



Vinicius de Souza Faggion

O que juízes devem fazer?

Uma análise do papel judicial

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio como requisito parcial para a obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Noel Struchiner

Rio de Janeiro
Abril de 2016



Vinicius de Souza Faggion

O que juízes devem fazer?

Uma análise do papel judicial

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito da PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora abaixo assinada.

Prof. Noel Struchiner

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Perin Shecaira

UFRJ

Prof. Rodrigo de Souza Tavares

UFRRJ

Prof^a. Mônica Herz

Vice-Decana de Pós-Graduação do Centro de
Ciências Sociais – PUC-Rio

Rio de Janeiro, 13 de abril de 2016

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, do autor e do orientador.

Vinicius de Souza Faggion

Graduou-se em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) em 2012. Candidato ao Título de Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Tem como interesse a filosofia do direito, dedicando-se aos problemas da adjudicação, aplicação e natureza do direito, e da filosofia política.

Ficha Catalográfica

Faggion, Vinicius de Souza

O que juizes devem fazer? Uma análise do papel judicial / Vinicius de Souza Faggion ; orientador: Noel Struchiner. – 2016.

136 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2016.

Inclui bibliografia

1. Direito – Teses. 2. Papel Judicial. 3. Formalismo 4. Particularismo. 5. Deveres. 6. Permissões. I. Struchiner, Noel. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Ao meu orientador, Noel Struchiner, por todos os ensinamentos ao longo do mestrado. Também lhe sou muito grato pelo encorajamento de investigar o tema deste trabalho. Sem essa “faísca”, talvez jamais tivesse pesquisado tal problema, cuja satisfação em estudá-lo foi imensa.

Os amigos e companheiros da “filô” Lucas Miotto e Lucas Grecco, que há quase dez anos estão sempre dispostos a discutir e questionar os problemas da filosofia jurídica. Sem seus comentários e críticas certamente não teria chegado sozinho às ideias e resultados alcançados. Novamente ao Grecco, por ter fornecido hospedagem sempre que precisei.

Também agradeço ao professor Fábio Shecaira, pelos comentários e observações preliminares ao rascunho dessa dissertação. Também pelas aulas que tive o privilégio de participar. Igualmente agradeço aos professores Adrian Sgarbi, Alexandro Bugallo, Fábio Leite e Caitlin Mulholland pelas aulas que proporcionaram momentos bem agradáveis para a discussão de ideias e outros assuntos relacionados (mas não sempre) ao mestrado.

À Luanda, minha corretora extraoficial, às vezes ouvinte paciente de algumas preocupações, sempre companheira. Vários “desvios gramaticais subtótimos” passariam batidos, não fossem correções suas. Também à família Quintão, por ter me recebido quando o retiro e o descanso foram necessários. Uma parte espinhosa foi escrita nesse tempo, e a quietude do interior deixou a tarefa bem mais leve.

À PUC-Rio e a Capes pelo auxílio financeiro, sem o qual essa dissertação e sequer o mestrado teriam sido possíveis.

À Anderson e Carmen, secretários da pós-graduação, que sempre forneceram todas as informações que precisei, mesmo à distância.

Aos amigos da “velha guarda”: Ivaldo, Octávio e Victor Hugo.

À todos os colegas do mestrado. Especialmente aos hartianos Ana, Gabriel e Fernando companhias sempre presentes e dispostas para discutir ideias.

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

Resumo

Faggion, Vinicius de Souza; Struchiner, Noel. **O que juízes devem fazer? Uma análise do papel judicial.** Rio de Janeiro, 2016. 136p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O papel dos juízes é tipicamente relacionado à função de respeitar e aplicar o direito. Acredita-se que há uma obrigação de fidelidade entre juízes e seus respectivos sistemas jurídicos, vinculando-os a obedecer aos ditames do direito positivo. Alguns argumentos, como o juramento, a autoridade prática do direito, a obrigação política judicial, e a contensão dos erros de julgamento, são invocados para justificar esse vínculo de fidelidade. Mas e nos casos cuja aplicação dos padrões jurídicos institucionalizados parece insatisfatória? Quando se ater ao direito implica um resultado evidentemente injusto que pode ser corrigido pelo juiz? Esses casos desafiam a obrigação de fidelidade entre juízes frente suas ordens jurídicas. Parece que o juiz nessa posição tem razões morais para ignorar as regras e atingir a solução mais justa. Mas seguir e aplicar essas razões morais é parte do papel do juiz? Ele deve fazê-lo? Outro conjunto de concepções do papel judicial pretende responder afirmativamente a essas duas questões. De acordo com elas, o papel judicial é composto por outras funções além do dever de seguir apenas padrões legais. Minha hipótese é que uma dessas concepções está correta.

Palavras-chave

Papel judicial; Formalismo; Particularismo; Deveres; Permissões.

Abstract

Faggion, Vinicius de Souza; Struchiner, Noel (Advisor). **What judges must do? An analysis of the judicial role.** Rio de Janeiro, 2016. 136p. MSc Dissertation – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The role of the judges is typically related to the function to respect and apply the law. It is believed that there is an obligation of fidelity between judges and their respective legal systems, binding them to obey the dictates of positive law. Some arguments, like the oath, the practical authority of law, the judicial political obligation, and the containment of errors of judgment, are invoked to justify this loyalty bond. But what about the cases whose application of the institutionalized legal standards seems unsatisfactory? When adhering to the law implies an obviously unfair result which can be corrected by the judge? These cases challenge the obligation of fidelity between judges towards their legal systems. It seems that the judge in this position have moral reasons to ignore the rules and achieve the fairest solution. But following and applying these moral reasons is part of the role of the judge? He should do it? Another set of conceptions of the judicial role intends to answer affirmatively these two questions. According to them, the judicial role consists of other functions besides the duty to follow only legal standards. My hypothesis is that one of these views is correct.

Keywords

Judicial Role; Formalism; Particularism; Duties; Permissions.

Sumário

Introdução	10
1. Entendendo o problema do papel judicial	17
1.1. Função judicial, mas <i>que função</i> ?	17
1.2. Uma gramática conceitual para discutir o papel dos juízes	18
1.3. É a função judicial composta somente por deveres?	21
1.4. Alguns esclarecimentos terminológicos	24
1.4.1. “Dever” ou “obrigação” judicial	24
1.4.2. “Obrigação legal” ou “obrigação moral”?	27
1.4.3. “Permissão legal” ou “permissão moral”?	28
1.4.4. As funções do papel judicial como obrigação especial de fidelidade ao ordenamento jurídico	29
2. O papel judicial entre o convencional e o não convencional	30
2.1. Quais são as funções institucionais dos juízes?	30
2.1.1. Aplicar regras claras	30
2.1.2. Interpretar regras de conteúdo indeterminado ou vagas	31
2.1.3. Decidir casos não regulados pelo direito	33
2.2. Desvios como hipótese para permissão ou dever não-institucional do papel judicial	34
2.2.1. O que são desvios?	34
2.2.2. Hipóteses casuísticas de desvios	38
2.2.3. Desvios são realmente possíveis?	40
3. Testando o papel judicial	46
3.1. Leitura institucional	46
3.2. Leituras <i>quasi</i> -institucionais	51
3.2.1. Leitura <i>quasi</i> -institucional restritiva	52
3.2.2. Leitura <i>quasi</i> -institucional liberal	57
3.2.3. Leitura <i>quasi</i> -institucional <i>jusnaturalista</i>	67
3.2.4. Decidir contra a aplicação de padrões subótimos é permissão ou dever do papel judicial?	72
3.3. Não há ainda outras leituras possíveis?	76

4 Argumentos que suportam o dever de obediência institucional	78
4.1.O juramento	78
4.2.A autoridade do direito como razão excludente	84
4.3.Obrigação associativa do papel judicial	90
4.4.A “teoria do erro”	98
5 Qual é a melhor leitura ético-normativa do papel judicial?	104
5.1.Qual é a leitura mais plausível?	105
5.2.Obstáculos teóricos e práticos das leituras <i>quasi</i> -institucionais	110
5.2.1.A composi�o da moralidade dos papéis	111
5.2.2. A (in)viabilidade das leituras <i>quasi</i> -institucionais	113
5.2.3.As atitudes de conformidade ao direito institucionalizado (e as m�s atitudes de não obedecê-lo)	117
6 Conclusão	121
7 Referências e bibliográficas	123
8 Anexo	135

Nunca deixe seu senso de moral impedi-lo de fazer o que é certo.
Isaac Asimov, *Fundação*.

Introdução

“Prometo bem desempenhar os deveres do meu cargo, cumprindo e fazendo cumprir as leis do meu país.”

Essa é uma representação simples de um juramento, que exprime o compromisso de um juiz de direito perante o cargo judicial. O juramento é certamente uma das manifestações mais salientes da relação entre o magistrado e os deveres que este terá de desempenhar na função de juiz. Em maior ou menor grau, ou sob modos de expressão variados¹, é constante a presença de um compromisso de respeito, observância ou cumprimento das leis e da Constituição, que representam o ordenamento jurídico do qual o juiz fará parte na qualidade de oficial do direito. Na formulação genérica apresentada logo acima, a compreensão mais usual é de o papel judicial ser resumido numa obrigação de respeitar e assegurar a aplicação dos materiais jurídicos disponíveis. Ou seja, as atribuições relacionadas à função judicial são aquelas institucionalmente dispostas em ordenamentos jurídicos. Mas será que apenas a observância de materiais jurídicos institucionais esgota os deveres do cargo judicial²? E nos casos concretos cuja aplicação dos padrões jurídicos institucionalizados³ parece insatisfatória? Quando

¹ Uma forma típica de juramento é o expresso na posse dos magistrados do Superior Tribunal de Justiça do Brasil: “Prometo bem desempenhar os deveres do meu cargo, cumprindo e fazendo cumprir a Constituição da República Federativa do Brasil e as leis do País”. Outras formas de juramento típicas são encontradas em Brand-Ballard (2010, p. 142-143) e E.W. Thomas (2005, p. 238).

² A resposta trivial é não. Juízes, por exemplo, ao sentenciar ações de reparação de dano têm que fixar o valor do ressarcimento. Então, saber fazer operações matemáticas básicas costuma ser considerado um dever judicial (GREEN, 2014, p. 4-5). Não me ocuparei desses deveres secundários a funções, digamos, centrais ao papel judicial, relacionadas à argumentação jurídica na adjudicação, e que giram em torno do julgamento através de padrões normativos do direito.

³ Empregarei o termo “*padrões jurídicos*” com frequência ao longo da dissertação. Com ele, e também com “*regras*” ou “*materiais jurídicos*” pretendo exprimir o conjunto de normas jurídicas institucionalizadas por um sistema legal, como é o caso de regras contidas em códigos de lei ou outras fontes jurídico-normativas que tenham força de lei, a exemplo dos princípios, entendimentos jurisprudenciais, precedentes, decretos legislativos, enfim, qualquer material jurídico positivado no direito capaz de fundamentar um veredito judicial. Quanto aos *princípios jurídicos*, não os vejo como uma categoria normativa com natureza distinta das regras da forma que Dworkin (2002), por exemplo, os qualifica, mas como regras jurídicas com conteúdo mais vago ou indeterminado, ao modo como Hart (1994) o faz no *pós-escrito* d’*O Conceito de Direito*. Embora não simpatize com a descrição dworkiniana de princípios, considerarei sua compreensão de princípios jurídicos mais à frente.

se ater ao direito implica em um resultado evidentemente injusto que pode ser corrigido pelo juiz? Parece que o juiz nessa posição tem razões morais para ignorar as regras previstas pelo sistema jurídico e atingir a solução mais justa. Mas seguir e aplicar essas razões morais é parte do papel do juiz? Ele pode ou deve fazê-lo?

O objeto deste trabalho é saber qual conjunto de deveres compõem o papel judicial. O tema somente deixa a trivialidade e ganha dimensão quando é posto em causa a impressão – compartilhada por teóricos do direito e também por boa parte das pessoas em geral – de que os juízes têm obrigação de fidelidade ao ordenamento jurídico (SMITH, 1999, p. 1658). Noutras palavras, que juízes têm o dever de aplicar os materiais jurídicos disponíveis para solucionar casos.

Desse modo, meu objetivo é investigar se o papel judicial pode ser composto por atribuições externas ao direito institucionalizado. Para tanto, considerar a possibilidade de *desvios judiciais* ao direito positivo é uma variável necessária para analisar argumentos sobre a hipótese de o papel judicial não ser determinado somente por normas institucionais ou convencionais do direito, mas também por considerações extrajurídicas⁴. De modo a ilustrar melhor o problema, considere o seguinte caso:

Scott Shapiro (2001, p. 531-532) narra uma das missões de caridade de Madre Teresa de Calcutá. A beata ocupou um prédio abandonado em Nova Iorque e utilizou as suas instalações para manter um albergue para andarilhos. Porém a fiscalização municipal autuou a beata, já que o imóvel de quatro andares ia contra o regulamento por não ter elevadores. Madre Teresa abriu mão do albergue devido aos altos custos para instalação dos elevadores. Mas, caso a missionária entrasse em disputa na justiça, reivindicando o direito de manter o albergue, que veredito o juiz deveria tomar?

⁴ Empregarei o termo “*desvio*” como a prática de desconsideração de padrões jurídicos disponíveis na decisão judicial. Soluções que desprezam padrões jurídicos institucionais podem exprimir duas interpretações diferenciadas. Uma delas, alinhada a teorias positivistas sobre a natureza do direito, considera decisões judiciais contrárias a padrões jurídicos institucionais como soluções extrajurídicas, pois ainda não fazem parte do direito positivo. Já a outra, correspondente a teses *jusnaturalistas*, não entende o desvio como uma desconsideração ao direito *tout court*, uma vez que compreende o direito como fenômeno mais amplo, e, portanto, não esgotado, pelos materiais jurídicos institucionalizados. Desse modo, *jusnaturalistas* compreendem *desvios* como uma forma de concretizar prescrições idealizadas pelo direito natural.

O exemplo serve como teste aos limites do papel judicial. Sem limitar o julgamento às exigências típicas da função judicial, o juiz pode chegar a um veredito dos seguintes modos:

- a) simplesmente aplicar a regra do código;
- b) afastar a aplicação da regra, por acreditar que a mesma esteja em conflito com outro padrão jurídico institucional que aponta um resultado mais justo do ponto de vista moral (alguma outra regra jurídica superior, uma previsão constitucional, princípio jurídico, precedente, ou jurisprudência) ou;
- c) desprezar a aplicação de padrões jurídicos e decidir o caso apenas através do raciocínio moral, já que a decisão conforme a regra produz um veredito injusto e o direito institucionalizado não fornece qualquer outra solução desejável.

Logo, ao analisar as consequências da decisão, o magistrado poderia concluir com boas razões que o veredito em prol da ação de caridade prevalece sobre a estratégia preliminar de simplesmente aplicar a regra ao caso concreto.

Através das estratégias de julgamento a), b)⁵ e c) apresentadas, observa-se que a) e b) são formas de decisão institucionais, enquanto c) corresponde a uma tática não institucional para a solução do caso. Qual delas é a forma mais condizente com a performance da função judicial? Intuitivamente, creio que a) ou b) sejam mais facilmente associadas à atividade judicial. Enquanto c) é considerado uma estratégia de decisão que escapa aos deveres da função judicial, que não deveria ser admitida.

Desse modo, há uma tendência em associar a função judicial somente ao dever de aplicar padrões jurídicos institucionalmente previstos pelo direito. Shapiro (2001, p. 532) expõe essa impressão:

...todos parecem estar bem confortáveis com o raciocínio judicial de regras. De fato, um juiz que assumiu “corrigir” as regulações será bastante criticado pelo ato *ultra vires*. Mesmo os críticos conservadores mais vociferantes do Estado regulador não advogam que juízes devam ignorar leis devidamente promulgadas⁶.

⁵ Demonstro certo ceticismo quanto a plausibilidade da estratégia b). Oportunamente, no Capítulo 2, apresentarei as razões desse ceticismo.

⁶ Tradução livre de: “everyone seems to be very comfortable with judicial rule-think. A judge who took it upon herself to correct the regulations would be roundly criticized for the *ultra vires* act. Even the most vociferous conservative critics of the regulatory state do not advocate that judges should ignore duly enacted law.”

A despeito da tendência predominante descrita, acredito que a estratégia c), ou seja, a hipótese de juízes decidirem casos desconsiderando padrões institucionais do direito, e aplicando no seu lugar o raciocínio moral, é correta. Essa hipótese é defendida, por exemplo, por autores como Brand-Ballard (2009), Anthony Reeves (2010) e Heidi Hurd (1999). E, se c) for correto, então é possível defender a tese de que as atribuições do papel judicial não se esgotam no dever de aplicar regras determinadas pelo direito positivo.

O problema de quais funções juízes *qua* juízes podem ter é uma discussão que envolve ramos teóricos da (ou relacionados à) filosofia do direito, de modo que é útil destacá-los para melhor compreender a abordagem:

Centralmente o problema é uma questão *ético-normativa*. A meta então será apresentar leituras teóricas sobre o papel judicial que melhor expliquem a forma com a qual juízes podem ou dever agir no exercício da sua função.

Há também dúvidas que circundam o problema relacionadas com a *ética profissional*: o fato do agente *X* ocupar a função *f*, dá a *X* licença moral para tomar decisões que contrariem razões praticadas pelos demais agentes ocupantes da função *f*?⁷ Isto é, há uma moralidade profissional própria e independente de uma moralidade geral ordinária⁸? E, se há duas moralidades distintas, capazes de apresentar consequências morais divergentes, é possível que ambas sejam corretas? Ou apenas uma delas fornece um resultado moral correto?

O tema também é afeto a teorias da decisão judicial, já que a tomada de decisão pode ser exercida aos moldes do *formalismo* ou do *particularismo*.

⁷ No caso específico dos juízes, o questionamento é o seguinte: o fato de ocuparem o cargo condicionado à obrigação de fidelidade ao direito positivo fornece uma licença para decidirem casos de acordo com o direito institucional, mesmo que as consequências morais de sua decisão sejam espúrias segundo o raciocínio moral ordinário?

⁸ A expressão “moralidade ordinária” não é das mais precisas, mas é empregada com frequência para representar uma moralidade que não está, necessariamente, vinculada ao desempenho de uma função específica. Compreende o raciocínio moral que seria razoavelmente tomado por qualquer pessoa que não estivesse instada a agir de acordo com expectativas diretamente associadas à profissão ou certo papel social. O sentido de “moralidade ordinária” também costuma exprimir decisão moral que representa uma “moralidade crítica”, do modo com o qual Hart (1963, p. 20) descreveu: princípios morais gerais empregados como forma de criticar ou questionar instituições sociais presentes, como é o caso dos sistemas jurídicos e da moralidade positiva imposta por suas regras. Ao longo da dissertação “moralidade ordinária” também quererá representar uma “moralidade objetiva”, ou seja, supõe-se que o raciocínio moral ordinário será capaz de resultar em consequências morais verdadeiras e corretas, independente de obrigações ou convenções sociais persistentes.

O debate acerca da *natureza do direito* também tangenciará a dissertação, já que a distinção entre o *positivismo* e o *jusnaturalismo* é capaz de formular leituras diferenciadas acerca do papel judicial, conforme abordarei oportunamente.

O problema também atrairá questões da *filosofia política*, acerca da obediência ao direito, já que os deveres do juiz podem ser justificados não somente pelo juramento, como também pela necessidade de preservar o Estado de Direito (*rule of law*). A obediência judicial pode ser fundada na necessidade de assegurar a observância das normas jurídicas formalmente impostas, ou através do consentimento voluntário, ou por ser alvo de um acordo mútuo e vantajoso entre os cidadãos. Como é o caso dos argumentos defendidos em teorias do *consentimento*, *da associação política*, *do fair play*, *da gratidão* ou *samaritanismo*, ou *do dever político natural* (DAGGER; LEFKOVITZ, 2014) (WELLMAN; SIMMONS, 2005) (KLOSKO, 2003).

Ou ainda, a obediência pode encontrar fundamento na autoridade do direito e na capacidade deste reivindicar a imposição de razões práticas excludentes. Argumento esse que ressalta uma função instrumental do direito ao ditar o modo como sujeitos devem agir (GREEN, 2003).

Cabe ressaltar que não farei uma análise sobre as funções do papel judicial concentrada num sistema jurídico específico, como o brasileiro. Meu trabalho também não versa sobre uma análise comparada do papel judicial em relação a ordenamentos jurídicos de outros países. Apesar de fornecer alguns exemplos que remetam ao direito brasileiro, e outros que repercutem no direito anglo-americano, minha abordagem filosófica é generalista, de modo que as teses e argumentos apresentados ao longo da dissertação pretendem discutir um conjunto de funções judiciais atribuível a juízes sob quaisquer sistemas jurídicos.

O trabalho será dividido em cinco capítulos.

No primeiro me dedico a apresentar noções gerais e conceituais básicas para abordar o papel judicial. Como as noções de dever, obrigação, e permissão. E como essas se relacionam com o direito e a moralidade.

No segundo capítulo, indicarei quais funções são convencionalmente atribuídas ao papel judicial. Estas corresponderão ao dever de seguir ou aderir ao direito, representado pela aplicação de regras claras, da interpretação de regras textualmente vagas ou indeterminadas, e da decisão de casos não regulados pelo direito (as lacunas). Explicarei em que consiste o *desvio* ao direito e como essa

hipótese se distingue dos deveres e permissões reconhecidos institucionalmente. Também apresentarei outros exemplos que associam a prática dos desvios à desconsideração de regras jurídicas claras, mas moralmente espúrias.

No terceiro, trabalharei com quatro categorizações teóricas sugeridas. Cada uma caracteriza distintamente a função do papel judicial relacionada ao dever de seguir o direito. Elas são: a *leitura institucional*, e as *leituras quasi-institucionais restritiva, liberal, e jusnaturalista*. A primeira delas assume uma postura convencional ou puramente institucionalizada da função judicial: juízes estão restritos por uma obrigação de fidelidade ao direito positivo, portanto, têm apenas deveres e permissões relacionados com a aplicação dos padrões jurídicos disponíveis. Enquanto as demais também se comprometerão nalguma medida com funções não convencionais ou não institucionais, de modo que a função do papel judicial não se esgota apenas na aplicação do direito, mas implicará noutra função externa ao direito previsto. Essa exposição cria uma agenda, através da qual me basearei para analisar variadas compreensões a respeito do papel judicial. Durante o desenvolvimento de cada leitura apresento como uma a uma julga a hipótese dos desvios ao direito institucional, ou seja, se consideram a prática impermissível, portanto, não pertencente à função judicial; ou se a avaliam como parte do papel judicial, logo, compatível com a atuação de juízes julgando *enquanto* juízes.

O quarto capítulo se dedica à exploração de argumentos invocados para justificar a pretensa obrigação de fidelidade dos juízes às regras do direito. Discutirei e apresentarei objeções a quatro deles: o juramento como fonte de deveres; a autoridade do direito como fonte de razões excludentes; e argumentos de obrigação política, destacando o argumento da obrigação associativa – talvez o que mais se aproxime da noção de ocupar e agir conforme uma função social desempenhada, nesse caso, o cargo judicial –, e a teoria do erro. Almejo demonstrar como esses quatro argumentos não fornecem razões conclusivas para preservar a leitura institucional do papel dos juízes.

No último Capítulo retomo as quatro leituras do papel judicial apresentadas no Capítulo 3 e, através das evidências obtidas no Capítulo 4, demonstro como a leitura institucional não soa como a representação mais atraente para o conjunto de atribuições judiciais. Desse modo, concluo a discussão ético-normativa defendendo que as funções judiciais são mais adequadamente descritas por leituras *quasi-institucionais*. Logo, a função judicial não se esgotará apenas no

conjunto de atribuições institucionalmente previstas pelo direito. Apontarei os prós e os contras entre cada uma das três leituras alternativas, procurando eleger qual dentre essas concepções normativas melhor representa o papel judicial. Por fim, indicarei algumas áreas de investigação que merecem ser melhor exploradas para aprofundar o problema.

1

Entendendo o problema do papel judicial

Antes de discutir o problema do papel judicial é necessário esclarecer algumas perguntas: o que se quer dizer com função do papel judicial? É o papel judicial composto somente por deveres? Se não for composto por deveres, o papel judicial é composto de mais o que? Quem determina os encargos da atividade judicial?

Aproveito o capítulo inaugural para esclarecer essas dúvidas e também para fornecer algumas classificações e distinções de termos que aparecerão constantemente ao longo da dissertação. Sobretudo “*dever*”, “*obrigação*” e “*permissão*”. Também descreverei quais funções do papel judicial são comumente reconhecidas pelo direito.

1.1

Função judicial, mas *que função*?

Durante a introdução descrevi o desempenho da função judicial representada pelo dever de deferência aos padrões do direito previstos em sistemas jurídicos. Bem como questioneei se essa aceção de deveres esgota a atividade adjudicatória dos juízes, sugerindo que o papel judicial é uma função mais ampla do que os deveres previstos pelo direito institucional. Porém, pode-se notar que trabalho com um conjunto de atribuições mais estrito.

Quando pensamos na função judicial, intuitivamente nos vem à cabeça que a atividade judicial é representada pelo julgamento de conflitos que envolvem alguma pretensão regulada pelo direito. No entanto, não seria muito preciso concluir que as funções de um juiz se restringem apenas em proferir vereditos.

A função judicial é composta por uma série de outras atribuições relacionadas à sua performance. Sistemas jurídicos, como é o caso do brasileiro, geralmente têm um código de condutas éticas dos juízes, que contém uma série de diretivas que o magistrado deve observar para desempenhar sua função. Por exemplo, o *Código de Ética da Magistratura* brasileiro contém normas de conduta que o juiz deve preencher. A ordem jurídica espera que juízes julguem com independência, sem que sejam influenciados por questões externas ao julgamento, como a pressão da opinião pública; que sejam imparciais e diligentes quanto ao

cumprimento de atos processuais. Juízes também devem ser zelosos e educados no convívio com servidores públicos e partes do processo. Além dos deveres relacionados à conduta moral do juiz, há deveres relacionados às condições de trabalho do magistrado, como a pontualidade durante o expediente e respeito às demais normas que regimentam atividades cotidianas de uma vara judicial ou tribunal.

Esses deveres que acabei de descrever são atribuídos por regras de ocupação (MURPHY, 2006, p. 69). Correspondem a deveres instrumentais ou acessórios à performance da atividade judicial.

Minha dissertação não trabalha com uma abordagem holística de quais seriam todas as funções do papel judicial, de modo que os deveres instrumentais não fazem parte da análise. A função que me interessa se relaciona apenas com a atividade-fim dos juízes, ou seja, à tomada de decisão.

Tomarei então, as atividades-meio dos juízes como dados constantes, ou seja, como atribuições que esses agentes têm que possuir. Os juízes dessa dissertação são presumivelmente probos, diligentes e imparciais quanto ao cumprimento de suas atividades para a boa realização de sua atividade-fim, o julgamento. Portanto, quando falo da função judicial, me referirei somente à decisão judicial, e às formas pelas quais o juiz pode se portar para decidir casos. Devem os juízes, quando possível, ser *formalistas* e restringir sua função apenas à aplicação dos materiais jurídicos disponíveis? Ou devem ser *particularistas*, questionando a aplicação de certos materiais jurídicos em prol de um veredito conforme as melhores razões morais disponíveis? São essas posturas, ou comportamentos de decisão judicial, que descreverão a função dos juízes ao longo do trabalho e que servirão de base para, mais adiante no Capítulo 3, embasar as distintas leituras do papel judicial propostas.

1.2

Uma gramática conceitual para discutir o papel dos juízes

Tendo restrito a abordagem da função judicial apenas sobre sua atividade-fim, ou melhor, à atividade adjudicatória, outra questão que precisa ser respondida é se o desempenho da atividade de julgar é somente um dever. E, se não for somente um dever, que outro tipo de coisa pode ser?

Para responder essa questão é necessário a introdução de uma “gramática” ou “linguagem conceitual” a partir da qual possamos classificar em que consiste o desempenho da adjudicação. Essa gramática será representada pelos *direitos hohfeldianos*. A noção de direitos⁹ (*rights*) é relevante para compreender a composição do papel judicial, e qual é a relação do papel judicial com sistemas jurídicos.

Sinteticamente, direitos são condições para realizar (ou deixar de realizar) certas ações, e para se estar (ou não estar) sob certas posições ou *status*. Também são condições para que outros pratiquem (ou deixem de praticar) certas ações, ou para que estejam (ou não) agindo sob certas posições ou *status*. Wesley Hohfeld (1919) foi responsável por desenvolver uma classificação conceitual de direitos, explicados através de quatro componentes básicos que ficaram conhecidos como “*incidentes hohfeldianos*”. São eles os *privilégios (permissões)*, as *pretensões (direitos)*, os *poderes*, e as *imunidades* (WENAR, 2015).

Um sujeito A tem um privilégio ou uma permissão para φ se, e somente se, A não tem um dever para φ . Também são reconhecidos como liberdades e expressam um direito que existe na medida em que não é exigida do sujeito ação contrária que o impeça agir. Por exemplo, temos a permissão ou a liberdade de pegar conchas na praia, pois sobre esse ato não há deveres ou exigências que nos proibam coletar conchas na praia. Provavelmente jamais aparecerá um oficial ou guarda-de-praia que nos multe ou puna por descumprir uma regra moral ou legal do tipo “é proibido pegar conchas na praia!”.

Já quanto à pretensão, um sujeito A a exerce, se reivindica de B φ se, e somente se, B tem um dever em relação a A de φ . O serviço postal requer do carteiro a entrega da correspondência, pois é dever do carteiro entregar cartas aos seus destinatários conforme requer o serviço postal.

Direitos se manifestam também através de poderes. A tem um poder se, e somente se, tem a habilidade de alterar os seus próprios incidentes hohfeldianos ou os incidentes de outros. Um técnico de futebol tem o poder de relacionar a escalação do time, e substituir os jogadores de acordo com seu discernimento.

⁹ A palavra “direito” não denota necessariamente uma propriedade jurídica, ela representa um discurso de *direitos morais*, que é na língua inglesa expresso como *moral rights*. A confusão surge, pois podemos usar “direito” na língua portuguesa tanto para expressar relações jurídicas quanto relações que dirão respeito somente à moral.

Também, na condição de técnico empregado e contratado pelo clube, tem o poder de se demitir caso não queira mais comandar o time.

Por fim há imunidades. *Diz-se que um sujeito B tem uma imunidade se, e somente se, falta em A capacidade ou o poder para alterar os incidentes hohfeldianos de B.* Por exemplo, falta ao Estado a capacidade para cobrar tributos da Igreja, pois templos religiosos possuem isenção de impostos concedida pela Constituição. Logo, templos religiosos possuem imunidade tributária.

Através dos incidentes hohfeldianos pode-se notar que direitos são adquiridos (e deveres são reivindicados) numa relação entre sujeitos e ações. Por exemplo, alguém tem uma permissão, pois não existe uma ação contrária ou sujeito que proíba certa conduta. E alguém tem um dever quando um sujeito ou uma conduta requer o cumprimento de determinada ação. Hohfeld, percebendo a relação existente entre alguns desses direitos, e entre suas contraprestações produzidas sobre sujeitos de direitos, propôs dois quadros comparativos aos quais chamou de “correlatos jurídicos” e “opostos jurídicos”. Com essas relações, o jurista imaginou reveladas relações jurídicas fundamentais entre sujeitos (SCHLAG, 2015, p. 200-204). As relações são as seguintes:

Correlatos jurídicos:	Opostos jurídicos:
Direito (pretensão) – Dever	Direito (pretensão) – Não-direito (não-reivindicação)
Permissão (privilégio) – Não-direito (não-reivindicação)	Permissão (privilégio) – Dever
Poder – sujeição	Poder – incompetência
Imunidade – incompetência	Imunidade – sujeição

A relação entre correlatos é a estabelecida entre um sujeito A e um sujeito B. Assim, se A tem direito à entrega dos livros comprados de B, B tem um dever de entregar esses livros. Se A tem a permissão para fazer *topless* na praia, B não tem o direito (ou não pode reivindicar) que A deixe de frequentar a praia ou que só tome banho de sol trajando o bustiê.

Já quanto aos opostos, há uma relação entre direitos oponíveis sobre sujeitos, na medida em que a presença de um impede a existência do outro na mesma ação. De volta ao exemplo anterior, se A tem a permissão para o *topless*,

ela pode tanto praticar o ato, quanto se abster e não praticá-lo. Ter a permissão para o *topless* não torna obrigatório que A exerça essa faculdade de agir, não há dever, pois essa conduta não é exigida.

1.3

É a função judicial composta somente por deveres?

Com a noção de direitos apresentada acima é possível correlacionar os direitos existentes entre o papel judicial e sistemas jurídicos, bem como pensar numa relação intuitiva de dependência entre eles. Juízes são agentes responsáveis por cumprir com as demandas impostas e regulamentadas por ordens jurídicas. Logo, é segura a asserção de que a função judicial é determinada e regulamentada nalguma medida por sistemas jurídicos. Essa relação de subordinação do papel judicial para com o direito institucional indica que sistemas jurídicos são detentores de direitos sobre a função judicial.

Desse modo, com os incidentes hohfeldianos é possível perceber que a função judicial não é somente determinada por deveres. Ordens jurídicas também têm a capacidade de criar imunidades, poderes e permissões à função judicial. Quais seriam então essas atribuições impostas institucionalmente à atividade adjudicatória?

Sistemas jurídicos concedem aos juízes o poder de utilizar a força legal para proferir vereditos que concedem direitos, impõem deveres ou restrições, ou mesmo punem sujeitos de direito. Porém o exercício desse poder não é arbitrário, e é regulado pela vindicação de deveres ao papel judicial. O dever de obedecer e aplicar regras ou outros padrões normativos previstos em sistemas jurídicos é o principal elemento da atividade adjudicatória. Tal dever de seguir o direito é considerado um truísmo da função judicial e não haveria como imaginar a existência dessa função desacompanhada do dever de aplicar o direito previsto em sistemas jurídicos. Leslie Green (2010, p. 1) faz menção a esse truísmo, e destaca que:

Tem sido sugerido que as leis são generalizações que predizem as decisões dos juízes, que as leis são normas endereçadas aos juízes, que as leis são normas que os

juízes estão designados a aplicar, e que as leis são normas àqueles que estão sujeitos a decisões judiciais são obrigados a obedecer.¹⁰

Outro modo de rastrear esse truísmo é por meio de qual é a teoria de argumentação jurídica mais utilizada, que é a argumentação institucional: aquela que provê razões para agir ou se abster de agir pelo fato de uma autoridade dispor de regras sobre como se comportar. Essa é a argumentação jurídica típica, ensinada aos graduandos do curso de Direito, e usada por advogados e pelos juízes em casos rotineiros (STRUCHINER; SHECAIRA, 2012, p. 136-137). Então, na medida em que juízes utilizam regras institucionais para o julgamento, há a impressão de que seu papel é voltado apenas em fazer valer a argumentação jurídica institucional.

Além de deveres, juízes podem ter permissões relacionadas ao julgamento. Mas, dado que o desempenho da adjudicação é regulado pelos deveres impostos pelo sistema jurídico, segue-se que permissões atualmente reconhecidas à atividade judicial só seriam admitidas institucionalmente. Um caso de permissão institucional que será mencionado em breve é a autorização da discricionariedade judicial para julgar alguns casos de sub ou sobreinclusão de regras.

Juízes também têm certas imunidades durante o desempenho de sua atividade. Um exemplo é a imunidade presente no *common law* norte-americano que impede juízes de serem alvo de ações indenizatórias movidas por partes do processo insatisfeitas com a decisão judicial. Tal imunidade¹¹ protege juízes de responsabilidade civil por atos decorrentes da performance da função judicial (BLOCK, 1980).

Para efeitos da análise que farei do papel judicial, utilizarei apenas as acepções de pretensão, seu conceito correlato e seu oposto, portanto, as noções de direitos, deveres e permissões para abordar o papel dos juízes. Como colocarei em causa a ideia de que as atribuições judiciais são somente determinadas

¹⁰ Tradução livre de: “It has been suggested that laws are generalizations that predict the decisions of judges, that laws are norms addressed to judges, that laws are norms that judges are entitled to enforce, and that laws are norms that those subject to judicial decisions are required to obey.”

¹¹ No direito brasileiro a atividade judicial não tem direitos tratados pelo vocábulo imunidades, mas possuem certas garantias que parecem satisfazer a noção de imunidade, como é o caso da vitaliciedade do cargo, ou da inamovibilidade não motivada por interesse público. Essas duas garantias podem ser consideradas exemplos de imunidade, pois tal como o caso da imunidade tributária de templos religiosos, a Constituição não concede ao Estado poder para suprimir essas garantias, a não ser em casos excepcionalmente determinados.

institucionalmente, questionarei o modo convencional de conceber a atividade adjudicatória, nomeadamente, como aquela investida somente por deveres e permissões reconhecidos pelo direito positivo. Argumentos que sustentam essa leitura institucionalizada do papel judicial serão expostos e criticados nos Capítulos 3 e 4. Se as objeções contra a visão tradicional forem razoáveis, há bases para sustentar que juízes não terão o dever de obedecer e, conseqüentemente, aplicar os padrões jurídicos em todos os casos, uma vez que os argumentos que suportam a obrigação de seguir o direito não serão capazes de impor obrigações morais de obediência. E, na ausência de um dever moral de obediência resoluto, outras hipóteses teóricas se abrem para preencher o espaço antes ocupado por esse dever.

