regras aceitas pelos juízes foram corretamente aplicadas: a sentença precisa demonstrar ou presumir tacitamente que a aplicação daquelas regras foi, por si mesma, apropriada e justificável da perspectiva de valores que os litigantes devem aceitar e apoiar.⁹⁰

Constitui um desafio para a fundamentação de uma decisão judicial resolver adequadamente uma controvérsia acerca da preservação do caráter justo de uma norma jurídica em sua aplicação

90 SIMMONDS, Nigel. *Law as a moral idea*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 136.

ao caso concreto. Uma vez tendo sido a concepção de justiça como equidade de Rawls que defendemos, será a partir dela que analisaremos as dificuldades que tal desafio apresenta e que os mecanismos argumentativos a serem sugeridos no próximo capítulo devem, de algum modo, dar conta.

Um aspecto positivo da concepção de Rawls para a realização de tal tarefa é o fato de ela estabelecer, de modo argumentado, uma hierarquia entre os seus princípios de justiça, conforme foi visto na seção 3.2. Isso permite, por exemplo, justificar o afastamento de uma norma jurídica que tenha o objetivo impulsionar o desenvolvimento econômico da comunidade política caso a sua aplicação viole uma liberdade fundamental, por mais que os resultados previstos possam beneficiar os menos favorecidos⁹¹. Essa é uma grande vantagem em comparação à utilização de um marco teórico intuicionista na fundamentação das decisões judiciais, o qual não fornece regra alguma de prioridade para avaliar o peso conferido pelo direito a cada um dos fins em conflito no caso concreto⁹².

A hierarquia entre os princípios de justiça não serve para solucionar, contudo, conflitos entre fins protegidos pelo mesmo princípio, como o conflito entre liberdades fundamentais. Ademais, a própria caracterização de uma situação como violação de um princípio pode ser alvo de controvérsia entre pessoas razoáveis, consoante admite Rawls:

91 Isso ficará mais claro com a análise do caso Pinheirinho, que será realizada no fim do próximo capítulo.

92 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 30.

Em certa medida, todos os nossos conceitos, e não apenas conceitos morais e políticos, são vagos e suscetíveis a casos difíceis; essa indeterminação implica que temos que depender de juízos e de interpretações (e de juízos sobre interpretações) que se encontram dentro dos limites possíveis (não especificáveis de maneira nítida) da discordância entre pessoas razoáveis.⁹³

Além de sujeita à controvérsia, a percepção de uma situação concreta como um caso de violação de um princípio está, muitas vezes, longe de ser trivial. Apenas um olhar aguçado sobre os fatos permite distinguir, por exemplo, os limites tênues entre um caso de exercício legítimo do direito de criticar garantido pela liberdade de expressão (liberdade fundamental protegida pelo primeiro princípio) e um atentado à honra alheia por meio de injúria.

Outro problema para fundamentar a aplicação das normas jurídicas apenas com recurso aos princípios de justiça é que eles são o produto de um mecanismo argumentativo de abstração, o que, por um lado, permitiu que fossem endossados em circunstâncias ideais de imparcialidade, mas que, por outro, faz com que não ofereçam nem sequer uma resposta vaga a grande parte dos problemas com a determinação do escopo das normas jurídicas a partir da consideração dos fins promovidos pelo ordenamento, tal como eles foram descritos no segundo capítulo. Nenhuma interpretação plausível dos princípios de justiça, nem tampouco o recurso ao véu de ignorância seriam capazes de decidir as questões mezinhas sobre a

93 RAWLS, John. *Political liberalism*, op. cit., p. 56.

abrangência dos patinetes motorizados pela regra que proíbe veículos no parque, ou dos leitores eletrônicos pela norma que concede imunidade tributária aos livros.

O que ocorre é que, embora a satisfação dos princípios de justiça tenha prioridade em relação à promoção de qualquer outra virtude social, muitas vezes os fins protegidos pelo ordenamento jurídico são determinados com vistas a essas outras virtudes, cuja busca só pode ser verificada com recurso a escolhas da comunidade ou a elementos dos seus contextos histórico e cultural particulares. Evidentemente, os fins perseguidos, que orientarão os critérios de igualdade de tratamento a serem estabelecidos pelas normas, devem passar pelo crivo dos princípios de justiça para que sejam justificáveis a cidadãos igualmente livres; o que não se obtém é a sua derivação tão-somente a partir dos princípios.

As limitações, aqui apresentadas, da concepção de justiça de Rawls para auxiliar o julgador na tarefa de fundamentar a aplicação da norma jurídica ao caso concreto apontam a necessidade de buscarem-se mecanismos complementares ao da deliberação hipotética sobre princípios de justiça em condições ideais de imparcialidade. Tais mecanismos devem de alguma forma contribuir para uma redução considerável dos problemas postos pelo caráter vago e abstrato dos princípios⁹⁴, bem como fornecer algumas diretrizes para a correta percepção dos fatos pelo juiz segundo a ótica

94 O ideal de um mecanismo argumentativo cogente, ou mesmo a ideia de uma autoridade responsável por dar a palavra final sobre o assunto, é descartado por Rawls, que confere a cada cidadão a tarefa de interpretar os princípios (RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, p. 342).

do ordenamento, sem contudo abrir mão da imparcialidade de que necessita uma justificação dirigida a cidadãos igualmente livres.

O próximo capítulo tentará suprir as limitações expostas com recurso à ideia de Rawls segundo a qual os princípios de justiça, até atingirem os casos particulares, são especificados por meio de estágios deliberativos em que o véu de ignorância é erguido gradualmente para que as circunstâncias relevantes sejam levadas em consideração. Na medida em que esse método se revela apenas parcialmente satisfatório à solução dos problemas de vagueza e abstração e incapaz de dar conta da questão da percepção correta dos fatos, mostrar-se-á a utilidade do mecanismo do espectador imparcial de Adam Smith como método complementar.

4. A APLICAÇÃO DO DIREITO ORIENTADA PELAS CONDIÇÕES FORMAIS E SUBSTANCIAIS DE JUSTIFICAÇÃO

Conforme se pretendeu esclarecer no segundo capítulo, os princípios de justiça de John Rawls constituem apenas um guia abstrato para a descoberta, a avaliação e a hierarquização dos fins promovidos por um ordenamento jurídico. Embora Rawls descreva como seus princípios de justiça podem ser traduzidos judicialmente por intermédio de estágios de deliberação⁹⁵, sua teoria não dá conta de uma dimensão essencial da justificação de uma decisão judicial: a percepção de quais fins juridicamente protegidos encontram-se em jogo e em que medida cada um deles é afetado nas circunstâncias do caso particular.

Este capítulo tem como objetivo indicar como pode ser suprida tal lacuna presente no tratamento conferido à deliberação judicial pela teoria de Rawls no que diz respeito à satisfação das exigências de justificabilidade apresentadas na introdução. Para tanto, recorrer-se-á à teoria dos sentimentos morais de Adam Smith, a qual busca elucidar em que consiste a prática social do juízo moral sobre situações particulares a partir de sua descrição detalhada.

Smith não se limita, porém, a descrever aquilo que as pessoas geralmente creem que deve ser feito em certas circunstâncias ou mesmo o seu comportamento regular. Se assim fosse, sua filosofia moral não serviria aos propósitos deste capítulo, pois os problemas

95 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 171-176.

da justificação, como visto no segundo capítulo, ocorrem exatamente quando o direito tal como ele se encontra positivado não oferece ao caso concreto uma resposta justificável. Seria estranho, em razão disso, que a moralidade vigente em uma determinada sociedade, que apresenta limites semelhantes a quem lhe interpreta, fornecesse a solução procurada.

O que permite que a investigação levada a cabo por Smith nos auxilie é o fato de ela não ter por fim enumerar os objetos de amor, ódio, elogio ou censura em um determinado contexto social, mas, em vez disso, preocupar-se com aquilo que torna nossas ações e nossos caracteres amáveis ou odiosos, dignos de elogio ou de censura – em suas palavras, aquilo que é “o objeto natural e apropriado” de amor ou ódio, elogio ou censura⁹⁶. Não trata apenas, portanto, de mostrar como as pessoas formam suas crenças morais e avaliam sua conduta e a dos outros, mas também buscar um mecanismo aceitável de submeter essas crenças a um exame crítico.

Adam Smith identifica esse mecanismo na figura do espectador imparcial. Os sentimentos e as ações são julgados corretamente não a partir de uma perspectiva interessada, mas sim se usando como padrão de comparação as reações com as quais alguém razoável, sem nenhum interesse em jogo na situação e com pleno conhecimento das circunstâncias, criaria empatia.

Esse mecanismo não esgota, entretanto, a investigação sobre o

96 SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Oxford: Oxford University Press, 1976, III.2, § 1.

que deve ser feito em cada situação. Dois espectadores imparciais podem discordar no seu julgamento se, apesar de avaliar o caso com imparcialidade, empregarem dois padrões de avaliação distintos, provenientes de formações morais divergentes. Certamente a imparcialidade é um traço essencial da moralidade crítica, pois, para identificar o que é certo e o que é errado, devemos abstrair nossos próprios interesses e os interesses de outras pessoas envolvidas – afinal, uma das partes que litiga nunca será bom juiz da própria causa. Contudo, embora seja uma condição necessária, ela é insuficiente para estabelecer a correta avaliação moral de uma conduta, o que implicaria ademais a correção do padrão aplicado imparcialmente pelo espectador. Cabe lembrar que Adam Smith o caracteriza como equitativo [*fair*], reportando-nos a uma concepção anterior de equidade, conforme se pretende deixar claro na próxima seção.

Após essa breve exposição acerca de como Smith concebe o espectador imparcial em sua *Teoria dos sentimentos morais*, seguiremos John Rawls e distinguiremos diferentes estágios de deliberação na formulação de um sistema jurídico justo e na aplicação de suas regras de forma a preservar na decisão do caso concreto a sua qualidade de justo. O objetivo disso é, em seguida, analisar os possíveis usos e limites da figura do espectador imparcial em cada um dos estágios de deliberação, partindo-se do escrutínio dos princípios de justiça que devem orientar a formação das instituições básicas da sociedade e especificar uma concepção de equidade, passando-se pela deliberação acerca das melhores regras para uma comunidade política, até chegar às decisões sobre casos particulares

realizadas pelo juiz. Em cada um desses estágios, métodos auxiliares ao do espectador imparcial vão sendo sugeridos para elaborar uma concepção de equidade que vai se tornando cada vez menos abstrata à medida que se passa da discussão dos princípios de justiça para a investigação das regras jurídicas consideradas em sua universalidade, para por fim servir de padrão de avaliação para o juiz, que deve encarnar o espectador imparcial na aplicação do direito ao caso concreto, com as dificuldades peculiares dessa etapa deliberativa.