Mais à frente, apresento ao menos três leituras teóricas – as leituras *quasi-institucionais* – que consideram a função judicial dotada de outra atividade além da determinação institucional: utilizar o raciocínio moral para tornar vereditos mais razoáveis ou justos. Cada uma dessas teorias verá de modo distinto o preenchimento dessa lacuna deixada pela impossibilidade de sistemas jurídicos imporem deveres *all-things-considered*¹² sobre o papel judicial. Nesse momento, a gramática conceitual será muito útil. É a partir dela que se tornará possível imaginar outros direitos ocupando o espaço vazio deixado pela pretensão institucional. É possível que, na ausência do dever *all-things-considered* de aplicar regras, parte da função judicial seja explicada:

A) por uma *permissão* para utilizar o raciocínio moral e solucionar casos cuja aplicação do direito é espúria ou moralmente indesejada;

B) Ou também é possível que o papel judicial seja parcialmente composto por um *dever* moral de decidir contrariamente ao que sistemas jurídicos preveem.

No capítulo 3 demonstro que cada uma das três leituras *quasi-institucionais* adapta-se melhor a um desses opostos hohfeldianos. De modo que haverá teorias melhor explicadas em termos de deveres, e outras em termos de permissões.

Até o momento deve-se ter notado que empreguei os incidentes hohfeldianos de modo lato para me referir tanto a direitos institucional e

¹² Tal expressão em inglês é tipicamente empregada na linguagem filosófica para indicar a ideia de que, consideradas todas as condições que justificam a presença de X, X é a melhor solução, dado que as razões fornecidas para X serão conclusivas ou decisivas.

juridicamente determinados, quanto à possibilidade de direitos atribuíveis exclusivamente pela moralidade ao papel judicial. Originalmente a linguagem de direitos imaginada por Hohfeld possuía apenas uma contraparte legal, ou seja, são atribuíveis aos sujeitos somente em virtude de sua previsão institucional por sistemas jurídicos. Logo, todos os direitos surgiram em virtude de lei. Porém, também é possível notar que a concepção original de Hohfeld não é suficiente para abordar o problema proposto na dissertação. A concepção de deveres e permissões legais só capta a noção tradicional do papel dos juízes, que têm suas funções apenas determinadas legalmente. Assim, a concepção mais ampla é necessária, pois ela capta a possibilidade de o papel judicial ser determinado por deveres e permissões afora os previstos institucionalmente. Ao adotar uma contraparte moral dos incidentes hohfeldianos não serei arbitrário ou imprudente, pois o uso do vocabulário de Hohfeld para expressar direitos e deveres morais é utilizado com frequência em abordagens ético-normativas. Autores como Edmundson (2006, p. 124), Zimmerman (2006, p. 455), Wenar (2015) e Miller (1976) comumente utilizam o vocabulário de Hohfeld também para exprimir relações morais.

1.4 Alguns esclarecimentos terminológicos

Agora, esclareço o que pretendo expressar quando falo a respeito de *deveres do papel judicial*, se os termos “*dever*” e “*obrigação*” podem ser tomados por sinônimos ou se representam coisas distintas. Também, esclareço que relação o papel judicial tem com as categorias teóricas da *obrigação legal* e da *obrigação moral*, e o que ambas expressam.

1.4.1 “Dever” ou “obrigação” judicial

Ao longo da dissertação utilizarei constantemente os termos “*dever*” e “*obrigação*” relacionando-os ao exercício do papel judicial. Mas o que ambos denotam? São intercambiáveis, ou exprimem noções diferentes?

Não há consenso geral na literatura entre tratar os termos como sinônimos ou distintos. Por exemplo, Zimmerman (2013, p. 1483) trata os termos como

sinônimos. Destaca que “dever” tende a ser reservado àquelas obrigações que um sujeito contrai em virtude de ocupar alguma posição oficial, como seria o caso dos juízes. Também que “dever” está relacionado ao termo “*responsabilidade*” não só para se referir às obrigações contraídas pelo ocupante de uma posição oficial, como também por aquele que ocupa determinado papel ou função independentemente de um vínculo, como é caso do dever ou responsabilidade entre familiares. Ainda destaca que na filosofia há a tendência de intercambiar “dever” ao termo “obrigação” para referir a qualquer obrigação adquirida pelo sujeito a despeito de qualquer papel particular assumido, como seria o caso da obrigação (ou dever) de acudir a vítima de um acidente automobilístico, que é atribuída a qualquer pessoa, mesmo que esta seja um policial rodoviário, um bombeiro ou mero transeunte.

Já John Simmons (1981, p. 11-16) vê distinções importantes entre os termos. Para o autor os usos paradigmáticos de cada um revelam essas diferenças. Primeiro, afirma que “dever” costuma exprimir um dever moral, ou seja, uma conduta devida livre de qualquer vínculo institucional ou papel especial desempenhado, como no dever de salvar uma pessoa que se afoga. Também identifica “dever” relacionado ao desempenho de atividades determinadas pelo ofício, ocupação ou papel social preenchido pelo sujeito – esta uma acepção de “*dever posicional*” (*positional duty*). Já quanto à “obrigação”, quer exprimir um requisito moral produzido através de atos voluntários. Tal voluntariedade é denotada pelo seu uso linguístico: é comum dizer “obrigamo-nos”, mas “devemo-nos” é uma expressão estranha, não indicativa de voluntariedade. Uma “obrigação” também é devida para uma pessoa ou grupo de pessoas específicas, ou seja, é uma relação entre obrigante e obrigado, enquanto deveres são condutas morais devidas por todas as pessoas a outras. Nessa acepção, Simmons indica que obrigações são dispostas de modo que soam como o pagamento de uma dívida adquirida, como é o caso de promessas ou juramentos. Por fim, ainda diferencia obrigações de deveres na medida em que as primeiras se definem em função da natureza da transação ou do relacionamento entre obrigante e obrigado, ou seja, é a criação do vínculo que torna a conduta obrigatória. Noutro lado, deveres só são deveres em função do conteúdo ou valor contido no ato praticado, em detrimento do vínculo firmado.

Tomando a distinção terminológica de Simmons é plausível afirmar que um ato, mesmo sendo moralmente reprovável, pode ser objeto de obrigação, já que o agente resta obrigado pelo compromisso assumido. Sobre o mesmo ato não se pode dizer que o agente tem um dever em cumpri-lo, já que o mesmo seria moralmente questionável.

Como se pôde ver, não há uniformidade quanto aos usos de “obrigação” e “dever”, de modo que opto por tratar os termos como distintos, quando essa distinção for útil. Tomo a liberdade de adaptar alguns usos indicados por Simmons de uma maneira, que acredito, melhor se relacione ao estudo do papel judicial. Desse modo, sugiro tratar os termos na seguinte medida:

Quando falo em “obrigação” me refiro somente ao vínculo de fidelidade existente entre o papel judicial e o direito institucional. Juízes teriam então uma *obrigação de fidelidade* de seguir e aplicar os materiais jurídicos do ordenamento. Portanto, relacionarei o termo “obrigação”¹³ a uma concepção institucionalizada do papel judicial¹⁴.

Nessa relação de fidelidade entre juízes e sistemas jurídicos, o termo “dever” também é cabível. Juízes teriam o dever de agir em estrita observância às obrigações previstas em sistemas jurídicos, sob a pretensão de essas obrigações estarem moralmente justificadas. “Dever” então será empregado para designar quais atividades decisórias do juiz são impostas pela obrigação de fidelidade. Nesse sentido, se a obrigação de fidelidade entre juízes e o direito institucional confere aos primeiros o dever de aplicar os materiais jurídicos previstos pelo segundo, então essas responsabilidades judiciais são tratadas como *deveres institucionais do papel judicial*.

Já, caso os deveres do papel judicial não sejam esgotados ou genuinamente justificados pela obrigação de fidelidade, o termo “dever”¹⁵ denotará que a função

¹³ A distinção proposta por Simmons demonstra sua utilidade aqui, já que a obrigação de fidelidade dos juízes ao direito institucional é dada mais em função da força do vínculo estabelecido do que o efetivo conteúdo dos deveres sub-rogados por tal vínculo.

¹⁴ Mais à frente, empregarei “obrigação” com mais constância para descrever o vínculo de fidelidade entre juízes e o direito posto, sobretudo através da análise de argumentos como o juramento e a obrigação política que servem de fundamento a tal vínculo.

¹⁵ Novamente a distinção terminológica vem a calhar, já que a partir do momento em que os deveres judiciais não corresponderiam a todos os deveres sub-rogados pela obrigação de fidelidade, torna-se possível defender que o papel judicial é composto por deveres independentes da vinculação institucional.

judicial não está limitada apenas pelo fato de juízes ocuparem uma função regulada pelo direito positivo.

Em resumo, a relação entre dever, obrigação e o papel judicial será expressa ao longo da dissertação do seguinte modo:

I) Há obrigação de fidelidade entre juízes e o direito institucional: a função judicial é composta somente por deveres que dizem respeito à aplicação dos materiais jurídicos disponíveis;

II) Não há obrigação de fidelidade plena entre juízes e o direito institucional: a função judicial não diz respeito apenas ao dever de aplicar os materiais jurídicos disponíveis.

1.4.2

“Obrigação legal” ou “obrigação moral”?

Podemos afirmar num sentido formal, e um tanto trivial, que juízes ou quaisquer sujeitos que estão sob uma *obrigação legal* têm seus deveres regulados por regras de um sistema jurídico. Noutras palavras, dizer que um agente tem uma obrigação legal significa que o mesmo tem suas condutas reguladas por uma norma ou conjunto de normas jurídicas.

Porém o termo “*obrigação legal*” também está envolto numa questão normativa discutida por filósofos políticos e do direito: há de fato um dever das pessoas obedecerem ao direito em virtude de suas normas terem *status* jurídico? Isto é, há uma obrigação moral de obediência a regras simplesmente por estas pertencerem ao que é *direito*?

Nesse sentido, “obrigação legal” indica se normas jurídicas inerentemente são capazes de impor obrigações morais. Como o direito é um sistema normativo com pretensão de regular as condutas da sociedade, impõe uma obrigação moral de obediência às suas regras. Essa obrigação requer a complacência dos cidadãos, que devem tomar o conteúdo prescrito nas normas como razões para agir no lugar de outras razões morais que cada um possa ter (KRAMER, 2007, p. 179). Assim, diz-se que obrigações legais têm a pretensão de impor deveres morais, ao substituir razões morais distintas das normas jurídicas. Isto ocorre, pois o direito reivindica autoridade sobre as questões morais que regula. Para tanto, emprega o mesmo núcleo conceitual ou aparato linguístico compartilhado pela moralidade,

como é o caso de menção a obrigações, deveres, direitos (*rights*) ou poderes (GARDNER, 2008, p. 22).

Portanto, quando um juiz tem uma *obrigação legal para com o direito* é análogo descrever que o juiz tem uma *obrigação moral de aplicar as regras de um sistema jurídico*.

Como expus logo acima, considerarei a questão da obediência de juízes às normas ou padrões jurídicos institucionais sob o rótulo “obrigação de fidelidade”. Desse modo, quando me refiro a uma “obrigação de fidelidade” é equivalente a dizer que juízes têm um vínculo de obediência ao sistema jurídico, ou o pretense dever moral de aplicar o direito positivo.

1.4.3 “Permissão legal” ou “permissão moral”?

De modo semelhante ao que ocorre com o termo “obrigação”, o vocábulo “permissão” tem contrapartes legal e moral. No primeiro caso, “*permissão legal*” denota que o sistema jurídico não impõe restrições à prática da conduta liberada. E que qualquer prática que não constitui permissão é um dever que precisa ser obedecido em virtude das regras. No segundo, *permissão moral* representa a prática de uma conduta que não é impedida pela moralidade.

Do mesmo modo que uma obrigação legal tem a pretensão de reivindicar e também consistir numa obrigação moral, o mesmo se passa com a categoria das permissões. É depositado a crença de que permissões legais são as únicas que admitem moralmente a atuação do juiz. E que todo ato judicial que não constitua permissão, é representado por seu oposto, logo, é um dever imposto pela obrigação de fidelidade ao sistema jurídico. Desse modo, somente permissões autorizadas pelo ordenamento jurídico seriam liberdades concedidas à função judicial. Como o dever moral de aplicar padrões jurídicos será posto em causa, alterações no modo com que vemos permissões na adjudicação também ocorrerão. Será possível imaginar a hipótese de o papel judicial ser composto pela permissão moral de contrariar o direito institucional, quando sua aplicação produzir imoralidades.

1.4.4

As funções do papel judicial como obrigação especial de fidelidade ao ordenamento jurídico

Por fim, ainda é preciso esclarecer que há uma diferença entre o suposto vínculo de fidelidade ao direito quanto às obrigações dos juízes e dos cidadãos em geral.

O pressuposto de que juízes devem aplicar padrões jurídicos para exercer seu papel está envolto por uma obrigação especial de fidelidade ao ordenamento jurídico (LYONS, 1984, p. 192). Especial, pois a obediência ao direito é mais forte para os juízes do que para os cidadãos, já que a obrigação destes requer apenas o respeito às regras. Juízes têm obrigação de aderir ao invés de meramente respeitar o direito. Espera-se dos juízes disposição proativa de zelar pela correta aplicação dos padrões jurídicos (BALLARD, 2009, p. 39). Outro modo de expressar essa obrigação especial é dizer que juízes têm uma razão moral significativa para julgar casos conforme o que o direito existente requer (REEVES, 2010, p. 163). Ou ainda, segundo Brink (1985, p. 369):

A natureza e a extensão da obrigação judicial de fidelidade ao direito difere-se, digamos da natureza e extensão da obrigação de fidelidade ao direito dos cidadãos, porque várias características do papel institucional do juiz fornecem razões especiais para se pensar que exista uma obrigação judicial *all-things-considered* de decidir casos pela aplicação do direito¹⁶.

Portanto, ao discutir a fidelidade institucional dos juízes, deve-se ter sempre em mente que a obrigação judicial é diferenciada da obrigação moral e política que os demais cidadãos têm perante o direito.

¹⁶ Tradução livre de “the nature and extent of the judicial obligation of fidelity to the law differs from the nature and extent of, say, the citizen's obligation of fidelity to the law, because various features of the judge's institutional role and responsibilities provide special reasons for thinking that there is an all-things-considered judicial obligation to decide cases by applying the law.”

2

O papel judicial entre o convencional e o não convencional

Neste capítulo destacarei quais são as atribuições usuais do cargo judicial, ou seja, quais funções o direito institucional prevê para a atividade adjudicatória.

Depois de descrever esses deveres e permissões habituais, me dedico a apresentar uma função não usual e hipotética do papel judicial, representada pelos desvios ao direito. Essa noção é relevante para embasar a discussão geral de todo o trabalho. É através dela que a concepção tradicional de que o papel judicial é somente determinado pelo direito institucional poderá ser questionada. Se desvios ao direito forem prática permissível ou requerida dos juízes, então é possível imaginar outras teorizações acerca do papel judicial além da visão tradicional de que juízes têm de aderir somente ao direito.

Desse modo, além de fornecer uma noção conceitual do que consiste a prática do desvio, demonstro como a mesma se diferencia, sobretudo, do domínio dos deveres judiciais institucionalizados. Bem como sugiro mais exemplos, além do já apresentado na introdução, que ilustram casos de desvio.

2.1

Quais são as funções institucionais dos juízes?

Na literatura é possível reconhecer três funções impostas pelo direito positivo à atividade judicial, nomeadamente: a aplicação de regras claras do direito; a interpretação de regras cujo enunciado canônico contenha termos vagos ou indeterminados; e o dever de decidir casos concretos que não possuem solução prevista dentre os padrões do direito positivo.

2.1.1

Aplicar regras claras

O dever de solucionar casos aplicando as regras jurídicas disponíveis é certamente a função mais reconhecida da atividade judicial. Casos que se enquadram nessa categoria costumam ser chamados *fáceis* (*easy cases*) e correspondem àqueles cuja regra que os regulamenta é suficientemente clara, de

modo que podem ser decididos de forma um tanto direta ou “automática”. Quando um juiz está diante de um caso fácil, também se costuma afirmar que a decisão ocorreu de forma dedutiva e dispositiva, pois a mera associação entre uma regra ou conjunto de regras jurídicas e a descrição factual do caso concreto geralmente são suficientes para produzir um veredito (LYONS, 1984, p. 180).

O exemplo paradigmático é o da aplicação de uma regra clara de trânsito que determina a velocidade máxima de 150km/h em rodovias. Caso o motorista, sem escusa legal para guiar acima da velocidade seja julgado, a consequência será a punição por excesso de velocidade. Esse tipo de caso não apresenta margem para o juiz deliberar sobre os prós ou contras da regra ter limitado a velocidade à 150km/h. Desse modo, quando o juiz está diante de um *caso fácil* cuja solução se esgota na dedução de regras institucionais, ele cumpre o papel judicial quando aplica a regra ao invés de titubear a respeito dos méritos da mesma (MURPHY, 2006, p. 70). Outros exemplos da simples aplicação de uma regra clara são a declaração da revelia processual pelo juiz, ou o reconhecimento da maioria penal do jovem réu que já possui 18 anos.

2.1.2

Interpretar regras de conteúdo indeterminado ou vagas

A segunda atribuição judicial reconhecida institucionalmente é relacionada ao direito lacunoso, noutras palavras, quando se esgotam os materiais jurídicos disponíveis para solucionar casos. O direito pode possuir lacunas com duas causas distintas: ou há padrões jurídicos que se aplicam ao caso concreto, mas seus conteúdos são linguisticamente indeterminados por ambiguidade¹⁷ ou vagueza; ou simplesmente não há padrão jurídico institucional capaz de solucionar o caso em questão (MARMOR, 2001, p. 142). Logo, há circunstâncias em que o direito institucional é parcialmente lacunoso, e há casos em que o mesmo pode ser totalmente lacunoso. Tais circunstâncias são tipicamente chamadas *casos difíceis*

¹⁷ Apesar de a ambiguidade ser capaz de produzir uma lacuna no direito positivo, é difícil reconhecer que o caso seja um desafio interpretativo para o juiz. Caso exista uma regra jurídica exigindo que o depósito seja feito no banco, seria incognoscível interpretar a regra impondo o depósito em um banco de praça. Isto ocorre, pois conceitos ou artefatos expressos por enunciados ambíguos costumam ser distintos o suficiente para que o contexto afaste imediatamente a ambiguidade (POSCHER, 2011, p. 4-5).

(*hard cases*), aos quais o direito institucional provê orientação insuficiente para garantir uma decisão (LYONS, 1984, p. 181).

Quando o direito é parcialmente lacunoso, a função judicial de interpretar regras indeterminadas ainda é relacionada à aplicação de uma regra positiva, mas ela é diferente do dever de aplicar o direito em casos fáceis, que exigem atividades mais dedutivas. A indeterminação linguística quanto ao alcance do significado de certa regra autoriza o uso de maior discricionariedade judicial. Em casos nos quais há indeterminação da linguagem, os enunciados canônicos de regras têm uma *textura aberta*, e são incapazes de produzir por si mesmos um veredito razoável apenas através de sua aplicação (HART, 1994, p. 141). Para decidir adequadamente o caso concreto o juiz terá de atribuir um sentido ao conteúdo prescritivo da regra.

Considere a regra “é vedado aos entes federados cobrar impostos de templos de qualquer culto”, e também que a palavra “culto” denota reverência ou veneração à divindade ou religião. Agora imagine que os “*jedaístas*”, pessoas que oram pelos cavaleiros da Ordem *Jedi* e adotam como liturgia a filosofia das famílias Kenobi, Skywalker e afins, construíram um templo para reuniões do culto e pleiteiam imunidade tributária. O juiz que decidirá sobre a concessão estará diante de um caso em que a aplicação da regra é incerta, pois há dúvida sobre a suposta nova religião ser considerada um culto. Isto ocorre, pois, a palavra “culto” é capaz de aproximar uma série casos de fronteira aos quais não se sabe se representam uma religião do mesmo modo que o catolicismo ou o judaísmo, por exemplo, representam. Para decidir esse caso, o juiz utiliza a discricionariedade e atribui um sentido à regra, considerando ou não o templo jedaísta como detentor da imunidade.

Michael Moore (2007, p. 1527) também apresenta alguns casos classificando-os como hipóteses em que a moralidade é explicitamente incorporada por regras jurídicas e requerem discricionariedade judicial para tomar decisões morais ditadas pelo conteúdo da regra. É o caso, por exemplo, das regras que condicionam a manutenção da guarda dos filhos à preservação do *melhor interesse* do menor, ou que protegem a liberdade e o domicílio contra buscas e apreensões *despropositadas*, ou mesmo que impõem como qualificadora de um crime a *torpeza moral* do executor. Para aplicar tais regras, o juiz tem que analisar as condições de cada caso. O veredito legal alcançado será baseado nas premissas

morais formuladas a partir de cada um dos respectivos termos avaliativos – “*melhor interesse*”, “*despropositadas*”, “*torpeza moral*” – prescritos em regra.

Essa função também é um dever judicial. Sistemas jurídicos geralmente autorizam o uso da discricionariedade judicial para decidir casos dessa natureza, pois, caso juízes não complementem o sentido de uma regra cuja prescrição é indeterminada, o veredito não poderá ser alcançado.

2.1.3 Decidir casos não regulados pelo direito

Por fim, o último caso que exprime um dever institucional imposto ao juiz corresponde à segunda causa da existência de lacunas no direito, quando os padrões jurídicos institucionais não regulam o caso particular. Exemplos de casos difíceis como esse são a discussão a respeito de um órgão humano com DNA incomum de inestimável valor científico e financeiro poder ser considerado direito real de propriedade; se contratos de barriga de aluguel ou envolvendo a destinação de embriões congelados podem ser válidos; ou mesmo se o serviço de transporte vinculado ao aplicativo de celulares *Uber* deve ser regulamentado pelo Estado de modo semelhante ao transporte prestado pelos taxistas. Nesses exemplos não existem padrões jurídicos que influenciam decisivamente uma resposta legal, e é bem provável que não existam decisões jurídicas anteriores semelhantes aos casos não regulados (MOORE, 2012, p. 449).

Sobre tais circunstâncias é incomum argumentar que não cabe aos juízes julgar casos não regulados por regras jurídicas. Tanto que ordenamentos vinculam juízes a desempenhar a atividade adjudicatória através do uso de outras fontes do direito. Como é o caso de duas regras dispostas no direito brasileiro. O art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro diz que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” E o art. 140 do Novo Código de Processo Civil: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico”. O conteúdo de tais regras denota que o ordenamento *reconhece* que há casos não regulados, e concede poder para o juiz solucionar o caso através de meios institucionalmente reconhecidos, nomeadamente, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Quanto a essa função, ela é reconhecidamente um dever. Sistemas jurídicos exigem que juízes não se furtem ao julgamento de casos não regulados e decidam conforme outras fontes do direito admitidas institucionalmente. Desse modo, juízes não podem se recusar a julgar casos onde o direito é totalmente lacunoso, caso o contrário estarão descumprindo uma atribuição do papel judicial.

2.2

Desvios como hipótese para permissão ou dever não-institucional do papel judicial

Após ter exposto o conjunto de funções do papel judicial reconhecidas por ordens jurídicas, parto para a caracterização de outra provável atribuição, especificamente, a de desconsiderar a aplicação de padrões jurídicos claros que produzem veredictos moralmente espúrios ou injustos. Primeiro descrevo conceitualmente a prática dos *desvios ao direito*, depois apresento exemplos para essa hipótese. Por fim, demonstro como o caso dos desvios se diferencia das funções institucionais já apresentadas.

2.2.1

O que são desvios?

A hipótese de desconsiderar padrões jurídicos é chamada por Brand-Ballard (2009) de *desvios ao direito*¹⁸. Ocorrem quando o juiz, não estando autorizado pelo ordenamento jurídico do qual faz parte, desconsidera um padrão jurídico aplicável ao caso concreto.

Como visto nos tópicos 1.2.2 e 1.2.3, o direito geralmente autoriza juízes decidirem casos além da aplicação de regras atribuindo sentido a uma regra jurídica vaga ou indeterminada, ou ao decidir um caso não regulado por regras. Esses casos não se enquadram como desvio, já que juízes ou estão complementando o sentido de uma regra, ou estão decidindo na ausência de uma regra.

Ainda, de acordo com Ballard (2009, p. 43-45), o direito também autoriza juízes desconsiderarem a aplicação de certas regras jurídicas quando atribui maior

¹⁸ Alexander e Sherwin (2008) também consideram a hipótese, mas a tratam como “*anulação de regras anteriores*” (*overruling precedent rules*).

autoridade a outros padrões jurídicos, como regras de escalão superior, disposições constitucionais ou princípios mais amplos. Essa visão seria compartilhada entre pensadores que não acreditam que o direito seja esgotado por regras, mas também contenha outros padrões jurídicos, como é o caso de princípios ou políticas que legalmente autorizariam o afastamento de regras. Um expoente dessa perspectiva é Dworkin. Logo, segundo Ballard, nessas circunstâncias, não estaríamos diante de casos de desvio, pois correspondem a uma permissão atribuída a juízes mediante concessão reconhecida pelo sistema jurídico.

Desvios ocorrem então, *“se, e somente se, [a decisão judicial] contradiz com todos os padrões jurídicos aplicáveis, quer assumam a forma de regras ou não”* (BALLARD, 2009, p. 45)¹⁹.

No entanto, ainda acredito que o conceito expresso acima requeira maior polimento para afastar hipóteses que não interessam diretamente ao problema discutido pela dissertação. Como seria o caso do juiz preguiçoso que decide uma causa conforme sua consciência, contrariando padrões do direito sem sequer considerar a existência de regras que regulamentam o caso julgado. No exemplo, é admissível que o juiz decida desviando-se da aplicação do direito sem sequer estar ciente dos padrões que deveria aplicar. Porém, estaria sendo injusto com Ballard (2009, p. 37-38) se não mencionasse como o autor qualifica os juízes que se desviam do direito:

meu protagonista comparece em juízo. Uma vez lá, ele tenta resolver questões legais de modo racional. Ele não decide aleatoriamente (a não ser que, talvez, determine que seja racional assim o fazer). Muito menos ele simplesmente considera os fatos apresentados e alcança o resultado que considera ser ideal sem levar o direito em conta.²⁰

Embora tenha considerado que os juízes são diligentes quando há a aplicação dos padrões jurídicos disponíveis, Ballard não foi cuidadoso ao mencionar explicitamente esse dado quando expressiu sua formulação conceitual de desvio.

¹⁹ Tradução livre de: “if and only if it conflicts with all applicable legal standards, whether or not these take the form of rules,”

²⁰ Tradução livre de: “My protagonist appears on the bench. Once there, she tries to answer legal questions on a rational basis. She does not decide randomly (unless, perhaps, she determines that is rational to do so). Nor does she simply consider the facts presented and reach what she considers to be the optimal result without regard for the law.”

Outra hipótese indesejada captada pelo conceito é a seguinte: considere um juiz desastrado que julga um crime de corrupção ativa, mas aplica regra penal pelo crime de roubo. O magistrado simplesmente não está autorizado pelo sistema jurídico vigente a aplicar outra regra incompatível com a ofensa penal praticada. Essa hipótese pode ser vista como instância de desvio, pois o juiz deixa de aplicar uma regra para aplicar outra que não regulamenta o caso, assim satisfaz o critério “contradiz com todos os padrões jurídicos aplicáveis” e também satisfaz a condição de decidir de modo não autorizado pelo ordenamento jurídico no qual atua. Porém, os casos discutidos por Ballard implicam hipóteses nas quais um juiz deixa de aplicar uma regra para dar uma solução não prevista por outros padrões do sistema jurídico. A razão invocada será, portanto, externa ao direito contemplado pelo sistema do qual o juiz faz parte.

Por fim, a última possibilidade de desvios que não é central está relacionada ao baixo grau de contestabilidade que a decisão contrária à regra terá. Há casos aos quais é admitido aos juízes desviarem das regras atuando dentro dos limites da sua função. Portanto, pode-se dizer que é permitido a juízes contrariarem regras e essa permissão seria pouco controversa de ser admitida em ordens jurídicas.

Schauer (1991) é responsável por um detalhado estudo sobre métodos de tomada de decisão conforme regras prescritivas, que, por serem generalizações que simplificam a deliberação, estão sujeitas à *sub* ou à *sobreinclusão* dos seus enunciados. Um exemplo de regra sujeita à sobreinclusão é daquela que proíbe a entrada de veículos no parque, quando estamos diante do caso em que o parque de Stalingrado expõe um tanque russo ainda funcional em memória aos heróis da Segunda Guerra. O tanque pode ser qualificado como veículo, mas aplicar a regra municipal à risca, proibindo a exposição do monumento, não produz resultados desejados. Esse exemplo representa uma regra jurídica cuja prescrição é uma generalização clara, mas cuja mera aplicação produz resultados espúrios. Nesse caso, espera-se do juiz raciocínio resolutivo voltado a encontrar o propósito subjacente²¹ que motivou o enunciado da regra (SCHAUER, 1991, p. 51). No exemplo em questão, tal proibição foi provavelmente regulamentada para impedir

²¹ . Grosso modo, há dois métodos para a solução desse tipo de casos: o formalista, que considera que a generalização prescritiva de regras deve ser obstinadamente aplicada, e o particularista que vê a generalização como enunciado flexível, capaz de ser desconsiderado durante a decisão de um caso prático. O autor sustenta um método em moldes formalistas, tomando a generalização prescritiva de regras como forma de decisão presumidamente correta.

a perturbação do sossego e preservar o bem-estar dos frequentadores. O tanque russo dificilmente se enquadra dentro dos propósitos do legislador. Desse modo, o juiz reconstituiu as razões que motivaram (ou motivariam) a existência de tal regra, descobrindo o referencial apropriado do termo “veículo” para o caso concreto.

No exemplo acima, Schauer (2001, p. 204-205) admitiria que há casos em que o raciocínio conforme regras está notoriamente em desacordo com as razões que motivam a persistência da regra ao caso concreto. Desse modo, quando há razões particularmente fortes para abandonar o enunciado geral, a decisão que afasta a regra deve ser encorajada e, se ela couber ao juiz, parece fazer parte da sua função assim agir.

No entanto, há casos nos quais nos quais sistemas jurídicos não estariam dispostos a autorizar desvios às regras, por não ser tão simples identificar alguma razão de fundo que motivou a edição da regra; ou mesmo por não ser possível identificar qualquer razão legislativa subjacente que justificaria deixar a regra de lado. São casos nos quais o grau de contestabilidade da decisão desviante é elevado. Esses casos, chamados no tópico seguinte de *hipóteses casuísticas de desvio*, representam o tipo de desvio ao direito que desejo abordar. Tais desvios serão capazes de embasar a hipótese da função judicial não estar limitada apenas à adesão aos padrões do direito positivo e às circunstâncias nas quais sistemas jurídicos autorizariam a discricionariedade judicial.

Desse modo, proponho uma versão mais concisa do conceito de desvio, de modo que ele somente descreva circunstâncias nas quais um juiz deixa de aplicar um padrão jurídico por razões morais não previstas ou autorizadas institucionalmente. *Desvios ao direito institucional ocorrem: 1) quando o juiz conscientemente profere um veredito que contradiz regra, bem como quaisquer outros padrões jurídicos reconhecidos que estão a regular casos particulares, e 2) a desconsideração desses padrões jurídicos é controversa.*

2.2.2 Hipóteses casuísticas de desvios

Na introdução, mencionei o caso hipotético do albergue impedido por regra que determinava a instalação de elevadores. Também considere os seguintes casos como instâncias de desvio ao direito:

No Brasil, a síndrome de Dravet causa ataques epiléticos severos a menores. Dos poucos tratamentos eficazes disponíveis há o *canabidiol*, substância extraída da maconha²². A Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) não permite a produção do medicamento no país, por ser droga não testada. Essa proibição é grande empecilho aos casos da doença no Brasil. A importação do medicamento é cara. Famílias clandestinamente vêm cultivando maconha, crime passível de punição por tráfico de entorpecentes. O cultivo é feito com fins estritamente medicinais para a produção homeopática do *canabidiol*. Apesar da produção caseira do medicamento poder causar risco à própria saúde dos menores, a solução das famílias ainda é uma estratégia válida, ao invés do deixar doença sem tratamento. Caso descobertas, responderão pelo crime. Nesse caso, seria correto impedir o juiz decidir contra os materiais jurídicos existentes, absolvendo os agentes pela prática ilícita?

Uma instituição financeira exige judicialmente o direito de hipotecar a casa de uma velha viúva incapaz de arcar com o valor do imóvel financiado. Apesar do amparo legal, é plausível reconhecer que o ganho da causa pela instituição será irrisório perante sua receita financeira anual, enquanto os efeitos sobre a situação da viúva serão notáveis, implicando talvez na perda de moradia fixa (GOLDMAN, 2001, p. 43). Novamente há a hipótese de o juiz absolver a ré, afastando a aplicação da regra sobre a hipoteca, tendo em vista que as razões da decisão apontariam para um resultado mais correto do ponto de vista moral.

Por fim, o caso apresentado por Heidi Hurd (2003, p. 13):

Suponhamos agora que Smith está casada com um homem que com frequência a espanca, bem como a seus três filhos. Ela, corretamente, acredita que seu marido vai acabar tentando matá-los todos. Também acredita, corretamente, que, se ele

²² Esse caso recentemente chamou a atenção da mídia devido à grande demanda de ações na justiça requisitando a concessão de tutela antecipada para o medicamento. A agência reguladora já não considera ilegal o uso do canabidiol, mas ainda exerce controle sobre o mesmo, pois ainda não tem permissão para a produção no país.

chegou a esse ponto, ela será incapaz de defender a qualquer um deles. E ela, corretamente, se crê incapaz de garantir a segurança deles caso tentem fugir. Assim, de modo plausível, ela raciocina e conclui em favor de um ataque preventivo, a despeito do fato de admitir e levar a sério a recusa da lei em reconhecer uma defesa especial de esposa espancada que comete homicídio. Ela espera que seu marido adormeça, entra em seu quarto e dispara contra ele letalmente.

Suponhamos que Jones é um juiz cujo dever é decidir pela condenação ou absolvição de Smith. Jones considera que Smith tinha uma justificativa moral para atirar no marido, porque concorda que o equilíbrio de razões aplicável à escolha dela favorecia tal assassinato. Mas Jones é um juiz encarregado de aplicar a lei, e a lei não permite a absolvição daqueles que alegam defesa própria, mas admitem a ausência de qualquer ameaça iminente de dano. Jones, como Smith, tem, portanto, que decidir quanto a violar ou não a lei. Ele tem que decidir quanto a se conformar com a regra de decisão que exige a punição dos que matam sem justificativa *legal* ou violar essa regra e absolver alguém que tem uma justificativa *moral*.

Todos os exemplos revelam alguns dados relevantes:

Primeiro, apontam para casos cujos padrões jurídicos aplicáveis são regras claras, ou seja, não geram grandes dúvidas interpretativas quanto sua aplicação. Não são casos de vagueza ou indeterminação dos respectivos enunciados canônicos. Logo, se a prática de desvios for justificável, ela ocorre sobre essas instâncias de regras claras. Como já visto, quando uma regra é indeterminada, é um dever judicial autorizado pelo direito interpretar a norma suprindo a dúvida sobre o caso concreto.

Segundo, que tais exemplos são capazes de produzir conflito genuíno de consciência nos julgadores. Juízes podem sinceramente pôr em causa a prescrição das regras, duvidando da qualidade moral do resultado jurídico. As peculiaridades de alguns casos tornam padrões jurídicos, *a priori* corretos, moralmente inadequados por força das circunstâncias. Se essa hipótese é aceitável, então regras claras são *subótimas*. Noutras palavras, seus conteúdos prescritivos podem ser considerados inferiores quanto comparados a razões morais externas às regras (SCHAUER, 2001, p. 100). Um padrão jurídico é *subótimo* quando um agente racional questiona a solução apresentada pelo direito posto. Desse modo, o juiz pode decidir por desconsiderar os padrões jurídicos, caso sejam derrotados por razões mais convincentes.

Então, sobre as ocorrências de desvio, é possível imaginar outra espécie de casos que suportam uma possível função do papel judicial. Essa outra categoria é considerada por Lyons (1984, p. 191) como tipos de *casos lógica ou legalmente fáceis, mas moralmente difíceis*.

2.2.3 Desvios são realmente possíveis?

Durante a introdução do trabalho levantei três estratégias que juízes poderiam adotar ao decidir casos semelhantes aos descritos logo acima. Considere cada uma novamente:

- a) simplesmente aplicar a regra do sistema jurídico;
- b) afastar a aplicação da regra, por acreditar que a mesma esteja em conflito com outro padrão jurídico institucional que aponta para um resultado mais justo do ponto de vista moral (alguma outra regra jurídica superior, uma previsão constitucional, princípio jurídico, precedente, ou jurisprudência) ou;
- c) desprezar a aplicação do padrão jurídico e decidir o caso apenas através do raciocínio moral, já que a decisão conforme a regra produz um veredito injusto e o direito institucionalizado não fornece qualquer outra solução desejável.

Dentre elas creio que a estratégia em “*b*” pode ser suficientemente problemática para o estudo dos casos de desvio ao direito institucional. Pois, caso “*b*” esteja correto, o juiz poderá proferir um veredito em conformidade a outros padrões jurídicos institucionais, enquanto a descrição dos desvios defende a proposição de que juízes decidem os casos contra todos os padrões autorizados pelo direito institucional, ou seja, a decisão contraria padrões institucionais. Desse modo, a descrição teórica dos desvios ao direito perde sua atratividade, já que “*b*” admite que o direito institucional forneceria todas ferramentas necessárias para juízes solucionarem os casos hipotéticos de desvio apresentados, afastando regras claras caso não estejam de acordo com outros materiais jurídicos mais substantivos.

Porém, demonstro certo ceticismo quanto à plausibilidade de “*b*”. Apesar de problemática aos desvios, indicarei que “*b*”, mesmo sendo estratégia de decisão possível não é suficiente para impedir o reconhecimento dos desvios. A seguir levanto objeções contra ela, mas antes de expô-las, é necessário esclarecer que pressupostos teóricos justificam essa estratégia adjudicatória do juiz.

A atribuição judicial de aplicar outros padrões jurídicos para afastar regras pode ser fundamentado por teses que reconhecem a existência de princípios

jurídicos. Assumo que o defensor de “*b*” poderia fundar essa atribuição do juiz através da teoria de Dworkin sobre princípios²³.

De acordo com Dworkin (2002, p. 35-42), o direito não é esgotado pela categoria das regras, pois também é composto por *princípios*, que se diferenciam dos primeiros de forma lógica, já que são menos determinados que as regras, e somente fornecem ao juiz uma razão ou dimensão de peso para decidir o caso de um ou outro modo. Princípios jurídicos também são padrões do direito cujo conteúdo promove uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade no seu conteúdo. Decidem um caso concreto de acordo com a melhor interpretação de decisões judiciais e legislativas passadas. Dworkin (2007, p. 272) também expressa a melhor interpretação judicial de práticas através da noção de integridade: “segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”.

Porém, o filósofo não é suficientemente claro se considera seus princípios como um padrão jurídico reconhecido pelo direito institucional. Certamente sua descrição de princípios não é necessariamente relacionada com padrões jurídicos canônicos. Por exemplo, uma norma enunciada na Constituição que prescreve a preservação de valores como autonomia, dignidade ou boa-fé é um padrão jurídico pertencente ao direito institucionalizado, dotado de formulação canônica, e pode ser considerado *princípio*. Por outro lado, uma norma do tipo “*ninguém pode se beneficiar pela própria torpeza*”, do famoso caso *Riggs contra Palmer* (DWORKIN, 2002, p. 37), não continha enunciado canônico, mas foi formulado a partir de outros padrões admitidos na prática jurídica, nomeadamente, através de entendimentos passados das cortes judiciais. Mas essas duas afirmações sobre princípios jurídicos não esclarecem sua relação com o direito institucional, apenas

²³ Brand-Ballard (2009, p. 44) está ciente de teorias como a dos princípios jurídicos de Dworkin, mas não a considerou problemática para o conceito de desvios, tanto que a admitiu como descrição do que entende como padrões pertencentes ao direito: “quando falo sobre ‘seguir o direito’ ou ‘aderir ao direito’ entendo *o direito* o quão amplo quanto for possível. Se princípios são parte do direito, que assim seja” (trad. livre). Mas acredito que o autor foi um tanto ecumênico quanto a considerar princípios como uma categoria pertencente ao raciocínio jurídico baseado em seguir regras ou padrões institucionais do direito, fato que talvez o impedira de considerar objeções à sua teoria. Prova disso é a estratégia “*b*”, que não coaduna bem com a possibilidade dos desvios ao direito serem possíveis.

mantêm que princípios jurídicos ou aparecem em formulações canônicas ou não têm enunciados determinados. Mas, como a noção dworkiana de princípios parte de um requisito de adequação a decisões passadas, e se tal requisito é uma prática reconhecida entre os operadores do direito, então é admissível que princípios jurídicos façam parte da prática do direito institucional. Conforme o próprio Dworkin parece admitir (2002, p. 65),

argumentamos em favor de um princípio debatendo-nos com todo um conjunto de padrões – eles próprios princípios e não regras – que estão em transformação, desenvolvimento e mútua interação. Esses padrões dizem respeito à responsabilidade institucional, à interpretação das leis, à força persuasiva de diferentes tipos de precedente à relação de todos esses fatores com as práticas morais de outros padrões do mesmo tipo.

Nesse sentido, caso o direito institucional seja compreendido por essa acepção de princípios, “*b*” reconhece como função institucional dos juízes o embasamento de decisões por princípios jurídicos para afastar a aplicação de regras claras, sob o argumento de que tal regra não se adapta à melhor prática jurídica da comunidade, já que há princípios jurídicos que fornecem melhores razões de decisão.

A partir de agora, forneço duas objeções que buscam provar que “*b*”: i) não é uma descrição atrativa de juízes que estão decidindo casos contrariando regras claras; e, ii) ainda que “*b*” parta de um pressuposto teórico relevante, como é a teoria dworkiana dos princípios, tal pressuposto não é suficiente para afastar as hipóteses de desvio trabalhadas²⁴.

A primeira objeção, aqui nomeada *objeção do reconhecimento ou da autorização institucional*, dispõe o seguinte: ordenamentos jurídicos geralmente autorizam o juiz decidir conforme padrões distintos dos materiais jurídicos disponíveis. Porém essa concessão somente está limitada a casos em que o direito institucional é obscuro ou omissivo, enquanto as hipóteses de desvio representam casos cujas regras jurídicas aplicáveis têm enunciados geralmente claros,

²⁴ Outro modo de responder à “*b*” seria negar completamente a plausibilidade dos princípios jurídicos, reconhecendo somente “*a*” e “*c*” como estratégias de decisão judicial. Embora acredite que esse seja o caminho mais correto a seguir, pois teorias que reconhecem princípios jurídicos como categorias distintas das regras não seriam tão atraentes, não é necessário seguir essa linha para considerar válida as hipóteses de desvio ao direito. É suficiente demonstrar que mesmo uma tese adequada aos princípios jurídicos tem dificuldade ao lidar com desvios. Os interessados em críticas contra princípios jurídicos encontram objeções nesse sentido em “*Contra os princípios jurídicos*” de Ken Kress e Larry Alexander (2000); bem como no capítulo 4 de “*Positive Law and Objective Values*”, de Andrei Marmor (2003, p. 81-88); e também no capítulo 3, de “*Desmistifying Legal Reasoning*”, de Larry Alexander e Emily Sherwin (2008, p. 88-103).

prospectivos e bem determinados. Desse modo, não parece ser possível manter “b” sob o argumento de que o direito institucionalizado permite a juízes decidir casos em oposição a regras jurídicas perfeitamente válidas e legitimadas pelo estado de direito, pois o direito simplesmente não expressa permissão para juízes contrariarem tais regras.

Já a segunda, a *objeção do conforto institucional*, visa demonstrar que “b” não passa de uma crença equivocada do papel judicial quanto ao dever de aplicar o direito. O magistrado crê que age de acordo com um dever ou permissão institucional. Porém, o que de fato ocorre é o oposto: sua postura vai contra atribuições institucionais. É possível utilizar o próprio modo com o qual Dworkin caracteriza decisões segundo princípios jurídicos para demonstrar que “b” não prospera e torna-se vítima do *conforto institucional*.

Para basear a objeção é necessário compreender que uma teoria reconhecadora de princípios à moda Dworkin parte do pressuposto que a prática jurídica institucional está envolta por expectativas. Noutras palavras, para afastar uma regra clara do direito em benefício de um princípio jurídico, é necessário que o juiz demonstre que sua decisão faça jus ao requisito de adequabilidade a decisões passadas. Esse requisito nada mais é do que uma expectativa de que a decisão de acordo com o princípio seja coerente com um conjunto de decisões jurídicas passadas. O magistrado deve então conformar sua decisão com as expectativas da prática institucional que fundamentam sua decisão, seja através de um precedente, jurisprudência, ou qualquer outro padrão jurídico que expresse o entendimento de representantes oficiais do direito, sejam juízes ou legisladores.

Segundo Alexander e Sherwin (2008), o método de decisão judicial baseado em princípios jurídicos, aqui correspondente à “b”, é um modelo intermediário a outros dois, chamados “modelo de raciocínio jurídico baseado em regras” (*rule model of legal reasoning*), que corresponde à “a”, e “modelo de raciocínio jurídico natural” (*natural model of legal reasoning*), análogo à “c”. De acordo com o modelo “a”, juízes devem aplicar regras claras sem questionar razões alheias às suas prescrições, pois elas correspondem às normas que melhor regulam e coordenam as condutas da sociedade. Já de acordo com o modelo “c”, juízes nunca têm o dever de sempre aplicar regras claras, devem sim levar as prescrições em conta ao deliberar, mas caso não se convençam que a regra produz a melhor

solução moral ao caso concreto, podem decidir conforme outras razões distintas às regras.

No modelo natural juízes decidem de acordo com o melhor resultado moral *all-things-considered*, caracterizado pelos autores como um raciocínio que segue o método do equilíbrio reflexivo de Rawls, através do qual o julgador formula um princípio moral que melhor se ajusta ao seu julgamento em oposição à regra que deve aplicar. A partir do confronto entre sua razão moral e a regra, o resultado da deliberação se ajustará à solução moral, desde que o juiz conclua que ela produz o melhor resultado ao caso particular em questão (ALEXANDER SHERWIN, 2008, p. 31-32).

Entre esses, o modelo de decisão por princípios jurídicos condiciona a decisão judicial pelo requisito de adequação a materiais jurídicos passados. Desse modo, não é possível determinar se o resultado da decisão coincide com o melhor resultado moral *all-things-considered*, pois o raciocínio segundo princípios jurídicos diferencia-se do raciocínio moral ordinário descrito pelo modelo natural. Logo, os princípios jurídicos não seriam meros princípios morais, pois são internos ao direito, justamente porque a dimensão de ajuste requer que os mesmos se conformem com padrões de decisões passadas, mesmo que, como resultado, a decisão atingida seja moralmente imperfeita (ALEXANDER; SHERWIN, 2008, p. 92).

Com essas distinções em mente, caso um juiz defensor dos deveres descritos em “b” deseje afastar as regras claras das hipóteses de desvio apresentadas, terá o ônus de provar que sua decisão está de acordo com o requisito de adequação a decisões passadas. Porém, nem sempre é simples ou mesmo possível ao juiz fundar tal justificativa através de princípios jurídicos. Tome, por exemplo, a hipótese de desvio apresentado por Heidi Hurd, apresentado anteriormente: como seria possível ao juiz invocar decisões passadas para formular um princípio jurídico que absolva o réu de um homicídio sem a escusa legal da legítima defesa? É altamente improvável, se não impossível, encontrar qualquer padrão jurídico reconhecido que aponte para um veredito nesse sentido. Isto ocorre porque decisões que seguem padrões jurídicos partem de um grau mínimo de expectativas institucionais que condicionam as decisões judiciais com fundamentos no direito. Quando um veredito se opõe às expectativas determinadas pelos padrões existentes no sistema jurídico, já não é mais possível defender que a decisão

judicial estava de acordo com a prática institucional do direito. Ainda é possível assumir que a decisão está de acordo com o direito, mas, nesse caso, a concepção do que se entende por direito terá de ser alterada para outra, uma que defenda a existência de padrões jurídicos independentemente do seu reconhecimento como fatos sociais ou prática institucional, como é o caso de teorias *jusnaturalistas*.

Portanto, de acordo com a *objeção do conforto institucional*, caso um juiz acredite fornecer julgamento reconhecido pelo sistema jurídico para os casos de desvios mencionados, tal postura não passa de um recurso retórico. O veredito do juiz fantasia uma decisão conforme o direito institucional, quando, na realidade, inexistem padrões jurídicos ainda conhecidos capazes de fornecer solução ao caso diversa à simples aplicação de regras.

Pelas objeções apresentadas à “*b*”²⁵, demonstrei: primeiro, que o direito institucional só admite que juízes procurem soluções não previstas pelo sistema jurídico quando o mesmo é obscuro ou omissivo, de modo que nada prevê a respeito de desvios. Segundo, que a invocação de princípios jurídicos como prática institucional não capta a hipótese conceitual dos desvios aqui tratada, de modo que sua insistência é mais uma retórica judicial de conformidade a deveres institucionais do que efetiva aplicação de materiais jurídicos disponíveis. Desse modo, mesmo que se insista numa apropriação teórica dos princípios de Dworkin para justificar “*b*”, a categoria “*princípios jurídicos*” não consegue captar a forma com a qual juízes decidem casos de desvio contrariando regras. Os juízes que afastam regras claras nos quatro exemplos de desvio mencionados estão mais invocando as melhores razões morais disponíveis do que as melhores “razões principiológicas” admitidas pelo direito. Logo, “*b*” é insuficiente para abandonar o conceito de desvios assumido.

²⁵ Mas, após toda essa discussão contra uma concepção de dever judicial inspirada por Dworkin, onde se enquadraria uma leitura dworkiana sobre o papel dos juízes? Como expus, há dois modos de considerar uma teoria de princípios jurídicos, e cada uma trará resultados distintos quanto à qualificação de Dworkin nalguma das teorias de papel judicial que abordarei. Caso princípios jurídicos sejam reconhecidos como prática e aplicação do direito institucional, Dworkin pode ser incluído na *leitura institucional* do papel judicial. Já, se princípios jurídicos não compuserem a lista de padrões jurídicos institucionalizados, e na realidade representarem um tipo de raciocínio moral (como a forma de raciocínio natural descrita por Alexander e Sherwin), é possível incluir Dworkin dentre os adeptos de uma leitura *jusnaturalista* do papel judicial, onde princípios jurídicos transcendem os padrões positivados ou institucionalizados pelo direito e emulam uma decisão conforme o direito, este mais substantivo e ainda não regulado.

3 Testando o papel judicial

Agora, apresentarei as quatro leituras relacionadas ao papel judicial que propus, nomeadamente, as leituras *institucional*, *quasi-institucional restritiva*, *quasi-institucional liberal* e *quasi-institucional jusnaturalista*. A meta deste capítulo é, sobretudo, uma empreitada descritiva das formas de caracterizar a performance adjudicatória dos juízes. Também relacionarei os pressupostos de cada leitura quanto aos raciocínios de decisão formalista e particularista, bem como cada uma delas lida com a hipótese de decisões judiciais contrárias aos materiais jurídicos institucionais.

Ao longo da exposição não farei objeções contra os argumentos desenvolvidos por quaisquer das leituras, embora durante a descrição das posições teóricas, alguma leitura repreenda o modo como o qual os juízes desempenham seu papel conforme visto por outra delas. A função deste capítulo será expositiva, de modo que concentrarei meus esforços críticos às teses descritas somente nos capítulos subsequentes, especialmente no próximo capítulo em que apresentarei os argumentos que justificam uma leitura institucional dos deveres judiciais apresentando objeções a eles; e, no último capítulo, no qual retomarei as quatro leituras aqui desenvolvidas para impor críticas a elas e propor qual delas melhor representará o desempenho da função judicial de um ponto de vista normativo.

3.1 Leitura institucional

A primeira leitura sustenta que as funções do papel judicial estão estritamente vinculadas à obrigação de fidelidade ao sistema jurídico, de modo que o juiz cumpre o seu papel na medida em que respeita e aplica os padrões jurídicos do direito positivo.

Conforme mencionei durante a introdução, Shapiro (2001) sugere que há forte tendência intuitiva entre os oficiais do direito e entre boa parte da população em relacionar o papel judicial com o direito institucional. Essa tendência também

é expressa por Brand-Ballard (2014, p. 88), que ao mencionar a obrigação de fidelidade judicial aos deveres institucionais, introduz a chamada *tese do solapamento* (*undermining thesis*). Segundo essa tese, quaisquer outras razões que juízes tenham para alcançar um resultado contrário aos materiais jurídicos disponíveis são afastadas (ou solapadas), de modo que juízes sempre teriam razões morais *all-things-considered* para aplicar o direito em todos os casos. Ou, de outro modo, a tese implica que é objetivamente errado aos juízes contrariarem padrões jurídicos mesmo quando os resultados atingidos pelo direito sejam moralmente espúrios. Desse modo,

O princípio acarreta que juízes em sistemas jurídicos razoavelmente justos tenham razões morais, *all-things-considered*, em aderir ao direito em todos os casos. Nem todos acreditam no *princípio do solapamento*, mas é uma visão popular, talvez a visão da maioria dos advogados, juízes, acadêmicos e filósofos do direito.²⁶ (BALLARD, 2009, p. 96)

Waldron (2008, p. 14) também reporta ser comum o pensamento de que juízes não deveriam utilizar exclusivamente o raciocínio moral. O papel do juiz se restringiria a encontrar a lei e aplicá-la às disputas, independente de convicções morais particulares. E, se há na atividade judicial algum tipo de raciocínio moral, ele é voltado a reproduzir o raciocínio moral dos legisladores que editaram a regra, ou é derivado de uma longa tradição de decisões judiciais anteriores expressas noutros materiais jurídicos reconhecidos.

Tal postura quanto aos deveres judiciais não é recente, ela segue uma longa tradição teórica. Traços da leitura institucional podem ser encontrados na *Summa Teológica* de São Tomás de Aquino (1947, p. 1367) numa postura patrocinada por Santo Agostinho. O eclesiástico encorajava juízes a se manterem fiéis à letra da lei que foi devidamente instituída e confirmada. Magistrados então não deveriam julgar em sobreposição à lei posta, mas apenas em conformidade à mesma, caso contrário apropriar-se-iam do poder próprio do legislador.

O Juíz norte-americano Antonin Scalia, adepto do originalismo constitucional, também compreende sua função do mesmo modo. Em sua visão o papel judicial está restrito à simples aplicação dos padrões jurídicos devidamente

²⁶ Tradução livre de: “the principle entails that judges in reasonable just legal systems have all-things-considered moral reasons to adhere to the law in all cases. Not everyone believes the undermining principle, but it is a popular view, perhaps the view of most lawyers, judges, law professor, and legal philosophers.”

editados e reconhecidos pela Constituição, conforme eram compreendidos no momento em que a ordem jurídica foi estabelecida²⁷. Chega a afirmar que um juiz que escapa à aplicação de padrões claros é um charlatão. Ainda defende que juízes não são filósofos morais, em alusão à hipótese do raciocínio moral ser utilizado para proferir um veredito em detrimento das regras (CHUMLEY, 2013)^{28 29}.

A leitura institucional também é relacionada com tendências formalistas perante o direito. O formalismo é visto como um método de decisão judicial ou estratégia interpretativa. Adeptos do formalismo vêm a atividade adjudicatória circunscrita ou limitada por regras do direito. Também almeja restringir a discricão dos juízes durante a decisão de casos concretos (SUNSTEIN, 1999, p. 4). O formalismo também recebe a alcunha “legalismo”. Juízes legalistas seriam aqueles que veem a atividade adjudicatória determinada apenas pelo sistema jurídico, que seria um domínio autossuficiente de conhecimento e técnicas de decisão judicial. Comprometidos com a prática de decidir casos de acordo com a aplicação de regras jurídicas preexistentes ou de empregar métodos de raciocínio jurídico reconhecidos convencionalmente, legalistas não costumam olhar além dos textos jurídicos convencionais para buscar uma fundamentação a suas decisões, apenas focam sua atividade na observância de códigos normativos, provisões constitucionais e precedentes (POSNER, 2008, p. 7-8).

Porém, é necessário cautela ao caracterizar posturas formalistas, pois há a tendência – principalmente associada aos realistas jurídicos – de caracterizar o formalismo com um espantinho. Juízes formalistas costumam ser taxados como

²⁷ Pode-se notar que a postura de Scalia é bem conservadora. Como originalista, a postura do magistrado deve ser de estrito respeito aos padrões jurídicos e ditames constitucionais que remontam à origem do sistema jurídico vigente. Esse entendimento implica, por exemplo, manter a aplicação e interpretação de preceitos constitucionais do Direito norte-americano ao modo que eram compreendidos pelos *Federalistas* do século XVIII. Porém, ao apresentar a forma com a qual Scalia compreende o papel judicial, não desejo afirmar que todos os adeptos da leitura institucional são originalistas. Isto seria uma generalização precipitada. A despeito disso, tal postura conservadora ainda representa um modo de compreender a leitura institucional.

²⁸ Disponível em: <http://www.washingtontimes.com/news/2013/oct/1/antonin-scalia-rant-judges-are-not-moral-philosoph/>

²⁹ Outras posturas legalistas declaradas por magistrados também podem ser encontradas em Moore (2007, p. 1534-1535), que descreve as atitudes de outros dois juízes, que defendem firmemente a aplicação de padrões jurídicos, mesmo que os resultados atingidos sejam espúrios: Warren Burger, no famoso caso *snail darter* apresentado por Dworkin (2007) em “*O Império do Direito*”, que afirmou não fazer parte de seu trabalho evitar que a Lei das Espécies Ameaçadas tornasse inútil uma represa de milhões de dólares, mesmo que as razões de tal raciocínio fossem absurdas. Também de Frank Easterbrook, que afirmou ser seu dever aplicar o estatuto criminal dos EUA que proíbe a obstrução ou o retardamento do tráfego do serviço postal norte-americano, mesmo que requeira a punição da autoridade policial que prendera um carteiro homicida enquanto este estava entregando a correspondência.

aplicadores mecânicos ou meros dedutivistas de leis. Entretanto, poucos teóricos mantêm tal formalismo extremado. Seguramente formalistas sensatos concordam que a função judicial não se limita a atividades meramente dedutivas, e que a atividade adjudicatória inevitavelmente provocará alguma discricção por parte dos juízes (TUMONIS, 2012, p. 1366). Desse modo, ainda que formalistas aceitem que fatalmente existirão casos difíceis onde a mera aplicação silogística do direito seja impossível e requeiram autonomia do juiz, seu método de decisão ainda é legalista por ver o julgamento fortemente ligado ao respeito e observância de regras e outros padrões institucionais do direito.

Tendo caracterizado a leitura institucional dos deveres judiciais, como seus adeptos veriam a conduta de um juiz que desconsidera a aplicação dos padrões jurídicos para decidir um caso de acordo com princípios da moralidade?

Como se nota, de modos mais ou menos conservadores, adeptos dessa leitura não admitem que juízes decidam desse modo, pois não aceitam que a função judicial possa ser constituída por atribuições que transcendam sua previsão institucional. Atitudes desviantes dos juízes então são tomadas como uma conduta de má-fé perante o ordenamento jurídico. As consequências³⁰ comumente atribuídas a juízes desobedientes podem ser sanções administrativas pela má conduta ante o direito, afastamento temporário do cargo, ou até mesmo remoção em casos consecutivos de desobediência.

Interessante notar que tal postura não torna os simpatizantes do formalismo e da leitura institucional insensíveis ao fato de que, ao debruçarem-se sobre a observância de regras, decisões *subótimas* e moralmente espúrias serão produzidas. Defensores sensatos desta leitura estão cientes desse efeito, mas não acreditam que ele seja decisivo para afastar sua compreensão dos deveres funcionais do juiz. O argumento sustentado pelos legalistas advém de um cálculo entre os prós e os contras entre um modelo de decisão formalista baseado em regras, e um modelo de decisão particularista engajado em fornecer as melhores razões morais para cada decisão.

O formalista pondera seus cálculos do seguinte modo: de um lado há a possibilidade da decisão judicial que contraria padrões jurídicos atingir um

³⁰ Para uma análise mais detalhada a respeito das possíveis sanções ao juiz descumpridor das expectativas do papel de julgador, sugiro a leitura do Capítulo 4, “The Legal Duties of Judges” na obra de Brand-Ballard (2010, p. 56-73).

resultado moral ótimo; doutro lado há os *prós* relacionados a seguir padrões jurídicos, mesmo quando resultados *subótimos* são produzidos.

Dentre as vantagens enumeradas ao se decidir de acordo com padrões jurídicos, algumas são apresentadas por Sinnott-Armstrong (2000, p. 318-324), às quais destaco três:

Há *razões de eficiência*. Decidir casos sempre à procura de razões morais ótimas é muito trabalhoso, talvez incompatível com o volume de casos disponíveis para cada juiz decidir. É recomendado que juízes sigam o direito positivo, já que é mais eficiente seguir o conteúdo prescritivo de regras do que procurar razões externas às mesmas.

Outra vantagem é a *predictibilidade* gerada pela aplicação do direito institucional. Juízes que decidem de acordo com padrões jurídicos convencionais fornecem maior uniformidade aos veredictos judiciais. Caso juízes decidam caso a caso qual veredito produz o melhor resultado moral, cidadãos obedientes ao direito não saberão com precisão qual conduta moral lhes é requerida, já que decisões particularistas seriam menos uniformes se comparadas a decisões conforme regras.

Por fim³¹, há o benefício da *contensão de erros*. Segundo essa vantagem, seguir um modelo de decisão baseada em padrões jurídicos reconhecidos diminui as chances de juízes cometerem erros ao aplicar a moralidade no lugar das regras previstas. Juízes, por mais bem-intencionados sejam podem cometer equívocos ao decidir casos conforme as melhores razões morais. Um juiz particularista pode considerar erroneamente um caso no qual a aplicação da regra não produz resultados morais espúrios, mas ainda assim afastá-la por uma razão equívoca³². Por outro lado, se a função judicial estiver limitada à observância e aplicação dos

³¹ Sinnott-Armstrong menciona mais duas vantagens às quais não entrarei em detalhes, nomeadamente, o fato de decisões segundo padrões do direito criarem certa *equidade* às decisões, já que casos semelhantes receberão sempre o mesmo tratamento legal pela aplicação constante do mesmo padrão de decisão; e a *alocação de poder* em regimes democráticos, diminuindo o poder dos juízes, que estariam vedados a legislar por meio de decisões distintas às regras previstas.

³² Dentre as hipóteses de desvio ao direito já apresentadas, considere novamente duas delas: o caso do afastamento da regra que impede a habitação num prédio sem elevadores em prol da manutenção de um albergue para moradores de rua; bem como do afastamento da regra penal que puniria agentes por plantar maconha para fins medicinais. Segundo o argumento da contensão de erros judiciais, o juiz particularista bem-intencionado poderia afastar a regra que requer elevadores no primeiro caso para conceder a manutenção de uma casa de jogos de azar no prédio, ou poderia afastar a regra de tráfico de entorpecentes em prol da comercialização da maconha para o consumo por acreditar que o fumo da erva também tem finalidades medicinais benéficas à saúde de qualquer pessoa.

padrões jurídicos previstos, reduzem-se as chances desses erros de desconsideração ilegítima e moralmente inadequada do direito.

Logo, para o formalista e adepto da leitura institucional, seu método de decisão tem mais prós do que contras. Dessa maneira, os deveres dos juízes submetem-se à autoridade do direito institucionalizado, mesmo que esta obrigação de fidelidade nem sempre seja moralmente adequada.

Por fim, é necessário destacar que o dever judicial de aplicar o direito é *all-things-considered*, mas condicionado a sistemas jurídicos razoavelmente justos, portanto, que não contenham regras grosseiramente imorais ou injustas, como regras que promovem a escravidão ou o trabalho infantil, ou regras que propiciem a discriminação social como as existentes durante o período do *Apartheid*. Caso o dever de obediência fosse irrestrito, estaríamos diante de uma compreensão ingênua a respeito da obrigação moral de obediência ao direito, improvavelmente sustentada por qualquer teórico sensato. Autores como Alexander e Sherwin (2010), e Schauer (1991) questionam a existência do dever de observar e aplicar o direito institucionalizado em sistemas extremamente injustos. Por outro lado, tais autores concordam que há um dever judicial, *all-things-considered*, de aplicar o direito em sistemas razoavelmente justos, não sendo incumbência dos juízes decidirem contra resultados *subtóticos* obtidos pela aplicação do direito desses sistemas.

3.2 Leituras *quasi*-institucionais

As três leituras restantes foram alcunhadas *quasi*-institucionais por reconhecerem que o papel judicial é composto tanto pela observância de materiais jurídicos institucionais, quanto pela hipótese de decidir casos pelas melhores razões morais quando a aplicação de padrões jurídicos positivos produzirem resultados morais espúrios ou *subóticos*. Desse modo, nenhuma das leituras apresentadas abaixo nega que parte da função judicial é determinada por sistemas jurídicos, na mesma medida em que nenhuma delas admite que exista uma obrigação estrita de fidelidade dos juízes em relação aos mesmos sistemas jurídicos. Cada uma das leituras, em dada medida, demonstra certa simpatia com tendências particularistas de decisão judicial, já que nem sempre veem materiais

jurídicos como guias decisivos de deliberação, mas como regras de ouro (*rules of thumb*) capazes até de fornecer razões de peso, embora as mesmas sejam derrotáveis por razões morais mais convincentes.

3.2.1 Leitura *quasi*-institucional restritiva

A leitura *quasi*-institucional restritiva é inspirada na construção teórica de Brand-Ballard. Pode-se dizer que o filósofo está comprometido com duas premissas: i) é favorável à tese de juízes investidos com razões *pro tanto*³³ para afastar o direito aplicável em casos particulares, quando as consequências de sua aplicação forem subótimas; ii) também é partidário do argumento formalista da contensão de erros de julgamento visto logo acima.

Ao defender duas premissas aparentemente opostas³⁴ Ballard assume uma postura liberal moderada ou restritiva quanto à fidelidade aos padrões jurídicos institucionais. Seria admitido aos juízes contrariar padrões espúrios, mas não deveriam desviar-se do direito aplicável sempre que razões sejam favoráveis à otimização moral do julgamento, pois desvios constantes desencadeariam ao menos dois erros sistêmicos indesejáveis. A razão para manter ii) é semelhante à proposta por formalistas, mas ao invés de professar que juízes *não podem* desconsiderar o direito em regimes razoavelmente justos, mantém que juízes *não devem* afastar o direito com frequência (BALLARD, 2010, p. 185-188).

O argumento dos erros de julgamento é desenvolvido sobre duas prováveis consequências produzidas por decisões desviantes, chamadas *erros de adaptação* e *erros miméticos*. Erros do primeiro tipo afetam o comportamento das pessoas como um todo frente ao veredito contrário a regras jurídicas. Enquanto erros do segundo afetam outros juízes. Para compreender os efeitos de cada erro os casos hipotéticos de desvio são novamente úteis.

³³ Uma razão *pro tanto* se diferencia de uma razão *all-things-considered*. Esta consiste numa razão incisiva para se agir de acordo com o que ela prescreve. Já aquela consiste numa razão de peso para se agir de certo modo, embora de forma não irreduzível, já que a razão escolhida foi confrontada com outras razões influentes, que poderiam ter sido selecionadas caso o balanço de razões apontasse para uma delas como mais apropriada.

³⁴ *A priori*, desconsiderar o direito aplicável com o objetivo de reduzir vereditos *subótimos* é incompatível com um modelo de decisão formalista, pois em realidade pode produzir muitos outros resultados *subótimos* contrariando o argumento da contensão de erros.

Erros de adaptação provocariam uma resposta social à decisão judicial. Sujeitos alterariam suas condutas práticas para se adaptarem ao veredito novel produzido. Considerando o caso do juiz que decide afastar a regra que hipotecaria o imóvel da pobre viúva, é arguível que instituições financeiras, ao tomarem conhecimento da decisão, alterem suas políticas de concessão de crédito, aumentando restrições a pessoas com pouca renda, conseqüentemente, prejudicando o financiamento de imóveis com preços acessíveis. Outro caso, como do assassinato indesculpável pela legítima defesa apresentado por Hurd, também está sujeito à adaptação comportamental. A decisão judicial que opta por absolver a esposa em perigo é capaz de motivar o aumento de homicídios entre agentes que equivocadamente acreditam que suas condutas sejam igualmente desculpáveis. Portanto, erros de adaptação baseiam-se no argumento de que a concessão de desvios judiciais ao direito provocam conseqüências sociais indesejadas, talvez maiores que às decisões conforme padrões jurídicos espúrios.

Já erros miméticos ocorrerão quando juízes passam a reproduzir vereditos desviantes, mas, ao invés de produzirem mais resultados ótimos, acabam por causar mais conseqüências espúrias. Juízes bem intencionados e motivados por decisões desviantes ótimas passam a gerar vereditos em casos que guardam semelhança aos casos passados de desvio, mas falham em considerar quais são os fatores necessários para se atingir um veredito ótimo. Reconsidere novamente o caso da hipoteca sobre a velha viúva. Decisões miméticas consecutivas de juízes falíveis produzirão decisões semelhantes: a regra da hipoteca é afastada em prol de viúvas, mas as viúvas em questão não são tão velhas e desamparadas, são pessoas ociosas que teriam todas as condições para arranjar um emprego e pagar suas contas; ou nesse mesmo caso, o locador não é grande instituição bancária capaz de suportar a perda de poucos aluguéis em casos excepcionais, mas um proprietário que precisa do pagamento pontual para garantir sua própria subsistência (BALLARD, 2009, p. 201).

A suboptimalidade produzida pelos erros miméticos é análoga à tradicional brincadeira infantil do *“telefone sem fio”*. No jogo uma criança sussurra ao ouvido do colega palavra ou frase que é passada às outras crianças da fila, até que a última pronuncie qual era a mensagem original. É muito comum, ao fim da brincadeira, que a última mensagem, apesar de guardar certa semelhança à primeira, tenha intenções bem distintas daquelas transmitidas pelo primeiro

orador. Desse modo, o resultado vai contra a expectativa ótima inicial, que era reproduzir a mesma mensagem inicial.

Logo, assim como nos erros de adaptação, os miméticos podem gerar mais consequências indesejadas do que a aplicação direta dos padrões jurídicos previstos.

Baseado em tais erros sistêmicos, Ballard (2009, p. 198-199) propõe a noção da *densidade de desvios*. Seu objetivo é fixar um critério que permita aos juízes desviarem sobre alguns casos de aplicação espúria de regras jurídicas, enquanto também evite o desencadeamento dos erros sistêmicos. Ballard pretende atenuar a saliência ou propagação de uma decisão judicial desviante, de modo que desvios passem despercebidos ou “fora do radar”.

Há certos fatores circunstanciais que afetam a densidade dos desvios e a propagação de erros sistêmicos, como a proximidade temporal e o local onde repetidas decisões contrárias ao direito ocorrem. Por exemplo, suponha que no Estado do Rio de Janeiro, onde há inúmeras varas judiciais, o juiz Hortelino tenha julgado no mesmo mês alguns casos em que afastou vários padrões jurídicos espúrios. Tais decisões *sui generis* repercutiram no noticiário local e motivaram vários outros juízes a decidir casos semelhantes do mesmo modo. A proximidade temporal e local das decisões do juiz Hortelino criaram forte impacto causal e motivador sobre outros juízes cariocas. Mas, por não serem tão bons julgadores como Hortelino as decisões desviantes acabaram sendo subótimas. Conseqüentemente, quanto mais esses fatores circunstanciais forem atenuados, menores serão as chances das decisões de Hortelino surgirem no radar, motivando julgadores menos habilitados em atingir vereditos ótimos.

A meta é então desenvolver um critério que mantenha a densidade de desvios em níveis estáveis, de modo que a máxima quantidade de decisões desviantes ótimas é obtida sem prejudicar o montante de decisões ótimas conquistadas pela aplicação do direito institucional³⁵. Ballard propõe postulados ou regras de orientação³⁶ que devem ser seguidos a fim de assegurar a ocorrência

³⁵ O critério almejado por Ballard é uma *eficiência* ou *ótimo de pareto*. O cenário é eficiente até o ponto no qual a maximização de resultados ótimos não degradar o outro modo de decisão em funcionamento, nomeadamente, a aplicação de regras.

³⁶ Como meu propósito é expor as teorias que veem a função judicial de modo diferenciado ao tradicional não discutirei as nuances de cada regra de orientação. É suficiente para meus propósitos a evidência de que a teoria em questão reconhece a desconsideração de padrões legais nalguns casos, sem que juízes deixem de agir *enquanto* juízes. De modo que ela reconheceria que a

de alguns desvios ao direito. Grosso modo, cada juiz teria uma “cota de desvio”, quantia numérica que limitaria as ocasiões em que seria admitido otimizar as decisões.

Para melhor compreender a proposta, considere novamente o judiciário do Rio de Janeiro. O Tribunal do Estado encomendou um estudo estatístico e comportamental e concluiu³⁷ que a probabilidade dos erros sistêmicos ocorrerem acontecerá quando juízes ultrapassarem a cota de mil vereditos desviantes. Se há cem juízes atuando na região, então cada um terá o crédito de “dez fichas de desvio” para alcançar vereditos ótimos. Decisões desviantes acima dessa média fatalmente aumentarão a propagação dos erros sistêmicos.

Num cenário onde a densidade de desvios não é controlada, a obediência geral às regras jurídicas restará ameaçada. Ballard (2009, p. 236) acredita que se juízes ultrapassarem o limiar de desvios previsto pelas regras de orientação, o

otimização moral das decisões jurídicas faria parte da função judicial. A título de curiosidade, Ballard sugere quatro regras de otimização seletiva. Cada uma determinará se o juiz pode ou não desconsiderar regras num caso particular, a fim de controlar a densidade média dos desvios. As regras também têm função qualificadora, visam mapear ou “etiquetar” casos de aplicação espúria de padrões jurídicos, de modo que juízes identifiquem graus distintos de suboptimalidade entre os casos práticos e escolham em qual deles devem realmente desviar. As regras devem ser utilizadas em ordem serial, ou seja, aplica-se a primeira regra, caso ela não baste para determinar se o desvio é admitido, aplica-se a segunda, depois a terceira e a quarta, caso necessário. São elas: “1) Regra moderada final: Durante o curso de sua carreira judicial, não desvie em mais do que n por cento de casos de resultados subótimos; “2) Primeira regra de prioridade: se a regra moderada final permitir que você desvie em apenas um único caso subótimo dentre dois, então desvie naquele cujo resultado jurídico é o mais subótimo.”; “3) Segunda regra de prioridade: se a regra moderada final e a primeira regra de prioridade permite o desvio em um único conjunto dentre dois conjuntos, cada qual constituído do mesmo número de casos, onde os membros do primeiro conjunto se subsume em mais de uma regra e os membros do segundo se subsume a uma única regra, e estes no que diz respeito a todo resto são tão apropriados para o desvio como as dos membros do primeiro conjunto (no que diz respeito a suboptimabilidade, etc), então desvie no segundo conjunto”; 4) Regra *default*: se a regra moderada final permite o desvio em um único caso dentre dois *tokens* de regra subótima, os quais não podem ser distinguidos pela primeira e segunda regra de prioridade, então escolha entre o caso com base em qualquer critério moralmente permissível, incluindo a escolha aleatória”. (adaptação livre) (Brand-Ballard, 2010, p. 243-265).