4.1 Síntese da filosofia moral de Adam Smith: simpatia e imparcialidade

Pode-se sintetizar o pensamento moral de Adam Smith, para os fins deste trabalho, distinguindo duas etapas do argumento de sua obra *A teoria dos sentimentos morais*. A primeira investiga como os homens formam seus juízos de aprovação ou reprovação da conduta alheia. A segunda, como formam seus juízos sobre aquilo que é realmente digno de aprovação ou reprovação em suas próprias condutas, independentemente do fato de outra pessoa aprová-lo ou reprová-lo. São esses últimos juízos, e não os primeiros, que contêm autêntico valor moral, como ficará mais claro a seguir⁹⁷.

A chave para se compreender o que se encontra por trás dos juízos de aprovação ou reprovação, segundo Smith, reside na presença ou ausência da capacidade de tomar para si os sentimentos

97 SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*, op. cit., III.2, § 1-4.

e motivos do agente, o que ele denomina *simpatia*⁹⁸. Entretanto, a simpatia não é concebida como imediata, mas sim mediada pela imaginação. Não temos sentimentos correlatos àqueles sentidos pelo indivíduo que julgamos, nem fazemos ideia de seus motivos, senão imaginando-nos em sua situação⁹⁹. Se, ao fazermos isso, conseguimos de alguma maneira compartilhar os sentimentos originais ou endossar os seus motivos, aprovamos a reação do outro às circunstâncias em que se encontrava; caso contrário, reprovamo-la.

Smith não exige, todavia, que os sentimentos provenientes da simpatia correspondam exatamente aos originais. Ele admite que sejam de uma intensidade diferente – afinal, a situação é apenas imaginada, e não sofrida na própria pele – e até mesmo de espécie diferente. Tudo que se requer é que sejam sentimentos concordantes, apontando a mesma conduta, e que a diferença de intensidade não seja devido a uma reação desproporcional de quem está sendo julgado à situação em que se encontra, mas sim à diferença entre sofrer a situação e imaginar-se no lugar de quem a sofreu¹⁰⁰.

No entanto, embora a simpatia de um espectador real seja o fundamento da sua aprovação moral, ela não pode ser a medida

98 *Idem*, l.i.3.

99 *Idem*, l.i.1, § 2.

100 *Idem*, l.i.4, § 8. Na sequência do texto, Smith dá o seguinte exemplo: o que é raiva naquele envolvido na situação contemplada, torna-se indignação no espectador imparcial, o qual não deseja nenhuma punição maior do que qualquer outra pessoa indiferente ficaria satisfeita em ver ser executada, consistido, assim, em um sentimento mais equitativo. (*Idem*, l.i.5, § 4)

daquilo que é digno de aprovação ou de reprovação. Podem ser identificados três problemas que perturbariam a correta avaliação moral por parte do espectador. O primeiro diz respeito ao seu conhecimento limitado sobre como o agente percebe a situação em que se encontra: basta considerarmos que avaliam a conduta de Édipo de maneira completamente diferente aqueles que sabem que ele ignorava quem eram seus pais (supondo-se, é claro, que o importante para tal avaliação é a intenção do agente). A segunda concerne à influência dos interesses e inclinações do espectador em seu juízo moral. É muito mais fácil simpatizar com os sentimentos de nossos amigos do que com os de nossos inimigos, por exemplo. Por fim, ainda que o espectador tenha posse de todas informações relevantes para a formação de seu juízo e que ele examine o caso com indiferença, sua avaliação moral pode ser prejudicada por uma falha em seu caráter, a qual corromperia o seu senso moral e, por conseguinte, os seus critérios de avaliação.

Parece haver uma tensão entre os dois primeiros problemas, pois a questão do conhecimento limitado da situação daquele a ser avaliado moralmente apenas não se põe quando alguém faz o papel de juiz de si mesmo. Nesse caso, porém, tem-se a mais forte ameaça de que o nosso juízo moral seja corrompido pelos nossos interesses e inclinações. Como podemos abstraí-los ao julgarmos nós mesmos?

Segundo Smith, só aprovamos genuinamente a nossa própria conduta quando a julgamos da perspectiva de um espectador

imparcial¹⁰¹. Através de mais um exercício da faculdade da imaginação, concebemos como seríamos avaliados por alguém a quem atribuíssemos a qualidade de equitativo e cujos interesses fossem inteiramente indiferentes aos resultados da nossa ação. Essa pessoa, na medida em que imaginada por nós, teria acesso completo ao modo como percebemos a situação na qual agimos, e a sua aprovação consistiria no fato de acreditarmos que ela simpatizaria com os nossos sentimentos.

O artifício do espectador imparcial também resolveria o problema de a aprovação depender de um caráter bem constituído, uma vez que pensamos nele como equitativo [*fair*]. É evidente, contudo, que há nisso ao menos uma aparência de circularidade que deve ser afastada. Se a aprovação do espectador imparcial é o padrão para a avaliação moral, não parece poder depender de tal aprovação o reconhecimento do bom caráter do espectador imaginado. Em outras palavras, o indivíduo não parece ter onde buscar a concepção de um caráter equitativo necessária para construir a imagem do espectador imparcial senão recorrendo à opinião do espectador imparcial¹⁰².

Smith enfrenta esse aparente impasse em sua teoria, embora o modo como ele o soluciona não seja imune a novas objeções. Segundo o autor, a nossa capacidade de examinarmos nós mesmos

101 *Idem*, III.1, § 2.

102 Para uma outra formulação dessa aparente circularidade, ver: HAAKONSSON, Knud. Introduction. In: SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. vii-xxiv, p. xviii.

com um olhar de fora é socialmente adquirida, provindo da internalização dos julgamentos que experienciamos, seja como espectadores, seja como objetos de análise moral.

Obviamente, há o risco de termos compreendido mal e internalizado de maneira errada esses juízos, bem como de tomar parte em uma comunidade com valores deturpados. Em suma, podemos julgar nossas condutas da perspectiva de um espectador que, apesar de imparcial, não seja nada equitativo. Esse risco, entretanto, não elimina a possibilidade de que a experiência de aprovação e reprovação de que o sujeito participou durante a sua vida seja em parte posta em xeque quando ele a submeter ao escrutínio do espectador imparcial e constatar uma certa inconsistência, a qual deve ser eliminada por um novo exame crítico. De qualquer modo, mais elementos o indivíduo irá ter para adquirir uma consciência crítica da moralidade da comunidade em que se encontra quanto mais plurais forem suas experiências¹⁰³.

À medida que se expandem os círculos de simpatia, há um refinamento dos nossos padrões morais através da incorporação de novos elementos à reflexão crítica. Todavia, por mais refinados que sejam, esses padrões ainda são de algum modo tributários da moralidade social, a qual pode ser iníqua. A única forma de ir além do uso do espectador imparcial para mostrar como funciona a nossa prática social de julgar moralmente para empregar o seu juízo como

103 Smith aponta como exemplo de falta desse distanciamento crítico Platão e Aristóteles, os quais endossavam o cruel costume dos gregos de abandonar bebês defeituosos para que morressem (*The theory of moral sentiments*, V.2, § 16).

critério último de correção moral exigiria uma concepção independente de equidade [*fairness*], com a qual pudéssemos identificar o espectador imparcial e equitativo de Smith. Examinaremos na seção 4.3 com o que a concepção de equidade [*fairness*] de John Rawls pode contribuir nessa tarefa. Antes disso, contudo, é necessário ter em mente que a teoria de Rawls se aplica apenas a um âmbito restrito da moralidade: à distribuição de benefícios e encargos na estrutura básica de uma sociedade¹⁰⁴. Como a próxima seção pretende deixar claro, essa concepção abrange as deliberações sobre direito e justiça, que são objeto deste trabalho.

4.2 Os estágios de deliberações relativas ao direito

Conforme assinalado na introdução, não se pretende analisar o uso da figura do espectador imparcial em toda espécie de avaliação moral, mas sim no que diz respeito às deliberações concernentes a um ordenamento jurídico com a pretensão de ser justo segundo a concepção substancial de equidade apresentada no terceiro capítulo.

Uma primeira dificuldade impõe-se. Do modo como foi descrito, o espectador imparcial parece não encontrar lugar no curso de um procedimento deliberativo, uma vez que opera retrospectivamente, isto é, aprova ou desaprova algo que já foi feito, simpatiza ou não com emoções já sentidas. A deliberação, ao invés, é uma investigação

104 Nas palavras de Rawls, a estrutura básica da sociedade corresponde ao “modo como as principais instituições sociais distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão dos benefícios provenientes da cooperação social.” (RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 06).

acerca daquilo que deve ser feito. Como superar essa aparente incompatibilidade temporal?

Uma maneira de afastar esse problema seria limitar o uso do espectador imparcial à avaliação dos resultados do procedimento de deliberação. Assim, serviria como instrumento de reflexão e crítica sobre a concepção de justiça subjacente a um dado ordenamento jurídico e sobre a aplicação das regras que o compõem, sem ser incorporado aos respectivos procedimentos deliberativos.

Embora essa solução dê conta de resolver a dificuldade, ela limita demasiadamente a função do espectador imparcial. É evidente que a sua perspectiva não pode ser ponto de partida de um procedimento de deliberação: afinal, é necessário que exista algo para ele aprovar ou reprovar, para ele simpatizar ou não. Mas isso não quer dizer que ele não possa participar de várias etapas de um mesmo procedimento, avaliando desde o desejo do agente que deu ensejo à deliberação até a escolha dela resultante. Desse modo, o próprio agente deliberante submeteria suas ponderações ao crivo de um espectador imparcial por ele imaginado durante o percurso deliberativo, tentando tanto lhe fornecer todas as informações relevantes sobre o que se encontra em jogo na situação concreta, quanto ajustar suas ponderações de acordo com a aprovação ou a reprovação do espectador.

No que concerne às deliberações sobre direito e justiça, há uma clara divisão de tarefas. Como toda deliberação, elas visam estabelecer o que deve ser feito nas situações particulares; neste caso, determinar os bens e encargos que devem ser atribuídos a cada

indivíduo fazendo-se uso da autoridade do direito, inclusive de seu poder coercitivo quando cabível. Entretanto, o caminho entre a alocação de bens e encargos e os princípios de justiça que a orientam não é imediato, já que aquela deve obedecer aos critérios de distribuição previamente instituídos em regras jurídicas, as quais foram igualmente objeto de deliberação. Por outro lado, conforme exposto no segundo capítulo, tais critérios cristalizados na formulação universal das regras não são aplicáveis aos casos particulares como são empregados universais na designação de objetos particulares (pense-se, por exemplo, na separação de vários tipos de frutas em cestos identificados com o seu nome), o que dispensaria a deliberação do juiz¹⁰⁵.