³⁷ É notável que a teoria desenvolvida por Ballard é sustentada por premissas empíricas que atuam como pano de fundo para sua proposta de otimização seletiva. O próprio autor assume que seu estudo contém argumentos pertencentes a uma teoria não ideal, ou seja, compromete-se a desenvolver uma tese condicionada a como devemos organizar o desenho institucional de decisões judiciais perante o fato de que sujeitos não agem conforme as expectativas esperadas (Ballard, 2010, p. 181). Esse aspecto não ideal ou realista embasa a premissa defendida, não só por Ballard, como também pelos adeptos da leitura institucional, a respeito dos erros epistêmicos de julgamento, que projetam ideais formalistas sobre o papel judicial. Porém, para ser consistentes, e não se basearem em mero pressentimento, argumentos baseados em erros de deliberação carecem de evidências empíricas. Outros dados empíricos necessários a Ballard são os comportamentais e estatísticos, capazes de revelar em que momento erros sistêmicos de deliberação ocorreriam em alta frequência. Somente com a reunião desses dados é possível tornar a proposta factível, ao traçar a densidade de desvios e atribuir créditos para cada juiz num dado sistema jurídico.

sistema jurídico estará exposto a um risco inaceitável de destruir o *estado de direito* (*rule of law*) permanentemente.

Portanto, na leitura *quasi*-institucional restritiva, o dever judicial de aplicar regras deixa de ser fixado por uma constante – a obediência aos padrões dos sistemas jurídicos. Tal dever passa a ser determinado pelo resultado variável de uma equação que estima o grau de otimização seletiva das decisões judiciais. O vínculo de obediência dos juízes ao direito positivo é então resultado do limite em que cada magistrado pode desconsiderar regras em casos subótimos, sem causar erros sistêmicos que comprometam a obediência geral do sistema jurídico.

Resta ainda apontar qual método de decisão é compatível com a leitura restritiva, o formalismo ou o particularismo? Conforme expus, essa concepção reconhece que a função judicial é regulada pelo dever de aplicar as regras do direito, mas juízes também teriam a função de evitar que o direito sempre produza resultados subótimos, de forma que também é uma atribuição do papel judicial desconsiderar padrões jurídicos em alguns casos subótimos, mas não em todos. Portanto, essa leitura está a meio caminho entre as mentalidades formalista e particularista, já que reconhece que juízes devem tratar parte significativa dos padrões jurídicos como razões de peso, nos casos cuja aplicação de regras claras alcançam resultados ótimos, enquanto também sustenta que juízes, por vezes, precisam tratar padrões jurídicos como razões mais fracas que razões externas às regras.

Há na literatura versões intermediárias ou atenuadas do formalismo e do particularismo, conhecidas como *formalismo* ou *positivismo presumido* e *particularismo sensível a regras*. Adeptos do *formalismo presumido*, como Schauer, permitem que as razões prescritivas das regras sejam substituídas por razões subjacentes externas, de modo que aceitam em seu modelo decisional vereditos particulares, porém, nutrem forte resistência à disseminação do particularismo. *Formalistas presumidos* somente concedem ao julgador “espiar” com sobriedade as razões externas às regras do direito, e apenas aceitam decisões derogatórias a regras quando as razões subjacentes são particularmente fortes (SCHAUER, 1991, p. 59). Já *particularistas sensíveis a regras*, como Hurd (2003) e Moore (2000), reconhecem o valor de obedecer à aplicação de padrões jurídicos, levam as regras sempre como razões de peso, mas dão preferência a

razões subjacentes, quando essas produzem melhores consequências ao caso particular.

Mesmo com essas versões intermediárias em mãos, acredito que nenhuma delas capta com justeza a proposta desta leitura. Ballard (2010, p. 293) não chega a reconhecer explicitamente simpatia por quaisquer delas, apesar de indicar que sua otimização seletiva é *quasi*-particularista. Como não há uma qualificação determinada, opto por classificar tal leitura como “*formalismo permeável*”, pois a designação ainda guarda preferência pelo formalismo, já que a obediência ao direito institucional ainda é regra para essa concepção.

O “*formalismo permeável*” diferencia-se da versão *presumida* na medida em que admite juízes desconsiderarem padrões jurídicos em casos cujas razões subjacentes não sejam sempre particularmente fortes³⁸, desde que a densidade de desvios não ultrapasse o nível de segurança. Também se distingue do *particularismo sensível a regras*, já que nem sempre será função judicial otimizar casos quando subótimos. O “*permeável*” consegue denotar que o vínculo de fidelidade ao direito institucional é variável em função da *densidade de desvios*. Quando for muito grande, a densidade reforçará uma mentalidade formalista, pois o risco de erros sistêmicos será elevado. Quando pequena, ela penderá para o particularismo sensível, pois o fator de risco é reduzido.

3.2.2

Leitura *quasi*-institucional liberal

Antes de pular para a próxima leitura deixe-me fazer um breve comentário sobre as duas vistas previamente. É justo dizer que tanto a leitura institucional, bem como a *quasi*-institucional restritiva, foram construídas com um mesmo fundamento determinante, qual seja, a preservação de uma lógica de obediência a padrões jurídicos predeterminados. Também é correto assumir que ambas as leituras assim se portam por compartilhar da mesma temeridade: a crença de que decisões particulares contrárias às regras, apesar moralmente justificáveis, comprometam a obediência de regras em sistemas jurídicos. Receia-se que

³⁸ Penso que as razões fortes as quais o formalista presumido tem em mente sejam contra casos cuja aplicação de regras violam direitos humanos básicos, como a manutenção de desigualdades raciais ou de gênero, ou regras sub ou sobreinclusivas que produzam resultados claramente absurdos ou desarrazoados, como é o caso da regra que proíbe a entrada de veículos no parque ser aplicada para impedir a entrada de um caminhão de bombeiros para realizar um resgate.

vereditos otimizadores incentivem desobediências gerais e injustificadas ao direito institucionalizado.

Realcei esse compromisso teórico de preservar a obediência geral a padrões jurídicos para contrastá-lo com as teses que se seguirão. Ambas as leituras subsequentes, a liberal e a *jusnaturalista*, partirão de um pressuposto distinto para entender o papel judicial: o objetivo primário de cada uma é descrever o desempenho da função judicial em conformidade ao correto curso de ação moral. Ambas assumirão que tal ação correta é a otimização moral dos vereditos. É preciso esclarecer também que tal compromisso teórico não tornará as próximas leituras totalmente insensíveis à obediência geral ao direito. Embora se possa dizer que essa será uma preocupação secundária ou parasitária³⁹ à meta principal de teóricos que mencionarei em breve. Os próximos *quasi*-institucionalistas não compram os argumentos invocados para justificar a obediência geral à aplicação do direito, como é o caso da repercussão dos erros sistêmicos de julgamento. Portanto, mesmo que reconheçam que alguns erros ocorrerão, não acreditam que decisões particulares otimizadoras sejam suficientes para comprometer o compromisso geral que juízes e a sociedade terão em respeitar e guardar obediência à maior parte dos padrões presentes em ordens jurídicas.

Feito o contraste entre as abordagens, passo agora à análise da leitura correspondente a este tópico:

Diferente das demais vistas, a leitura *quasi*-institucional liberal é particularista sensível a regras, portanto, reconhece o valor de seguir regras, mas preferencia decisões judiciais que buscam um melhor resultado moral. Acredito que Heidi Hurd (2003) tenha desenvolvido a discussão mais detalhada e compatível com a presente leitura. Destacarei o raciocínio por ela desenvolvido e que a faz aceitar a tese de o papel judicial ter função que vai além da autorização institucional para aplicar o direito. Após expor os argumentos de Hurd, também apontarei outros filósofos que também se simpatizariam com essa concepção.

Mas enfim, porque esta leitura é *liberal*? A qualificação exalta que juízes devem desconsiderar padrões espúrios presentes no direito em todos os casos pertinentes. Desse modo, a leitura é aberta à ocorrência de desvios ao direito

³⁹ Caso a obediência geral ao direito institucionalizado não fosse objeto de preocupação desses teóricos, sequer poderia classifica-los com o rótulo “*quasi*-institucional”, indicador do compromisso à obediência de padrões jurídicos institucionalizados.

institucionalizado nos casos em que ela se faz necessária, ou seja, quando vereditos subótimos surgem durante a adjudicação.

Hurd inicia sua tese esboçando uma teoria da ação correta, e será a partir dela que a filósofa concluirá que juízes devem contrariar o direito positivo quando necessário.

Uma ação é correta, logo devida, se ela é resultado da deliberação de razões práticas e satisfaz o critério da autointitulada *tese da correspondência*. De acordo com ela, uma ação não pode ser simultaneamente correta e errada do ponto de vista moral, de modo que não deveria ser admissível que, simultaneamente, um agente moralmente justificado a agir por certa razão seja impedido ou punido por outro agente, igualmente justificado em repreender essa mesma ação (HURD, 2003, p. 4). Então, a tese da correspondência defende que se for permissível ao agente A fazer ϕ , então é impermissível para o agente B impedir A de fazer ϕ (METZ, 2001, p. 435). Relembre o exemplo do desvio ao direito positivo proposto pela própria Hurd, da vítima de violência que mata o cônjuge sem possuir as condições legais para a legítima defesa. Se assumirmos que, dadas as circunstâncias particulares do caso, a vítima estava moralmente justificada a praticar o ato, então sua conduta é permissível e, de acordo com o postulado da correspondência, não seria permitido ao juiz punir a conduta da vítima, do mesmo modo que não seria permitido ao conselho disciplinar do judiciário repreender o juiz por ter absolvido o homicídio praticado pela vítima da violência.

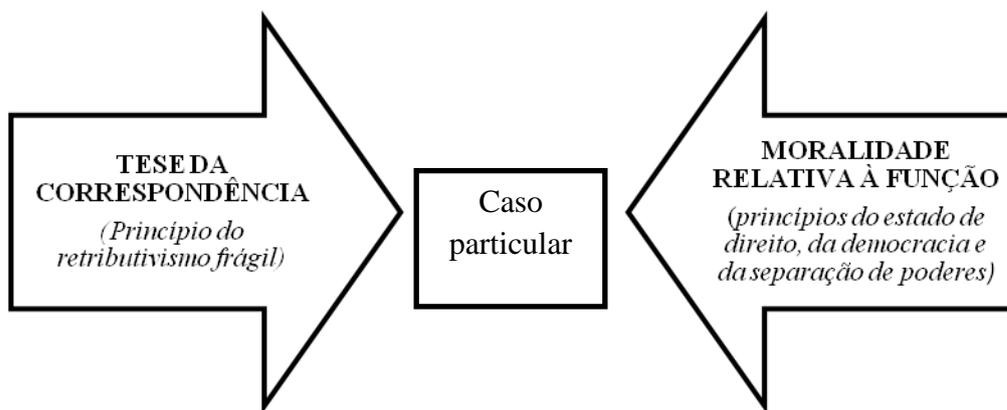
No exemplo dado, se concordamos que a conduta moral do agente resta justificada pelo balanço das razões para a ação, também estaremos sustentando o *retributivismo frágil*. Este é um postulado que age como condição de aplicação da tese da correspondência. Segundo ele, sujeitos moralmente justificados a agir como agiram não devem ser penalizados pelas consequências de suas ações. Para Hurd (2003, p. 16-17),

De acordo com esse princípio, o mérito moral constitui uma condição necessária de culpa ou punição: os indivíduos moralmente inocentes (indivíduos cujas ações são justificadas) não merecem punição e, assim, não deveriam ser punidos, mesmo quando sua punição pudesse produzir um bem-estar. O princípio do retributivismo [frágil] mostra sua força intuitiva no sentimento de que é moralmente repulsivo culpar ou punir indivíduos que fizeram exatamente o que deveriam ter feito.

A veracidade da tese da correspondência e do retributivismo frágil seria bem mais fácil de ser acolhida não fosse o conflito dela com valores fortemente aclamados e arraigados pelo costume social e pela prática institucional do direito, nomeadamente, o princípio do Estado de Direito (*rule of law*)⁴⁰, e os princípios da democracia e da separação de poderes. O primeiro princípio demanda que padrões jurídicos se adequem aos requisitos formais (HURD, 2003, p. 3), e que oficiais jurídicos e cidadãos estejam vinculados a agir de acordo com o que o sistema de regras requer (TAMANAHA, 2007, p. 4). Já os outros dois princípios sustentam o direito de autogoverno do povo e condicionam as mudanças dos padrões jurídicos ao legislativo, composto por representantes democraticamente eleitos. Esses princípios restringem o judiciário à tarefa secundária de respeitar e aplicar os padrões conforme determinados pelo legislador. Portanto, a prevalência desses outros princípios fazem regra o respeito e a obediência dos juízes ao direito institucional, de modo que servem de fundamento a uma *moralidade relativa à função*. Noutras palavras, os princípios do estado de direito, da democracia e da separação de poderes ajudam a compor a leitura institucional do papel judicial. Juízes estariam saindo do seu papel, logo, desviando da sua função caso não respeitem as restrições traçadas por esses princípios.

Dessa maneira, o embate entre teorias e princípios apresentados por Hurd produz o seguinte embate moral:

⁴⁰ Acredito que o uso do termo “Estado de Direito” aqui requeira um esclarecimento teórico mais preciso, visto que o termo não denota uma única descrição, pois pode exprime conceitos distintos, até mesmo opostos. Tanto que Waldron (2002) discute se “estado de direito” não é um *conceito essencialmente contestado*. Tamanaha (2007) expõe a noção de “estado de direito” como um conceito sujeito a divergências teóricas quanto sua extensão, finalidades, benefícios e limitações. O conceito pode tanto denotar, de forma mais estrita, uma relação de exigência da ordem jurídica, que cidadãos e seus oficiais se sujeitem às normas impostas. Também pode denotar, de modo mais lato, que a sujeição dos agentes só faz sentido se incluírem referências a direitos fundamentais, democracia ou critérios de justiça que podem estar numa relação que não se encontra, necessariamente, contida nos padrões jurídicos previstos. Dessa forma há ao menos duas noções de estado de direito não compatíveis entre si. O princípio comentado por Hurd é certamente a versão estrita relacionada à conformidade com padrões formais ou institucionais do direito.



De acordo com Hurd (2003, p. 21-30), se aceitamos a plausibilidade de todos os princípios discutidos estaremos diante do *dilema do perspectivismo jurídico*. Um conflito entre razões que, caso estimadas na mesma medida, resultarão no seguinte resultado paradoxal: i) é moralmente permitido que o agente A faça ϕ , se o resultado do balanço de razões para a ação indicar ϕ como a ação correta; e ii), é igualmente permitido que o agente B repreenda o agente A por ϕ conforme determinam os princípios relativos à sua função ou papel social desempenhado. A filósofa assim sintetiza o combate moral travado entre uma moralidade institucionalizada do papel judicial e a prática de ações moralmente justificadas:

O dilema agora se mostra claro. Ou renunciamos ao princípio do retributivismo frágil (e com ele à tese da correspondência mais geral) e aquiescemos à punição dos transgressores justificados, ou temos que renunciar ao nosso entendimento tradicional dos princípios sistêmicos que justificam correntemente nosso sistema judicial. Sendo mais preciso: 1) ou os juízes terão que violar o princípio do retributivismo frágil e punir cidadãos que violam justificadamente a lei, ou terão que violar o estado de direito e desobedecer às regras de decisão que requerem a punição dos justificados; analogamente, 2) ou os que concebem o sistema terão que violar o princípio do retributivismo frágil e punir os juízes que, com justificativa, desobedecem às regras de decisão (ao se recusarem a punir cidadãos justificadamente desobedientes), ou terão que violar princípios de democracia e da separação de poderes, permitindo que a vontade de uma maioria legislativa seja substituída pela decisão judicial individual.

Como se observa, Hurd relaciona os princípios que desenvolvem uma moralidade relativa à função em escalões institucionais distintos. O princípio do estado de direito é responsável por restringir a função judicial à aplicação do direito positivo. Enquanto os princípios da separação de poderes e da democracia servem de fundamento aos órgãos responsáveis pelo desenho institucional,

permitindo-os avaliar o desempenho da função judicial. Tais princípios são levados à cabo, por exemplo, por comitês de ética profissional.

Dentre as alternativas disponíveis representadas pelo dilema, a primeira defende que existe uma moralidade relativa à função judicial determinada pelos valores sistêmicos que justificam a autoridade institucional do direito sobre as escolhas morais do juiz. Enquanto a segunda contraria que a moralidade do papel judicial deva ser relativa a esses valores sistêmicos já que não se deve punir cidadãos moralmente justificados a agir conforme agiram.

Além dessas duas alternativas, uma terceira via pode ser considerada, e que consiste em negar a existência do dilema moral causado por i) e ii). Para a terceira via, não existe oposição entre i) e ii) e ambos estariam igualmente corretos e justificados, de forma que é permitido aos cidadãos violar padrões jurídicos espúrios, da mesma forma em que é permitido juízes punirem os moralmente justificados.

Porém, essa terceira via compatibilista possui alguns problemas sérios que não podem ser simplesmente negados. Em primeiro lugar, ela é vítima de um relativismo ingênuo, pois nega a existência de conflitos morais. Caso esta alternativa esteja correta é bem provável que eu deva agora pedir desculpas aos leitores que chegaram até aqui, visto que o problema abordado por esta dissertação é ilusório. Juízes nunca poderiam considerar a hipótese dos desvios ao direito, enquanto cidadãos jamais deveriam se sentir restringidos por violar regras, apesar de, resignadamente, deverem aceitar a punição pelos atos que praticaram. Teríamos igualmente que abandonar alguns conceitos já discutidos aqui, como o conflito entre razões de peso ou *pro tanto*, já que não faria sentido discutir a escolha entre razões que não se opõem. Em terceiro, essa via ridicularizaria tanto juízes, quanto cidadãos em geral, por sentirem culpa pelas decisões tomadas. Os primeiros pelo conflito de consciência ilusório de aplicar regras espúrias, e os segundos por se sentirem constrangidos a violar uma regra moralmente questionável. Porém, é justamente por sermos agentes morais responsáveis, preocupados com a repercussão de nossas ações é que esse conflito de consciência existe. Se há uma crença justificada de que não devemos violar regras (ou de que devemos violá-las por serem injustas) há um conflito moral genuíno ocorrendo entre o que consideramos ser ou não a forma correta de agir.

Logo, a terceira via é solução ilusória do dilema, pois parte de duas premissas extremamente suspeitas: a primeira, de natureza metaética, de que não há noções de certo e errado na moralidade, só modos diferentes de agir, não conflitantes. E a segunda, de natureza comportamental, de que não deveríamos nos sentir responsáveis pelas consequências de nossas condutas, já que estão todas igualmente corretas.

Hurd, adota i) e o compromisso de defender o retributivismo frágil. Para tanto, a autora precisa rebater a tese de que há uma moralidade perspectiva a funções, ou, mais detidamente, de que o papel judicial possui uma moralidade que é distinta a uma *moralidade ordinária ou princípios morais gerais*. Em busca de tornar i) o vencedor do combate moral, Hurd levantará três objeções contra teorias que condicionam a função judicial às atribuições estritamente institucionais: a primeira contra um relativismo menos profundo do que o confrontado na terceira via, mas capaz de sustentar que a crença em valores sistêmicos ou institucionais justifica um conjunto de obrigações da função judicial diferenciadas de deveres morais ordinários. A segunda é direcionada à pretensão de que o direito é capaz de ser uma autoridade decisiva sobre as deliberações práticas. E, por fim, a terceira questionará a força dos princípios institucionais do direito, logo, o estado de direito, a democracia e a separação de poderes que impõem uma obrigação política de obediência à lei.

No capítulo subsequente, trabalharei apartadamente com os argumentos da autoridade do direito e com um argumento de obrigação política, juntos ao juramento, como justificações de o papel judicial ser limitado à aplicação de padrões jurídicos. Além do mais, objeções a esses dois argumentos não são exclusividade da presente leitura. Qualquer adepto de uma das leituras *quasi-institucionais* terão que rebater nalguma medida esses outros argumentos para sustentar que a função judicial não se esgota com a aplicação do direito positivo. Por exemplo, como visto na leitura anterior, para manter a tese de desvios seletivos, foi necessário que Ballard questionasse, mesmo que parcialmente, sistemas jurídicos como dotados de razões de obediência moral decisivas.

Desse modo, me limito a apresentar somente a objeção do relativismo moral, por ser mais peculiar ao desenvolvimento teórico feito por Hurd, embora creio que qualquer pessoa também simpática à concepção *jusnaturalista*, concordará com as críticas a seguir.

Como, logo atrás, o relativismo já foi criticado na terceira via contra o perspectivismo jurídico, é preciso diferenciar o relativismo agora criticado do anterior⁴¹. Esse segundo relativismo é distinto, pois ele não é resultado do ceticismo que nega a existência do dilema, mas surge em consequência daqueles que defendem uma moralidade relativa à função. Dessa forma, esse relativismo será resultado de quem aceita a existência do dilema como algo incontornável, pois apesar de concordar que seria permitido a agentes agir contra as determinações legais, mantêm que o retributivismo frágil não pode estar correto, e que juízes têm uma irrevogável obrigação de aplicar a lei e punir as desobediências justificadas. Hurd demonstrará como a existência de valores morais ínsitos à função fazem com que defensores do perspectivismo ainda sejam relativistas, embora muitos neguem tal consequência.

A objeção parte de uma premissa implícita à tese da correspondência – a do objetivismo moral. Visto que a tese prevê que o valor moral de uma ação permitida não deve ser alterado pela intervenção de outros agentes, só há uma resposta moral correta à ação praticada. Se esta tese for correta, a moralidade não pode ser perspectiva. Caso um infrator do direito tenha justificadamente violado uma regra jurídica, a moralidade do papel judicial não deve forçar juízes a punir tal conduta. Em contrapartida, se aceitarmos que juízes estão justificados a aplicar o direito positivo, somos forçados a admitir que os valores sistêmicos que resguardam a obediência institucional alteram a valência moral da conduta praticada pelo agente. Enquanto ela é admissível ao praticante da ação, é inadmissível ao juiz encarregado de aplicar o direito. É neste ponto em que o relativismo atua. Como tese que procura justificar a natureza da moralidade, o relativismo abona essa alteração da valência moral de uma conduta entre diferentes atores.

O tipo de relativismo que justifica a moralidade relativa a funções defende um argumento epistêmico e convencionalista referente a crenças. Se em nossa

⁴¹ Ao apresentar suas objeções ao relativismo, Hurd (2003, p. 33-82) realiza um extensivo trabalho de rebater várias de suas versões, cinco no total: que variam desde um relativismo metafísico radical que nega a existência de valores de verdade às proposições, até versões mais modestas, como o relativismo epistêmico, que admite que a justificação moral de um ato é determinada pelas crenças compartilhadas dentre aqueles que seguem determinada conduta. Não discutirei todas as objeções tratadas por Hurd, mas remeto o leitor interessado à leitura do capítulo 2 d' *O Combate Moral*. É suficiente para a exposição associar relativismos mais radicais à terceira via, que nega a existência do dilema, e relativismos mais brandos com posturas que aceitam o dilema, porém apoiam a moralidade relativa a funções.

comunidade pessoas convencionalmente prezam os valores sistêmicos que fundam nosso sistema jurídico, depositam crença de que estes valores moldam todos os padrões jurídicos que regulam nossas vidas e, por isso, lhes devemos obediência irrestrita. Dessa maneira, é a crença nos valores sistêmicos que está a fazer o trabalho de justificar a moralidade das ações. Para Hurd (2003, p. 34):

Posto que um agente pode acreditar ser correto realizar o ato A, enquanto outros podem acreditar ser errado ele realizar esse ato, pode ser correto, para o agente, realizar o ato A, e errado para os outros que ele o realize. Segue-se, de maneira trivial, que um agente pode ter justificativa moral (devido às suas crenças) para contrariar ou punir uma ação que um outro agente (devido às suas crenças) tem justificativa moral para realizar.

Para demonstrar que o relativismo epistêmico não é uma teoria moral satisfatória, é preciso pôr em evidência que as crenças morais compartilhadas pela maioria dos que defendem os valores sistêmicos do direito não são condição suficiente para determinar o mérito moral de nossas condutas.

Dentre as objeções de Hurd (2003, p. 55) contra o relativismo de crenças, uma delas demonstra que as crenças convencionais violam o *princípio da bivalência*, segundo o qual uma proposição não pode ser simultaneamente verdadeira e falsa. Considere, o caso de desvio do sujeito que é criminalizado por plantar maconha para fins medicinais. Ele pode ser expresso na seguinte proposição:

P: é justificado plantar maconha para fins medicinais, para tratar casos sérios de epilepsia.

O agente que pratica a ação acredita em *P*. O juiz que concorda com a conduta do sujeito, também acredita em *P*, porém dado sua função, deve preservar a crença nos valores sistêmicos do direito e deve considerar *P* falso. Logo, “¬*P*”. Tal juiz estará então violando a bivalência da proposição como forma de preservar a crença generalizada de que o direito institucional deve regular o caso postulando “¬*P*”.

David Lyons também critica a concordância da maioria como fonte de padrões corretos de conduta. Se a obrigação de fidelidade judicial ao direito é fundada somente na preservação de valores sistêmicos, conforme o perspectivismo jurídico prevê, então estamos diante de um caso de um *relativismo social*, que sustenta ser a filiação às opiniões de certo grupo fator decisivo e merecedor de significativo respeito (LYONS, 1984, p. 15-16). Não há razões para

pensar que as crenças morais majoritárias de uma população produzam sempre resultados corretos. Se o argumento fosse realmente convincente várias práticas injustificadas deveriam ser admitidas, como a desigualdade entre sexos numa sociedade cuja maioria da população é composta mais por homens sexistas, ou o preconceito racial em sociedades que preservam valores como o estado de direito e democracia, mas apenas em prol de traços étnicos particulares. Acredito que o mesmo tipo de razão esteja atuando por traz de casos nos quais há aplicação de padrões jurídicos espúrios, embora não francamente imorais ou injustos. Consequentemente quem aceita que certos padrões subótimos devam ser preservados em casos particulares também concorda implicitamente com uma premissa relativista que justifica a função de aderir às regras jurídicas como única fonte de deveres morais cabíveis aos juízes.

Creio já ter delineado os traços fundamentais da leitura *quasi*-institucional liberal. Partidários dessa leitura então concordam que o desempenho do papel judicial não se esgota com a aplicação de padrões previstos em sistemas jurídicos. Quando um juiz tem condições de identificar um caso cuja aplicação da regra jurídica é espúria, ele deve otimizar o veredito judicial, contrariando a prescrição em prol de outra razão moral. Caso insista na aplicação da regra espúria, seu dever moral será perspectivo a valores estimados pelo direito institucional, mas o resultado dessa postura assume um compromisso com teorias morais relativistas que são difíceis aceitar num exame mais detido.

Além de Hurd, há outros teóricos que simpatizariam⁴² com essa concepção:

O já mencionado David Lyons (1993, p. 120) reconhece que não devemos assumir que uma decisão judicial possa ser justificada apenas por ser exigida pela lei, ou melhor, que uma decisão judicial requerida pelo direito institucional não é condição necessária para ser justificada. Também acredita ser possível uma decisão ser justificada, *all-things-considered*, mesmo contra prescrições legais.

⁴² Admito estar assumindo riscos nesse ponto, pois nenhum dos autores que mencionarei endossam explicitamente os argumentos apresentados por Hurd. Talvez nem todos conheçam seus argumentos. Por outro lado, tais autores, do mesmo modo que Hurd e demais particularistas sensíveis a regras, explicitamente não concordam que o direito institucional seja capaz de fornecer razões suficientes para a obediência às suas regras, a ponto de admitir que a função judicial pode ser composta por funções externas ao direito previsto, como é o caso dos desvios a regras, quando *subótimas*. Desse modo, dada a concordância desses autores nesse aspecto, é bem provável que os mesmos se mostrem simpáticos aos demais aspectos aqui desenvolvidos a respeito do papel judicial, de modo que creio ser correto classificá-los como partidários dessa concepção.

Quando a injustiça produzida ao seguir regras fornecer ao juiz razões suficientes para não segui-las, ele poderá oferecer um veredito alternativo.

Leslie Green (2014, p. 4) também concorda que o papel judicial não se exaure apenas em uma obrigação de aplicar o direito, o que implica considerar que há padrões pelos quais um juiz está moralmente obrigado, *qua* juiz, que não são jurídicos. Green (2014, p. 6) ainda salienta que princípios ordinários da moral como a proteção de direitos (*rights*), fazer justiça ou promover o bem comum fazem parte do desempenho da função judicial. Juízes devem conformar-se com esses princípios sempre que, e onde quer que, apliquem o direito. Mas o dever de conformidade a princípios morais não vinculam juízes simplesmente por eles fazerem parte do direito. Desse modo, é admissível que juízes tomem decisões contra o direito previsto visando à satisfação desses princípios morais.

Por fim, Anthony Reeves (2010, p. 28-29) admite que há poucas razões para pensar que juízes têm uma obrigação especial e geral de cumprir padrões jurídicos, de modo que juízes não têm sempre razão prática significativa para julgar em fidelidade ao direito, simplesmente ao ocuparem um papel limitado institucionalmente. O filósofo pensa que a fidelidade judicial ao direito positivo não é o ponto de partida apropriado para discutir o papel e o raciocínio judicial. Como crê que juízes são responsáveis por garantir legitimidade política aos seus vereditos, e essa legitimidade não está necessariamente vinculada à aplicação do direito positivo, conclui que uma teoria de aplicação do direito não exaure uma teoria normativa do raciocínio judicial, que é muito mais ampla que simplesmente restringir a função dos juízes à aplicação de padrões legais.

3.2.3

Leitura *quasi*-institucional *jusnaturalista*

A última leitura que me proponho a discutir guarda muitas semelhanças à anterior. Um *jusnaturalista* do papel judicial também é particularista sensível a regras. Logo, reconhece o valor de obedecer ao direito institucional, mas desencoraja a aplicação de padrões jurídicos produtores de resultados morais questionáveis. Também defende uma teoria da ação correta como pressuposto para determinar a função do juiz. E questiona uma moralidade do papel judicial relativa à aplicação de padrões legais, pois ela relativiza o discurso moral e

impede que os juízes alcancem a resposta certa durante a decisão. É razoável dizer que essa leitura dos deveres judiciais é derivada da anterior. Mas, então, por que não terminar a discussão com as três teses já trabalhadas?

Optei por descrever a leitura *jusnaturalista* distinguindo-a da anterior, pois ela se apoia numa premissa adicional que não é necessariamente compartilhada pelos adeptos da leitura liberal. Especificamente, a proposição de que juízes que estão desconsiderando regras não estão se afastando do direito *tout court* em prol de uma razão *extrajurídica*. Portanto, aos *jusnaturalistas* do papel judicial, juízes que decidem contra a aplicação de padrões espúrios estão, em realidade, aplicando o direito, não o direito contido em padrões determinados, mas uma instância mais ampla e substantiva, um direito natural, não necessariamente expresso em regras positivas. Essa premissa adicional é conhecida na literatura como *teoria declaratória do direito*. Mas antes de explicá-la, ainda desejo comentar brevemente a diferença dessa leitura em relação à anterior.

Como disse, adeptos da leitura liberal não compartilham necessariamente a premissa da *teoria declaratória do direito*. Desse modo, é bem provável que um simpatizante da leitura anterior endosse alguma versão do positivismo jurídico, pois ele identifica apenas fatos sociais como dotados de natureza jurídica. Noutras palavras, para um positivista, o direito *qua* direito somente é composto pelos padrões jurídicos institucionalizados, portanto regras claras, indeterminadas ou que expressam valores amplos formalmente reconhecidos (princípios), além de outros padrões normativos com força de lei. Assim sendo, quando assumimos que um juiz tem a função de afastar regras espúrias, o resultado desse seu julgamento não é para o positivista um veredito com fundamentação jurídica. O positivista considera tal função como a aplicação de um padrão moral externo ao direito, logo, determinado somente através do raciocínio moral.

Essa revelação – de que positivistas podem admitir desvios ao direito positivo – pode causar certa surpresa àqueles que acreditam que positivistas seriam todos formalistas quanto à tomada de decisão judicial. Para eliminar essa confusão, postergo ligeiramente a caracterização da leitura *jusnaturalista*, e tomo uma curta volta para esclarecer essa questão:

A associação obstinada entre positivistas e formalistas é geralmente baseada numa confusão, uma mistura de campos da teoria do direito, nomeadamente, entre teorias acerca da natureza do direito que são, em sua maioria, descritivas, e entre

teorias acerca do julgamento, que são normativas. Enquanto as primeiras procuram descrever quais propriedades algo deve ter para ser direito, lidando com condições de existência, validade e identificação, as segundas buscam explicar de que modo decisões devem empregar o direito, ou, mais especificamente, questionam como juízes devem decidir casos.

David Brink (1985, p. 364-369) mapeia teorias em dois grupos: *natureza do direito* e *adjudicação*. As primeiras, representadas por LP1, em referência ao positivismo e, NL1 para o direito natural, expressam o desacordo entre a moralidade ser ou não componente necessário à natureza do direito. LP1 nega, enquanto NL1 afirma que a moralidade é uma condição necessária para um padrão normativo pertencer ao direito. Já as segundas, indicadas por LP2 e NL, demarcam teorias que explicam como juízes devem decidir, sendo que NL2 afirma, enquanto LP2 nega, que decisões judiciais têm de satisfazer quesitos morais robustos ou verdadeiros. Brink não associa explicitamente LP2 e NL2 a modos de decisão com tendências respectivas ao formalismo ou ao particularismo, mas sua qualificação é compatível com ambas: LP2 representa o formalismo, pois o papel judicial implica na função de aplicar o direito positivo sem questionar o mérito moral de suas diretivas. Já NL2 tem afinidade com o particularismo, pois requer a adjudicação se adeque às exigências da moralidade, assegurando ao juiz a função de produzir o melhor resultado moral ao caso julgado.

Esses dois conjuntos distintos de teorias revelam que LP1 e NL1 (positivismo e *jusnaturalismo*) têm propósitos e consequências teóricas distintas de LP2 e NL2 (formalismo e particularismo). Brink está correto ao indicar que tanto as duas teorias sobre a natureza do direito, quanto as duas sobre a adjudicação, são teses opostas, respectivamente, ao conteúdo moral do direito e ao teor moral das decisões judiciais. Também argumenta que nenhuma tese acerca da natureza do direito implica necessariamente uma tese de adjudicação específica. Logo é possível, por exemplo, que LP1 e NL2 não sejam incompatíveis, ou seja, é correto endossar uma teoria do direito positivo, acompanhada de uma teoria de adjudicação baseada no particularismo⁴³.

⁴³ Como as concepções sobre a natureza do direito não têm correspondência unívoca a uma teoria de adjudicação específica, é possível imaginar quatro combinações básicas possíveis. Algo como os seguintes tipos de teóricos: “positivistas-formalistas”, “*jusnaturalistas*-formalistas”, “positivistas-particularistas”, e “*jusnaturalistas*-particularistas”.

Esses dados impactam sobre o papel judicial. A leitura institucional, que apregoa a obrigação de fidelidade judicial ao direito positivo, é composta por positivistas com ideário formalista. Já leituras *quasi*-institucionais, captam as concepções teóricas tanto de positivistas quanto *jusnaturalistas*, guiados, nalguma medida, por tendências particularistas na adjudicação. Sendo os positivistas simpáticos à concepção liberal, pois reconhecem como direito apenas fatos sociais formalizados institucionalmente, ao mesmo tempo em que negam o papel judicial esgotado apenas pelo dever de seguir todos esses padrões formais ou positivos. Enquanto *jusnaturalistas* representam a versão com o mesmo nome, já que não creem que o direito positivo baste para esgotar o papel judicial, pois cabe aos juízes aperfeiçoar a moralidade do direito, em casos onde sua aplicação institucional for incapaz de satisfazer essa meta.

Após esse desvio de percurso, retomo as características da leitura *jusnaturalista*, com a *teoria declaratória do direito*, que consiste na ideia de que juízes nunca produzem o direito, mas apenas declaram o que tem sido sempre o direito (BEEVER, 2013, p. 421).

A teoria declaratória é uma tradição que remonta o pensamento de Sir William Blackstone (1979, p. 69) que caracterizava juízes como depositários das leis e, com certa eloquência, como “oráculos vivos”, responsáveis por decidir em todos os casos de dúvida. Também exaltava que os precedentes jurídicos deveriam ser seguidos em prol da estabilidade do direito. Mas seu pensamento também continha uma justificativa para o distanciamento de precedentes e demais padrões jurídicos previstos. Caso estes fossem contrários à razão ou à lei divina, os mesmos poderiam ser desconsiderados. Sobre a tarefa de desconsiderar razões jurídicas previamente estabelecidas Blackstone sustentou a proposição da teoria declaratória, afirmando que juízes não estariam criando novas leis, mas vindicando um direito natural remoto que foi mal representado pelos padrões jurídicos do presente. Logo, de acordo com a teoria declaratória,

o direito existiu e existe “lá fora” em perfeita forma, por assim dizer, simplesmente aguardando a descoberta e a averiguação dos juízes. Então, se juízes mudam de ideia acerca de uma regra ou princípio do direito, não estão alterando o direito. Estão meramente descobrindo ou apurando a verdadeira regra

ou princípio, sendo que sua averiguação anterior fora equívoca⁴⁴. (MASON, 2003, p. 18)

Essa tradição caiu em desuso há muito tempo com o desenvolvimento de teorias do direito positivo, que passaram a identificar a existência do direito apenas sobre fatos sociais reconhecidos institucionalmente em ordens jurídicas. A ponto de a teoria declaratória passar a ser taxada como “conto de fadas”. No entanto, àqueles que ainda acreditam na existência de princípios de justiça correspondentes ao direito, mas mais substantivos do que aqueles expressos pelo direito positivo não creem na teoria declaratória como algo fantástico (ATIYAH, 1980, p. 347).

Desse modo, através da tese declaratória é possível uma concepção do papel judicial que admite aos juízes outra função jurídica relativa ao seu papel, o dever de desenvolver o direito. Esse dever se faz presente quando um juiz é confrontado com circunstância que o conduzirá à aplicação de lei imoral ou injusta. Nesse caso, a obrigação de desenvolver o direito se sobrepõe à obrigação inicial de aplicar o direito (EDLIN, 2010, p. 150). E, como essa leitura é calcada no Direito Natural, o dever de desenvolver o direito tem fonte no próprio direito, pois o raciocínio moral empregado pelo juiz para desconsiderar um padrão jurídico moralmente espúrio é ele próprio uma instância do direito, ainda não expresso institucionalmente, mas revelado através da adjudicação.

Em resumo, as premissas assumidas pelo *jusnaturalista* quanto ao papel do juiz são as seguintes: uma teoria da ação moral correta é possível; o particularismo sensível a regras é a forma de adjudicação certa para contornar vereditos subótimos; a teoria declaratória do direito é o verdadeiro registro da função judicial, pois explica o aprimoramento moral do direito.

Quanto aos teóricos adeptos dessa concepção, o filósofo que chega mais próximo à ela é Michael Moore, que já admitiu filiação ao particularismo sensível a regras (MOORE, 2000, p. 125), e noutros trabalhos discutiu casos de suboptimalidade na aplicação do direito positivo, qualificando-os como resultados obviamente errados, injustos ou imorais, talvez contrários ao que qualquer

⁴⁴ Tradução livre de “...has existed and exists 'out there' in perfect shape, so to speak, simply awaiting discovery and ascertainment by the judges. So, if the judges change their mind about a particular common law rule or principle, they are not changing the law. They are merely discovering or ascertaining the true rule or principle, their previous ascertainment having been erroneous”.

legislador teria desejado quanto ao propósito da regra, ou ainda simplesmente estúpidos ou absurdos (MOORE, 2007, p. 1532-1536).

Moore (2012, p. 456-467) também indica que a moralidade empregada na decisão judicial deve ser vista como parte do direito. Ao falar sobre padrões jurídicos institucionais – por vezes designados “direito óbvio” – sugere uma estratégia para conceituar o dever judicial: negar que o direito óbvio é todo o direito que há, pondo em causa o fato de o direito óbvio ser sempre direito. O modo com o qual argumenta dá a entender que a função judicial implica na correta aplicação do direito, onde não se admitiria a persistência de resultados subtótimos (BALLARD, 2010, p. 87). O direito seria um domínio de excelência moral que somente admitiria respostas corretas.

Com base nessas evidências creio que Moore é representante dessa leitura, apesar de não ser possível afirmar categoricamente⁴⁵. Porém, ainda que não exista teórico que endosse essa leitura, ela continua sendo interpretação possível e razoavelmente plausível do papel judicial, merecendo seu devido espaço entre as demais concepções.

3.2.4

Decidir contra a aplicação de padrões subótimos é permissão ou dever do papel judicial?

Na exposição das três leituras *quasi*-institucionais, viu-se que nenhuma delas questiona o fato de a função judicial ser ao menos parcialmente determinada pelo dever de aplicar o direito presente em sistemas jurídicos. O que cada uma dessas leituras também concorda é que o papel do juiz também possui uma atribuição externa à determinação institucional, a capacidade de otimizar a decisão moral em casos cuja aplicação do padrão jurídico produz resultados indesejados.

Mas se essa capacidade faz parte do papel judicial, e não constitui num dever ou mesmo numa permissão institucional, em que ela consiste?

⁴⁵ Ballard (2010, p. 87) questiona se Moore consideraria todos os casos de subotimalidade como injustos ou moralmente espúrios, de modo que talvez não considere subótimas as quatro hipóteses casuísticas de desvio apresentadas no capítulo inaugural. Moore trabalha com outros casos subótimos, embora acredito que eles guardem semelhança aos já mencionados. Já quanto a menção a Douglas Edlin, creio que o mesmo não concorde com premissas *justaturalistas*. Edlin fornece uma qualificação demasiado restritiva de casos injustos ou moralmente espúrios que justificam desvios: somente quando a aplicação de regras produz resultados extremamente injustos é que haverá o dever judicial de aperfeiçoamento do direito. Muito embora Edlin tenha descrito um dado importante para caracterizar a concepção *jusnaturalista*.

No Capítulo 1, as noções de permissão e dever moral deduzidas dos incidentes hohfeldianos foram descritas como ferramentas para análise da parcela não institucionalizada da função judicial. Dessa maneira – na ausência do dever ou permissão legal para contrariar o direito em casos subótimos, e na dúvida pela existência da obrigação de fidelidade judicial ao direito positivo – são as contrapartes morais dos incidentes a chave para determinar em que consiste essa outra função. Seriam então os desvios permissão moral da função judicial? Ou seriam dever moral?

Acredito que, dentre as três teorias *quasi*-institucionais, a restritiva é compatível tanto com permissões, quanto deveres morais⁴⁶. Enquanto a *liberal* e a *jusnaturalista* só farão sentido se vistas em termos de deveres morais. Seguem as razões:

Quanto à leitura restritiva, ela conclui ser admitidos desvios ao direito, mas essa função judicial contém restrições. Juízes têm de respeitar a densidade de desvios e não devem otimizar vereditos além desse limite. É possível ver essa função de dois modos:

Primeiro, como permissão. É moralmente permitido a juízes contrariar o direito institucional até o limite onde o sistema jurídico não seja ameaçado pelos erros sistêmicos. Nessa interpretação, a capacidade de contrariar padrões jurídicos subótimos é facultativa à função judicial. Juízes estão livres para usar da discricionariedade e decidir se desviam ou não. Como permissão, juízes têm direito de não exercer essa liberalidade moral e desviar em nenhuma hipótese, pois nesse caso não podem ser exigidos, já que não estão sob o dever de otimizar moralmente os vereditos. O que juízes certamente não poderão fazer é exercer o privilégio absoluto de desviar em todos os casos possíveis, pois segundo a tese de Ballard, juízes atuam sob o dever moral de preservar a integridade institucional do

⁴⁶ Na teoria proposta por Ballard o uso da linguagem moral de direitos para justificar parte da função judicial está presente no critério de otimização seletiva sugerido. Ballard (2010, p. 270) argumenta que seria até possível em teoria que legisladores institucionalizassem seu critério de desvios seletivos em legislação ou códigos de conduta judicial, embora reconheça que atualmente legisladores e sistemas jurídicos não queiram se ver reconhecendo a prática dos desvios judiciais. Desse modo, seu critério de otimização seletiva será visto como um conjunto de regras não formalizado institucionalmente, e que, embora não guarnecido por sanções jurídicas formais, constitui uma base para crítica, elogio ou responsabilização do papel judicial. Suas regras de orientação podem então funcionar como uma categoria de regras sociais, como o são, por exemplo, as regras de etiqueta que fixam condutas morais desejáveis.

direito, que é assegurada pelo respeito ao critério da densidade de desvios⁴⁷. Assim sendo, a permissão moral do papel judicial terminará onde começa o dever moral de preservar o sistema jurídico.

Segundo, como dever moral. Nesse caso, é moralmente requerido que juízes desviem e otimizem de acordo com o limiar de desvios a que têm direito. Em sendo dever, essa função torna-se moralmente obrigatória. A partir do momento em que a proposta de Ballard esteja em ação, juízes terão que se conformar com as regras de orientação que coordenam os desvios. Haverá uma exigência moral do cargo para que juízes utilizem todas suas cotas disponíveis. Caso não cumpram bem essa função, não estarão bem desempenhando o papel judicial *enquanto* juízes.

É preciso admitir que Ballard não usa explicitamente uma linguagem de direitos hohfeldianos afim de determinar se sua teoria implica realmente em deveres ou permissões. Em certa ocasião já questionou: “devem os juízes considerar argumentos morais?” (BALLARD, 2014). Enquanto noutra relacionou frequentemente a otimização seletiva de vereditos com a linguagem das permissões (2010). Apesar de ter empregado ora a linguagem de deveres, ora de permissões, acredito que Ballard tenha em mente uma descrição em termo de permissões. É uma caracterização constante do filósofo o fato de juízes terem razões morais *pro tanto* para desviar em casos subótimos, acompanhada também pela conclusão: “argumentei que é moralmente permitido aos juízes decidir casos de resultado subótimo ao invés de se recusarem a fazê-lo”⁴⁸ (BALLARD, 2010, p. 309). Esse modo de descrever os desvios e a função judicial soa muito mais próxima de uma permissão do que uma linguagem de deveres. Entretanto, se este for o entendimento genuíno do autor, há uma apropriação pouco usual do termo razões *pro tanto*. Em sua formulação original descrita por W. D. Ross *pro tanto* é pertencente à categoria dos deveres morais, de modo que é incomum usar esse

⁴⁷ Outra forma de entender a leitura restritiva como permissões sobre desvios é novamente pelo exemplo das “cotas de desvio”. Se cada um dos cem magistrados do Rio de Janeiro tem cota mensal máxima de dez desvios, e desviar for permissão moral do papel, então cada juiz pode tanto decidir por desviar em nenhum dos dez casos a que tem direito, como desviar apenas em dois, cinco ou dez dos casos. Juízes não serão exigidos moralmente em cumprir sempre com demanda de esgotar suas cotas. A única restrição é que nenhum dos juízes desvie além dos dez casos a que tem direito, pois fatalmente contribuirão para o enfraquecimento dos sistemas jurídicos.

⁴⁸ Tradução livre de: “I also argued that judges are morally permitted to decide suboptimal-result cases rather than self-recusing”.

termo com referência a permissões. Em que pese esse percalço terminológico⁴⁹, analisar desvios como permissões está bem mais alinhado à repercussão que Ballard almeja, que é de não colocar sob risco demasiado a obediência geral a regras ou demais padrões de sistemas jurídicos. A caracterização da leitura restritiva como permissões serve este propósito, pois é muito mais fraca e modesta que a caracterização de deveres, vez que não sendo os desvios função judicial exigível, bem menores serão as chances de juízes afastarem-se com frequência da aplicação do direito institucional.

Já quanto às leituras liberal e *jusnaturalista*, como defendem a ideia de que só há uma resposta moral correta a qual juízes devem buscar em seus vereditos, somente uma descrição de deveres fará jus a seus pressupostos teóricos. Não faz sentido trabalhar com a hipótese das permissões, a não ser que ambas teorias abandonem algumas das premissas que mantêm. Caso fossem vistas como permissões ambas seriam inconsistentes, pois dariam aos juízes a capacidade de escolha sobre otimizar casos subótimos ou mesmo deixar a otimização de lado e aplicar as regras jurídicas, enquanto, simultaneamente, defendem que a moralidade judicial não pode ser perspectiva, ou seja, ela não deve se curvar à razões institucionais que sobreporiam razões morais obtidas pelo melhor equilíbrio de razões disponíveis.

Desse modo, pelos compromissos assumidos perante o objetivismo moral e a tese da correspondência, essas leituras só fazem sentido enquanto a otimização moral das decisões judiciais for buscada em todas as hipóteses disponíveis. Essa exigência só poderá ser cumprida na forma de dever moral, sob pena de tornar a função judicial vítima do perspectivismo jurídico, rejeitado por ambas.

⁴⁹ Thomas Hurka (2014, p. 181) acredita na apropriação de *pro tanto* (*prima facie*) para exprimir a linguagem das permissões: “o conceito de permissão *prima facie* pode não ser familiar, mas pode ser compreendido com analogia relacionada a um dever *prima facie*. Você tem um dever *prima facie* para fazer atos do tipo *F*, se um ato de *F* tende a fazê-lo seu dever *all-things-considered*, e você tem uma permissão *prima facie* para fazer atos do tipo *F*, se agir por *F* tende a fazê-lo um ato permitido *all-things-considered*.” (trad. livre)

3.3 Não há ainda outras leituras possíveis?

Penso ser ainda possível listar outras duas leituras do papel judicial, porém preferi apartá-las de análise aprofundada por crer que ambas sejam extremamente irrealistas.

Uma delas representaria o que poderia chamar *leitura institucional extrema*. Tal concepção é uma versão mais firme da versão institucional, que defenderia juízes terem o dever moral de aplicar todo e qualquer padrão jurídico institucional, sem restrições. A versão extrema do papel judicial comprometer-se-ia com o argumento de que juízes estariam moralmente justificados pelo sistema jurídico em aplicar até mesmo regras grosseiramente injustas ou imorais. Como expus, formalistas sensatos acreditam que juízes só têm razões *all-things-considered* para aplicar o direito positivo apenas sob a condição deste pertencer a um sistema razoavelmente justo. Enquanto na leitura extrema, qualquer contexto de sistema jurídico justifica a moralidade do papel judicial.

O juiz Holmes (1953, p. 248-249) certa vez manifestou essa postura rígida do dever judicial. Em uma carta enviada a Harold Laski, teceu o seguinte comentário relacionado ao que considera como desempenho de sua função como juiz: “se meus caros cidadãos querem ir ao Inferno, eu os ajudarei. Esse é o meu trabalho”⁵⁰.

Essa concepção defenderia, por exemplo, que juízes alemães estariam moralmente justificados a julgar casos que absolvessem oficiais nazistas contra o holocausto de judeus. Apesar de muitos juízes durante o nazismo terem agido dessa forma, é irrealista defender que sua função estivesse moralmente justificada. Também acredito que esta leitura extrema produziria outros tipos de resultados absurdos. Se essa concepção prega que juízes terão sempre razões *all-things-considered* para aplicar o direito positivo, juízes aplicá-lo-iam de modo autômato sem sequer questionar quaisquer propósitos subjacentes às regras. Basta considerar novamente o exemplo da regra “é proibida a entrada de veículos no parque”. O representante dessa leitura extrema seria um formalista inconsequente, pois aplicaria a generalização da regra para todo e qualquer veículo sem considerar quaisquer casos de sobre ou subinclusão. Isto implicaria em vereditos

⁵⁰ Tradução livre de “if my fellow citizens want to go to Hell I will help them. It's my job.”

obtusos, que mereceriam ser excepcionados, como é o caso da entrada de ambulâncias e caminhão de bombeiros em casos de emergência. Nesse caso, juízes aplicariam prontamente as generalizações prescritas em regra, tão imbuídos estariam pelo dever irrestrito de aplicar regras.

Por fim, a última leitura irreal seria algo como uma *leitura agnóstico-institucional*. De acordo ela a função judicial nunca é determinada institucionalmente, de forma que juízes jamais teriam obrigação de respeitar quaisquer dos padrões previstos pelo sistema jurídico. Tal concepção é irreal, pois negaria que o direito positivo seja capaz de fornecer qualquer razão de peso. Todas as regras estariam sempre no mesmo pé de igualdade que outras razões morais práticas. Juízes seriam particularistas “sangue-puro”, e sempre decidiriam conforme quaisquer razões para a ação sem ao menos levar as regras em conta. Essa leitura é compatível ao que Raz (1999, p. 137-138) chamou de “sistemas de discricionariedade absoluta”. Segundo Raz, esses sistemas não trabalham com exigências de decidir conforme quaisquer normas específicas, ou seja, não há quaisquer padrões legislativos ou costumeiros com força de regras aos quais juízes teriam o dever de aplicar. Nessa concepção, as razões para decidir quaisquer conflitos jurídicos seriam determinadas somente pela absoluta discricção dos juízes.

A leitura “agnóstica” também seria irreal por outra razão. Caso fosse correta, a simples prestação do juramento, que tipicamente afirma um compromisso judicial de respeito e adesão a sistemas de regras institucionalizadas seria uma formalidade completamente insincera e sem sentido, visto que todos os juízes falsamente firmariam um compromisso que jamais pretenderiam cumprir.

4

Argumentos que suportam o dever de obediência institucional

Neste capítulo discuto quatro tipos de argumentos tipicamente invocados para exaltar ou justificar a obrigação de fidelidade judicial aos sistemas jurídicos. Cada argumento atua numa linha justificatória distinta dos demais. O primeiro é um argumento de *tradição*; o segundo, um argumento de *razão prática*; o terceiro, de *obrigação política*, e o quarto, de *razões empíricas*. Apesar de distintos, pode-se dizer que os quatro unidos são os principais responsáveis por manter a expectativa de que as funções do juiz restam todas determinadas pelo direito institucional. São eles, respectivamente: o juramento, a autoridade do direito como fonte de razões excludentes, o argumento da obrigação política judicial, e a “teoria do erro”.

Minhas metas serão: primeiro, apresentar brevemente que tipo de razões cada argumento invoca para limitar juízes ao dever de seguir o direito positivo; e segundo, demonstrar como esses argumentos não fornecem justificativas conclusivas para restringir o papel judicial à obrigação de fidelidade institucional. Portanto, pretendo concluir que nenhum dos argumentos é plausível o suficiente para que sistemas jurídicos forneçam razões morais de obediência *all-things-considered*.

A consequência geral deste capítulo será de questionar a leitura institucional abordada no capítulo anterior, já que parte significativa da força dessa leitura parte de argumentos como os abaixo.

4.1

O juramento

O primeiro argumento, qualificado como um argumento de tradição, pois é uma prática comum adotada em muitos sistemas jurídicos, é o juramento. O rito oral solene, através do qual o juiz é investido no cargo, tipicamente expressa uma obrigação de fidelidade do sujeito para com os deveres institucionais do papel judicial. Noutras palavras, juízes juram cumprir as funções do cargo autorizadas pelo direito positivo, que incluem o dever de seguir regras, e autorizações concedidas pelo mesmo para decidir casos de textura aberta da

linguagem e casos onde o direito é lacunoso⁵¹. O juramento então expressa o compromisso voluntário de seguir o direito (LYONS, 1993, p. 142). Também representa adesão moral do juramentado, que deve agir de acordo com os votos firmados. Juramentos criam uma obrigação moral de agir conforme obrigações legais, ou seja, em conformidade ao que está previsto legalmente (SHEPPARD, 2009, p. 106). Reeves (2010, p. 11) acredita que,

tal juramento é fundamento inicialmente plausível para uma obrigação forte o suficiente, capaz de suplantar o raciocínio moral extralegal sobre problemas perante a corte. Quando alguém faz uma promessa, cria razões moralmente fortes para levar a cabo os termos da promessa, razões diferentes de quaisquer outras considerações que possam levar a pessoa a agir dessa forma. Além disso, mediante promessa, certas razões distintas (e.g. razões prudenciais) parecem ser suplantadas, ou ao menos desfavorecidas, em favor do cumprimento da promessa.⁵²

Um exemplo de juramento judicial que denota essa obrigação de fidelidade é aquele prestado pelo juiz do Supremo Tribunal Federal:

Prometo bem e fielmente cumprir os deveres dos cargos de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, de conformidade com a Constituição e as leis da República.

Embora seja possível afirmar que parte significativa dos juramentos estabeleçam obrigações de fidelidade dos juízes para com os padrões institucionais do direito, esse é um dado contingente. Gardner (2010, p. 425) sugere que em muitos sistemas jurídicos, juízes firmam o juramento de fazer justiça de acordo com o direito ou algum outro compromisso semelhante. Nesse tipo de juramento não se segue uma obrigação de aplicar regras jurídicas, mas num dever de fazer justiça e decidir casos de uma forma moralmente apreciável. Desse modo, nem todos os juramentos judiciais expressam uma obrigação de fidelidade institucional.

⁵¹ Ballard (2010, p. 56-57) utiliza o termo de arte *regras de adesão* (*adherence rules*) para representar as regras às quais os juízes se obrigam a obedecer. São regras de adjudicação que requerem que juízes decidam casos de acordo com certas regras. Regras de adesão seriam mandatórias, uma vez que a partir do momento em que são aceitas, elas fornecem aos juízes razões para decidir simplesmente por sua existência como regras.

⁵² Tradução livre de: “such an oath is an initially plausible ground for an obligation strong enough to preempt extra-legal moral reasoning about issues before the court. When one makes a promise, one creates morally forceful reasons to carry out the terms of promise, reasons different from whatever other considerations might lead one to act in that way. Moreover, upon promising, certain other reasons (e.g. prudential ones) seem to be preempted, or at least outweighed, in favor of carrying out the promise.”

Se a obrigação de fidelidade ao direito institucionalizado é contingente a determinados juramentos, também não é difícil imaginar a existência de sistemas jurídicos nos quais sequer há a tradição do juramento. Em tais sistemas menos ritualizados juízes ocupam o cargo e desempenham suas funções em conformidade com o direito institucional sem a necessidade de prestar um juramento.

Também é plausível admitir que os votos expressos em certos juramentos não denotam explicitamente a obrigação de fidelidade institucional. Considerando o juramento genérico “*prometo bem desempenhar os deveres do meu cargo, cumprindo e fazendo cumprir as leis do meu país*”, a expressão “aplicar o direito” não é clara. Tomada isoladamente, “direito” é ambíguo. Pode denotar tanto a fidelidade aos padrões convencionais do sistema jurídico, quanto à fidelidade a um direito entendido como um conjunto mais abstrato de normas, digamos, um direito natural. Então, se o conteúdo dos votos firmados está aberto à interpretação, é possível que juramentos não representem com clareza a adesão dos juízes às regras do direito.

Logo, em função desses fatores contingentes, o juramento não é um bom argumento para justificar a obrigação de fidelidade judicial ao direito positivo. O argumento só é convincente em contextos onde o juramento é uma condição necessária para a ocupação do papel judicial, e cujo conteúdo dos votos explicitamente anuncie o compromisso de obedecer e aplicar o direito institucional.

Porém, mesmo que o juramento seja uma característica contingente que vincula juízes apenas aos deveres institucionais, creio que nos sistemas jurídicos onde o juramento expressa uma obrigação de fidelidade institucional – como parece ser o caso do direito brasileiro – esse tipo de argumento é associado às funções do papel judicial. Juízes que julgam em contrariedade às regras do direito podem ser repreendidos sob o argumento de não estarem cumprindo com os deveres do cargo firmados sob juramento. Portanto, reconhecendo o peso que esse argumento pode ter em algumas ordens jurídicas, apresento objeções que indicam que mesmo em sistemas onde o juramento atua como vínculo de fidelidade institucional, nem sempre será o caso desse vínculo consistir numa obrigação moral aos quais juízes devam obediência. Para tanto, é preciso por em causa a capacidade de o juramento ser fonte de deveres morais, pois, como

abordado noutra lugar (vide tópico 1.4.2), o direito reivindica autoridade moral sobre condutas que regula. Se o juramento pretende então estabelecer uma obrigação de fidelidade institucional, ele tem de ser capaz de reivindicar dos juramentados razões morais para agir em conformidade ao direito.

De acordo com Ballard (2010, p. 143), não há literatura direcionada à discussão de juramentos como fonte de obrigações morais, embora existam análises sobre promessas. Porém, juramentos de cargo são uma forma específica de promessa, de tipo ostensivo e consideravelmente mais amplo. São promessas firmadas publicamente pelo juiz aos demais membros da classe profissional, à sociedade que vive sob o mesmo sistema jurídico, e ao próprio ordenamento jurídico. Assim, as mesmas objeções apresentadas contra as obrigações promissórias são também atribuíveis aos juramentos.

A defesa de que promessas estabelecem obrigações morais é uma visão comum compartilhada por autores como Scanlon, Thomson e Shiffrin, que consideram a quebra de promessas um ato moralmente errado, se não totalmente censurável (SHEINMAN, 2011, p. 9). Para defensores dessa visão, um sujeito adquire uma obrigação moral para ϕ simplesmente por ter proferido “*eu prometo ϕ* ”. Comprometem-se também com a ideia de que o promitente adquire uma razão para ignorar tantas outras razões ou compromissos que tinha ou viria a ter, mas que não foram objeto de promessa (HEUER, 2012b, p. 842-844). Assim, o argumento que vê promessas como fonte de obrigações, também as veem como uma prática moral valiosa, posto que elas criam expectativas e uma relação de fidedignidade de que o promitente agirá conforme o prometido. Porém, acredito que esse argumento é demasiado forte, e que promessas nem sempre são fontes genuínas de deveres morais.

A resistência a esse tipo de obrigação é testada ou quando a promessa é feita sobre a prática de imoralidades, ou quando, apesar de feita sobre um propósito que não invoca imoralidades, a promessa é derrotada por uma razão moral mais saliente. A primeira objeção, da imoralidade da promessa, não é propriamente útil à questão do juramento judicial, pois é muitíssimo improvável a qualquer juiz a promessa de praticar uma variedade de imoralidades durante a adjudicação. Embora seja uma demonstração interessante de que promessas não geram necessariamente um dever moral. Já a segunda objeção, que contrasta a saliência das razões evocadas pela promessa contra razões não-promissórias, serve de

contra-argumento à força do juramento sobre deveres judiciais. Seguem as duas objeções na forma de exemplos:

Considere a promessa de Tony Soprano aos seus *capos*. Tony jurou matar a filha do líder da organização rival para ameaçar a organização criminosa. É complicado assumir que tal promessa criou uma obrigação moral que force Tony cumprir o acordo. É ainda mais estranho concordar que a falha ou o arrependimento de Tony em cumprir tal promessa o torne moralmente culpado por descumprir o acordo. Nesse caso, a imoralidade da promessa torna impossível sustentar a presença de uma obrigação moral quanto ao seu cumprimento, pois não é possível atribuir mérito moral ao acordo que estabelece o assassinato de pessoas inocentes. Certamente, uma das manobras do defensor das obrigações promissórias é negar que a jura de Tony é uma promessa, ou seja, que promessas imorais não são realmente promessas. Porém é difícil deixar de acreditar que uma promessa deixe de ser promessa pela imoralidade de seu conteúdo. Imagine o juramento feito entre os membros da máfia siciliana no início do seu século XX, um pacto de sangue seguido pelos votos de lealdade à família do crime. O ritual de iniciação contém várias características que descrevem um juramento. Há um rito solene e ostensivo que expressa um vínculo de fidelidade para com os demais membros da organização. Igualmente aqui, não parece plausível negar à iniciação ao crime organizado o status de juramento genuíno, simplesmente pela jura não conter obrigações às quais uma pessoa estaria moralmente obrigada a cumprir. De acordo com Sheinman (2013, p. 250)

A promessa imoral de Tony funciona do mesmo modo que promessas morais, permitindo às partes realizar o que elas planejaram realizar. Muito menos a promessa de Tony parece desprovida de implicações normativas. Promessas são, por natureza, para ser mantidas ao invés de violadas. Se Tony falha ao matar, ele falha ao cumprir com um requisito constitutivo da promessa. Ao quebrar as regras do sistema que ele escolheu invocar, ele se abre a críticas. Mas ele não se abre à crítica moral. As normas constitutivas da promessa não são particularmente morais.⁵³

⁵³ Tradução livre de: "Tony's immoral promise functions in much the same way moral promises do, allowing the parties to achieve what they plan to achieve. Nor does Tony's promise seem bereft of normative implications. Promises are by nature to be kept rather than broken. If Tony fails to kill, he fails to comply with a constitutive requirement of promising. By breaking the rules of the system he chooses to invoke, he opens himself up to criticism. But he does not open himself up to moral criticism. The constitutive norms of promising are not particularly moral".

Dessa forma, assumindo que a imoralidade de promessas ou juramentos não compromete a existência de tais pactos, o exemplo acima indica que promessas podem não ser fonte genuína de obrigações morais. O caráter moral da promessa não surge através do vínculo promissório, ele está somente contido no teor do ato que é pactuado. Noutras palavras, é o conteúdo da promessa, e não o pacto promissório em si, que está a determinar a obrigação moral pelo seu cumprimento (ou descumprimento). Então, promessas são, no mínimo, fontes de comprometimento de outra natureza aquém do vínculo moral⁵⁴.

Considere agora o caso de Joãozinho que prometeu à namorada assistir a sua peça teatral, mas não pôde comparecer, pois a caminho do teatro, se deparou com a vítima de um acidente automobilístico. Diligente, Joãozinho contatou o resgate. Com a ambulância já a caminho, o namorado poderia simplesmente retomar a rota do espetáculo ainda em tempo, não fosse o fato de que, talvez sem primeiros socorros, a vítima morresse antes que o atendimento médico chegasse. Há quem defenda que Joãozinho deveria cumprir a promessa feita à namorada a despeito de que, se o fizesse, a vítima não resistiria aos ferimentos. Esse segundo caso sugere que outras razões morais podem enfraquecer ou desfazer obrigações promissórias. Então, é plausível reconhecer que promessas têm um limite e, quando há certas circunstâncias morais em jogo, é admissível infringir a regra de ouro de que promessas vinculam moralmente o promissor (KAGAN,1998, p. 122).

O problema moral produzido por promessas está na expectativa pelo cumprimento do suposto dever que elas criam, ainda mais se foram feitas sinceramente por agente moral íntegro, como parece ser o caso do juiz. Porém, não é apropriado considerar promessas como expectativas líquidas e certas quanto ao seu cumprimento. Seria um ato de má-fé considerar que uma promessa deve ser mantida mesmo que condições futuras tornem sua execução muito custosa (MILLS, 1995, p. 2).

Nessas circunstâncias, é igualmente plausível reconhecer que em casos nos quais juízes se deparam com soluções subótimas determinadas pela aplicação de

⁵⁴ Margaret Gilbert (2011) defende que promessas são fonte de “compromissos conjuntos” (*joint commitments*) que não se confundem necessariamente com razões morais, mas fornecem, pela natureza do pacto, uma motivação capaz de estimular o cumprimento de qualquer que seja o objeto da promessa. Dessa forma, promessas não seriam valiosas por ser moralmente aprazíveis, mas pela função de reforçar a cooperação e em torno de uma iniciativa pactuada, seja ela moral ou não.

regras jurídicas, tais julgadores estarão moralmente justificados a descumprir o termo de seus juramentos. Se as razões particulares dos casos forem tais que requeiram que juízes pisem fora dos limites institucionais do cargo para decidir de outra forma, essa função deve ser admitida. Do mesmo modo que Joãozinho se encontrou em situação que o forçou quebrar a promessa feita à namorada, casos subótimos de aplicação do direito são capazes de motivar juízes justificadamente desobedecerem ao juramento.

Logo, no contexto judicial, a sugestão de que o juramento cria um dever infestável de aplicar padrões jurídicos não é postura tão verossímil. E o argumento de promessas como fonte inarredável de obrigações não funciona para justificar moralmente a obediência institucional dos juízes. Isto sugere que votos do tipo “*juro solememente...*” não são suficientes para vincular o sujeito à pretensa moralidade institucional do cargo judicial.

Em resumo, o argumento do juramento como fonte de obrigação moral de fidelidade é justificativa fraca para lidar com a obediência judicial ao direito positivo. Primeiro, porque juramentos podem ser contingentes a sistemas jurídicos. Segundo, por ser possível que juramentos sequer imponham, explícita ou implicitamente, o dever de aplicar o direito positivo. Podem, pelo contrário, ser indicadores de que juízes têm um dever mais amplo do que seguir o direito institucional, caso tenham por objeto a jura de se fazer justiça ou garantir a busca pelo veredito correto. Terceiro, pois mesmo em sistemas jurídicos nos quais o juramento é um indicador de obediência ao sistema jurídico, o rito não é razoável o suficiente para impedir que juízes contrariem padrões do direito em casos subótimos.

4.2

A autoridade do direito como razão excludente

O segundo argumento apela para um dado de razão prática. De acordo com ele o direito é capaz, através de sua autoridade, de reivindicar obediência às suas regras por fornecer uma razão prática decisiva para a deliberação. O principal mentor desse argumento é Joseph Raz. Em linhas gerais, Raz defende ser racional que sujeitos deliberem conforme as razões fornecidas por regras de sistemas

jurídicos⁵⁵. A autoridade do direito então é fonte de razões excludentes que vetam a capacidade de sujeitos considerarem outras razões práticas. Nessa perspectiva, juízes agindo como oficiais do direito têm a incumbência de assegurar a aplicabilidade dos padrões jurídicos como razões excludentes.

A intenção desse tópico é demonstrar que o direito não é capaz de fornecer razões para a ação do modo proposto por Raz. Logo, declinar razões por razões excludentes não é uma atitude racionalmente justificável. Se as objeções forem plausíveis, é possível concluir que esse argumento de razão prática não justifica o papel judicial conformado apenas por funções reguladas institucionalmente. Mas, antes de fornecer as objeções, esboço em linhas gerais como Raz defende a autoridade do direito como repositório de razões excludentes. Também explico com mais detalhes como esse argumento atua sobre o raciocínio deliberativo.

Raz (2009, p. 30) descreve como uma propriedade essencial do direito a reivindicação de autoridade legítima para regular a conduta dos jurisdicionados através de uma ordem de regras. Arrogar-se como autoridade legítima implica ao direito a reivindicação de capacidade para servir os governados. Sistemas jurídicos executam essa capacidade ao fornecer razões para a ação aptas a guiar a conduta dos sujeitos. Essa aptidão do direito é nomeada por Raz (2011, p. 52) “concepção do serviço da autoridade” (*service conception of authority*). Ainda, tal função da autoridade legítima é composta por outras três teses, a tese da justificação normal (*normal justification thesis*), a tese da dependência (*dependence thesis*), e a tese da *preempção* (*pre-emption thesis*).

Para a primeira tese, a forma normal de justificar a autoridade legítima de alguém sobre outrem indica o seguinte: sujeitos estarão em posição mais vantajosa se obedecerem às razões impostas pela autoridade, pois assim serão

⁵⁵Raz é responsável pelo desenvolvimento de uma justificativa mais sofisticada à obediência de autoridade, *a priori*, imune ao “paradoxo da autoridade”. Grosso modo, segundo o paradoxo, a obediência a autoridades nunca é justificada, pois é incompatível com a autonomia e a racionalidade das pessoas, que só são exercidas desde que cada sujeito sempre aja através de balanço entre as razões disponíveis para a ação (RAZ, 2009, p. 3). Para Heidi Hurd (2003, p. 93), “se constitui cânone da racionalidade prática agirmos com base no equilíbrio de razões disponíveis a nós, e se um governo só tem autoridade prática se puder nos mandar agir de maneiras que podem não ser compatíveis com o equilíbrio de razões como nós o vemos, então a obediência à lei do tipo requerido pelo exercício da autoridade prática viola um princípio básico de racionalidade. Como poderia ser racional agir contrariamente ao equilíbrio de razões como o vemos, unicamente porque foi dito a alguém que procedesse assim? Eis aí o paradoxo da autoridade prática”. O objetivo de Raz é demonstrar que a obediência à autoridade não é paradoxal, uma vez que é uma atitude respaldada pela racionalidade.

capazes de agir conforme melhores razões, ao invés de agir por razões próprias⁵⁶ (HERSHOVITZ, 2011, p. 1). Já a tese da dependência prevê que as ordens de uma autoridade devem ser baseadas em razões que já se aplicam a dado curso de ação, independentemente de os sujeitos estarem submetidos a estas mesmas razões impostas pela autoridade (RAZ, 2011, p. 44). Isso implica que as razões fornecidas por uma autoridade legítima não devem ser meramente inócuas e simplesmente impostas ao subordinado; elas têm de se sustentar por si mesmas como razões práticas relevantes. Por fim, a última tese diz que as razões fornecidas pela autoridade legítima não são meras razões opcionais. São também razões que excluem do raciocínio prático outras diretivas para a ação (SHAPIRO, 2004, p. 404). A tese da preempção é responsável por realçar a característica mais importante das diretivas de autoridades práticas: suas razões não se acrescem a uma razão prática fornecendo-lhe maior peso. Elas têm força para substituir qualquer outra razão para a ação, retirando-as do raciocínio deliberativo.