John Rawls divide as deliberações sobre direito e justiça em quatro estágios. O primeiro teria como objeto os princípios de justiça que devem orientar as regras e instituições que formam a estrutura básica de uma sociedade; o segundo, as normas constitucionais dessa sociedade; o terceiro, as normas infraconstitucionais; o quarto, a aplicação das normas jurídicas aos casos concretos. A distinção entre o segundo e o terceiro estágio, no entanto, cumpre uma função apenas no interior de sua teoria da justiça, uma vez que a hierarquia entre as normas jurídicas reflete a prioridade do seu primeiro princípio de justiça sobre o segundo. Para os fins deste capítulo, não cabe realizar essa distinção, pois, no que diz respeito ao grau de imparcialidade exigido nos procedimentos deliberativos para garantir a justiça (compreendida como equidade [*fairness*]) dos resultados, os

105 A deliberação judicial será objeto da seção 4.5.

dois estágios são indistintos. O artifício concebido por Rawls para garantir a imparcialidade nas deliberações consiste em que aqueles que deliberam desconheçam certos fatos que poderiam sujeitar a sua escolha a interesses pessoais – ou, em suas palavras, que eles estejam cobertos por um “véu de ignorância”. Segundo o autor, esses fatos podem ser classificados em três diferentes tipos:

- (1) *os primeiros princípios das teorias sociais (e de outras teorias, quando relevantes) e suas consequências;*
- (2) *os fatos gerais sobre a sociedade, tais como seu tamanho e nível de desenvolvimento econômico, sua estrutura institucional e ambiente natural, e assim por diante;*
- (3) *e, finalmente, fatos particulares sobre os indivíduos, tais como a sua posição social, atributos naturais e interesses pessoais.*¹⁰⁶

Na teoria de Rawls, a imparcialidade é garantida na deliberação sobre os princípios de justiça quando as partes se limitam a ter ciência dos fatos do primeiro tipo, os quais podem ser inferidos das circunstâncias que tornam a justiça possível (o interesse em cooperar e a suficiência de recursos) e necessária (o conflito de interesses na repartição dos benefícios e encargos relativos à cooperação, e a insuficiência de recursos para a realização completa dos desejos de todos os indivíduos) para ordenar a vida em sociedade¹⁰⁷. Com a ignorância de fatos do segundo tipo, evita-se que uma geração busque princípios que a favoreçam no uso dos recursos naturais em detrimento das gerações futuras ou desfrutem os benefícios advindos

106 RAWLS, John. *A theory of justice, op. cit.*, 1999, p. 175.

107 *Idem*, p. 110 e 118.

da poupança e dos investimentos feitos por gerações anteriores sem preocuparem-se com as gerações futuras, além de garantir que os princípios de justiça subsistam como fundamento da ordem social, independentemente das mudanças de conjuntura¹⁰⁸. Com a ignorância de fatos do terceiro tipo, assegura-se que os indivíduos deliberarão levando em consideração os possíveis interesses de cada membro da sociedade, e não seus interesses particulares. Nos estágios constitucional e legislativo, indistintamente, fatos do segundo tipo são levados em conta por aqueles que criam as normas jurídicas da sociedade, as quais devem ser adequadas às condições em que ela se encontra, mas os seus interesses pessoais ou de classe devem ser afastados com a finalidade de prevenir a instituição de privilégios. Apenas na deliberação judicial seriam revelados os fatos particulares sobre os indivíduos descritos no terceiro item. Conforme veremos, a imparcialidade da decisão judicial terá de ser garantida por um meio distinto do véu de ignorância, uma vez que o que se encontra em julgamento são exatamente fatos particulares sobre os indivíduos, os quais não podem ser ignorados¹⁰⁹.

Na forma de dotar de imparcialidade as deliberações sugerida por Rawls, o ponto de vista individual é transcendido para o ponto de vista comum através da ficção de um contrato hipotético pactuado entre pessoas que ignoram quais serão seus interesses pessoais e, por conseguinte, acabam formulando princípios que resultam em um sistema de cooperação no qual o favorecimento de alguém não

108 *Idem*, p. 118-119.

109 *Idem*, p. 175-176.

implica o prejuízo de outrem. Há uma grande diferença do distanciamento crítico preconizado pela imaginação de um espectador imparcial, cuja concepção é ancorada na experiência de aprovação e reprovação de um indivíduo real¹¹⁰. Segundo Rawls, a definição de um espectador imparcial limita-se apenas a “destacar determinados traços centrais característicos da discussão moral, o fato de que nós tentamos apelar aos nossos juízos ponderados [*considered judgments*] após uma reflexão conscienciosa”, enquanto que a definição contratualista dá um passo adiante ao tentar “fornecer uma base dedutiva para os princípios que justificam esses juízos”, sendo que as condições impostas à deliberação, entre as quais o véu de ignorância, buscam “estabelecer as premissas necessárias para alcançar esse fim.”¹¹¹ Para Amartya Sen, entretanto, o ganho obtido com esse passo adiante não é isento de certos custos, como veremos a seguir.

4.3 A crítica de Sen ao transcendentalismo de Rawls e o papel do espectador imparcial na formulação dos princípios de justiça

Amartya Sen tem defendido em seus últimos escritos o

110 “O significado de 'imparcialidade' é revelado no contraste com a parcialidade do amor próprio engendrado pela emoção. Ainda que a imparcialidade não seja uma razão sem paixão, ela é uma característica racional em vários sentidos; ela envolve olhar a si mesmo ou a outrem de um ponto de vista geral (isto é, de um ponto de vista definido pelo espectador em vez de apenas pelo ator), adquirindo e compreendendo as informações relevantes, entendendo a situação, e abstraindo as emoções que distorcem uma apreensão e uma simpatia equitativas [*fair*]. A imparcialidade não requer que ajamos ou escolhamos como se não tivéssemos o conhecimento de nós mesmos que nos distingue dos demais; ela não requer um véu de ignorância rawlsiano.” (GRISWOLD Jr., Charles. *Adam Smith and the virtues of enlightenment*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999, p. 139.)

111 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 161-162.

abandono daquilo que ele denomina concepções institucionalistas e transcendentais de justiça em favor do escrutínio das situações concretas de injustiça na sociedade¹¹². Essa nova orientação metodológica abandonaria a meta de estabelecer princípios de justiça por meio de uma construção teórica de um contrato hipotético, o qual se realizaria em condições ideais que garantiriam a equidade daquilo que foi pactuado, em nome de uma deliberação sobre o que pode e deve ser feito aqui e agora.

Nessa nova perspectiva para pensar-se a justiça além das instituições – isto é, além do escopo das deliberações legislativa e judicial – mas de alguma forma visando influenciá-las na extensão em que puderem colaborar na solução das injustiças, a imparcialidade permanece ocupando um posto importante. Sen reconhece o mérito de Rawls tanto em ter esclarecido o seu papel nas deliberações sobre justiça, uma vez que da imparcialidade depende em alguma medida a pretensão de objetividade do debate sobre o justo e o injusto¹¹³, quanto em conceber a justiça como equidade [*justice as fairness*] – o que, como vimos, implica imparcialidade – em oposição à visão utilitarista de maximização de utilidade¹¹⁴.

A transformação pretendida por Sen, portanto, não reside em desvincular as noções de justiça, equidade [*fairness*] e

112 Essa orientação metodológica é lançada na introdução de seu livro *The idea of justice* (p. 06-09) e permeia toda a obra. A crítica ao contratualismo de Rawls é feita principalmente no segundo capítulo (p. 52-74).

113 *The idea of justice*, p. 42.

114 *Idem*, p. 54 e 62.

imparcialidade, mas sim em mudar o modo pelo qual a imparcialidade que garante a equidade das decisões sobre justiça é obtida, com o objetivo de lidar de maneira mais satisfatória com as questões concretas e urgentes. Em vez de derivarem-se os princípios de justiça de um contrato hipotético realizado sob um véu de ignorância e, a partir de tais princípios, deliberar-se, sob um véu parcialmente erguido, a forma como as instituições em uma certa sociedade deverão ser moldadas no estágio seguinte de deliberação legislativa, Sen propõe recorrer-se à figura do espectador imparcial para examinar as situações de injustiça em uma sociedade a partir de uma perspectiva desinteressada. Afinal, a investigação mais relevante não é aquela acerca dos princípios que devem nortear a construção uma ordem institucional justa, mas sim a de como corrigir os problemas de sociedades em funcionamento.

Além de não implicar um alto grau de abstração, sendo mais adequada para tratar das deliberações sobre justiça do dia a dia a partir de suas circunstâncias específicas, Sen acredita que a forma como Adam Smith concebe a imparcialidade apresentaria ainda uma grande diferença se comparada à de John Rawls. A imparcialidade do espectador de Smith seria, nas palavras de Sen, *aberta*, enquanto que a garantida pelo véu de ignorância de Rawls seria *fechada*¹¹⁵. Sen quer dizer com isso que, no contrato hipotético de Rawls, apenas os pontos de vista dos membros de uma determinada sociedade estariam representados, ao passo que o espectador imparcial de Smith pode

115 SEN, Amartya. Adam Smith and the contemporary world. *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, v. 3, n. 1, Spring/2010, p. 50-67, p. 60-61; *The idea of justice*, p. 126-130.

incorporar um olhar estrangeiro. Essa diferença, segundo Sen, traz consigo duas vantagens: a primeira, de levar em consideração as vozes de pessoas que, embora não tomem parte da comunidade política, sofrem os efeitos de suas deliberações em um mundo globalizado; a segunda, de evitar um debate limitado pelo paroquialismo, propiciando que um leque maior de razões sejam tomadas em conta.

Não parece, todavia, que essas sejam razões para acatar o método smithiano nas deliberações sobre a justiça como substituto ao contratualismo de Rawls. Ainda que se reconheça a dificuldade da teoria deste último autor em lidar com as questões de justiça que ultrapassam o âmbito do estado nacional, isso não atinge a sua importância na configuração das instituições básicas das sociedades, já que aquelas questões podem ser contempladas nos outros estágios deliberativos¹¹⁶. As ações no mundo não são pensadas apenas em sua relação direta com os princípios de justiça: há o intermédio de regras e instituições, as quais são estabelecidas levando-se em conta outros elementos, entre os quais pode constar o impacto da distribuição nas vidas de cidadãos de outros países, tarefa para a qual o espectador imparcial de Smith pode ser chamado.