Logo, de acordo com as teses apresentadas, o direito, por meio de um sistema de regras, resta justificado se sua orientação faz com que os sujeitos ajam melhor ao seguir suas regras ao invés de deliberarem por conta própria sobre os prós ou contras de agir conforme outras razões subjacentes. Pelas teses apresentadas, Raz acredita ter provado que a obediência a autoridades legítimas é uma atitude racional. Como visto, sobretudo pela concepção do serviço da autoridade e pela tese da justificação normal, se adquirimos boas razões práticas de decisão seguindo regras ditadas pelo direito e, por esse motivo, agimos melhor,

⁵⁶ Outro modo de descrever que o direito satisfaz a tese de justificação normal é dizer que sistemas jurídicos provêm razões de segunda ordem que substituem razões de primeira ordem. As razões de primeira ordem são aquelas que apontam diretamente para certo curso de ação num raciocínio prático. Já razões de segunda ordem são razões de autoridade para se agir de acordo com determinada razão de primeira ordem. São responsáveis por tornar uma razão primária específica *razão protegida*, ou seja, uma razão que prevalece sobre outras razões de primeira ordem não apoiadas por razões secundárias (ESSERT, 2012, p. 49). Por exemplo, suponha que Joãozinho leu no jornal que muitas pessoas passaram a investir na compra de ações, tornando o mercado da bolsa de valores tem uma das formas mais eficientes de se ganhar dinheiro nos últimos anos (caso prático). Como pretende aumentar rapidamente seu capital (uma razão de primeira ordem para a ação), Joãozinho decide investir nessa tendência. Entretanto, às vésperas de realizar os investimentos, um amigo especialista o informa que as flutuações cambiais e tributárias podem comprometer o crescimento das receitas. Como é leigo, Joãozinho desconhece tais parâmetros. O amigo aconselha não investir na bolsa (razão protegida) caso não se saiba quais são os índices de flutuação. O fato de ser um conselho dado por pessoa conhecedora do mercado de valores mobiliários, uma autoridade na área, torna essa uma razão de segunda ordem, que faz uma diferença prática fundamental na forma como Joãozinho cuidar dos seus futuros investimentos. A razão de segunda ordem permite que Joãozinho tome deliberações mais seguras, fazendo com que escolha uma boa estratégia de investimento.

há uma racionalidade instrumental na obediência às regras jurídicas. Dado que é valioso agirmos conforme boas razões para a ação, e o direito é capacitado a fornecer tais razões, então é racional obedecermos sua autoridade.

Quando associamos a capacidade de o direito impor razões excludentes aos juízes, estes, agindo enquanto oficiais do direito, estarão investidos no dever de aplicar padrões institucionalizados, a despeito de quaisquer considerações a respeito do seu mérito (RAZ, 1979, p. 139). Dessa maneira, os padrões do direito positivo atuam como razões excludentes, facilitando o desempenho da atividade judicial. Juízes devem então confiar na autoridade legítima das diretivas jurídicas e aplica-las sem a necessidade de perscrutar quaisquer outras razões de decisão.

Mas seria realmente correto justificar a força da autoridade do direito por sua capacidade de impedir a ponderação de razões para a ação? Autores como Ehrenberg (2013), Hurd (2003), e Shapiro (2004) acreditam que o argumento de razões excludentes de Raz é demasiado forte. Também creem que o direito ainda é capaz de exercer autoridade a ponto de permitir a ponderação de outras razões durante a decisão. A estratégia para contrapor a tese raziana de autoridade consiste em negar ao menos a tese da preempção, de modo que sistemas jurídicos sejam incapazes de substituir todas as razões disponíveis.

Kenneth Ehrenberg (2013, p. 59-68) apresenta duas objeções que demonstram como o direito nem sempre consegue impor razões excludentes com eficiência. Nos casos cuja aplicação do direito atinge casos vagos ou de fronteira, onde a aplicação da regra ainda não é estabelecida, não é plausível tomar prescrições legais como razões excludentes. Caso atuasse como razão excludente a regra “*é proibido veículos no parque*” impediria que decidíssemos que ciclistas frequentassem o parque. Quando regras são muito gerais é justamente a ponderação entre razões subjacentes que permitem a tomada de uma decisão razoável. Há também sistemas jurídicos que admitem a alegação da “*escolha de males*” (*choice-of-evils*), também conhecida como razões de necessidade. De acordo com essa doutrina, é permissível invocar razões, como razões prudenciais, para desculpar a prática de um crime e, conseqüentemente, de uma sanção penal. Há o caso, por exemplo, do civil que furtou o extintor da loja de conveniências para apagar o incêndio que ocorria na rua debaixo. Como o ato de traços criminosos foi praticado para se evitar um mal maior é admitida a defesa conforme as razões de necessidade. Essa hipótese também demonstra um caso

cujas razões para a aplicação de regras jurídicas não atuam como excludentes fossem, caso o contrário não seria admitido invocar razões prudenciais para evitar a punição. Embora as objeções de Ehrenberg sejam fracas para o abandono da tese da preempção⁵⁷, elas demonstram como sistemas jurídicos não conseguem cumprir bem com a justificação normal de autoridade ao invocar razões excludentes sobre todos os casos de aplicação de regras. Logo, só soa plausível invocar razões excludentes em casos nos quais essas razões envolvem aplicações claras de regras, desde que não excepcionadas por outro padrão jurídico.

Uma segunda linha crítica é fornecida por Shapiro (2000, p. 410-413). De acordo com a tese da justificação normal, diretivas de autoridade têm a pretensão de maximizar a conformidade de acordo com o padrão correto de ação eleito pela autoridade. Mas como é possível a um sujeito comportar-se de acordo com uma diretiva que não cumpre satisfatoriamente sua função, ou seja, não fornece boas razões para a ação? De acordo com essa objeção, se há casos nos quais seguimos uma regra que produz resultados subótimos, é provável que a obedecemos por mera veneração ou obediência cega. Para evitar a obediência por pura mentalidade formal, Shapiro sugere um modelo de autoridade mais modesto que nega a tese da preempção, ao passo que mantém a justificação normal da autoridade. Segundo tal leitura, sistemas jurídicos ainda são capazes de exercer grande influência sobre o raciocínio prático, mas ao invés de decisivas, as razões de autoridade têm maior peso ou saliência. São razões que, ao invés de substituir completamente outras razões, adicionam uma consideração de peso para agir conforme determinada diretiva. Dessa maneira, razões subjacentes jamais deixam de participar do cálculo deliberativo. Mas, para prevalecer sobre uma razão jurídica, é necessária uma demonstração persuasiva de que razões *contra legem* têm peso suficiente para prevalecer sobre as legais, já que estas têm sempre uma presunção de certeza em detrimento de razões não apoiadas por regras.

Ainda, de acordo com Shapiro (2004, p. 413):

Não somente os críticos de Raz argumentaram que os benefícios instrumentais de diretrizes autoritativas podem ser garantidas sem preempção, eles afirmam que pessoas geralmente não tratam diretivas de autoridade como razões preemptivas.

⁵⁷É possível ao raziano argumentar que o próprio sistema jurídico admite exceções e legalmente autoriza que juízes considerassem razões externas a regras. Sendo essa própria concessão legal uma razão de segunda ordem ou excludente que torne imperiosa a consideração de outras razões em casos de vagueza ou do “*choice-of-evils*”.

Por exemplo, é um fato bem conhecido em certos sistemas jurídicos de que juízes têm o poder de se afastar de regras estabelecidas. Juízes do *Common Law* podem recusar seguir um precedente dentro de certas circunstâncias, e. g., se a regra é obsoleta ou suficientemente injusta. Mas se juízes tratam regras jurídicas como razões preemptivas, e se razões preemptivas sempre derrotam razões que caem dentro do seu escopo, não importa o quão forte sejam as razões de primeira ordem, um juiz estaria barrado para sempre de agir sob razões que favoreçam a renúncia das regras⁵⁸.

As considerações logo acima são possíveis, pois as razões excludentes de Raz são incapazes de agir com tanta incisividade sobre o julgamento prático dos sujeitos. Com isso quero dizer que, por vezes, razões excludentes não conseguem alterar crenças justificadas dos agentes. Ainda é possível manter uma opinião sobre se é certo ou não agir de acordo com as razões ditadas pelas razões excludentes de uma autoridade. O que a teoria de Raz impede é que atuem de acordo com essas crenças. Mas é precisamente pela capacidade de mantermos crenças justificadas para agir conforme certa razão que exercemos nossa racionalidade e autonomia. Manter tal atitude também é o único modo de garantir a transformação de padrões jurídicos ou o aperfeiçoamento de decisões jurídicas.

Portanto, embora a teoria de Raz seja mais sofisticada do que teorias de autoridade que requeiram submissão às suas razões, ela não é suficientemente racional ao ponto de fazer com que abandonemos a capacidade de considerar outros cursos de ação disponíveis, aptos em fornecer razões tão boas quanto as determinadas pela própria autoridade. Ao aceitar tal conclusão, não se segue que razões de autoridade percam valor a ponto de ser abandonadas. Ainda é possível confiar na retidão de padrões jurídicos, e reconhecer as virtudes e o potencial de autoridades legítimas fornecerem boas razões para a ação numa diversa variedade de circunstâncias, sem que, para isso, seja necessário sucumbir à mera veneração formal a regras.

Concluindo, o argumento do direito como autoridade prática é muito forte. Talvez o direito atue, no máximo, como uma *autoridade epistêmica*. Uma autoridade desse tipo concebe razões como guias heurísticos eficientes para se

⁵⁸ Tradução livre de: “Not only have Raz’s critics argued that the instrumental benefits of authoritative directives can be secured without preemption, they claim that people do not generally treat authoritative directives as preemptive reasons. It is a well-known fact about certain legal systems, for example, that judges have the power to depart from established rules. Common Law judges may refuse to follow a precedent under certain circumstances, e.g., if the rule is obsolete or sufficiently unjust. But if judges treat legal rules as preemptive reasons, and if preemptive reasons always defeat reasons which fall within their scope no matter how strong the first-order reasons, a judge would be barred forever from acting on reasons that favor departing from the rules.”

agir, ao invés de meros imperativos que impedem deliberações por outras razões. A diretiva imposta por uma autoridade epistêmica tem a pretensão de propor uma ação correta, outorgando uma razão presumida para a ação. Como Hurd (2003, p. 85) sugere, basta à autoridade fornecer uma diretiva que torne mais provável a verdade de razões para a ação previamente existentes. Uma razão epistêmica de autoridade fornece então um peso extra à crença justificada de se agir conforme uma boa razão anterior à declaração da autoridade. Assim,

o conselho de uma autoridade epistêmica confiável, no que tange ao que se deve fazer, apenas cria a circunstância em que aquelas razões mais provavelmente têm pertinência. A base da autoridade epistêmica é, assim, dependente-de-conteúdo. Algo constitui uma autoridade epistêmica no tocante a como os outros devem agir, se, e somente se, os outros agirão mais frequentemente segundo o equilíbrio de razões para a ação se se conformarem ao que esse algo aconselha, em vez de seguirem seu próprio discernimento (HURD, 2003, p. 86).

Caso a caracterização de autoridade de Hurd esteja correta, basta aos padrões normativos de sistemas jurídicos atuarem em reforço a razões de primeira ordem. Penso que esta concepção soa mais condizente a casos em que o comando imposto pela autoridade tenha repercussões morais e jurídicas questionáveis, já que requer a avaliação entre razões para a ação subjacentes. Esta concepção consegue cumprir o requisito da racionalidade. Além do mais, ainda retém um valor importante exercido por autoridades legítimas: criar uma relação de confiança superior a certas razões para a ação *a priori* corretas.

4.3 Obrigação associativa do papel judicial

O terceiro argumento que vincula juízes aos deveres institucionais do cargo explica a fidelidade judicial em termos de uma obrigação política. Conforme explorado noutro lugar (vide tópico 1.1.4), juízes teriam uma obrigação política para com o direito, mais específica daquela esperada pelos cidadãos comuns. Na posição de oficiais, juízes não devem meramente respeitar ditames legais, mas manter atitude proativa, assegurando a sua devida aplicação em casos concretos; obrigação à qual Ballard (2010, p. 39) chamou *adesão* ao direito. Para representar esse argumento de obrigação política, opto por considerar o vínculo de fidelidade institucional dos juízes como instância de uma obrigação política associativa.

Em realidade, é possível invocar justificações que envolvam outras variantes da obrigação política, como é o caso de teorias contratuais do consentimento, do *fair play*, da gratidão ou samaritanismo, ou até mesmo de um dever natural de obediência às leis. Cada teoria, a seu modo, explicaria o dever judicial perante o direito institucionalizado, destacando a adesão aos padrões jurídicos. Como o exame particular de cada argumento de obrigação política é uma tarefa um tanto árdua, que estenderia a dissertação além dos seus propósitos, todos os argumentos não serão tratados aqui⁵⁹. Porém, é possível indicar a postura teórica apta a questionar teorias de obrigação política em geral, pois, para as leituras *quasi-institucionais* serem plausíveis, é necessário ao menos por em causa o argumento de que há um dever geral de obediência às leis, que impeça juízes contrariarem prescrições legais por razões particularistas.

O anarquismo filosófico representa essa postura, por ser tese cética quanto aos deveres de obediência às leis do Estado, mesmo se essas forem reivindicações *prima facie* de dever⁶⁰. Anarquistas filosóficos como Simmons (2001) não contrariam⁶¹ o valor de ser governado pelo Estado e a existência de leis como importantes instrumentos para a regulação da vida social, mas não se comprometem com a ideia de Estados legitimamente imporem deveres sobre os governados. Logo, não acreditam que as atuais teorias de obrigação política consigam explicar nossa obediência às leis. Anarquistas filosóficos costumam ver

⁵⁹ Objeções específicas às outras vertentes teóricas de obrigação política são encontradas em Klosko (2003), Simmons e Wellmann (2005) e Huemer (2012).

⁶⁰ O anarquismo filosófico também conhecido por anarquismo *a posteriori* não deve ser confundido com o anarquismo tradicional ou anarquismo *a priori*. O primeiro defende que todos os Estados atuais são ilegítimos, pois requerem um tipo de obediência às leis que é incompatível com a autonomia ou com concepções de moralidade ou justiça. Adeptos desse tipo de anarquismo não são céticos quanto à possibilidade da existência de Estados legítimos e não negam a importância de sistemas de governo e de regras positivas. Já o segundo tipo de anarquismo defende que todos os Estados existentes e possíveis são inerentemente ilegítimos, pois Estados exercem coerção e têm estruturas hierárquicas que tornam impossíveis justificar sua legitimidade e obediência. Essa é uma postura teórica bem mais forte e radical que a do primeiro tipo. *Anarquistas a priori* costumam questionar a persistência de Estados e sistemas jurídicos como necessários à vida social. O mesmo não pode ser dito dos anarquistas *a posteriori*, pois estes não contrariam a própria existência temporal do Estado e de ordens jurídicas, apenas questionam seu modo de impor obrigações aos seus governados. Como não negam a possibilidade de Estados legítimos, é possível dizer que anarquistas filosóficos são céticos quanto à reivindicação de obrigações de obediência à lei, enquanto anarquistas tradicionais mantêm ceticismo sobre a justificação do próprio Estado.

⁶¹ William Edmundson também é um autor que, apesar de não se considerar representante do anarquismo filosófico, já questionou a capacidade do Estado e, por extensão, do direito impuserem deveres *prima facie*. O filósofo defende que, embora não seja capaz de impor obrigações morais, o direito é capaz de fomentar uma virtude de concordância à lei (*virtue of law abidance*), um traço moral valioso que assegura o respeito às instituições jurídicas (EDMUNDSON, 2006).

a obediência, ou melhor, a aquiescência dos sujeitos às leis não porque Estados são capazes de clamar obediência legítima, mas porque parcela significativa de suas leis casualmente emulam deveres morais que sujeitos racionalmente conformariam mesmo na ausência de uma ordem jurídica.

Embora seja possível invocar quaisquer dos argumentos de obrigação política para justificar a obediência institucional dos juízes ao direito, sugiro o argumento da obrigação associativa por acreditar que ele melhor ilustra a obrigação daquele que ocupa o cargo judicial. A obrigação associativa explica a existência de deveres morais de obediência pelo fato de um sujeito ocupar e desempenhar certa posição ou papel social específico, como é o caso dos juízes em relação ao papel judicial.

Ao adotar essa opção teórica estou também assumindo um compromisso metodológico relacionado ao exame de teorias de obrigação política. Jonathan Wolff (1995, p. 11-20) critica a forma tradicional com a qual argumentos de obrigação política são empregados. Segundo o filósofo, é habitual cada argumento almejar uma resposta singular e universalista ao problema da obrigação política, ou seja, se concluimos, por exemplo, que o argumento do *fair play* explica corretamente o dever de obediência, então todas as demais alternativas (dever natural, obrigação associativa, contratualismo, e *etc.*) têm de estar erradas. Wolff defende outra estratégia metodológica, o pluralismo de modelos. De acordo com essa abordagem cada teoria de obrigação política tem certas vantagens e desvantagens. Uma são mais plausíveis para explicar alguns casos específicos de obrigação política, outras não explicam bem certo caso, mas são eficientes para justificar outros casos de dever. É possível então sustentar que diferentes indivíduos terão obrigações políticas de tipos distintos. Se assumimos, hipoteticamente, que a teoria contratualista é satisfatória para fundamentar a obrigação política dos cidadãos perante ao Estado, não se segue que a mesma funcione tão bem para justificar a obediência dos estrangeiros à jurisdição desse mesmo Estado (talvez uma versão do samaritanismo tenha melhores argumentos para alicerçar esse possível dever). Assim, caso a metodologia de Wolff seja correta⁶², é possível haver uma teoria de obrigação política específica que melhor

⁶² Essa consideração não é central à dissertação, portanto, não será trabalhada aqui.

explique a fidelidade dos juízes aos sistemas jurídicos. A meu ver, a vertente associativa representa essa tese específica.

A partir de agora exponho o argumento da obrigação associativa e suas principais características, seguido das objeções que questionam a capacidade dessa teoria impor obrigações morais de obediência.

Sem dúvida, a teoria associativa mais conhecida foi a idealizada por Dworkin. O filósofo também se refere a ela como um tipo de obrigação relacionada a papéis, e a conceitua como uma fonte de responsabilidades especiais presentes na prática social, originárias da filiação dos sujeitos a algum grupo social ou biológico. Segundo Dworkin (2007, p. 237),

A maioria das pessoas pensa que tem obrigações associativas apenas por pertencer a grupos definidos pela prática social, o que não é necessariamente uma questão de escolha ou consentimento, mas que também pode perder essas obrigações se um dos membros do grupo não lhe estender os benefícios decorrentes do fato de pertencer ao grupo. Esses pressupostos comuns sobre as responsabilidades associativas sugerem que a obrigação política poderia ser incluída entre eles...

E, para efeitos comparativos, ilustra obrigações associativas com exemplos de responsabilidades assumidas em virtude de vínculos familiares, ou entre amigos e vizinhos. Dworkin acredita que a obrigação política é semelhante aos exemplos dados. Dessa maneira, é possível, por exemplo, explicar obrigação política do cidadão para com o Estado: sujeitos deveriam obedecer ao sistema jurídico local em razão de pertencerem ao grupo social representado por esse Estado, e por ocuparem o papel de cidadãos desse Estado. De acordo com o argumento, o vínculo associativo pode, por si mesmo, gerar obrigações, de modo que o fato de se estar obrigado implica ser um membro da associação.

À característica central da filiação a um grupo ou prática social, Dworkin (2002, p.239-244) ainda acrescenta outros fatores à obrigação associativa: seus membros devem considerar suas responsabilidades como especiais e direcionadas aos membros da comunidade à qual fazem parte; devem reconhecer essas responsabilidades como pessoais, voltadas diretamente a cada membro do grupo ao invés do todo; devem também vê-las como uma preocupação igualitária com o bem-estar do outro. Dworkin entende que essas quatro condições elevam o status de uma *comunidade básica* para uma *comunidade autêntica*, esta última, capaz de criar deveres via obrigação política.

Porém, é questionável se essas quatro condições sejam todas necessárias e suficientes a qualquer forma de obrigação associativa. É isto o que Perry (2004, p. 15-22) sugere, já que não parece ser o caso de que toda relação associativa precise compartilhar de todas as características propostas por Dworkin. Por exemplo, não é evidente que a obrigação dos cidadãos perante à lei precise ser pessoal e endereçada a cada associado, mas à comunidade e ao Estado como um todo. Essa objeção sugere que os elementos característicos propostos por Dworkin até refletem bem os exemplos de vínculos associativos familiares e fraternais, mas a comparação feita não espelha bem vínculos associativos mais amplos e despersonalizados como seria a obediência geral ao Estado. Talvez Dworkin tenham sido demasiado inclusivo às características que pretendia dar a todas as relações associativas.

A obrigação associativa é também argumento partilhado por comunitaristas. Esses defendem que princípios morais se encontram em papéis sociais historicamente situados, responsáveis por construir a identidade de cada pessoa (VOSSEN, 2011, p. 478). Comunitaristas destacam primeiro, a ideia de identidade que determinado papel ou posição social cria em seu ocupante. Noutras palavras, o fato de cada agente ocupar e desempenhar determinada função molda seu comportamento e cria uma relação de identificação para com a atividade específica exercida. Tal identidade acomoda uma segunda premissa: de que obrigações são devidas em virtude da atitude de reconhecimento do papel exercido.

Logo, ter uma obrigação política também faria parte da identidade pessoal de cada sujeito (RENZO, 2012, p. 111). É possível então tomar a obrigação associativa como um requerimento moral especial, vinculado ao papel ocupado. Um requerimento visto na prática como um modelo de performance que especifica as condições presentes para o desempenho do papel (SIMMONS, 2001, p. 71). Por exemplo, se o papel social dos pais é visto pela comunidade como a função de educar e prover os filhos, pais têm um dever exercer essa função. Já, se a função dos juízes é vista pela sociedade como o dever de aplicar as regras previstas em sistemas jurídicos, então esse é um dever que identifica a atividade judicial e obriga todos os ocupantes do cargo.

Uma característica atraente do argumento associativo é que a voluntariedade ou o consentimento não são condições necessárias para explicar as obrigações.

Van der Vossen (2011, p. 480) identifica duas variedades de vínculos associativos. Há um tipo de filiação estrita, que torna o agente responsável pelo papel assumido independente de qualquer ato voluntário. São vínculos associativos que adquirimos pelo nascimento ou que herdamos de determinado grupo social. Seria o caso, por exemplo, da relação de fraternidade que nos impõe o dever de cuidar dos nossos irmãos, ou a hierarquia monárquica que impõe ao herdeiro legítimo ao trono o dever de governar o povo. Nos dois casos, basta ter nascido nessas condições para que irmãos e herdeiros reais adquiram suas respectivas obrigações. De acordo com essa versão mais estreita, temos deveres morais independente de nossas inclinações ou escolhas.

Há também uma versão mais robusta de filiação que envolve uma escolha ou reflexão pessoal para a adesão ao papel. Essa versão explica atribuições contraídas pela escolha, como ocorrem em muitas relações profissionais. Por exemplo, o cargo de oficial do direito obriga seus ocupantes, que antes *escolheram* um dia ocupar o cargo ao participar do concurso público, e foram aprovados e nomeados para tanto. Após assumirem o papel de oficial, os sujeitos deverão cumprir com as responsabilidades impostas à sua respectiva função.

Pelas características apresentadas, nota-se que a obrigação política dos juízes ao direito institucional é melhor representada por essa versão robusta de obrigação associativa, pois, ao menos em sistemas jurídicos atuais, um sujeito obviamente não adquire o papel judicial pelo nascimento ou hereditariedade ao modo como a versão estreita sugere. Pessoas se tornam juízes ao decidir exercer o papel no futuro. Na versão robusta, a voluntariedade também não é condição essencial para a aquisição das responsabilidades que acompanham a função, pois a vontade expressa de querer desempenhar o papel escolhido não é fator determinante para contraí-las. Para a obrigação associativa basta ao agente assumir a função que escolhera para estar obrigado a cumprir seus deveres. Essa característica possui uma vantagem teórica, já que é capaz de explicar como oficiais do direito teriam uma obrigação de fidelidade a sistemas jurídicos mesmo que não prestem juramento ou outra promessa de agir conforme às regras. Assim, esse argumento não sofre das mesmas objeções sofridas pelo juramento.

Como se nota, a obrigação associativa parece ser interessante meio para justificar a obrigação de fidelidade judicial ao direito, pois, assim que ocupa o cargo, o agente deve assimilar o conjunto de deveres que determinam a

performance da atividade judicial. E como a prática da atividade atribui à função julgar conforme os padrões do direito positivo, o juiz resta moralmente obrigado a agir conforme essa expectativa do papel. Para tanto, não é necessário que o sujeito consinta ou jure cumprir com os deveres institucionais do cargo, basta ocupá-lo para sub-rogar-se aos deveres requeridos. Porém, apesar de soar atrativo, o argumento sofre algumas objeções que impedem considerar a associação ao papel como fonte genuína de deveres morais. Listo algumas delas:

A primeira, já mencionada, consiste em negar a obrigação associativa como um todo por não se aceitar a analogia relacionada às obrigações entre familiares, amigos e vizinhos. Vínculos de obediência ao direito simplesmente não são análogos aos vínculos mais intimistas dos exemplos. Logo, a obrigação política associativa não seria possível. No entanto, essa objeção não é muito forte. Como visto, aceitar todas as características relacionadas às analogias não é condição necessária para compreendermos obrigações associativas. Ainda é possível manter o argumento de que há obrigações associativas que impõem a adesão judicial ao direito, sem aceitar todas as características que foram listadas por Dworkin. Basta aceitar que as analogias apenas ilustram alguns casos específicos de obrigações associativas, mas que as mesmas não espelham toda a variedade de arranjos existentes, já que vimos a possibilidade de relações mais estritas, outras, mais robustas.

A segunda objeção sustenta que falta poder explanatório à teoria, pois associativistas misturam uma *impressão, atitude* ou *senso de dever* com a existência de deveres genuínos. Desse modo, a intuição de que a maioria da comunidade sente uma conexão de identidade para com seu Estado e leis não é um indicador confiável de que ela possua realmente deveres morais devidos a ele (DAGGER; LEIKOWITZ, 2014). De acordo com Wellman (1997. p. 184-188) responsabilidades associativas não são equivalentes a autênticos deveres morais. Elas representam uma dimensão diferente da moralidade, que até espelha a mesma, mas está relacionada apenas às virtudes ou vícios de se agir conforme o vínculo existente. Wellman ilustra seu ponto com um exemplo semelhante a este: Joãozinho se vê compelido a salvar o amigo do afogamento. Nesse cenário não é correto afirmar que o Joãozinho tem o dever de salvar o amigo em função da amizade entre os dois. O exemplo aponta que deveres morais não são fundados pelo vínculo associativo, pois a amizade não cria razões para o salvamento. Este

constitui um dever motivado apenas pelas circunstâncias do caso e natureza do ato, ou seja, pela capacidade de salvar alguém em situação de risco numa situação que não seja extremamente arriscada ao benfeitor. Assim, laços associativos somente exprimem uma sensação de estima moral pelo vínculo, ao contrário de criar deveres morais genuínos.

Ainda, uma terceira objeção ataca a identificação do agente com as obrigações morais do papel assumido. Como o argumento da obrigação associativa funciona com uma premissa factual – a ocupação de determinada função – a adesão ao papel é um simples fato determinado pela prática social, e o conteúdo específico da obrigação associativa é também fato social. Portanto, o critério de adesão às responsabilidades morais impostas não requerem justificação por referência a princípios morais externos (SIMMONS, 2001, p. 70). Apenas a adesão ao papel está fazendo todo o trabalho explicativo. Porém, se este for o critério para justificar obrigações associativas, então seus defensores terão de admitir que, mesmo em arranjos comunitários injustos ou perversos, sujeitos têm de valorizar sua identidade sobre papéis que requeiram a prática de atos perversos. Por exemplo, em comunidades que defendem a mutilação da genital feminina, tem de se admitir que há uma obrigação moral que justifica a prática, já que essa é vista como um dever parental socialmente reconhecido. O mesmo pode ser dito sobre os juízes durante a escravatura. Os julgadores estariam moralmente justificados pela fidelidade ao direito positivo em decidir a favor de restituir à propriedade do senhorio os escravos que fugiram.

O adepto da tese da obrigação associativa pode negar que arranjos sociais perversos imponham obrigações morais, porém, se relações associativas injustas não impõem deveres genuínos, a tese central da obrigação associativa – a ocupação do papel social – não está mais exercendo qualquer função explanatória (VOSSEN, 2011, p. 483). Serão princípios morais externos à adesão, como a importância da justiça ou razões morais prudenciais, que estarão realizando todo o trabalho de justificar os deveres.

Por fim, a última objeção usa a própria proposição central da teoria (a filiação a determinado grupo ou ocupação de um papel) contra a obrigação política de obediência. A objeção defende que o vínculo à comunidade e a preocupação especial com seus membros está aberta a outras interpretações. Segundo uma delas, obrigações morais de obediência ao Estado e à sua ordem

jurídica não expressam real preocupação com a comunidade (VOSSEN, 2011, p. 484). De acordo com essa interpretação, desobedecer ao direito positivo não expressa necessariamente desrespeito à comunidade, mas um modo de concretizar demandas que não podem ser satisfeitas apenas através da aplicação das regras previstas em sistemas jurídicos. Ainda segundo ela, não seria demasiado estranho à teoria associativa que juízes não tenham funções limitadas somente à exigência institucional, já que o papel judicial teria uma amplitude muito maior do que ficar restrito à aplicação do direito.

4.4

A “teoria do erro”

Por fim, o último argumento invoca motivos empíricos para justificar a função judicial condicionada ao formalismo. Esse argumento já foi um tanto mencionado no capítulo 3, durante a exposição das leituras do papel judicial com tendências formalistas – a institucional e a *quasi*-institucional restritiva. A razão invocada por esse argumento é empírica, pois é baseada num dado passível de verificação estatística: o fato de que sujeitos livres para deliberar em busca da melhor solução moral cometeriam uma série de erros que não ocorreriam caso agissem conforme regras.

A teoria do erro se baseia em razões de consequências prováveis e num raciocínio contrafactual para apregoar que juízes devem se ater à aplicação do direito institucional.

O argumento do erro, que também pode ser chamado de *argumento do exemplo* (HURD, 2003, p. 263-267) ou da expertise, defende a premissa de que juízes particularistas cometem mais erros morais do que as regras previstas em sistemas jurídicos (BALLARD, 2010, p. 120).

Defensores desse argumento fazem o seguinte experimento mental: imagine um mundo possível onde todos os juízes são particularistas de regras e sempre desconsideram regras subótimas em casos onde melhores razões morais podem ser invocadas. Teóricos do erro acreditam que essa realidade nunca será alcançada, pois juízes são deliberadores falíveis, fatalmente cometerão erros e produzirão ainda mais veredictos subótimos como consequência. Além disso, os erros judiciais estimularão, não somente outros juízes e oficiais do direito, mas

também cidadãos, reproduzirem os mesmos erros de julgamento (*erros miméticos*). Decisões judiciais contrárias ao direito ainda produziriam os já abordados *erros de adaptação*, mudanças indesejáveis de práticas sociais em resposta aos veredictos desviantes. Como resultado, num futuro não muito distante, o sistema jurídico desse mundo possível entraria em declínio, vez que as regras desconsideradas não seriam mais obedecidas, e o respeito e observância geral às demais regras jurídicas também sofreriam impacto. Sujeitos passariam a obedecer cada vez menos ao direito positivo e valores altamente estimados – como o estado de direito e a separação de poderes – perderiam a força. A capacidade de o direito ordenar condutas seria perdida por consequência do particularismo judicial.

Portanto, é possível afirmar que o argumento do erro atua como razão conservadora para manter atitudes formalistas e condicionar juízes à aplicação do direito positivo. Como as prováveis consequências previstas sobre o desvio de regras são negativas, obedecer ao direito institucional é a melhor postura adjudicatória disponível⁶³.

A tese do erro é um forte, talvez o mais forte argumento, para vincular juízes somente aos deveres institucionais. Um defensor da obediência judicial a regras pode muito bem reconhecer insatisfatórios todos os outros três argumentos já trabalhados, admitir ser desejável desconsiderar regras que produzem resultados subótimos, e, mesmo assim, insistir numa leitura institucional da função judicial. Noutras palavras, é admissível reconhecer que um sujeito estaria moralmente justificado a agir contrariamente ao direito positivo, muito embora este agente deva ser punido, pois juízes têm o dever de sempre aplicar padrões do direito para evitar a ocorrência dos erros de julgamento quando houver desobediência da lei. Utilizando seu exemplo da esposa que justificadamente mata o marido sem ter a escusa da legítima defesa, Hurd (2003, p. 267) sintetiza o argumento do erro judicial:

⁶³ A teoria do erro endossa a doutrina do “segundo melhor”, um conceito desenvolvido na economia por Lipsey e Lancaster. Grosso modo, a ideia por trás do conceito é simples: às vezes a solução ideal para um problema não é factível. Como a melhor solução não é atingível, uma solução alternativa viável – o segundo melhor – é eleita como a resposta ao problema. Há mais a respeito da teoria do segundo melhor no verbete “*Second Best & Nonideal Theory*”, em *Legal Theory Lexicon*. Disponível em: http://solum.typepad.com/legal_theory_lexicon/2003/11/legal_theory_le_1.html. Acesso em: 05 dez. 2015.

Na medida em que é mais provável que os juízes, e não os cidadãos, encorajem a desobediência injustificada por sua desobediência justificada, poder-se-ia pensar que os juízes têm uma razão de maior peso que os cidadãos para se conformarem às regras jurídicas. Assim, o argumento do exemplo [do erro] parece fornecer uma base promissora para sustentar a espécie de moral relativa a funções que justificaria a punição dos transgressores justificados. O juiz deve punir a esposa espancada por ter justificadamente matado seu marido porque, se o não fizer, outros cidadãos recorrerão à força letal em circunstâncias injustificadas e outros juízes absolverão injustificadamente esses cidadãos.

O argumento do erro torna concepções formalistas acerca do papel judicial mais palatáveis que as demais, pois se a realidade da otimização moral de julgamentos é inalcançável, porque insistir no argumento da permissibilidade ou necessidade de desvios ao direito positivo?

Pode-se notar então que o argumento do erro é justificativa suficiente para limitar a função judicial. O ceticismo quanto à possibilidade de outras leituras do papel judicial serem factíveis torná-las-iam más leituras da função judicial.

Acredito que o argumento do erro sejam bem plausível, pessoas realmente poderiam reproduzir erros de deliberação por julgarem mal casos práticos. Porém aceitar a plausibilidade desse argumento não é o bastante para declarar a vitória de concepções formalistas. Teorias com tendência ao particularismo só restarão derrotadas caso erros de julgamento constituam franca ameaça à obediência geral ao direito e à confiança depositada no mesmo como o principal sistema de regras que regula a vida social. A estratégia consiste em minar o argumento do erro demonstrando haver um ceticismo exagerado quanto às consequências indesejáveis de contrariar padrões jurídicos. Caso os erros sistêmicos não ameacem os valores institucionais mais estimados por sistemas jurídicos, como o estado de direito e a obediência geral às regras, então é possível que erros ocorram, mas não do modo profetizado pela teoria.

Logo, a teoria do erro pode ser criticada como um argumento de ladeira escorregadia ou derrapagem falacioso. Argumentos desse tipo têm a seguinte forma: se fazemos ou aceitamos a conduta A, que por si só não soa moralmente errada, desencadaremos um processo que nos levará a um resultado B que é francamente inaceitável. Então, para evitar a ocorrência de B, devemos evitar A (VAN DER BURG, 2012, p. 122). A falácia surge quando a consequência B não se segue da conduta A, ou mesmo que siga, é bastante improvável que as consequências projetadas realmente ocorram.

Um exemplo de ladeira escorregadia é o seguinte: *se se legalizasse a marijuana, toda a gente a iria experimentar, e a seguir começariam a experimentar drogas mais pesadas e não tardaria que nossa sociedade se transformasse numa comunidade de drogados*. No exemplo é possível notar um escalonamento de consequências negativas advindas da legalização da maconha até o ponto em que parece realmente disparatado a legalização da droga. O mesmo tipo de argumentação ocorre com a teoria do erro judicial: *se deixarmos que juízes contrariem regras do direito em casos subótimos, todos os juízes passarão a desconsiderar tais regras, até mesmo nos casos ótimos. E não tardará que o respeito a essas regras desapareça, não só a elas, mas ao sistema jurídico como um todo, pois toda a gente passará a desrespeitar regras jurídicas*.

Como mencionei, a proposição de que pessoas podem cometer erros ao julgar as consequências de suas ações é um tanto plausível. Desse modo, é muito arriscado defender que a consequência final da cadeia de eventos da teoria do erro é *impossível* acontecer. Portanto, para demonstrar que o argumento do erro é um tanto suspeito, indico como é bem *improvável* a ocorrência de tais consequências últimas. Para tanto apresentarei outro argumento de consequências prováveis, proposto por Hurd (2003), que retrata um futuro mais otimista aos desvios de regras do que aquele previsto pela teoria do erro. O objetivo é demonstrar que essa cadeia alternativa de eventos pode até consistir numa ladeira escorregadia, mas menor que a primeira, de modo que a consequência projetada pelo argumento do erro não ocorrerá em decorrência dos desvios. Assim, sustentarei que a ladeira proposta por Hurd é menos escorregadia, ou melhor, que ela soará mais plausível e será uma razão para que consideremos as consequências antevistas pelos teóricos do erro como um argumento falacioso⁶⁴.

Na cadeia causal alternativa de Hurd, a pensadora reconhece e tolera a ocorrência de erros sistêmicos de julgamento, pois não acredita serem capazes de ameaçar a força de sistemas jurídicos e a influência de suas regras. Além disso, até vê um lado positivo na ocorrência dos erros. Eles serão benéficos em longo prazo, pois reforçarão com mais vigor casos nos quais a obediência às regras jurídicas deverá ser irredutível. O argumento de Hurd parte do princípio de que

⁶⁴ Van der Burg (2012, p. 129) indica que um dos recursos para considerar um argumento da derrapagem falacioso é encontrar uma alternativa aceitável que seja mais suscetível de ocorrer. Caso ela exista, a ladeira escorregadia original talvez seja falaciosa por não ter reconhecido outra relação causal mais plausível e provável de acontecer.

juízes devem absolver quaisquer sujeitos moralmente justificados a violar regras de resultado subótimo. Viabilizar esse dever da função judicial provavelmente incentivará erros de julgamento, mas a cada decisão desviante acertada, menores serão as chances da ocorrência de mais erros sistemáticos. Chegará um ponto em que as condutas moralmente injustificadas deixarão de ocorrer por influência dos vereditos desviantes e a sociedade adaptar-se-á ao novo padrão moral fixado pela intervenção judicial: decisões que não punem os moralmente justificados por violar o direito passarão a ser reconhecidas como o padrão correto de decisão e sujeitos somente considerarão que estão justificados a agir apenas dentro dos limites estabelecidos pelo veredito passado correto. Recorrendo outra vez ao exemplo persistente do homicídio, Hurd (2003, p. 426-427) explora sua cadeia causal da seguinte forma:

existem razões para pensarmos que essa pequena classe de casos decresceria até zero a longo prazo se juízes se recusassem a punir pessoas em todos esses casos. Se eles se dispusessem, de maneira coerente, a se recusar a punir esposas espancadas que tivessem matado seus maridos abusivos visando a salvar suas próprias vidas, decisões suficientes seriam acumuladas de modo a tornar claras tanto as condições em que assassinatos conjugais serão justificados quanto as condições em que os assassinatos conjugais são injustificados. Com a multiplicação desses casos, o número de assassinatos equívocos diminuiria ao ponto em que os assassinatos justificados não desencadeariam um número desproporcional de assassinatos injustificados. A partir desse ponto, mais vidas inocentes seriam mais salvas do que perdidas mediante a absolvição de esposas espancadas que mataram seus maridos como meio de salvar suas próprias vidas e de seus filhos. Assim, a partir desse ponto, a punição deteria mais assassinatos justificados do que injustificados. Enquanto forem salvas mais vidas inocentes depois desse ponto do que antes dele, a coisa correta que cabe aos juízes é absolver as esposas espancadas anteriormente a esse ponto. De maneira simplista, enquanto a primeira absolvição de uma esposa espancada que salva três matando um marido abusivo pode desencadear dez assassinatos injustificados, é provável que a segunda absolvição desencadeie menos assassinatos injustificados, pois deixa mais claras as condições em que os assassinatos são justificados e injustificados. E é provável que a terceira absolvição desencadeie ainda menos assassinatos injustificados, como acontecerá com a quarta e a quinta. No ponto em que uma absolvição desencadeia menos assassinatos injustificados do que justificados, as esposas espancadas não agem mais erroneamente (na ausência de punição) matando seus maridos abusivos para salvar suas vidas. A partir desse ponto, as absolvições estimularão mais ação correta do que errada, ao mesmo tempo em que estarão aliviando agentes corretos do dano da punição. Por conseguinte, enquanto houver mais casos posteriores a esse ponto do que anteriores a ele, a coisa correta que cabe aos juízes é absolver os agentes desobedientes anteriormente a esse ponto.

[...]

Se uma absolvição, a longo prazo, maximizar as boas consequências, a coisa correta que cabe a um juiz é emitir uma absolvição. E nos casos em que a ação de um cidadão é considerada errada por causa de suas más consequências sistêmicas, há motivos para pensarmos que sua absolvição está correta, pois ela, associada às

absoluções sucessivas das que, como ele, levarão até o fim a deferência ao valor da igualdade, reduzirá a longo prazo, as más consequências sistêmicas de ações como a dele. Em algum ponto essas ações se tornarão corretas porque suas más consequências sistêmicas serão excedidas por suas boas consequências.

Pode-se notar que a consequência provável anunciada por Hurd não assume que erros sistêmicos produzirão um efeito cascata de erros sucessivos, culminando na ameaça à obediência geral às regras. Em longo prazo a sociedade e sistemas jurídicos se adaptarão às decisões judiciais particularistas, sem que regras percam sua força para guiar comportamentos e impor sanções por condutas inadmissíveis e indesculpáveis.

Penso que Hurd tenha descrito um futuro um tanto plausível à hipótese de juízes cumprirem *qua* juízes, a função de proferir julgamentos contrários a regras espúrias. Também me parece que a filósofa concordaria com o seguinte: a maioria dos cidadãos em sistemas jurídicos razoavelmente justos têm a predisposição de obedecer às regras. Tal predisposição cria uma pressão por conformidade, que já seria suficiente para manter o respeito e a integridade dos sistemas jurídicos. Dessa maneira, para ameaçar a obediência geral ao direito positivo seria preciso que parcela significativa da sociedade começasse a cometer erros de julgamento motivados pelos desvios. Mas creio que essa possibilidade é um tanto implausível, dado o comportamento de conformidade geral da sociedade mencionado.

Talvez se nos deparássemos com uma realidade contrafactual de um sistema jurídico em que 1) juízes desconsiderassem padrões institucionais subótimos; e 2) parte expressiva da sociedade não respeitasse parcela significativa das regras jurídicas, é muito mais provável que 2) ocorresse por outras razões mais contundentes que 1). Como seria o caso de um sistema razoavelmente justo ser administrado por um governo extremamente corrupto que traiu a confiança de todos os seus governados, ou mesmo de um sistema jurídico que deixou de respeitar os direitos humanos e a igualdade entre cidadãos. Creio que essas causas políticas sejam bem mais suscetíveis de provocar um contexto desobediência a sistemas jurídicos do que decisões particularistas contrárias às regras subótimas.

Logo, as consequências profetizadas pela teoria do erro seriam um tanto cataclísmicas, e não constituem razões tão sérias para impedir o particularismo judicial nos moldes das leituras *quasi*-institucionais. Decisões judiciais contrárias ao direito positivo parecem estar longe de causar o declínio de sistemas jurídicos, que continuarão atuando como *a* fonte primária de regras de conduta.

5

Qual é a melhor leitura ético-normativa do papel judicial?

Nesse último capítulo, retomo as quatro concepções do papel judicial descritas no capítulo 3 e avalio criticamente cada uma delas, sobretudo, as três últimas, as leituras *quasi*-institucionais, já que a concepção institucional, por ser a interpretação mais tradicional, já foi suficientemente criticada, principalmente ao longo do Capítulo 4. Primeiro indicarei qual dentre as leituras propostas acredito ser a melhor concepção normativa do papel judicial. A partir de então, a meta será esboçar brevemente quais serão os obstáculos teóricos e práticos que cada uma das leituras não atuais terão de suplantar para prevalecer à concepção institucional. A menção a esses obstáculos indica pontos que precisarão ser abordados com mais profundidade no futuro. Para cumprir essa meta final, aponto três obstáculos:

No primeiro, indico outro compromisso teórico – além daqueles relacionados às teorias de decisão formalista ou particularista, e com permissões e deveres – que cada leitura terá que assumir. Esse será um obstáculo teórico abordado por estudos filosóficos na ética profissional.

O segundo será um obstáculo prático às leituras, e é expresso pela noção da *viabilidade* de cada teoria, que questionará se cada uma das leituras não atuais é capaz de ser implementada no mundo prático. A viabilidade pode ser razão pela qual a leitura institucional prevalece como concepção hodierna do papel judicial. Ela também talvez explique porque as outras concepções sejam vistas com certo desinteresse e ceticismo.

Por fim, o terceiro obstáculo é composto por razões atitudinais. Essas são capazes também de explicar o porquê da prevalência da leitura institucional. Tais razões serão ilustradas por meio de estudos empíricos comportamentais que justificam a tendência dos sujeitos em obedecer padrões de conduta já internalizados. Esse é outro obstáculo prático à implementação das leituras *quasi*-institucionais, já que a internalização de normas explica a persistência de atitudes e comportamentos sociais, como é o caso da função judicial relacionada apenas ao dever de aplicar padrões previstos em sistemas jurídicos.

Previamente à leitura do tópico seguinte, sugiro ao leitor se dirigir ao Anexo no fim do trabalho. Ele contém um esquema que condensa os pontos principais de cada leitura apresentada no terceiro capítulo.

5.1

Qual é a leitura mais plausível?

Antes de indicar qual leitura considero a mais adequada, deixe-me voltar a expor o objetivo central almejado pelo trabalho: o foco foi desenvolver uma explicação ético-normativa do papel judicial, respondendo à questão de *como juízes devem agir dado seu papel?* Durante esta empreitada, quatro concepções centrais foram abordadas: a primeira, a concepção tradicional atribuída à atividade judicial, e as demais, modos não convencionais de conceber o papel judicial. Desse modo, ao trabalhar com a leitura que chamei *institucional*, a dissertação discutiu um fato empírico, ou seja, *como juízes costumam agir dado seu papel?* Além de ter estudado a resposta normativa prevalente na atualidade, as leituras que chamei *quasi-institucionais* representaram compreensões alternativas do papel judicial, ajustando seus entendimentos além de uma visão limitada à aplicação do direito institucionalizado. Então, tendo em vista fornecer o melhor relato ético-normativo, qual dentre essas quatro concepções é mais adequada a esse objetivo?

Sem mais delongas, sugiro a leitura *quasi-institucional liberal* como a mais correta. Apresento as razões para a escolha desta concepção, contrastando-a, primeiro, frente às leituras *institucional* e *quasi-institucional restritiva*. E, depois, em relação à leitura *quasi-institucional jusnaturalista*.

Já mencionei que as leituras *institucional* e *quasi-institucional restritiva* esboçam seu entendimento da função judicial sobre uma preocupação central, que foi a preservação de uma atitude de obediência geral a padrões jurídicos predeterminados. Ambas as teorias, embora em graus de obstinação distintos, acreditam que a otimização moral de veredictos contrários às regras é prejudicial ao bem-estar institucional de sistemas jurídicos. Isto é, os desvios não devem ser uma atribuição característica do papel judicial. Enquanto os institucionalistas negam a função judicial de desviar em sistemas razoavelmente justos, *quasi-institucionalistas restritivos* a admitem, mas condicionam-na a regras de

orientação que condicionarão seu exercício. O principal argumento invocado por essas concepções é a teoria do erro: se os desvios forem uma função judicial admitida, eles estimularão erros de julgamento sobre casos que não cabe se falar em desvios. Com isso, em longo prazo, a obediência geral a sistemas jurídicos restará prejudicada. É, sobretudo, por essa razão que adeptos dessas leituras podem ser adjetivados como detentores de um *temperamento conservador* quanto ao papel judicial. Juízes precisam estar restritos o quanto for possível ao dever de aplicar o direito positivo. Esse temperamento acaba sintetizado em todas aparentes vantagens de se seguir regras:

Regras engendram coordenação, poupam tempo de deliberação e principalmente, podem evitar erros, ou pelo menos mais erros do que o particularismo ou do que o particularismo sensível às regras. Se acreditamos que os responsáveis pela tomadas de decisões têm mais chances de errar ou abusar do poder quando possuem a prerrogativa de negligenciar as regras previamente confeccionadas, para aplicar aquilo que imaginam erroneamente ser os seus propósitos subjacentes, ou a totalidade de razões relevantes, então temos boas razões para tentar criar obstáculos para que isso não ocorra. (STRUCHINER, 2009, p. 68-69)

Mas e se a desconsideração de padrões jurídicos dos casos legalmente fáceis, mas moralmente difíceis abordados pela dissertação não for suficiente para comprometer a obediência a regras? Essa foi a linha argumentativa assumida pela leitura *liberal*.

Vimos, no capítulo anterior, como Heidi Hurd propôs outra linha de eventos que não culminaria com as consequências previstas pelos adeptos da obediência robusta a regras. A cadeia causal proposta não prevê que erros de julgamento ocorrerão ao ponto de ruir com o respeito ao direito institucional. É claro que assumir essa postura tem seu preço. As vantagens de se decidir conforme regras preestabelecidas, como a coordenação, o tempo de deliberação e a redução de erros serão afetados pela função de otimizar julgamentos, mas esse é um efeito não negligenciado pelas teorias. Se o preço a ser pago é o enfraquecimento de algumas vantagens de obedecer modelos de regras, adeptos dessa concepção estão dispostos à aceita-lo, pois, caso estejam corretos na previsão sobre o impacto dos erros sistêmicos, tais vantagens ainda serão preservadas e respeitadas à longo prazo, enquanto outra vantagem ainda será conquistada: a não punição de sujeitos moralmente justificados a agir conforme deveriam agir.

Além disso, creio que a leitura liberal tenha outra vantagem sobre essas outras teorias. Ela é capaz de fornecer uma solução ao já nomeado *dilema do perspectivismo jurídico*. Conforme já visto, tal dilema surge quando há a crença de que existe uma moralidade relativa à ocupação de certo cargo ou função, como é caso do papel judicial. E, se essa moralidade relativa determina que juízes tenham o dever moral de aplicar padrões institucionais, é moralmente correto que juízes *qua* juízes assim o façam. Enquanto isso, é simultaneamente admitido que sujeitos também estejam moralmente justificados a agir contra as regras, as mesmas às quais juízes estão moralmente compelidos a aplicar dada sua função. O prejuízo de concordar com o perspectivismo jurídico é o de abandonar uma forte intuição dos nossos julgamentos morais captada pela tese da correspondência, que é a de questionar a punição de agentes que tinham todo o balanço de razões para a ação favorável à suas condutas. Outro prejuízo de negar a tese da correspondência, mesmo que difícil de admitir, é a assunção de um tipo de relativismo moral.

Corroborar com o relativismo não parece ser uma postura teórica ou prática vantajosa. Já expus alguns dos problemas do relativismo, mas cabe recordar o mais central, que é a dificuldade de reconhecer criticamente qual é a postura moral correta de ser aceita e encorajada. Enquanto juízes restringirem sua função apenas à aplicação do raciocínio jurídico institucional certas condutas, *a priori* moralmente corretas e admissíveis, serão condenadas e desencorajadas pelo sistema jurídico.

É possível afirmar que tanto defensores das leituras *institucional e restritiva* aceitam nalguma medida a tese do *perspectivismo jurídico*. Evidências desse assentimento se encontram noutra tese que ambas as concepções reconhecem, a *assimetria da autoridade*. De acordo com ela, admite-se que há uma assimetria existente entre a lógica de impor regras, e a lógica da recepção e obediência das mesmas (STRUCHINER, 2009, p. 68). Ou, de acordo com Schauer (1991, p. 131), há uma assimetria entre a irracionalidade da obediência às regras pela perspectiva do sujeito, e a racionalidade de requerer essa obediência pela perspectiva da autoridade que as impõe. A conclusão que os adeptos de concepções formalistas chegam sobre a assimetria é de que juízes, atuando como juízes, estão vinculados a agir conforme a racionalidade de impor e obedecer às regras. A única diferença entre os formalismos das leituras institucional e

restritiva estará na robustez com a qual juízes serão afetados pela assimetria da autoridade. Enquanto autores como Larry Alexander e Schauer defendem que juízes devem se ater à aplicação das regras jurídicas, assumem que o papel judicial é totalmente preenchido por uma moralidade do cargo determinada pelo direito positivo. Já para Ballard, juízes estão ao menos parcialmente envolvidos pela assimetria de autoridade, já que parte de sua função consistiria em diminuí-la o quanto fosse possível sem prejudicar a obediência de regras ótimas.

Porém, a função judicial não precisa, necessariamente, ficar enclausurada dentro da assimetria de autoridade e do perspectivismo jurídico. Para tanto, considere o seguinte:

Se o modelo de regras pode ser melhor do que as suas alternativas em certas circunstâncias, então parece ser no mínimo racional adotá-lo e, talvez, também, a coisa correta a ser feita de um ponto de vista moral. Entretanto, do ponto de vista individual, do agente responsável pela decisão sobre a aplicação das regras, se na ocasião do ato, sob a sua perspectiva, entende que levou todas as razões relevantes em consideração, inclusive a possibilidade de sua solução ser um erro e chegou à conclusão de que a melhor coisa é desviar da regra, então o racional, sob o seu ponto de vista, isto é, sob o ponto de vista do agente, o racional é de fato desviar. (STRUCHINER, 2009, p. 69)

Um *quasi-institucionalista liberal*, como Heidi Hurd, talvez aceite que seja minimamente racional adotar o modelo de regras, mas certamente negaria a hipótese de ser a coisa correta a se fazer do ponto de vista moral. O agente responsável pela decisão, nesse caso o juiz, se entender que sua decisão levou em conta todos os prós e contras de aplicar ou não a regra, e decidiu ignorá-la sob a crença de estar fazendo a coisa certa, então ele *deve*, dado sua função, de fato desviar. Tal decisão não será a coisa correta a se fazer apenas sob o ponto de vista judicial, mas também o será sob qualquer perspectiva, inclusive a institucional. Portanto, para a leitura *liberal*, a assimetria de autoridade não afetará a função judicial, e juízes estarão livres das amarras do perspectivismo jurídico, uma vez que estarão desempenhando sua função corretamente sempre que julgarem com imparcialidade, em busca do veredito mais justo e moralmente adequado indicado pelo balanço das razões para a ação.

Resta, ao final, justificar a vantagem da leitura *liberal* frente à *jusnaturalista*. Pode-se dizer que as duas são irmãs, pois compartilham a mesma conclusão de ser dever judicial desconsiderar regras espúrias do direito. Mas elas

não são irmãs idênticas, pois a versão *jusnaturalista* defende algo mais: que o dever de otimizar a moralidade das decisões é uma função cuja natureza também é jurídica. Portanto, enquanto a leitura *liberal* não se incomoda com o fato da função não institucional do juiz pertencer apenas ao domínio da moralidade, a *jusnaturalista* afirma que toda a função judicial só pode ser definida pelo direito. Assim assume que há uma conexão necessária entre direito e moral, e que o direito não se limita apenas aos fatos sociais previstos institucionalmente. Essa distinção conceitual da natureza do direito relacionada ao papel judicial foi captada por Moore (2012, p. 459):

Enfrentamos, portanto, uma escolha conceitual que não é óbvia. O positivista mantém nossa noção de direito simples – o direito em seu todo consiste somente nas coisas óbvias; mas a ética da decisão judicial então se torna complicada, porque juízes (*qua* juízes) estão obrigados a não seguir o direito e juízes não estão limitados em suas obrigações judiciais para com o direito apenas. Em contraste, o *jusnaturalista* mantém nossa moral simples: juízes estão sempre obrigados (em seu papel como juízes) a seguir o direito e nada mais que o direito; mas a noção de direito agora se torna complicada, porque o direito não é apenas, e não sempre, o que tomamos obviamente por direito.⁶⁵

Apesar das consequências semelhantes relativas ao papel judicial, acredito que a *leitura* liberal possui vantagens teóricas, e talvez até práticas, importantes que não conseguem ser reproduzidas pela versão *jusnaturalista*.

A primeira vantagem tem a ver com a identificação do direito apenas com fatos sociais. Tal vantagem se encontra na sugestão de Hart contra quem resiste à tese central do positivismo jurídico desenvolvida pelos utilitaristas Bentham e Austin em “*O Positivismo e a Separação entre Direito e Moral*”. A intenção primária desses dois utilitaristas era permitir que pessoas identificassem com firmeza a existência de leis moralmente ruins ou iníquas. E tal tarefa só poderia ser bem executada caso o direito não fosse confundido com a moralidade. Identificar o direito pelo que ele é através da tese dos fatos sociais, permite avaliar suas regras criticamente sob o crivo da moralidade. Caso a natureza do direito seja confundida com a moral, os riscos, segundo Hart (2010, p. 60) são do direito e sua

⁶⁵ Tradução livre de: “We thus face a conceptual choice that is not obvious. The positivist keeps our notion of law simple—law consists of all and only the obvious stuff; but the ethics of judicial obligation then becomes complicated because judges (*qua* judges) are obligated not to follow the law and judges are not limited in their judicial obligations to the law alone. By contrast, the natural lawyer keeps our ethics simple: judges are always obligated (in their role as judges) to follow the law and nothing but the law; but the notion of law now becomes complicated, because the law is not only, and not always, what we take to be obviously law.”

autoridade ficarem diluídos em concepções do que o direito *deve ser*. Desse jeito, é mais fácil que o direito existente tome o lugar da moral como critério último de conduta e escape à possibilidade de ser combatido ou reformado.

A segunda vantagem tem a ver com uma percepção acerca da função judicial. Viu-se que os *jusnaturalistas* defendem a *teoria declaratória do direito*, atribuindo aos juízes a função de declarar qual é a solução jurídica genuína que sempre foi direito em oposição ao padrão institucional atual. Tanto que essa concepção aceita clamar, com eloquência, que os juízes seriam “oráculos da lei”. E aí está o problema. Creio que tal leitura eleve em demasia a responsabilidade do papel judicial, mistificando-a, ao contrário da leitura liberal que não considera a função não-institucional uma atividade pertencente ao direito. A leitura *jusnaturalista* colocará juízes como agentes acima da lei e da própria moral ao dizer o qual é o direito em cada caso. Acredito que soe mais modesta e autêntica a função de corrigir uma injustiça produzida pela aplicação de uma regra através da ponderação moral entre razões, ao invés de declarar qual foi sempre o direito do caso⁶⁶.

5.2

Obstáculos teóricos e práticos das leituras *quasi*-institucionais

Tendo eleito a concepção do papel judicial que melhor explica como juízes devem agir dado sua função, o objetivo traçado por esse trabalho se esgota. Porém a discussão acerca do papel judicial não termina aqui. Há questões e obstáculos que ainda precisarão ser abordados para determinar se a concepção apontada é realmente concebível e apta de ser concretizada na realidade prática. Como será impossível investigar aqui essas pontas soltas, utilizarei os três tópicos seguintes apenas para apresentar brevemente o objeto das questões que ainda precisam ser aprofundadas. As questões constituem obstáculos teóricos e práticos à quaisquer das leituras *quasi-institucionais* do papel judicial discutidas ao longo da dissertação.

⁶⁶ Ao defender tal postura não estarei depreciando a importância do direito como forma de solução de conflitos. Sistemas de regras jurídicas ainda serão a principal forma de solução de conflitos, mas não serão a única, já que o raciocínio moral estará sempre presente para assegurar a correta solução de cada caso prático.

5.2.1 A composição da moralidade dos papéis

O primeiro obstáculo teórico que precisa ser mais investigado é uma discussão metaética acerca da composição moral do papel dos juízes. Esse é um debate amplo não somente limitado ao papel judicial, mas a quaisquer funções relacionadas à moralidade profissional ou de outro papel social específico. Também conhecida por *role morality*, tal noção é abordada, sobretudo, por teóricos das ciências sociais e da moralidade profissional, que discutem porque sujeitos adotam uma moralidade distinta quando ocupam papéis sociais específicos na sociedade (GIBSON, 2003, p. 17). Desse modo, as responsabilidades morais dos pais para com os filhos são diferentes, digamos, das responsabilidades morais da *baby-sitter* que cuida dos filhos do seu empregador. No caso dos juízes, os preceitos morais que regem seus deveres e responsabilidades são também diferenciados dos preceitos da moralidade de outros oficiais do direito, como legisladores, por exemplo. No campo jurídico, o estudo da moralidade dos papéis se concentra sobre outro papel e função social dedicados ao direito, o advogado e a advocacia⁶⁷. Porém, sua investigação ao lado da função judicial ainda é pouco explorada.

Outra questão discutida nesse campo é se uma moralidade profissional justificada pelas expectativas que cerceiam o desempenho de certo papel ou função – como é o caso do dever de aplicar regras jurídicas – é genuína fonte de deveres morais, ou mesmo se essa é toda moralidade cabível ao papel. Dentro dessa questão participam os conceitos da moralidade ordinária e da moralidade profissional (atribuível à moralidade institucional dos juízes aos sistemas jurídicos questionada ao longo da dissertação). Enquanto a primeira pode ser definida como um agregado de considerações e julgamentos morais corretos considerados pela pessoa que age em abstração a um contexto específico de obrigações profissionais; a segunda é um conjunto de princípios com força moral que às vezes requerem da pessoa ação que é considerada imoral por sujeitos que não desempenham a profissão (MARTIN, 1981, p. 631). Os casos de confronto entre a moralidade ordinária e moralidade profissional são ilustrados por quaisquer das

⁶⁷ “Lawyers and Justice: An Ethical Study” de David Luban (1988), “Ethics for Adversaries” de Arthur Isak Applbaum (2000), e “The Counsel of Rogues?” de Tim Dare (2009) são obras direcionadas à moralidade do advogado dentro do sistema adversarial.

hipóteses casuísticas de desvio ao direito estudadas. O sujeito que contraria uma regra espúria vale-se de uma razão afeta à moralidade ordinária para justificar sua conduta. Já o juiz tipicamente invoca sua “moralidade profissional”, representada pela função de aplicar regras, para punir o agente transgressor dessa regra espúria. Além desse caso central que permeou toda dissertação, o desempenho profissional do médico também é captado entre esses dois conceitos de moralidade. Enquanto a ordinária pode reprovar a atuação profissional do clínico que se nega a fazer eutanásia do paciente terminal quando o equilíbrio das razões soa favorável ao procedimento, o médico se vale da “moralidade profissional” para continuar cuidando do enfermo.

Nota-se relação entre as moralidades ordinária e profissional com a tese do perspectivismo jurídico. Ao passo que a moralidade ordinária pode justificar a ação de um agente, a moralidade profissional do juiz igualmente também parece justificar uma decisão judicial que entra em conflito aos interesses daquele mesmo agente. Nesse caso, se alguma das teorias *quasi-institucionais* – sobretudo a *liberal* e a *jusnaturalista*, que reconhecem o *perspectivismo jurídico* como visão moral incorreta da atuação dos juízes *qua* juízes – pretendem prevalecer como entendimentos corretos, elas terão de ser capazes de encontrar alguma concepção da *role morality* que afaste o antagonismo entre moralidade ordinária e profissional. Caso consigam, suas teses serão bem mais atrativas e coerentes com a descrição dos deveres e permissões morais atribuídos à função judicial.

Afortunadamente, o estudo da *role morality* possui um conjunto de ferramentas úteis para transpor esse obstáculo teórico. Os trabalhos de Judith André (1991), David Luban (1988), Alan Gewirth (1986) e Benjamin Freedman (1978) sugerem que talvez não exista uma dicotomia entre a moralidade profissional e a moralidade ordinária. Em realidade, a primeira seria uma aplicação mais específica da segunda voltada para o contexto diferenciado da atuação profissional⁶⁸. Desse modo, se não há oposição entre os dois tipos de

⁶⁸ Tim Dare (2009, p. 29) capta um espectro de possibilidades teóricas da *role morality*. Há tentativas de derivar as obrigações de papéis sociais diretamente da moralidade ordinária; também de fundamentar essa obrigação através de regras institucionais que derivam da moralidade ordinária; também há quem argumente que obrigações originadas por regras institucionais são distintas de qualquer padrão da moralidade ordinária. Já Joseph Gaie (2004, p. 12) destaca que há filósofos que defendem não haver uma moralidade ordinária. Tudo o que há de moralidade é determinado pela performance de cada sujeito de acordo com seu respectivo papel ocupado na sociedade. Outros pensam que há uma moralidade ordinária, mas que essa é diversa da *role morality*, sobretudo quando estamos diante da moralidade profissional. E ainda há aqueles que

moralidade, e a profissional é derivada de preceitos da moralidade ordinária, então é possível sustentar uma teoria de moralidade dos papéis não restrita apenas à autoridade formal de organizações, como é o caso dos sistemas jurídicos. Em consequência, é possível que uma função profissional, em particular a judicial, não seja somente definida e adstrita pela obediência às normas de conduta e deveres impostos institucionalmente.

Outra fonte de reforço às leituras *quasi-institucionais* encontra-se em Applbaum (2000), especificamente em seu conceito de *positivismo prático* (*practice positivism*). Grosso modo, o conceito é uma explicação sobre a composição de papéis sociais e de como tal composição pode sofrer mudanças. Nas palavras de Ballard (2010, p.97),

O positivismo prático indica que papéis podem mudar com o tempo. Mesmo se todos hoje em dia acreditam que o papel judicial implica no princípio do solapamento, isso pode mudar. Não há nada conceitualmente incoerente ou irracional sobre um juiz adotar para si uma concepção alternativa da sua função; uma que considera razões morais para desviar. Se bastantes juízes começam a ver seu papel desse modo, então surge uma nova função judicial. Devo argumentar, além disso, que não temos razão para compreender o papel judicial de acordo com o princípio do solapamento.⁶⁹

Isto é, o papel judicial não precisa ficar confinado à descrição atual que temos da sua prática. Ele pode mudar se juízes passarem a outras razões correspondentes à performance da sua função. Agora se as concepções alternativas do papel judicial são implementáveis na prática, essa é outra questão, brevemente representada pelos dois obstáculos seguintes.

5.2.2

A (in)viabilidade das leituras *quasi-institucionais*

Este é um obstáculo prático-teórico às concepções alternativas. Pode ser levantado por qualquer pessoa com temperamento conservador voltado ao

acreditam só haver uma moralidade, e a responsabilidade profissional nada mais é que uma aplicação de princípios morais ordinários em circunstâncias especiais.

⁶⁹ Tradução livre de: “Practice positivism entails that roles can change over time. Even if everyone today believes that judicial role entails the undermining principle, this could change. There is nothing conceptually incoherent or irrational about a judge adopting for herself an alternative conception of her role, one that allows her to consider moral reasons to deviate. If enough judges begin to see their role in this way, then a new judicial role emerges. I shall argue, moreover, that we have no reason to conceive of the judicial role in accordance with the undermining principle.”

formalismo e ao modelo de obediência às regras jurídicas. Um institucionalista do papel judicial manifestará certo ceticismo às demais alternativas teóricas desenvolvidas. É bem possível que até aceite a plausibilidade das outras leituras, mas o contra-argumento que levantará será algo do tipo: “as razões ético-normativas apresentadas são convincentes, porém não acredito que uma teoria como essa seja possível de ser concretamente realizada. As teorias *quasi-institucionais* são simplesmente *inviáveis* dado nossa realidade prática”.

Já vimos que os adeptos de ideologias formalistas utilizam a teoria do erro como objeção às posturas particularistas da função judicial. Há a firme intuição de que erros de julgamento escalarão a ponto de ofuscar a obediência aos sistemas de regras jurídicas. Também há a impressão de juramentos, a obrigação política de juízes e a autoridade do direito criarem deveres morais sobre a função judicial. Todas essas razões agem em peso contrário para que quaisquer das concepções alternativas pareçam inviáveis.

Acredito que o contra-argumento acima faça uso da noção de *viabilidade*, um conceito cunhado dentro da filosofia política e que hoje em dia vem sendo discutido principalmente para avaliar teorias de justiça social. A discussão no âmbito da teoria política surgiu após a teoria da justiça como equidade de Rawls ganhar notoriedade. Rawls afirmou que sua concepção de justiça era uma teoria ideal, um modo desejável de ver a sociedade organizada para a distribuição de igualitária da justiça entre sujeitos. Muitos criticaram a proposta rawlsiana por considerá-la impossível de ser aplicada na prática. Para os críticos o esforço teórico de Rawls quem sabe teria sido desperdício de papel e tinta, ou talvez proposta utópica de pouco valor para remediar os problemas da justiça social. Se a teoria da justiça como equidade é uma realidade inalcançável, que motivo haveria para dar crédito a ela? A partir desse ponto, vários teóricos políticos se preocuparam em desenvolver teorias sobre a justiça que seriam *viáveis*, ou seja, capazes de muito em breve, ser postas em prática.

Apesar de a *viabilidade* ser um referencial teórico ainda confinado aos debates da teoria política, é viável tomá-lo emprestado para problematizar a provável resistência às compreensões alternativas do papel judicial. Desse modo, sendo a *viabilidade* meio de crítica à aceitação das leituras *quasi-institucionais*, ela é outro obstáculo merecedor de investigação futura. Apresento abaixo uma descrição bem direta da *viabilidade*, relacionando-o às leituras do papel judicial

estudadas. Também indico que valor teriam as leituras alternativas mesmo frente esse desafio.

Simplificadamente, a *viabilidade* é um modo de analisar se dado estado de coisas pode ser implementado, cuja maior utilidade é avaliar comparativamente propostas diversas de acordo com o *grau de viabilidade* (GILABERT; LAWFORD-SMITH, 2011, p 809; 812). Dada essa caracterização, a pergunta sobre as leituras do papel judicial será: as concepções alternativas são replicáveis na prática? Caso sejam, qual dentre elas parecerá mais viável?

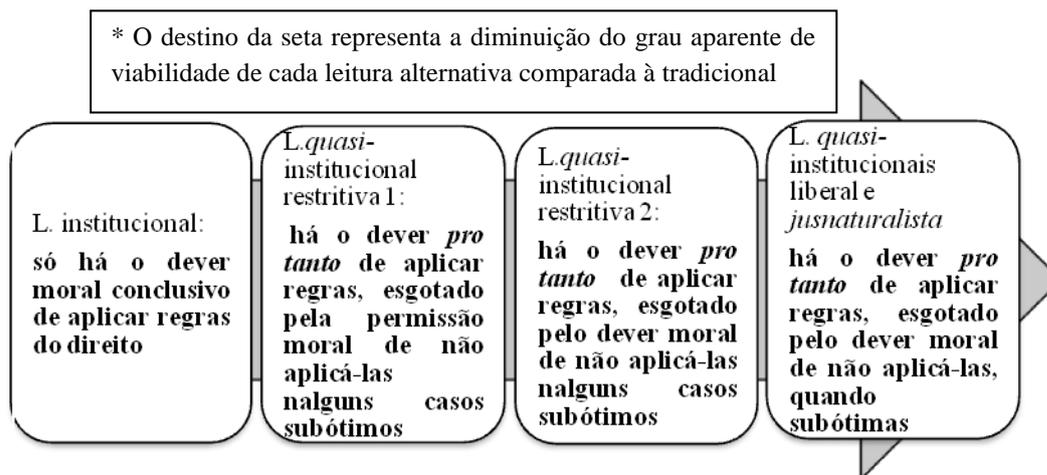
No capítulo 3 expus seis leituras possíveis da função judicial, das quais quatro foram trabalhadas.

As leituras que chamei *institucional extrema* e *agnóstico-institucional* não foram aprofundadas, pois argumentei que eram descrições um tanto irrealistas da função judicial. A primeira por tornar a moralidade da função totalmente escrava à obediência cega e irrestrita ao modelo de regras. E a segunda por defender que juízes não teriam qualquer vínculo de obediência ao direito institucional, tornando sua função exercício de julgamento totalmente discricionário. Creio que essas concepções podem facilmente ser tomadas como inviáveis, pois partem de descrições que são muito difíceis de admitir na prática.

Dentre as quatro desenvolvidas, não cabe discutir se a leitura *institucional* é viável, afinal de contas ela é a concepção tradicional do papel judicial adotada na prática.

Já quanto às três concepções *quasi*-institucionais, as dúvidas aparecem. Seriam todas elas inviáveis, apenas alguma, ou nenhuma? Caso aceitemos o temperamento conservador da leitura tradicional, é bem possível que todas sejam tomadas por inviáveis. Porém essa conclusão não parece estar correta, pois julga a inviabilidade de uma teoria em função da dificuldade ou do custo envolvido para se alcançar dado estado de coisas. Como o temperamento conservador da leitura institucional vê dificuldade no modo de ver a obediência judicial de maneira mais relaxada, por exemplo, sem as razões conclusivas ou excludentes de autoridade, ou mesmo por acreditar que juízes não podem ser bons deliberadores em questões morais, quaisquer alternativas serão taxadas como inviáveis. Em realidade, penso que as três concepções sejam viáveis e possam ser classificadas segundo graus distintos, da mais viável para a menos viável.

Caso essa conjectura seja correta, é possível ranquear as concepções alternativas do papel judicial segundo o grau de viabilidade. Abaixo, exponho um modo de graduar a viabilidade de cada concepção, baseado na diferença entre a percepção atual que temos do papel judicial e a forma com a qual o mesmo é visto pelas versões alternativas:



No quadro, a seta representa o sentido em que a viabilidade provavelmente diminui, pois quanto mais distantes da concepção original, maiores serão as alterações morais dentro do papel judicial.

Percebe-se que a leitura restritiva 1 é a que impõe de forma mais modesta a mudança de percepção sobre a função judicial, já que será admitido apenas a permissão moral para juízes desviarem das regras apenas nalguns casos subótimos. Nesse caso, se os juízes decidirem não exercer essa liberdade da função e aplicar o direito, o papel judicial estará bem próximo da concepção *institucional*, dado que o dever *pro tanto* de obedecer aos padrões jurídicos será mais seguido se comparado às leituras subsequentes. Já da leitura restritiva 2 em diante, a função de desviar deixa de ser permissão e passa a ser uma exigência moral do papel, à qual o juiz deverá cumprir para efetivamente desempenhar sua função. Sendo, no caso restritivo 2, apenas requerido desviar em alguns dos casos subótimos. A partir das leituras *liberal* e *jusnaturalista* o dever moral de desviar é estendido para todos os casos *subótimos*, o que requererá maior alteração do cenário tradicional, pois será necessário o abandono tanto da ideia de que juízes

têm razões *all-things-considered* para obedecer ao direito institucional, e de que desvios produzem erros sistêmicos incontornáveis. Também se nota que a leitura apontada como a concepção mais correta do papel judicial, a *liberal*, encontra-se num grau de menor viabilidade.

Tendo em vista esse resultado, haveria algum valor para ser extraído de uma concepção de aparente irrealização prática? David Estlund (2014, p. 133), sugere a seguinte observação aos pensadores e pessoas resistentes a ideias ou teorias consideradas “utópicas”, que é útil para destacar o valor contido nelas:

As grandes conquistas no desenvolvimento da vida social tipicamente foram precedidas por incredulidade sobre sua própria possibilidade, muito menos sua verossimilhança. Se a investigação teórica tivesse se limitado ao que foi plausivelmente imaginado alcançável, as conquistas talvez pudessem nunca ter ocorrido. Pelo menos por esta razão, não devemos abaixar nossos olhares num espírito prático e realista.⁷⁰

Seguindo por essa linha, é possível retroceder algumas décadas onde as mulheres se encontravam em regime de servidão doméstica dos homens; mais uns séculos atrás eram os negros, esses em regime de escravidão. Hoje em dia é disparatado perguntar se a igualdade de gênero ou racial é viável, mas durante a época em que essas desigualdades ocorreram a pergunta faria muito mais sentido⁷¹. O mesmo pode ser dito quanto a progressos sociais ainda vistos com resistência como a união dos transgênero, que apenas recentemente passou a ser vista como um arranjo social viável. Talvez o mesmo tipo de prognóstico possa um dia ser alcançado em relação ao papel judicial, de modo que não há razões para rejeitar as leituras *quase-institucionais* estudadas.