Por outro lado, a crítica de Sen com respeito ao que ele denomina *imparcialidade fechada* parece exagerada. A ignorância das circunstâncias particulares presente na posição original, na qual são escolhidos os princípios de justiça, constrói uma perspectiva que não

116RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 07.

se restringe à de nenhuma comunidade específica, sendo difícil acusá-la de paroquialista. Ademais, apesar do fato de o argumento ser elaborado a partir dos conflitos de interesses entre indivíduos com respeito à alocação daquilo que Rawls denomina *bens primários*¹¹⁷ poder ser julgado paroquial no sentido de apelar principalmente para as intuições morais compartilhadas nas democracias pluralistas contemporâneas ocidentais, isso por si só não impede a modificação de algumas premissas da teoria para ajustá-la a intuições morais provenientes de outras tradições políticas. Aliás, Sen admite que o teste do equilíbrio reflexivo entre intuições e teorias morais preconizado por Rawls poderia cumprir esse papel¹¹⁸, conforme será exposto adiante.

A abordagem que Sen denomina de institucionalismo transcendental e aquela de inspiração smithiana por ele sugerida parecem muito mais complementares do que alternativas. Ambas constituem formas diferentes de deliberar sobre a justiça e, se por um lado o recurso ao espectador imparcial permite a identificação das injustiças na realidade cotidiana de um modo muito mais eficaz do que o apelo a um conjunto de princípios vagos concebidos em condições ideais, por outro a correta avaliação, como vimos, pressupõe que tal espectador seja equitativo [*fair*], o que, de certa maneira, pressupõe que ele tenha posse de critérios corretos para fazer seus julgamentos. Aquilo que Rawls oferece em sua teoria da justiça como equidade pode não ser imprescindível na formação da

117 *Idem*, p. 79.

118 SEN, Amartya. Adam Smith and the contemporary world, *op. cit.*, p. 60.

capacidade de julgar de tal espectador; tampouco corresponde a tudo de que ele necessita. Porém, é inegável que constitui um imenso avanço no esclarecimento sobre o que é ser equitativo, ordenando de modo argumentado diversas intuições morais em princípios de justiça.

Além disso, parece haver um limite na figura do espectador imparcial para se pensar os princípios de justiça que devem orientar os critérios de igualdade consagrados nas regras jurídicas. Esse limite corresponde à outra face da maior virtude desse método, a saber, a conexão com a realidade social concreta. Conforme explicado na seção 4.1, sua perspectiva, embora não contaminada pela influência de interesses, não transcende a prática social à qual se encontra vinculada, por mais rica e plural que ela seja. A razão disso, como vimos, é que a formação do senso daquilo que é digno de aprovação depende, em grande medida, daquilo que de fato é aprovado em tal prática social, havendo um claro limite para uma perspectiva crítica¹¹⁹.

O plano abstrato da teoria de Rawls também é tributário, em última análise, de nossos juízos morais. No entanto, o modo como eles são trabalhados não apenas apresenta de forma ordenada os princípios subjacentes que traduzem a sua concepção de equidade relativa à estrutura básica da sociedade, mas também cria um artifício por meio do qual ele deduz esses princípios, o qual, por sua vez, é igualmente justificado. O fundamento último para que o argumento

119 BROADIE, Alexander. Sympathy and the impartial spectator. In: HAAKONSSON, Knud (ed.). *The Cambridge companion to Adam Smith*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 158-188, p. 184.

tenha sucesso permanece a sua concordância com os nossos juízos morais¹²⁰; porém, sua teoria oferece a noção de quais intuições são invocadas e de como elas são usadas no argumento.

Rawls sugere um equilíbrio reflexivo entre nossos juízos morais e os princípios de justiça sustentados por uma teoria. Assim como os princípios podem servir de razão para que revisemos nossos juízos morais, o desacordo dos princípios com juízos que não estamos dispostos a abandonar deve ocasionar modificações na teoria para que ela dê conta de incorporá-los em seus princípios. Nesse processo de ajuste em duas vias entre princípios de justiça e juízos morais, há espaço para dialogar com outras perspectivas. É exatamente nesse ponto que se pode pensar uma contribuição do método do espectador imparcial na tarefa de discriminar os juízos morais que devem ser modificados pelos princípios de justiça daqueles que levam à reformulação de tais princípios, os quais Rawls denomina juízos ponderados [*considered judgments*]¹²¹. Ao definir o que são juízos ponderados, Rawls oferece uma lista de propriedades que deles devem estar ausentes (por exemplo, devem ser descartados aqueles juízos em relação aos quais não temos muita confiança, ou que sofreram influência de violenta emoção) e de outras características vagas (como a de que devem ser “efetuados sob condições favoráveis ao exercício do senso de justiça”)¹²². O mecanismo do espectador imparcial de Smith, o qual se encontra descrito de uma forma mais

120 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 18.

121 *Idem*, p. 42.

122 *Ibidem*.

precisa, poderia desempenhar um papel crucial na seleção dos “juízos ponderados”, isto é, daqueles que serão levados em consideração no teste do equilíbrio reflexivo.

Por outro lado, se, uma vez passando pelo teste do equilíbrio reflexivo, concordamos com a definição de equidade [*fairness*] feita por Rawls, podemos então empregá-la para auxiliar a identificar o juízo do espectador imparcial na avaliação de uma situação concreta, na medida em que confere conteúdo à sua qualidade de equitativo [*fair*]. Se, ao invés, discordarmos de Rawls, parece então nos caber o ônus de mostrar onde reside o seu erro e, alternativamente, oferecer em substituição um novo argumento para uma nova concepção ou uma defesa da posição segundo a qual qualquer esclarecimento sobre equidade no plano teórico é irrelevante para os fins práticos.

4.4 Adam Smith e o uso do espectador imparcial para a avaliação de regras e institutos jurídicos: entre natureza das coisas e genealogia

Adam Smith utiliza explicitamente o espectador imparcial em suas *Lectures on Jurisprudence* para avaliar a conformidade das leis e dos institutos jurídicos às exigências do justo natural [*natural jurisprudence*]¹²³. O que o espectador imparcial observa, no entanto, não é a formulação abstrata da regra, mas sim os efeitos esperados de sua aplicação na atribuição de direitos e deveres a indivíduos.

123 HAAKONSSSEN, Knud. *The science of a legislator*, *op. cit.*, p. 149-150.

O exemplo mais emblemático do emprego da figura do espectador imparcial encontra-se no seu tratamento dos modos de aquisição de propriedade. Adam Smith, acompanhando a tradição civilista, identifica cinco causas para a atribuição da propriedade de alguma coisa a uma pessoa:

a) ocupação, a qual ocorre quando alguém toma posse de algo que não é propriedade de ninguém;

b) tradição, que consiste na transmissão voluntária da propriedade entre uma e outra pessoa, geralmente por meio de contrato;

c) acessão, que corresponde à extensão do direito de propriedade àquilo que naturalmente se originou de algo sobre que se tinha anteriormente esse direito (por exemplo, o leite e os filhotes dos animais);

d) usucapião, o qual representa a aquisição do título de proprietário daquilo que pertencia a outrem em virtude do exercício da posse diferido no tempo;

e) sucessão, a qual diz respeito à transmissão de propriedade entre indivíduos em razão da morte de um deles.

Smith não apela ao juízo de um espectador imparcial para justificar todos esses cinco modos, mas apenas nos casos da ocupação e do usucapião. Tanto aquele que realiza os atos necessários para tomar posse daquilo que a ninguém pertence quanto o que exerce a posse pacífica da propriedade de outrem durante um

determinado período podem criar expectativas legítimas com respeito à aquisição do título de proprietários do bem possuído, na medida em que sua indignação contaria com a simpatia do espectador imparcial se tal título não lhes fosse concedido após isso. No que se refere à ocupação, Smith exemplifica com o caso de alguém que colhe uma maçã de uma macieira: o espectador imparcial simpatizaria com a indignação desse indivíduo se a propriedade da maçã fosse concedida a outro que não teve o trabalho de colhê-la¹²⁴. O mesmo ocorre em relação ao usucapião, visto que o vínculo do atual possuidor com a coisa possuída combinado com o abandono de seu proprietário faz com que o espectador imparcial julgue que o primeiro foi injustamente prejudicado se não lhe for transferido o direito de propriedade¹²⁵.

Segundo D. D. Raphael, a escolha do método não é arbitrária. O recurso ao ponto de vista do espectador imparcial só é realmente útil para justificar a ocupação e o usucapião. Tanto a tradição quanto a acessão constituem meios incontroversos de aquisição de propriedade. A primeira, pelo fato de a transmissão de propriedade encontrar-se presente na definição dos contratos que a causam (é inconcebível uma permuta ou uma compra e venda em que ela não ocorra, por exemplo). A naturalidade da acessão, por sua vez, provém da intuição de que a propriedade sobre o gerador estende-se àquilo que ele gera. Há, nesses dois casos, fortes razões extranormativas

124 SMITH, Adam. *Lectures on jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1978, A, i, §§ 41-42.

125 *Idem*, A, i, § 77.

(no primeiro caso, de caráter lógico; no segundo, de caráter causal) que justificam a atribuição de propriedade¹²⁶.

O mesmo não ocorre com respeito à sucessão. O que se julga o modo correto de distribuir os bens de alguém que morreu varia tanto de um ordenamento jurídico para outro que pareceria tão somente um artifício retórico invocar o juízo de um espectador imparcial como conclusivo em favor de um ou outro sistema de transmissão de bens *post mortem*. Se no caso da acessão e da tradição o recurso ao espectador imparcial é desnecessário, no da sucessão parece insuficiente.

No que tange à ocupação e ao usucapião, todavia, o uso do espectador imparcial mostrou-se factível e proveitoso. Igualmente interessante parece ser seu emprego nas questões de cominação das penas para certos crimes. Certamente não é prudente ouvir as vozes da vítima ou de seus parentes e amigos, que provavelmente clamarão por uma vingança desproporcional ao crime sofrido. Ainda mais absurdo seria atribuir ao criminoso a tarefa de estipular a sua própria pena. A posição sensata seria determinada por um espectador imparcial e consistiria na situação em que ele não conseguisse simpatizar nem com a indignação da vítima que considerou a pena muito branda e busca vingar-se com as próprias mãos, nem com o sofrimento do condenado que a julga desmedida¹²⁷.

126 RAPHAEL, D. D. *The impartial spectator: Adam Smith's moral philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007, p. 106-107.