5.2.3

As atitudes de conformidade ao direito institucionalizado (e as más atitudes de não obedecê-lo)

Por fim, o último ponto também é um obstáculo prático. Sua natureza é motivacional ou atitudinal, e é campo de estudos da psicologia social, que

⁷⁰ Tradução livre de: “The great achievements in the development of human social life have typically been preceded by incredulity about their very possibility, much less their likelihood. If theoretical inquiry had limited itself to what was plausibly thought to be achievable, the achievements might never have happened. For at least this reason, we ought not to lower our gaze in a practical and realistic spirit.”

⁷¹ Tomei esse exemplo emprestado de Holly Lawford-Smith (2013).

desenvolve experimentos relacionados ao comportamento humano em sociedade. Reportarei a dois conjuntos de dados empíricos reveladores das atitudes gerais que pessoas têm durante o processo da tomada de decisões. Esses experimentos sugerem que sujeitos em geral não são bons decisores, pois costumam agir sob o efeito de vieses relacionados com a obediência à autoridade e com a deliberação particularista. Esses dados serão um obstáculo às concepções *quasi*-institucionais, se os formalistas utilizarem-nos como razão para insistir num modelo judicial de obediência a regras, já que teriam dados empíricos para preservar a leitura institucional como concepção mais adequada à prática adjudicatória.

O primeiro conjunto de experimentos indica que possuímos uma predisposição para tomar decisões baseadas em padrões de conduta majoritários ou de autoridade. Mesmo quando as consequências produzidas pela adesão a esses padrões sejam equívocas, desarrazoadas, ou mesmo imorais, ainda manifestamos a tendência de adesão a regras ou padrões decisórios preestabelecidos. Os experimentos de Stanley Milgram (2009) e Solomon Asch (1955)⁷² indicam como pessoas estão propensas a submissão à julgamentos de autoridade mesmo que suas consequências sejam reprováveis ou equívocas. Enquanto os experimentos do primeiro focaram no impacto que a obediência à autoridade tem sobre as atitudes dos sujeitos, o teste de Asch avaliou como o conformismo e a submissão a decisões majoritárias comprometeu a capacidade dos sujeitos tomarem decisões particulares mais razoáveis.

Além desses, estudos sobre o viés comportamental da *ignorância pluralista*⁷³ também mostram a persistência de deliberações equívocas. Nesse caso, sujeitos escolhem uma razão para a ação equívoca, influenciadas por uma falsa crença: de que a grande maioria das pessoas também acredita que a dada razão é realmente a correta (BICCHIERI, 2006, p. 186).

⁷² O primeiro conduziu um experimento no qual indivíduos eram instruídos por um cientista (a autoridade) a repreender com um choque elétrico progressivamente maior outra pessoa a cada resposta errada que desse num teste de conhecimento. O segundo colocou vários sujeitos numa sala para comparar o tamanho de uma linha *x* em relação às linhas *a*, *b* ou *c*; o único sujeito observado foi testado na sua capacidade de tomar escolhas corretas sob a pressão por conformidade às escolhas equívocas de uma maioria, esta, propositalmente instruída a fornecer julgamentos disparatados.

⁷³ Um exemplo tradicional do viés é o comportamento dos estudantes em festas universitárias. Há a crença equívoca de que a maioria dos estudantes que foram se divertir têm de se embriagar. Mesmo que parcela significativa dos estudantes não concorde com o padrão de comportamento majoritário, se embriagam, pois a parcela dos estudantes responsáveis acaba aderindo ao padrão pela falsa crença de que todos estão na festa realmente para embriagar-se. Assim, todos acabam agindo em erro (BICCHIERI, 2006, p. 187).

Creio que esses experimentos representem razões atitudinais negativas⁷⁴ para a obediência a padrões de conduta impostos por uma autoridade ou pela maioria, como é o caso das regras de sistemas jurídicos. Se há regras no direito que impõem razões para a ação moralmente espúrias ou subótimas, não é atitude benfazeja agir em conformidade a elas. Porém, embora essa não seja a melhor atitude, os experimentos indicam que essa atitude é recorrente quando decisões são tomadas. Tais atitudes também têm aptidão para influir na prática adjudicatória ao tornar juízes insensíveis às consequências particulares negativas de decisões conforme regras

Já o segundo conjunto descreve que geralmente não somos bons deliberadores particularistas, e há vieses cognitivos que demonstram esse ponto. Noam Gur (2012, p. 373-389) apresenta alguns deles, argumentando que eles somam contra modelos decisoriais baseados no balanço de razões para ação. Por exemplo, há o “viés do auto-aperfeiçoamento” (*self-enhancement bias*), uma tendência de pessoas estimarem além da conta sua capacidade decidir sobre a prática de certa conduta quanto estão diante da decisão. De acordo com esse viés, costumamos ser um pouco pretenciosos ao deliberar e, por vezes, decidimos mal por esse motivo. Outro viés chamado “desconto hiperbólico” (*hyperbolic discounting*) indica que decisões particulares costumam priorizar resultados imediatos mais próximos do que consequências em longo prazo. O desconto hiperbólico pode então ser causa de decisões equivocadamente avaliadas como ótimas, quando em realidade se mostrarão *subótimas* por consequências futuras não antevistas durante a deliberação.

Já em relação a esse segundo conjunto, ele apresenta razões atitudinais positivas, que contam em favor da obediência a padrões de conduta predeterminados. Se influentes esses vieses realçam a importância de seguir regras, já que estas permitem uma redução no número de julgamentos precipitados ao impor razões para a ação imperativas ou excludentes. Segundo Gur (2012, p. 374):

⁷⁴ Huemer (2013) diz que os experimentos demonstram que a obediência à autoridade distorce a percepção moral dos sujeitos, ofuscando sua capacidade de sentir moralmente responsáveis pelas decisões tomadas, pois têm a sensação de que podem escusar suas ações pela desculpa de que estavam apenas cumprindo ordens.

O direito é capaz de prover soluções práticas em face dos vieses relevantes, não porque oficiais do legislativo possuem qualidades pessoais que os tornam indivíduos imunes aos vieses (o que, de fato, não é o caso). Ao invés, o argumento procederá, o direito é capaz de preencher essa função, primeiramente porque as condições e o modo da tomada de decisão nos quais legisladores tipicamente operam são significativamente menos sucessíveis a esses vieses do que as condições e o modo de tomada de decisão em que sujeitos tipicamente operam.⁷⁵

Assim, se enquadrarmos os juízes como sujeitos susceptíveis aos vieses de ambos os conjuntos dados, então haverá evidências empíricas para manter o temperamento conservador à função judicial. Formalistas articularão a premissa de que a pretensa função de contrariar regras é impactada por atitudes prejudiciais à deliberação, e isto não poderá ser admitido na prática. O desafio das concepções alternativas será demonstrar que talvez os juízes não sejam afetados pelos vieses do mesmo modo como pessoas em geral o são, tornando-as concepções mais atraentes à viabilidade prática.

Para tanto o estudo sobre como esses dados empíricos afetam o desempenho da função judicial precisará ser investigado. Será necessário discutir uma “psicologia da adjudicação”, objeto de investigação ainda pouco reconhecido, já que os experimentos se concentram quase em sua totalidade em comportamentos de pessoas não inseridas ou agindo fora de papéis jurídicos (SCHAUER, 2007).

⁷⁵ Tradução livre de: “Law is capable of providing practical solutions in the face of the relevant biases not because lawmaking officials possess personal qualities that make them bias-immune individuals (which is, of course, not the case). Rather, the argument will proceed, law can fulfill this role primarily because the settings and mode of decision-making in which lawmakers typically operate are significantly less susceptible to those biases than the settings and mode of decision-making in which subjects typically operate”.

6 Conclusão

Ao logo da dissertação procurei responder à seguinte questão: *como juízes devem agir dado seu papel?* Na procura de respostas a esse problema ético-normativo, questionei se o papel judicial estaria apenas relacionado à obrigação de fidelidade ao direito institucional em contextos razoavelmente justos. Nessa perspectiva, a função judicial é vista apenas pelo cumprimento de deveres e permissões admitidos em sistemas jurídicos. Noutras palavras, o papel judicial é delimitado pelo dever *all-things-considered* de obediência aos padrões normativos positivados em ordens jurídicas. Pus em causa essa acepção do papel judicial através da hipótese de a função judicial não ser esgotada apenas pelo vínculo de fidelidade a sistemas legais.

Para avaliar essa hipótese, abordei casos práticos nos quais a aplicação de padrões jurídicos produz resultados moralmente espúrios, que poderiam ser contornados caso juízes desviem desses padrões subótimos, aplicando em seu lugar razões morais de peso. A possibilidade de produzir vereditos ótimos ao afastar regras permitiu que se investigasse alternativas teóricas que consideraram como função judicial o direito de contrariar padrões jurídicos de resultado subótimo.

Dentre as concepções alternativas propostas, três foram examinadas a fundo: as leituras *quasi-institucionais restritiva, liberal, e jusnaturalista*. Cada uma delas vê de forma diferente a função judicial, mas todas concordam com a premissa de que o papel do juiz não se restringe apenas em seguir o direito institucional. Em função dos pressupostos teóricos de cada concepção, pude reconhecer outros modos de compor o papel judicial, sintetizados na seguinte proposição:

O papel judicial é composto por um dever moral pro tanto de obediência aos sistemas jurídicos, e também por uma permissão ou por um dever moral de julgar contra vereditos subótimos.

Além disso, para reforçar a hipótese levantada, apresentei objeções aos principais argumentos invocados para vincular juízes apenas a ordens jurídicas: o juramento ao cargo judicial, o direito positivo como fonte de razões excludentes, a obrigação política associativa, e a teoria do erro. Essas objeções indicaram que a

obediência judicial irrestrita aos sistemas jurídicos razoavelmente justos não parece suficientemente plausível para ser correta, a ponto de abandonar outras concepções, talvez, tão plausíveis quanto essa.

Com base nessas objeções e equipado com as concepções alternativas, pude avaliar a competência de cada uma como resposta à pergunta levantada. Ao fim do exame, conclui que a leitura do papel judicial que melhor responde à pergunta é a *quasi*-institucional liberal. Essa concepção soou ser suficientemente plausível em garantir que o dever *pro tanto* de adesão aos padrões institucionais não restará prejudicado, sobretudo, quando o dever judicial de impedir que injustiças pela aplicação das regras ocorram entrar em ação.

Por fim, também propus alguns desafios teóricos e práticos, que afetarão não somente a concepção eleita como correta, mas também às demais leituras alternativas. Todas precisam encontrar repostas a esses obstáculos para que possam ser reconhecidas como teorias concebíveis na prática.

Portanto, a conclusão final que chego é a seguinte: a concepção mais usual que temos do papel dos juízes é uma das respostas ético-normativas menos atraentes. Ao passo que a concepção mais plausível é bem diferente daquela que tipicamente atribuímos aos juízes. Porém, se a concepção mais plausível que temos poderá ser implementada, isso diz respeito à outra questão: *juízes são capazes de agir dado seu papel?* Essa é uma questão carecerá de mais exames para ser verificada e é trabalho para outra investigação filosófica acerca do papel judicial.

7

Referências bibliográficas

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Desmystifying Legal Reasoning**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. 264p.

_____. **The Rule of Rules**. 1ª ed. Durham: Duke University Press, 2001. 279p.

ANDRE, Judith. **Role Morality as a Complex Instance of Ordinary Morality**. In: *American Philosophical Quarterly*, v. 28, n. 1, jan. 1991, p. 73-80. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/20014357?sid=21106297601853&uid=2&uid=4>. Acesso em: 28 mar. 2015.

AQUINO, São Thomas. **Summa Theologica**. Ohio: Benziger Bros., 1947. 4032p.

APPLBAUM, Arthur Isaac. **Ethics for Adversaries – The Morality of Roles in Public and Professional Life**. 1ª ed. Nova Jérsei: Princeton University Press, 1999, 273p.

_____. **Legitimacy Without the Duty to Obey**. In: *Philosophy & Public Affairs*, v. 38, n. 3, 2010, p. 215-239. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1088-4963.2010.01186.x/abstract>. Acesso em: 15 abr. 2015.

ASCH, Solomon E. **Opinions and Social Pressure**. In: *Scientific American*, v. 193, n. 5, 1955, p. 17-26. Disponível em: http://www.radford.edu/~jaspelme/private/gradsoc_articles/obedience/Asch_1955.pdf. Acesso em: 20 abr. 2015.

ATYAH, P. S. **Judges and Policy**. In: *Israel Law Review*, mai. 1980, p. 346-371. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/israel15&div=27&id=&page=>. Acesso em: 04 mar. 2015.

BEEVER, Allan. **The Declaratory Theory of Law**. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 33, n. 3, mar. 2013, p. 421-444.

BICCHIERI, Cristina. **The Grammar of Society – The Nature and Dynamics of Social Norms**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. 278p.

BIDDLE, Bruce J. **Role Theory, Expectations, Identities, and Behaviors**. 1ª ed. Nova Iorque: Academic Press, 1979. 416p.

BLACKSTONE, William. **Commentaries on the Laws of England**. Vol.1. Chicago: University of Chicago Press, 1979. 496p.

BLOCK, Randolph. **Stump v. Sparkman and the history of judicial immunity**. In: *Duke Law Journal*, n. 5, nov. 1980, p. 879-925. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2753&context=dlj>. Acesso em: 21 dez. 2015.

BRAND-BALLARD, Jeffrey. **Devem os juízes considerar argumentos morais?** In: *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Trad. Fábio Perin Schecaira; Noel Struchiner. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD Editora, 2014, p. 71-102.

_____. **Limits of Legality – The Ethics of Lawless Judging**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. 354p.

BRASIL. **Código de Ética da Magistratura Nacional**, Conselho Nacional de Justiça - CNJ, DJ, 18 set. 2008. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura>. Acesso em: 02 nov. 2014.

_____. **Lei Orgânica da Magistratura Nacional**, Lei Complementar ° 35, 14 mar. 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em : 02 nov. 2014.

BRENNAN, Geoffrey; et al. **Explaining Norms**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. 304p.

BRINK, David O. **Legal Positivism and Natural Law**. In: *The Monist*, v. 68, n. 3, jul. 1985, p. 364-387. Disponível em: <http://davidobrink.com/sites/default/files/publications/LegalPositivismNaturalLawReconsidered.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

BUTLER, Paul. **When Judges Lie (and When They Should)**. In: *Minnesota Law Review*, v. 91, 2007, p. 1785-1828. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1001475. Acesso em: 16 nov. 2014.

CHUMLEY, Cheryl K. **Justice Antonin Scalia: Judges are not ‘moral philosophers’**. In: *The Washington Times*, out. 2013. Disponível em: <http://www.washingtontimes.com/news/2013/oct/1/antonin-scalia-rant-judges-are-not-moral-philosoph/>. Acesso em: 15 nov. 2014.

DARE, Tim. **The Counsel of Rogues? A Defence of the Standard Conception of the Lawyer's Role**. 1ª ed. Surrey: Ashgate, 2009, p. 182p.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 536p.

_____. **Levando os direitos a sério**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

EDLIN, Douglas E. **Judges and Unjust Laws: Common Law Constitutionalism and the Foundations of Judicial Review**. 1ª ed. Michigan: The University of Michigan Press, 2010. 321p.

EDMUNDSON, William A. **Uma introdução aos direitos**. 1ª ed. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2006. 290p.

_____. **The Virtue of Law-Abidance**. In: *Philosopher's Imprint*, v. 6, n. 4, dec. 2006, p. 1-21. Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/cgi/p/pod/dod-id/virtue-of-law-abidance.pdf?c=phimp;idno=3521354.0006.004>. Acesso em: 28 set. 2015.

EHRENBERG, Kenneth M. **Law's Authority is not a Claim to Preemption**. In: WALUCHOW, Will; SCIARAFFA, Stefan (ed.). *The Nature of Law*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. Cap. 3, p. 51-74.

ESSERT, Christopher. **A Dilemma for Protected Reasons**. In: *Law and Philosophy*, v. 31, n. 1, jan 2012, p. 49-75. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/s10982-011-9115-0>. Acesso em: 15 nov. 2015.

_____. **Legal Obligation and Reasons**. In: *Legal Theory*, v. 19, n. 1, jan. 2013. p. 63-88. Disponível em: http://journals.cambridge.org/abstract_S1352325212000249. Acesso em: 15 set. 2014.

ESTLUND, David. **Utopophobia**. In: *Philosophy and Public Affairs*, v. 42, n. 2, 2014, p. 113-134. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/papa.12031/abstract>. Acesso em: 24 jul. 2015.

FARNSWORTH, Ward. **“To Do a Great Right, Do a Little Wrong”**: A User's Guide to Judicial Lawlessness. In: *Minnesota Law Review*, v. 86, out. 2001, p. 101-135. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=288432. Acesso em: 14 ago. 2014.

FEINBERG, John. **Problems at the Roots of Law**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2003. 232p.

FERREIRA, André Brantes. **Wesley Newcomb Hohfeld e os conceitos fundamentais do Direito.** In: *Direito e Sociedade*, n. 31, 2007, p. 33-57. Disponível em: <http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/259>. Acesso em: 20 dez. 2015.

FINNIS, John. **Adjudication and Legal Change.** In: FINNIS, John. *Philosophy of Law: Collected Essays, vol. IV.* 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. 550p.

FOX, Richard M.; DEMARCO, Joseph. **The immorality of promising.** In: *The Journal of Value Inquiry*, v. 27, 1993, p. 81-84. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007%2FBF01082714>. Acesso em: 28 mai. 2015.

FREEDMAN, Benjamin. **A Meta-Ethics for Professional Morality.** In: *Ethics*, v. 89, n. 1, out. 1989, p. 1-19. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2380128>. Acesso em: 21 jul. 2015.

FULLER, L. L. **Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart.** In: *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, fev. 1958. p. 630-672.

GAIE, Joseph B. R. **The Ethics of Medical Involvement in Capital Punishment.** 1ª ed. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 2004. 159p.

GARDNER, John. **Ethics and Law.** In: SKORUPSKI, John (ed.). *The Routledge Companion to Ethics.* 1ª ed. Abingdon: Routledge, 2010. Cap. 35, p. 420-429.

_____. **How Law Claims, What Law Claims.** In: *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 44, nov. 2008. p. 1-26. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1299017. Acesso em: 29 ago. 2014.

GERWIRTH, Alan. **Professional Ethics: the Separatist Thesis.** In? *Ethics*, v. 96, n. 2, 1986, p. 282-300. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/10.1086/292747>. Acesso em: 24 jan. 2016.

GIBSON, Kevin. **Contrasting Role Morality and Professional Morality: Implications for Practice.** In: *Journal of Applied Philosophy*, v. 20, n. 1, 2003, p. 17-29. Disponível em: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14552296>. Acesso em: 28 mar. 2015.

GILABERT, Paul; LAWFORD-SMITH, Holly. **Political Feasibility: A Conceptual Exploration.** In: *Political Studies*, v. 60, n. 4, fev. 2012, p. 809-825. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9248.2011.00936.x/abstract>. Acesso em: 28 jan. 2016.

GILBERT, Margaret. **Three Dogmas about Promising**. In: SHEINMAN, Hannoeh (ed.). *Promises and Agreements*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. Cap. 3, p. 80-108.

GOLDSWORTHY, Jeffrey. **The Limits of Judicial Fidelity to Law: The Coxford Lecture**. In: *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, v.. 24, n.1, jul. 2011, p. 305-325. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2138710. Acesso em: 14 ago. 2014.

GOLDMAN, Alan H. **Roles and Role Morality**. In: WERHANE, Patricia; FREEMAN, Edward R. *The Blackwell Encyclopedia of Management - Volume 2, Business Ethics*, 2 ed. Blackwell: Blackwell Publishing, 2006. p. 469-471.

_____. **Practical Rules When We Need Them and When We Don't**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 222p.

GREEN, Leslie. **Law and the Role of a Judge**. In: *Oxford Legal Studies*, v. 47, 2014, p. 1-30.

_____. **Legal Obligation and Authority**. In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2003. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/legal-obligation/>. Acesso em: 27 jul. 2015.

GREENE, Abner S. **Against Obligation – The Multiple Sources of Authority in a Liberal Democracy**. 1ª ed. Harvard: Harvard University Press, 2012. 352p.

GRENAWALT, Kent. **Conflicts of Law and Morality**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1989. p. 383.

GUR, Noam. **Actions, Attitudes, and the Obligation to Obey the Law**. In: *The Journal of Political Philosophy*, v. 21, n. 3, 2013, p. 326-356. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/jopp.12000/abstract>. Acesso em: 09 abr. 2015.

_____. **Are Legal Rules Content-independent Reasons?** In: *Problema*, v. 5, 2011, p. 175-210. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2014390. Acesso em: 09 abr. 2015.

_____. **Normative Weighing and Legal Guidance of Conduct**. In: *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, v. 25, n. 2, jul. 2012. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2130166. Acesso em: 09 abri. 2015.

HARDIMON, Michael O. **Role Obligations.** In: *Journal of Philosophy*, vol. 91, 1994. p. 333-63.

HART, Herbert L. A. **O Conceito de Direito.** São Paulo: Martins Fontes. 1ª Ed, 2009. 399p.

_____. **Positivism and the separation of law and morals.** In: *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, fev. 1958, p. 593-629. Disponível em: <http://www.umiacs.umd.edu/~horty/courses/readings/hart-1958-positivism-separation.pdf>; Acesso em: 04 jul. 2014.

HERSHOVITZ, Scott. **The Role of Authority.** In: *Philosophers' Imprint*, v. 11, n. 7, mar. 2011, p. 1-19. Disponível em: <http://quod.lib.umich.edu/cgi/p/pod/dod-idx/role-of-authority.pdf?c=phimp;idno=3521354.0011.007>. Acesso em: 04 nov. 2015.

HEUER, Ulrike. **Promise – Part 1.** In: *Philosophy Compass*, v. 7, n. 12, dez. 2012a, p. 832-841. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2012.00524.x/abstract>. Acesso em: 04 jun. 2015.

_____. **Promise – Part 2.** In: *Philosophy Compass*, v. 7, n. 12, dez. 2012b, p. 842-851. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2012.00523.x/abstract>. Acesso em: 04 jun, 2015.

HOHFELD, Wesley. **Fundamental Legal Conceptions: As Applied in Judicial Reasoning.** 1ª ed. Westport: Praeger Publishers, 1919. 114p.

HOLMES, Oliver Wendell. **Letter to Harold J. Laski (March 4, 1920).** In: HOWE, Mark DeWolfe, (ed.), *Holmes-Laski Letters*, vol. 1. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 1953.

HUEMER, Michael. **The Problem of Political Authority: An Examination of the Right to Coerce and the Duty to Obey.** 1ª ed. Hampshire: Palgrave Macmillan, 2013. 394p.

HURD, Heidi. **O Moral Combat.** 1ª ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Martins Fontes, 2003.484p.

HURKA, Thomas. **British Ethical Theorists from Sidgwick to Ewing.** 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2014. 320p.

JESKE, Diane. **Special Obligations.** In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2014. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/special-obligations/>. Acesso em 30 ago. 2014.

_____. **Special Relationships and the Problem of Political Obligations.** In: *Social Theory and Practice*, v. 27, n. 1, jan. 2001. p. 19-40.

KAGAN, Shelly. **Normative Ethics.** Boulder: Westview Press, 1997. p. 352.

KRAMER, Matthew H. **Legal and Moral Obligation.** In: GOLDING, Martin P; EDMUNDSON, Willian A. *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, 1ª ed. Blackwell: Blackwell Publishing, 2006. Cap. 12, p. 179-190.

KLOSKO, George. **Political Obligations.** 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2005. 266p.

KRESS, Ken; ALEXANDER, Larry. **Contra os princípios jurídicos.** In: MARMOR, Andrei. *Direito e Interpretação.* Trad. Luiz Carlos Borges. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Cap. 8, p. 419-492.

LAWFORD-SMITH, Holly. **Understanding Political Feasibility.** In: *The Journal of Political Philosophy*, v. 21, n. 3, 2013, p. 243-259. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9760.2012.00422.x/abstract> . Acesso em: 12 jan. 2016.

LUBAN, David. **Lawyers and Justice.** 1ª ed. Nova Jérsei: Princeton University Press, 1988. 472p.

LYONS, David. **Derivability, defensibility, and the justification of judicial decisions.** In: LYONS, David. *Moral aspects of legal theory: essays on law, justice and political responsibility.* 1ª ed. Cambridge? Cambridge University Press, 1993. 217p.

_____. **Ethics and the Rule of Law.** 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1984. 229p.

_____. **Moral aspects of legal theory: Essays on law, justice, and political responsibility.** 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1993. 217p.

MARMOR, Andrei. **Positive Law and Objective Values.** 1ª ed. Oxford: Clarendon Press, 2001. 200p.

MARTIN, Mike W. **Professional and Ordinary Morality: A Reply to Freedman.** In: *Ethics*, v. 91, jul. 1991, p. 631-633. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/2380299?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 25 jan. 2016.

MASON, Anthony. **Legislative and judicial law-making: can we locate an identifiable boundary?** In: *Adelaide Law Review*, v. 24, n.1, 2003, p. 15-36.

Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AdelLawRw/2003/4.pdf>.
Acesso em: 14 out. 2015

METZ, Thaddeus. **Moral Combat Review**. In: *The Philosophical Review*, v. 110, n. 3, jul 2001, p. 434-436. Resenha de: HURD, Heidi. **Moral Combat**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1999. 368p.

MILGRAM, Stanley. **Obedience to Authority: An Experimental View**. 1ª ed. Nova Iorque: Harper Perennial, 2009. 256p.

MILLER, David. **Social Justice**. 1ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1976. 367p.

MILLS, Jon K. **The morality of promising in good faith**. in: *The Journal of Value Inquiry*, v. 29, dec. 1995, p. 573-574. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/BF01237540>. Acesso em: 28 mai. 2015.

MOORE, Michael S. **Educating Oneself in Public – Critical Essays in Jurisprudence**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2000. 464p.

_____. **Four Reflections on Law and Morality**. In: *William & Mary Law Review*, v. 48, n. 5, 2007, p. 1523-1569. Disponível em: <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1185&context=wmlr>. Acesso em: 21 abr. 2015.

MURPHY, Mark C. **Philosophy of Law - The Fundamentals**. 1ª ed. Blackwell: Blackwell Publishing, 2007. 214p.

NAGEL, Thomas. **Mortal Questions**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1979. 224p.

PERRY, Stephen. **Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law**. In: HERSHOVITZ, Scott. *Exploring Law's Empire*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2008. Cap. 8, p. 183-206.

POSCHER, Ralf. **Ambiguity and Vagueness in Legal Interpretation**. In: SOLAN, Lawrence; TIERSMA, Peter (eds.). *Oxford Handbook On Language And Law*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: Acesso em: 5 ago. 2015.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. 1ª ed. Cambridge: Harvard University Press, 2008. 400p.

_____. **The Role of the Judge in the Twenty-Fist Century**. In: *Boston University Law Review*, v. 86, 2006. P. 1049-1068.

RAZ, Joseph. **A Moralidade da Liberdade**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. 407p.

_____. **Practical Reason and Norms**. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 1999. 220p.

_____. **The Authority of Law – Essays on Law and Morality**. 2ªed. Oxford: Oxford University Press, 2009. 360p.

REEVES, Anthony R. Reeves. **Do Judges Have an Obligation to Enforce the Law?** Moral Responsibility and Judicial Reasoning. In: *Law and Philosophy*, v. 29, n. 2, mar. 2009. p. 159-187. Disponível em: <http://philpapers.org/rec/REEDJH> Acesso em: 27 ago. 2014.

RENZO, Massimo. **Associative Responsibilities and Política Obligations**. In: *Philosophical Quarterly*, v. 62, n. 246. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-9213.2011.00002.x/abstract>. Acesso em: 26 abr. 2015.

ROSS, W.D. **The Right and the Good**. 1ª ed. Oxford: Clarendon Press, 1930. 256p.

SCHAUER, Frederick. **Is There a Psicologia of Judging?** In: KLEIN, David. E.; MITCHELL, Gregory. *The Psicologia of Judicial Decision Making*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010. Cap. 7, p. 103-120.

_____. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life**. Oxford: Clarendon Press, 1991. 272p.

_____. **Rules and the Rule of Law**. In: *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 14, 1991, p. 645-692. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hjlp14&div=50&id=&page=>. Acesso em 09 set. 2015.

_____. **When and How (If at All) Does Law Constrain Official Action?** (The Sibley Lecture). In: *Georgia Law Review*, v. 45, n. 1, 2010. p. 1-40.

SCHLAG, Pierre. **How to do Things with Hohfeld**. In: *Law and Contemporary Problems*, v. 78, mar. 2015, p. 186-233. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2465148. Acesso em: 2015.

SHAPIRO, Martin. **Judges as Liars**. In: *Harvard Law Review and Public Policy*, v. 17, jan. 1994, p. 155-156. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/266>. Acesso em: 16 nov. 2014.

SHAPIRO, Scott. **Authority**. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott. *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2004. Cap. 10, p. 383-440.

_____. **Judicial Can't**. In: *Philosophical Issues*, v. 11, n. 1, out. 2001. p. 530-557.

SHEINMAN, Hannoeh. **The Embedding Social Context of Promises and Contracts**. In: GREEN, Leslie; LEITER, Brian. *Oxford Studies in Philosophy of Law: Volume 2*. 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2013. Cap. 8, p. 228-276.

SHEPPARD, Stephen Michael. **I Do Solemnly Swear**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. 276p.

SIMMONS, A. John. **Associative Political Obligations**. In: *Ethics*, v. 106, n. 2, jan., 1996, p. 247-273. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1344435. Acesso em: 26 abr. 2015.

_____. **Justification and Legitimacy: Essays on Rights and Obligations**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. 292p.

_____. **Moral Principles and Political Obligations**. 1ª ed. Princeton: Princeton University Press, 1981. 248p.

SMITH, M. B. E. N. **May Judges Ever Nulify the Law**. In: *Notre Dame Law Review*, v. 74, n. 5, jan. 1999, p. 1657-1671. Disponível em: <http://scholarship.law.nd.edu/ndlr/vol74/iss5/9>. Acesso em: 02 jul. 2014.

SINNOTT-ARMSTRONG, Walter. **A Patchwork Quilt Theory of Constitutional Interpretation**. In: CAMPBELL, Tom, D.; STURT, Charles; GOLDSWORTHY, Jeffrey. *Judicial Power, Democracy and Legal Positivism*. 1ª ed. Burlington: Ashgate Publishing, 2000. c. 13, p. 315-334.

SOLUM, Lawrence B. **Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging**. In: *Metaphilosophy*, v. 34, n. 1/2, Jan. 2003, p. 178-213, Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=369940. Acesso em 15 nov. 2014.

SOPER, Philip. **The Ethics of Deference – Learning from Law's Morals**. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. 189p.

STRUCHINER, Noel; SHECAIRA, Fábio Perin.. **A distinção entre o direito e moral e a distinção moral do direito**. In: *Revista de Direito do Estado*, n. 22, jan-mar. 2012, p. 131-145.

STRUCHINER, Noel. **O “aparente” paradoxo das regras.** In: *Ethic@*, v.8, n.3, mai. 2009, p. 63-71.

SUNSTEIN, Cass R. **Must Formalism be Defended Empirically?** In: *Law & Economics Working Papers*, n. 70, mar. 1999, p. 1-37. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1329&context=law_and_economics. Acesso em: 05 set. 2015.

TAMANAH, Brian. **A Concise Guide to the Rule of Law.** In: *St. John's Legal Studies*, n. 07, 2007, p. 1-20. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1012051##. Acesso em: 16 nov. 2014.

THOMAS, E. W. **The Judicial Process – Realism, Pragmatism, Practical Reasoning and Principles.** 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 444p.

TUMONIS, Vitalius. **Legal Realism & Judicial Decision-Making.** In: *Jurisprudencija*, v. 19, n. 4, 2012, p. 1361-1382. Disponível em: https://www.mruni.eu/upload/iblock/e5f/008_tumonis.pdf. Acesso em: 28 mai. 2015.

VAN DER BURG, Wibren. **Slippery Slope Arguments.** In: CALLAHAN, Dan; SINGER, Peter; CHADWICK, Ruth. *Encyclopedia of Applied Ethics*, 2ª ed., v.1. Massachusetts: Academic Press, 2012, p. 122-133.

VOSSSEN, Bas Van Der. **Associative Political Obligations.** In: *Philosophy Compass*, v. 6, n. 7, jul. 2011, 477-487. Disponível em: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1747-9991.2011.00412.x/abstract>. Acesso em: 20 nov. 2015.

WACKS, Raymond. **Law, Morality and the Private Domain.** 1ª ed. Hong Kong: Hong Kong University Press, 2000. 356p.

WALDRON, Jeremy. **Do Judges Reason Morally?** In: *Expounding the Constitution – Essays in Constitutional Theory.* HUSCROFT, Grant (ed.). 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. Cap. 2, p. 38-64.

_____. **Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?** In: *Law and Philosophy*, v. 21, n. 2, mar. 2002, p. 137-164. Disponível em: http://users.ox.ac.uk/~lawf0068/ROL_ECC.LP.perps.pdf. Acesso em: 30 nov. 2014.

_____. **Judges as Moral Reasoners.** In: *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 4, out. 2014, p. 841-852. Disponível em: <http://icon.oxfordjournals.org/content/7/1/2.short>. Acesso em: 21 abr. 2015.

WELLMAN, Christopher Heath; SIMMONS, John A. **Is There a Duty to Obey the Law?** 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. 216p.

WELLMAN, Christopher H. **Associative Allegiances and Political Obligations.** In: *Social Theory and Practice*, v23, n. 2, 1997, p. 181-204. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/23559181?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 30 nov. 2015.

WENAR, Leif. **Rights.** In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2015. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/rights/>. Acesso em: 14 dez. 2015.

WOLFF, Jonathan. **Pluralistic Models of Political Obligation.** In: *Philosophics*, v. 56, n. 2, 1995, p. 7-27. Disponível em: <http://logica.ugent.be/philosophica/fulltexts/56-2.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

WOLFF, Susan. **Moral Obligations and Social Commands.** In: NEWLANDS, Samuel; JORGENSEN, Larry M. *Metaphysics and the Good.* 1ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. Cap. 10, p. 343-367.

ZIMMERMAN, Michael J. **Duty and Obligation.** In: LAFOLLETTE, Hugh (ed.). *The International Encyclopedia of Ethics.* 1ª ed. Blackwell: Blackwell Publishing, 2013. p. 1483-1496.

_____. **On the Fulfillment of Moral Obligation.** In: *Ethical Theory and Moral Practice*, v. 9, n. 5, p. 577-597. Disponível em: <http://link.springer.com/article/10.1007/s10677-006-9037-3>. Acesso em: 29 out. 2015.

8 Anexo

LEITURAS POSSÍVEIS DO PAPEL JUDICIAL:						
	Tipo de leitura	Método de decisão judicial	Tipo de razão para aplicar o direito institucional	Relação da leitura sobre a função judicial	Impacto dos desvios para cada leitura	Atribuições do papel judicial
Quaisquer sistemas jurídicos	Leitura institucional extrema	Formalismo	<i>All-things-considered</i>	Há o dever moral de aplicar todo padrão jurídico	Desvios não são admitidos	Só há o dever legal de aplicar o direito positivo
Sistemas jurídicos razoavelmente justos	Leitura institucional	Formalismo ou formalismo presumido	<i>All-things-considered</i>	Há o dever moral de aplicar todo padrão jurídico	Desvios não são admitidos	Só há deveres e permissões institucionais, dirigidos à aplicação do direito positivo
	Leitura <i>quasi</i>-institucional restritiva	Formalismo “permeável”	<i>Pro tanto</i>	Não há dever moral de aplicar todo padrão jurídico institucional. Quando subótimo, faz parte da função judicial afastá-lo.	Desvios são admitidos, com restrições	Há o dever de aplicar o direito positivo. Também há ou a permissão, ou o dever moral para decidir contra resultados subótimos até certo limite;

Sistemas jurídicos razoavelmente justos	Leitura <i>quasi</i>-institucional liberal	Particularismo sensível a regras	<i>Pro tanto</i>	Não há dever moral de aplicar todo padrão jurídico institucional.	Desvios são admitidos	Há o dever de aplicar o direito positivo. Também há o dever moral para decidir contra resultados subótimos
	Leitura <i>quasi</i>-institucional <i>jusnaturalista</i>	Particularismo sensível a regras	<i>Pro tanto</i>	Não há dever moral de aplicar todo padrão jurídico institucional.	Desvios são admitidos	Há o dever de aplicar o direito positivo. Também há o dever moral para decidir contra resultados subótimos
Quaisquer sistemas jurídicos	Leitura “agnóstico-institucional”	Particularismo	Não há qualquer razão de peso para aplicar o direito	Não há qualquer dever moral de aplicar o direito institucional. O direito pode ser afastado em qualquer caso.	Desvios são admitidos	Não há qualquer dever de aplicar o direito. É admitido que o juiz seja sempre discricionário.