127 SMITH, Adam. *Lectures on jurisprudence*, *op. cit.*, A, ii, §§ 89-92.

A partir dessas ilustrações do emprego do crivo do espectador imparcial na avaliação das regras e institutos de um determinado ordenamento jurídico, cabe perguntar acerca do limite de seu uso, tanto para lhe extrair o máximo proveito quanto para evitar que se desprezem outras considerações morais relevantes. Embora a aprovação de uma regra ou instituto jurídico pelo espectador imparcial seja uma condição necessária para que se o considere moralmente aceitável, esse não é um critério suficiente para determinar qual alternativa é a melhor do ponto de vista da moralidade ou do direito natural. A razão disso é que o seu julgamento não esgota as possibilidades de ordenar diversas alternativas segundo o que é moralmente preferível. Se tal método fosse insuficiente apenas para determinar a escolha entre alternativas moralmente indiferentes – como entre obrigar que os veículos trafeguem pela esquerda ou direita, ou entre punir um crime com três anos de prisão ou com dois anos e meio acrescidos de multa –, tal esgotamento não sucederia.

Se as razões apresentadas por Raphael coincidem com as que motivaram Smith a não buscar uma justificção para um modelo de direito sucessório na perspectiva do espectador imparcial, esse já seria um bom exemplo dos limites desse método. Ninguém diria que é uma questão moralmente irrelevante determinar como os bens de quem faleceu devem ser distribuídos. Devem ser igualmente distribuídos entre todos os descendentes? Devem ser atribuídos segundo a vontade expressa em testamento? Devem ser repassados ao Estado, em nome da igualdade de oportunidade? A preferência por algumas dessas alternativas não é desprovida de implicações para uma concepção de justiça.

Certamente o espectador imparcial que respeita os princípios de equidade definidos no primeiro estágio de deliberação eliminaria prontamente algumas alternativas, como alguma que conferisse direitos exclusivos ao primogênito ou aos descendentes do sexo masculino. Entretanto, as três opções apresentadas acima careceriam de um critério para estabelecer uma ordem de preferência. Para isso, seria necessário introduzir outros critérios de avaliação moral.

O próprio autor fornece em suas *Lectures on Jurisprudence* um critério complementar, o qual chamaremos *genealogia*. Os institutos jurídicos são criados e transformados de acordo com as necessidades socioeconômicas que as sociedades apresentam em seus diferentes estágios de desenvolvimento. Nas palavras que Peter Stein utilizou para sintetizar a ideia de evolução jurídica presente no pensamento de Smith, “as leis mudam de acordo com as mudanças na sociedade, e (...), assim como a sociedade progride de acordo com certos estágios, os direitos e deveres prescritos pelo ordenamento jurídico desenvolvem-se de uma maneira correspondente.”¹²⁸ Apenas conhecendo o contexto em que as regras jurídicas são criadas ou transformadas é que podemos depreender a sua finalidade enquanto resposta a uma necessidade socioeconômica particular, o que permite tanto a avaliação técnica da regra como meio eficiente para a solução de uma necessidade quanto a avaliação moral da finalidade almejada em relação aos critérios de equidade estabelecidos no primeiro estágio deliberativo.

128 STEIN, Peter. *Legal evolution: the story of an idea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980, p. x.

Smith distingue quatro estágios do desenvolvimento das sociedades: (a) a era dos caçadores; (b) a era dos pastores; (c) a era da agricultura; (d) a era do comércio¹²⁹. A relação vista pelo autor entre contexto socioeconômico e institutos jurídicos fica clara na comparação entre uma sociedade de caçadores e uma de pastores no que se refere à propriedade privada. Na primeira, não faz muito sentido a distinção entre posse e propriedade, na medida em que animais selvagens são caçados para consumo imediato. Em consequência disso, não há regras estipulando penas para o furto, cuja ocorrência depende por definição da existência de propriedade privada. Na sociedade de pastores, a propriedade privada é introduzida: os animais são domesticados, e deles depende a subsistência das pessoas. Surge, pela primeira vez, a divisão entre ricos e pobres, pertencendo o poder político aos primeiros, que o utilizam como instrumento para oprimir os últimos e proteger o seu patrimônio. Nessa sociedade, o furto é geralmente punido com banimento, revelando que se impôs a aceitação da divisão social advinda com a propriedade privada como condição para participação na sociedade¹³⁰.

Esses exemplos extraídos das *Lectures on Jurisprudence* podem levar ao erro frequente apontado por Knud Haakonssen sobre o caráter da análise histórica dos institutos jurídicos feita por Smith, segundo o qual “os fatores econômicos estão sempre, ou normalmente, entre os determinantes dos fenômenos sociais e, por

129 SMITH, Adam. *Lectures on jurisprudence, op. cit.*, A, i, § 27.

130 *Idem*, A, iv, §§ 4, 7-10, 19-23.

isso, devem, em última instância, ser necessariamente referidos em explicações sociais.”¹³¹ Esse comentador alerta para duplo engano dessa caracterização da análise de Smith. O primeiro seria restringir o âmbito do econômico a questões de subsistência, enquanto que Smith claramente reconhece que não são apenas essas questões que movem os homens economicamente, mas também a busca por um certo tipo de refinamento que diferencia a espécie humana do resto dos animais¹³², além da preocupação em parecer bem diante do olhar dos outros¹³³. O segundo consistiria em atribuir a Smith um determinismo que não se encontra presente em suas explicações históricas. O estágio de desenvolvimento econômico da sociedade certamente estabelece a moldura dentro da qual os indivíduos agem (e por isso a importância de referi-lo nas explicações sociais), mas de modo algum constitui a causa de sua ação¹³⁴.

Os atos e decisões individuais – dentre as quais aquelas provenientes de deliberações legislativas – apenas são satisfatoriamente compreendidos quando conseguimos nos transportar, por meio da imaginação, para a situação na qual o indivíduo agiu e, por simpatia, imputar-lhe certos motivos¹³⁵. Nesse caso, simpatia não significa aprovação moral, uma vez que o motivo

131 HAAKONSSSEN, Knud. *The science of a legislator*, op. cit., p. 182.

132 SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*, op. cit., IV, 1, § 9-10; HAAKONSSSEN, Knud. *The science of a legislator*, op. cit., p. 183.

133 SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. op. cit., I, iii, 2, § 1; HAAKONSSSEN, Knud. *The science of a legislator*, op. cit., p. 183.

134 *Idem*, p. 184-188.

135 *Idem*, p. 187.

que leva certas pessoas a praticar determinadas condutas só pode ser compreendido se considerada, no nosso exercício de nos pormos em seu lugar, a sua falha de caráter. A simpatia, portanto, não seria a de um espectador imparcial, mas de alguém que busca se imaginar possuindo as mesmas características do agente e agindo nas mesmas circunstâncias.

Se essa é a melhor perspectiva para compreender o fim historicamente buscado pelo legislador concreto, talvez não seja o método adequado para interpretar o desenvolvimento dos institutos jurídicos. Essa última tarefa parece exigir que se desvincule, na medida do possível, do ponto de vista de um indivíduo específico para buscar-se entender o sentido mais amplo de uma norma em um determinado contexto socioeconômico. Nem sempre isso é possível, na medida em que certas decisões só podem ser imputadas ao capricho de tiranos ou aos interesses de demagogos. Contudo, não se pode esquecer que os atos dos indivíduos muitas vezes geram consequências que vão muito além de suas intenções e que as necessidades concretas de uma sociedade podem moldar o conteúdo de uma regra. Nessa compreensão mais ampla do processo histórico que o método aqui denominado genealogia exige, cada vez mais se distancia da perspectiva de um agente (no caso, o legislador concreto) em direção a um ponto de vista comum, o qual, não correspondendo exatamente ao espectador imparcial tal como seus juízos são imaginados por nós, corresponderia a algo como imaginamos que seria o espectador imparcial se ele fosse concebido naquele período histórico.

O método do espectador imparcial e o da genealogia dos institutos jurídicos mostram-se complementares nas avaliações e deliberações concernentes ao estágio legislativo. O primeiro só poderá cumprir o seu papel de maneira adequada e efetiva se as regras jurídicas forem compreendidas dentro do contexto socioeconômico em que foram elaboradas, com a finalidade de responder a certas necessidades concretas¹³⁶. Em posse desses elementos fornecidos pela investigação genealógica, o espectador é capaz de examinar a legitimidade dessas necessidades e a adequação dos instrumentos jurídicos criados para atendê-las.

Outra função da genealogia dos institutos jurídicos que merece destaque é evitar que uma regra criada para atender especificamente uma necessidade subsista como um tabu, uma vez tendo sido a necessidade historicamente superada. Há uma defasagem temporal entre a elaboração da lei e a sua aplicação, sendo possível uma mudança de contexto histórico que exija uma nova interpretação do alcance do dispositivo legal. A investigação das possíveis razões pelas quais uma regra foi introduzida propiciada pelo método genealógico não impede – ao invés, exige – que se atente à mudança de circunstâncias, pois, caso contrário, uma lei cuja finalidade conta com a aprovação do espectador imparcial no contexto de sua promulgação pode orientar uma decisão judicial da qual ele discorde.

136 *Idem*, p. 138.

4.5 MacCormick e o uso do espectador imparcial na deliberação judicial

A deliberação judicial, a qual corresponde ao último estágio deliberativo, consiste na aplicação do direito positivo a casos particulares. Nesse processo, as condutas e características dos indivíduos são subsumidas às normas jurídicas pertinentes. Conforme Rawls admite, não pode haver limite ao conhecimento do julgador com respeito a esses fatos¹³⁷. Não há recurso, portanto, ao véu de ignorância para garantir um julgamento equitativo.

O espectador imparcial torna-se, nessa etapa, mais do que um artifício para o juízo moral: o juiz, para que a sua decisão tenha legitimidade frente as partes em conflito, tem que ser reconhecido como um espectador imparcial¹³⁸. Não é de se estranhar que os sistemas jurídicos contenham mecanismos para evitar que lides sejam julgadas por amigos ou inimigos das partes, ou por um juiz que, por algum outro motivo, não possa ser considerado isento.

Entretanto, um juiz isento não basta para que os casos sejam tratados com equidade. A isenção é compatível com uma aplicação errônea das normas, resultando no recebimento de um tratamento desigual em comparação a casos semelhantes. A equidade exige a universalidade das razões que justificam um determinado tratamento jurídico de um caso: se a regra não valer para casos semelhantes sob todos os aspectos juridicamente relevantes, uma das partes teria

137 RAWLS, John. *A theory of justice*, *op. cit.*, p. 175.

138 SMITH, Adam. *Lectures on jurisprudence*, *op. cit.*, A, ii, 90.

razão em crer que foi injustamente prejudicada.

As normas jurídicas, quando explicitamente formuladas (não podemos esquecer as normas costumeiras e aquelas baseadas nos precedentes judiciais), fornecem os critérios para discriminar casos semelhantes de casos distintos, estabelecendo consequências jurídicas iguais para situações que recaem sobre a mesma rubrica. Pode-se afirmar que, de regra, todo aquele que subtrai pertence móvel alheio comete o delito de furto e incide nas penas a ele cominadas. Da mesma forma, todo indivíduo que firma um contrato é obrigado a cumprir as prestações assumidas.

Essas normas, todavia, não são sempre um guia preciso para a decisão do juiz. O que ele deve decidir na hipótese de um gerente de banco ser coagido a entregar o dinheiro guardado no cofre a criminosos que ameaçam a vida de seu filho? Ou diante do fato de o cumprimento da prestação de um dos contratantes ter-se tornado impossível por motivo alheio à sua vontade? Essas são claramente situações excepcionais, que nem sempre se encontram previstas de forma explícita no ordenamento jurídico. As circunstâncias adicionais presentes nesses casos impedem de agrupá-los com os outros casos que semanticamente se enquadram no mesmo dispositivo normativo. Embora reconheçamos o caráter justo da regra que pune o furto, não consideramos culpável o gerente que agiu sob coação moral irresistível; apesar de avaliar positivamente a regra segundo a qual se deve cumprir o prometido em contrato, concordamos que isso não pode ser exigido da parte que não pôde cumpri-lo por motivo alheio à sua vontade. Uma boa deliberação judicial parece exigir que, da

aplicação de uma regra justa, só se extraíam decisões justas – e isso implica afastar a aplicação da regra geral a casos excepcionais.

Outro problema da aplicação da norma ao caso concreto advém da vagueza dos termos em que as normas são formuladas. Suponhamos que um sistema jurídico contemple a exceção de legítima defesa. No entanto, apenas aquele que examina o caso concreto será capaz de definir quando ela de fato ocorre, pois é impossível que o legislador forneça um catálogo que preveja, de maneira detalhada e precisa, todas as circunstâncias em que ela pode ocorrer. Porém, seria uma ofensa à equidade se a decisão sobre o que conta ou não como legítima defesa coubesse ao arbítrio do juiz, abrindo-se a possibilidade de tratar diferentemente casos iguais.

Para resolver esses dois problemas, Neil MacCormick sugere que a deliberação judicial se assemelhe à de um espectador imparcial não apenas no sentido negativo de assegurar que os direitos e interesses das partes serão igualmente considerados, sem que haja a tendência de favorecer nenhuma delas, mas também no sentido positivo de contribuir com a investigação da melhor maneira de aplicar as regras jurídicas ao caso concreto. O objetivo de MacCormick com o uso do espectador imparcial consiste em preservar o ponto de vista comum na justificação da decisão judicial de modo a dar conta de superar as dificuldades que a formulação linguística das regras jurídicas acarretam (a saber, a sua excepcionabilidade e a vagueza dos seus termos) sem recorrer ao mero arbítrio do julgador.

Inspirando-nos em MacCormick, podemos distinguir os

seguintes elementos envolvidos na deliberação judicial¹³⁹:

a) perceber as circunstâncias juridicamente relevantes presentes no caso;

b) enquadrar o caso em uma regra, inclusive decidindo qual regra a ser aplicada na hipótese de conflito;

c) considerar o modo como a decisão do caso atinge fins relevantes ao direito, estabelecer uma hierarquia entre esses fins e verificar se a consecução de algum deles exige o afastamento da aplicação da regra.

Essas etapas da deliberação judicial não se esgotam separadamente, sendo interdependentes. A percepção dos fatos juridicamente relevantes em uma situação concreta depende do tratamento conferido a fatos de um determinado tipo pelo antecedente das regras jurídicas; afinal, é o conjunto de regras jurídicas que determina o que é ou não juridicamente relevante (a idade, por exemplo, é relevante para determinar se alguém tem ou não o direito de votar, mas é um fator indiferente na incidência de imposto sobre circulação de mercadorias)¹⁴⁰. Da mesma maneira, a subsunção de

139 MACCORMICK, Neil. Particulars and universals. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed.). *The universal and the particular in legal reasoning*. Aldershot: Ashgate, 2006, p. 03-22, p. 10.

140 Alguns conceitos jurídicos vagos que apelam mais diretamente à valoração das circunstâncias, tais como o de “legítima defesa” e “dano moral”, exigem inclusive que o juiz se ponha na situação comprovada pelas partes que os empregam para descrever o que fizeram ou sofreram, com o objetivo de averiguar se há simpatia com sua conduta ou com os seus sentimentos que justifique a incidência da norma correspondente. No caso da legítima defesa, o juiz deve visualizar a agressão ou a ameaça de agressão que torna a reação aceitável; no caso do dano moral, simpatizar com a dor, a humilhação e a indignação causados pela ofensa indevida. Uma análise

um caso a uma determinada regra depende da consideração dos fins juridicamente relevantes que estão em jogo, principalmente nos casos em que, devido à vagueza dos termos em que a norma é formulada, há dúvida se o caso se enquadra ou não em uma regra (a regra que proíbe a circulação de veículos em um parque aplica-se a bicicletas?). As três fases do processo deliberativo, portanto, apenas podem ter fim conjuntamente. Enquanto isso não ocorre, qualquer ajuste em uma delas pode gerar repercussões nas outras duas.

Como vimos, Adam Smith atribui a correção do juízo do espectador imparcial a três condições presentes na sua avaliação: a sua isenção, a posse de todas as informações sobre como o agente percebeu a sua própria conduta (uma vez que é o próprio agente que o concebe) e o seu caráter equitativo. Com relação à deliberação judicial, a primeira condição é preenchida pelos institutos que permitem afastar um juiz suspeito do julgamento do processo. A posse de todas as informações, por sua vez, é suprida pela ficção jurídica segundo a qual o que não consta nos autos não se encontra no mundo: cabe às partes prover o julgador com as informações que considerarem relevantes, com suas respectivas provas, e contestar os fatos alegados pela parte adversária.

O que os institutos jurídicos parecem não poder oferecer por si sós, mas parece depender em grande medida do caráter do julgador, é a sua equidade. Um juiz equitativo é aquele que decide amparado em boas razões, e não no seu arbítrio, ainda que não tenha motivo

mais completa de exemplos do uso da simpatia no julgamento pode ser encontrada em NUSSBAUM, Martha. *Poetic justice, op. cit.*, p. 99-118.

algum para favorecer alguma das partes (um juiz que decide casos jogando dados é em certo sentido imparcial, mas não equitativo). Como foi visto, considerações sobre os fins do direito repercutem no modo em que as regras jurídicas serão seguidas, inclusive quando a sua aplicação literal for afastada por resultar em injustiça. A investigação acerca dos fins que o direito visa promover e a atribuição do peso relativo de cada fim, se pretenderem não ficar restritas às convicções subjetivas de cada juiz, devem buscar na figura do espectador imparcial o ponto de vista comum¹⁴¹.

Se a finalidade de um instituto jurídico ou dispositivo normativo particular pode ser compreendida através dos tipos de investigação sugeridos na seção anterior (observação da natureza das coisas, consideração do ponto de vista do espectador imparcial e genealogia), parece que a comparação do peso desse fim com outros no caso concreto requer tanto a percepção moral correta do caso concreto, para saber quais fins estão em jogo, quanto uma concepção mais ampla dos fins do direito, a qual sirva de parâmetro de comparação da importância de fins conflitantes. A primeira tarefa, consoante descrito acima, corresponde a uma das partes da deliberação judicial, ao passo que a segunda tarefa nos remete ao estágio deliberativo tratado na seção 4.3, quando são definidos os princípios exigidos pela equidade.

O juiz, quando aplica a letra da lei, pressupõe, portanto, que o tratamento do caso concreto segundo a regra tal como se encontra

141 MACCORMICK, Neil. Particulars and universals, *op. cit.*, p. 12-13; HAAKONSSON, Knud. *The science of a legislator, op. cit.*, p. 137.

formulada satisfaz a finalidade para a qual a regra foi criada e que a promoção de nenhum outro fim seria exigida por uma questão de equidade. Quando a aplicação literal da regra é afastada, uma justificação satisfatória parece exigir que o espectador imparcial volte ao estágio legislativo em busca do conjunto de fins que melhor justifica a existência da regra. Na hipótese de haver conflito entre tais fins e outros que são promovidos pelo direito, retorna-se à discussão inicial sobre equidade (primeiro estágio deliberativo), com o objetivo de decidir a qual dos fins se deve conferir prioridade, dado que a promoção de todos eles é incompatível.

4.6 Epílogo

Ao examinar a aplicação do espectador imparcial de Smith naquilo que apresentamos como os três estágios de deliberação jurídica, verificamos a sua insuficiência como critério último de correção. Por conta disso, sugerimos o seu uso como método complementar na formulação de princípios de justiça, na elaboração de normas jurídicas e na decisão de casos particulares. O contrato hipotético concebido por Rawls para extrair princípios práticos de sua concepção de justiça como equidade teria uma posição primordial na primeira tarefa, uma vez que se mostra mais apropriado para orientar a discussão em um plano universal, ao passo que o espectador imparcial avalia os efeitos de princípios e regras em situações particulares. A consideração daquilo que os juristas tradicionalmente denominam “natureza das coisas” e o método genealógico empregado por Smith para investigar a finalidade dos institutos jurídicos

encontrariam seu lugar no segundo estágio deliberativo, quando a relação entre regras jurídicas e necessidades socioeconômicas particulares entra em pauta. A reconstituição dos dois estágios anteriores forneceria, por fim, o material de que o juiz necessita para a aplicação do direito ao caso concreto.

Este capítulo tentou mostrar a fecundidade do emprego do espectador imparcial como um critério auxiliar de correção em tais deliberações. Como foi visto, a imparcialidade preconizada com esse método pode ser sustentada como condição necessária da avaliação moral. Mais do que isso, sua conexão com as situações particulares, às quais o juízo moral se refere em última análise, faz com que o espectador imparcial dê conta de duas coisas que a imparcialidade concebida por meio do véu de ignorância de Rawls não pode dar: apresentar um critério robusto de seleção de juízos ponderados [*considered judgments*], que devem estar em equilíbrio reflexivo com os princípios de justiça e as premissas do argumento do qual eles são deduzidos, e mostrar como um caso particular pode ser percebido e julgado de maneira imparcial quando o véu de ignorância não pode mais ser usado (ou seja, na deliberação judicial, em que todas as informações precisam estar disponíveis).

Ademais, o método do espectador imparcial aplicado às deliberações jurídicas constitui a porta de entrada para uma visão menos estreita do próprio ordenamento. No primeiro estágio deliberativo, todas as perspectivas sobre justiça cujos juízos passarem pelo teste do espectador imparcial podem ser levadas em conta no processo de refinamento dos princípios pelo equilíbrio

reflexivo. No segundo estágio, quando as reais condições da sociedade são conhecidas, o método do espectador imparcial permite buscar no estudo do direito comparado de países com circunstâncias socioeconômicas afins elementos para deliberar sobre as melhores normas para o direito pátrio (no caso do legislador) ou para descobrir o que deveriam ter sido os fins considerados pelos legisladores na reconstrução do seu processo deliberativo necessária para uma interpretação adequada das normas jurídicas.

4.7 Um exemplo: o caso Pinheirinho

Em janeiro de 2012, a Polícia Militar do Estado de São Paulo, em cumprimento a um mandado judicial de reintegração de posse¹⁴², empregou a força para desalojar os milhares de moradores da comunidade do Pinheirinho, em São José dos Campos. Apesar das inúmeras denúncias de abuso por parte dos policiais, o foco desta análise será os argumentos apresentados pela juíza para justificar a sua decisão. Para tanto, será empregado como parâmetro de avaliação a descrição da deliberação judicial realizada nas seções anteriores.

Não parece haver grande controvérsia acerca dos fatos: a partir de 2004, centenas de famílias de sem-teto começaram a ocupar uma área abandonada havia anos pela sua proprietária, a massa falida da Selecta S/A. No mesmo ano, os representantes da massa falida

142 Processo nº 0273059-82.2005.8.26.0577 – 6ª Vara Cível – Foro de São José dos Campos – SP.

entraram com uma ação de reintegração de posse. Por questões predominantemente de direito processual (entre as quais um conflito de competência), o litígio arrastou-se por cerca de sete anos, até que, no dia 17 de outubro de 2011, a juíza estadual da 6ª Vara Cível de São José dos Campos concedeu a reintegração de posse à massa falida, o que ensejou uma nova batalha judicial até que a sua decisão fosse cumprida com utilização da força policial.

Na fundamentação da sua decisão, a juíza afirma estar “satisfatoriamente demonstrado nos autos que as seguidas e continuadas invasões ocorreram, sendo as mais antigas em fevereiro e março de 2004, há menos de ano e dia do ajuizamento da ação (agosto de 2004).” Dos dispositivos legais pertinentes do Código Civil (art. 1210) e do Código de Processo Civil (arts. 294, 926-929) depreende-se a norma geral segundo a qual se deve expedir mandado de reintegração de posse se o proprietário esbulhado entrar com o pedido correspondente em menos de um ano e dia do início comprovado do esbulho. Com isso, a decisão estaria fundamentada em uma norma jurídica geral na qual o caso se enquadra inequivocamente.

O exame da norma em sua formulação abstrata revela a sua aptidão para proteger uma expectativa legítima de qualquer cidadão de que o Estado impedirá a privação do exercício de seus direitos de posse. Caso a regra não existisse, ficaria comprometida a utilização da propriedade privada como instrumento para a alocação de certos bens, resultante de interações que fazem parte da cooperação social. Cabe lembrar que foi levantado no terceiro capítulo, seguindo-se Hart,

que algum tipo de regulação da posse desses bens integra o conteúdo mínimo necessário de um ordenamento jurídico.

Poder-se-ia, no entanto, alegar que, decorridos sete anos da instalação das primeiras famílias no local, a aplicação da referida norma ao caso em questão não serviria para promover a finalidade justa que possui quando considerada em abstrato, mas, ao contrário, violaria o direito fundamental à moradia daquelas pessoas, o qual é garantido pelo art. 6º da Constituição brasileira. Essa alegação foi levada em conta pela juíza, que a afastou com o seguinte argumento, sustentando a pertinência da reintegração de posse:

De um lado, figura a Massa Falida como proprietária, socorrendo-se do judiciário por ver violado um direito constitucional seu, qual seja, o direito de propriedade e os aspectos dele decorrentes como a posse, esbulhada pelos requeridos. De outro, os esbulhadores, ligados ao Movimento dos Sem Teto, que imploram pelo direito constitucional de moradia, porém, que querem ver declarado às custas da propriedade particular da autora. (...) Oportuno consignar que na pirâmide dos direitos e garantias constitucionais, o Direito de Propriedade (reclamado pela autora) e o Direito à Moradia (reivindicado pelos requeridos), encontram-se no mesmo nível de hierarquia.

De início, constata-se um problema lógico com o argumento, na medida em que ele se mostra insuficiente para asseverar a prevalência do direito de propriedade da massa falida sobre o direito à moradia dos sem-teto. Se é verdade que estes últimos querem ver o seu direito declarado às custas do da autora, é necessariamente verdadeiro que a massa falida busca a proteção de seu direito de propriedade em detrimento do direito à moradia dos

sem-teto, pois trata-se exatamente de um caso de conflito entre direitos reconhecidos por normas constitucionais, o qual foi resolvido pela juíza sem que fosse apresentada uma só razão em favor da supremacia do direito de propriedade.

Se aceitarmos tomar a concepção de justiça de Rawls como diretriz para a interpretação das normas jurídicas, dificilmente o direito de propriedade de uma massa falida preponderaria sobre o direito à moradia das famílias. Acontece que a extensão do direito de propriedade defendida pelo primeiro princípio como liberdade fundamental corresponde apenas ao “uso exclusivo da propriedade pessoal”, cuja função é “permitir uma base material suficiente para um senso de independência pessoal e autorrespeito, sendo ambos essenciais para o desenvolvimento e o exercício das faculdades morais”¹⁴³. O espectador imparcial que analisasse o caso tendo em mente a prioridade do primeiro princípio de justiça tenderia a simpatizar com o sofrimento de quem é, em poucos dias, desalojado à força do local onde reside há sete anos, sem ter para onde ir, do que com a eventual indignação dos representantes de uma massa falida de perderem (talvez temporariamente) a posse de um terreno que tinham abandonado por mais de uma década.

A defesa de uma solução correta para o caso exigiria o conhecimento de seus pormenores. O que se pretendeu, em vez disso, foi mostrar que um argumento crucial na fundamentação da decisão seria inaceitável de acordo com os parâmetros para a

143 RAWLS, John. *Political liberalism*, *op. cit.*, p. 298.

deliberação judicial sustentados neste capítulo. Conforme exposto, não foi aprofundada, como deveria, a questão da preservação do caráter justo da norma em abstrato na sua aplicação ao caso particular, nem tampouco oferecida qualquer razão para a supremacia do direito de propriedade da massa falida, ainda que a concepção de justiça que defendemos como a mais apta a justificar a imposição de deveres jurídicos sugira o contrário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao buscar uma resposta às três questões referentes às relações entre teoria política e teoria do direito levantadas na introdução – a saber, a normatividade do direito, a legitimidade dos atos coercitivos praticados por agentes estatais e o papel de uma concepção de justiça na fundamentação da decisão judicial –, este trabalho acabou por fornecer uma visão das relações entre fontes sociais do direito, justiça e razão prática distinta daquela fornecida por jusfilósofos contemporâneos.

Procurou-se mostrar as limitações da teoria do direito de Herbert Hart no segundo capítulo. Ao desvincular em sua teoria do direito justiça e normatividade, trata apenas do uso prático da razão no âmbito jurídico relativamente à prática social complexa que responde pela validade de um conjunto de regras (e de parâmetros de aplicação dessas regras) como pertencentes a um ordenamento específico. Em outras palavras, a capacidade de o direito gerar obrigações para os cidadãos – e não meramente obrigá-los a agir de determinada maneira – sempre é relativa ao ponto de vista de quem, por uma razão ou por outra, o aceita, o que, por sua vez, independe da questão moral sobre dever ou não aceitá-lo na situação particular. Uma teoria do direito que restringe desse modo sua resposta à questão da normatividade é, como vimos, incapaz de lidar com a questão da legitimidade dos atos de coerção¹⁴⁴ e, conseqüentemente,

144A única noção de legitimidade de um ato de coerção que pode ser derivada da teoria do direito de Hart (não de sua teoria política) parece dizer respeito à conformidade

de fornecer todos os elementos necessários à satisfação dos requisitos para a fundamentação das decisões judiciais.

São inúmeras as tentativas de superar as deficiências da obra de Hart, sobretudo no que tange ao último problema (a fundamentação das decisões judiciais). Analisaremos brevemente duas das teorias que tiveram maior influência no debate e na prática jurídica contemporâneos – a de Ronald Dworkin e a de Robert Alexy – no que diz respeito às relações entre fontes do direito, justiça e razão prática.

Alexy introduz o uso prático da razão na aplicação do ordenamento jurídico prescindindo de uma concepção substancial de justiça. Em vez disso, oferece um conjunto de orientações formais para lidar com fins (na sua terminologia, princípios) conflitantes, o que solucionaria os problemas de fundamentação levantados no final do segundo capítulo. Em suma, para o autor, a imposição das consequências jurídicas previstas pela norma ao caso concreto tem de preencher as seguintes condições¹⁴⁵: (1) ser adequada à promoção de um fim contemplado pelo ordenamento; (2) corresponder ao meio disponível para se obter tal fim que seja o menos gravoso a outros

desse ato com uma norma válida do ordenamento jurídico que conta com um grau mínimo de aceitação na comunidade, independentemente do fato de haver ou não razões para quem sofre a coerção aceitá-lo. Trata-se de um sentido sociológico (descritivo) de legitimidade, muito próximo ao de Max Weber (*Max Weber on law in Economy and society*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1966, p. 03-10; 322-348).

145ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111-115. Evidentemente, o âmbito de aplicação da máxima da proporcionalidade segundo a elaboração do Tribunal Constitucional Federal alemão, que o emprega essencialmente para exame de constitucionalidade de leis face aos direitos fundamentais.

fins igualmente protegidos; (3) “quanto maior for o grau da não-satisfação ou da afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro.”¹⁴⁶

Se, por um lado, a explicitação da satisfação dessas condições auxilia a identificar na fundamentação oferecida pelo julgador os pesos relativos que ele atribuiu a cada um dos fins em jogo no caso concreto, ela não é, por outro lado, capaz de justificar a atribuição desses pesos. Nesse sentido, pode-se verificar na teoria de Alexy deficiências semelhantes às que Rawls constatou no intuicionismo.

Além de limitada na justificação dos princípios que incidem no caso concreto, estão ausentes da teoria de Alexy elementos para guiar a correta percepção jurídica das situações particulares. A aparente indiferença em relação ao tema em seus escritos mais importantes revela uma concepção de razão prática que passa ao lado daquilo que identificamos na seção 4.5 como os componentes essenciais da deliberação judicial.

Um enfrentamento direto das questões atinentes à deliberação judicial também não consta na obra de Dworkin¹⁴⁷. Este autor prefere tratá-los como problemas de interpretação, recorrendo muitas vezes a analogias com a interpretação literária. Segundo ele, assim como devemos buscar a interpretação de um romance que mais o favoreça como uma expressão do gênero ao qual pertence (policial, político,

146 Formulação do Tribunal Constitucional Federal alemão estudada em ALEXY, Robert, *op.cit.*, p. 161.

147 Tomou-se como base DWORIKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.

histórico, psicológico etc. – ou uma combinação entre eles), os valores ínsitos à prática jurídica devem nortear a atribuição de sentido normativo às fontes do direito: devemos interpretar, aplicar e revisar essa prática sob sua melhor luz.

Em vez de falar em estágios deliberativos e na sua reconstrução racional pelo juiz, Dworkin prefere lançar mão da metáfora do romance em cadeia: o julgador, ao decidir um caso, escreve mais uma página em uma história institucional da qual diferentes autores participam ocupando papéis distintos (legisladores, tribunais constitucionais, tribunais superiores, juízes de primeiro grau etc.), mas com a preocupação comum de manter um certo grau de coerência em relação aos valores que reconhecem na prática.

Dworkin não restringe sua investigação a uma descrição formal da relação entre prática, valores e interpretação, desenvolvendo uma concepção própria da justiça na criação e na aplicação do direito, a saber, a integridade ou o tratamento de todos os indivíduos com igual consideração e respeito. No âmbito da aplicação do direito, esse ideal consiste em uma espécie de balanço entre coerência com decisões passadas (tratamento igual de casos iguais segundo a concepção de justiça que melhor justifica o material jurídico como um todo coerente), e correções e aprimoramentos na prática decorrentes dos ditames da concepção de moralidade política do julgador.

Ao contrário de Rawls, que possui uma teoria da justiça formulada em torno de um argumento central, apesar das inúmeras correções e complementações de que pode carecer, a concepção de Dworkin encontra-se dispersa em vários escritos, não ficando sempre

claro o que ele propõe como uma orientação para uma reforma legislativa e aquilo que, na sua opinião, deveria ser levado em conta nas tarefas de interpretar e aplicar o direito. Diferentemente do autor de *Uma teoria da justiça*, Dworkin não recorre ao artifício do véu de ignorância para garantir o tratamento de todos com igual consideração e respeito, sustentando inclusive que o liberalismo político deve ser defendido como uma concepção moral abrangente nos termos de Rawls.

* * * * *

Ainda não tenho clareza sobre as perdas e os ganhos de abandonar-se o marco teórico de Dworkin para seguir o caminho argumentativo sugerido nesta tese, o qual se vale principalmente de elementos da teoria política de Rawls aplicados a problemas de teoria do direito. Busquei tratar as questões em uma ordem de razões distinta, e acredito que as metáforas empregadas por Dworkin, bem como suas analogias entre as interpretações jurídica e literária servem, na melhor das hipóteses, apenas como um esclarecimento inicial da prática jurídica. A opção por explicá-la por meio dos estágios deliberativos parece direcionar melhor o foco para os verdadeiros problemas relativos ao uso prático da razão, como foram trabalhados ao longo da história da filosofia, sem correr tanto o risco de levantar questões laterais que a comparação com uma prática social tão distinta como a da literatura pode suscitar. Por fim, não encontro em Dworkin um tratamento adequado da percepção jurídica do caso concreto, a qual constitui um elemento essencial da aplicação do direito que não é de modo algum trivial.

Assim considerada, esta tese pode ser compreendida como uma continuação de um projeto mais amplo iniciado na minha dissertação de mestrado acerca das relações entre lei, justiça e razão prática em Aristóteles. Na visão deste último, também é conferido à razão um papel destacado na apreensão das circunstâncias particulares da ação, na descoberta da intenção da lei e na deliberação acerca da melhor forma de aplicá-la.

O principal ponto de divergência com o que foi apresentado nesta tese diz respeito à concepção substancial de justiça defendida por Aristóteles, a qual, em muitos aspectos, vai de encontro ao tratamento de todos os indivíduos com igual consideração e respeito ora tomado como ponto de partida.

A continuidade desta pesquisa consistirá em buscar uma forma de conciliar o princípio democrático da igualdade entre os cidadãos na elaboração das leis com a igualdade entre os cidadãos no que concerne à aplicação das leis, isto é, o tratamento igualitário de casos iguais, conforme defendido nesta tese.

Esses dois princípios se encontram presentes no capítulo sobre a lei de *Do contrato social*, de Rousseau, onde se lê que “a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que estatui” (*Do contrato social*, II.6). De acordo com o mesmo filósofo, “[p]ara que uma vontade seja geral, não é sempre necessário que ela seja unânime, mas é preciso que todos os votos sejam contados; qualquer exclusão formal rompe a generalidade” (*idem*, II.2). O princípio

requisito¹⁴⁸.

A generalidade quanto à matéria legislativa é explicada, por sua vez, na seguinte passagem:

Quando eu digo que o objeto das leis é sempre geral, entendo por isso que a lei considera os súditos enquanto corpo e as ações como abstratas, jamais um homem enquanto indivíduo nem uma ação particular. (Idem, II.6)

Sustentei nesta tese a utilização da teoria da justiça de Rawls como forma de definir judicialmente os contornos dos critérios legais de igualdade. Essa posição foi atacada como antidemocrática por Jeremy Waldron, em sua obra *Law and disagreement*, na qual dirigiu várias objeções a duas espécies de filosofia juspolítica. Alguns, como Rawls, teriam tentado demarcar a esfera de desacordo razoável sobre os critérios de tratamento igualitário a partir de seus próprios princípios substanciais de justiça, sem ter em consideração o seu caráter controvertido¹⁴⁹. Outros, como Dworkin, defenderam a prevalência da concepção de justiça implícita na constituição americana, a qual deve ser extraída pelos juízes da Suprema Corte, sobre os critérios de justiça de leis democraticamente aprovadas. Segundo Waldron, esta última corrente estaria na verdade

148 O que não quer dizer que ele seja por si só suficiente para caracterizar uma vontade como geral nos termos de Rousseau. O interesse preliminar da referência a esse filósofo, todavia, é mostrar que ambos os princípios – respeito à regra da maioria e igualdade perante a lei – encontram-se presentes em sua obra. Se ele oferece alguma maneira de compatibilizá-los será objeto de investigação ulterior.

149 WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999, p. 149-163.

sustentando a supremacia das convicções sobre justiça da maioria dos ministros sobre as convicções da maioria dos representantes eleitos pelo povo.

Frente as tensões apresentadas entre a regra da maioria que estatui a lei e o tratamento igualitário na sua aplicação, a continuidade da pesquisa teria como objeto a busca de um princípio comum que sirva de justificação a ambos, sendo capaz de redefini-los de modo que seja possível pensar a tarefa de aplicar o direito sem que se tenha por vezes que escolher um em detrimento do outro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ARISTÓTELES. *Politics*. Trad.: H. Rackham. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005.
- BROADIE, Alexander. Sympathy and the impartial spectator. In: HAAKONSSSEN, Knud (ed.). *The Cambridge companion to Adam Smith*. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 158-188.
- CAVELL, Stanley. *The claim of reason*. New edition. New York: Oxford University Press, 1999.
- DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1996.
- FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard law review*, feb./1958, v. 71, n. 4, p. 630-672.
- _____. *The morality of law*. New Haven: Yale University Press, 1964.
- GRAY, John Chipman. *The nature and sources of the law*. 2ª ed. New York: MacMillan, 1948.
- GRISWOLD Jr., Charles. Adam Smith and the virtues of enlightenment. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- HAAKONSSSEN, Knud. *The science of a legislator: the natural jurisprudence of David Hume and Adam Smith*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.
- _____. Introduction. In: SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*.

Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. vii-xxiv.

HART, H. L. A. Are there any natural rights? *The philosophical review*, v. 64, n. 2, apr./1955, p. 175-191.

_____. *The concept of law*. 2^a ed. New Delhi: Oxford University Press, 2007.

MACCORMICK, Neil. Adam Smith on law. *Valparaiso Univeristy Law Review*, v. 15, 1980-1981, p. 243-263.

_____. Particulars and universals. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (ed.). *The universal and the particular in legal reasoning*. Aldershot: Ashgate, 2006, p. 03-22.

_____. *Practical reason in law and morality*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

NUSSBAUM, Martha C. *Poetic justice: the literary imagination and public life*. Boston: Beacon Press, 1995.

_____. Emotion in the language of judging. *St. John's Law Review*, v. 70, 1996, p. 23-30.

RAPHAEL, D. D. *The impartial spectator: Adam Smith's moral philosophy*. New York: Oxford University Press, 2007.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press, 1999, revised edition.

_____. *Justice as fairness: a restatement*. Ed. Erin Kelly. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2001.

_____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 2005.

RAZ, Joseph. The functions of law. *The authority of law*. 2nd edition. Oxford:

Oxford University Press, 2009, p. 163-179.

_____. Law and value in adjudication. *The authority of law*. 2nd edition. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 180-209.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social*. Paris: Gallimard, 1996

SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2009.

_____. Adam Smith and the contemporary world. *Erasmus Journal for Philosophy and Economics*, v. 3, n. 1, Spring/2010, p. 50-67.

_____. Introduction. In: SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. London: Penguin Classics, 2010, p. vii-viii.

SIEYÈS, Emmanuel-Joseph. *Essai sur les privilèges*. Disponível em: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k416867> (acesso em 06.05.2013).

SIMMONDS, Nigel. *Law as a moral idea*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

SMITH, Adam. *The theory of moral sentiments*. Oxford: Oxford University Press, 1976.

_____. *Lectures on jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 1978.

STEIN, Peter. *Legal evolution: the story of an idea*. Cambridge: Cambridge University Press, 1980.

WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

WEBER, Max. *Max Weber on law in Economy and Society*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1966.

WILLIAMS, Bernard. The idea of equality. *In the beginning was the deed*.
Princeton: Princeton University Press, 2005, p. 97-114.