

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DO RIO DE JANEIRO



Lucas Filardi Grecco

Teorias ideais e Teorias não-ideais da Adjudicação

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio

Orientador: Prof. Noel Struchiner

Rio de Janeiro
Abril de 2017



Lucas Filardi Grecco

Teorias ideais e teorias não-ideais da adjudicação

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

Prof. Noel Struchiner

Orientador

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^ª. Bethânia de Albuquerque Assy

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Fábio Perin Shecaira

UFRJ

Prof^ª. Mônica Herz

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

Rio de Janeiro, 11 de abril de 2017.

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

Lucas Filardi Grecco

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (2014). Candidato ao título de mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Tem como principal área de interesse a filosofia do direito e se dedica principalmente as teorias normativas da adjudicação

Ficha Catalográfica

Grecco, Lucas Filardi

Teorias ideais e teorias não-ideais da adjudicação / Lucas Filardi Grecco; orientador: Noel Struchiner. – 2017.

119 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2017.

Inclui Referências bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Adjudicação. 3. Metodologia filosófica. 4. Teoria ideal e não ideal. 5. Formalismo. 6. Particularismo. I. Struchiner, Noel. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Para meus pais, Elena e Luiz Fernando,
pelo apoio e confiança.

Agradecimentos

Agradeço primeiramente a minha família e, principalmente, aos meus pais – Elena e Luiz Fernando - que sempre me ajudaram em todos os momentos destes dois anos de pós-graduação. Se não fosse por eles, provavelmente, não conseguiria concluir este trabalho. Muito obrigado por todos os sacrifícios que fizeram por mim

Ao Noel Struchiner, meu orientador, por ter aceitado orientar um trabalho tão diferente de sua especialidade e de seus interesses atuais. Muito obrigado pela confiança depositada em minha pessoa e pelas valiosas dicas durante todo esse projeto. Também agradeço por toda a amizade, dicas profissionais e apoio.

Ao CNPQ por ter financiado este trabalho por dois anos e a PUC Rio pela excelente estrutura, tanto física como humana, do programa de pós-graduação em direito. Aos secretários Carmen e Anderson por sempre terem sido solícitos, gentis e prestativos em tudo que eu precisei.

Ao Libgen por ter disponibilizado gratuitamente uma boa parte da bibliografia que eu utilizei nesta pesquisa.

Ao Fábio Shecaira por ter debatido comigo sobre o tema dessa dissertação, às valiosas sugestões bibliográficas e as dicas profissionais. Obrigado, também, pelas ótimas discussões durante a disciplina de filosofia do direito na UFRJ. Aprendi a ser um pesquisador melhor.

Aos amigos do Rio de Janeiro por terem me recebido com tanto carinho; e ao bom humor, amizade, companheirismo e respeito que sempre pautaram nossa convivência durante esses dois anos. Obrigado turma ‘amor y juego’! Agradeço, especialmente ao Guilherme, Úrsula, Rodolfo e Rebeca por tudo o que fizeram por mim. Especialmente a Úrsula, agradeço-a por ter corrigido os primeiros capítulos dessa dissertação.

Aos meus melhores amigos: Filipe Martone, Gabriela Bazan, Bruno Nardi, Igor Bazan, Luciana Helena Gonçalves, Talita Grecco, Vinicius Faggion e Lucas

Miotto por sempre terem me apoiado e tornado os momentos mais difíceis desses dois últimos anos mais agradáveis. Aos dois últimos, em especial, agradeço por terem discutido algumas ideias desse projeto.

Resumo

Grecco, Lucas Filardi; Struchiner, Noel. **Teorias ideais e Teorias não-ideais da Adjudicação**. Rio de Janeiro, 2017. 119p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Teorias ideais e teoria não-ideais da adjudicação são uma distinção metodológica dentro das teorias normativas da adjudicação. A última considera que a metodologia das teorias normativas deve ser adequada ao que podemos esperar de seres humanos ordinários. Autores do formalismo jurídico como Larry Alexander, Cass Sunstein e Adrian Vermeule estão associados a essa metodologia. O primeiro, por sua vez, considera que esta não é uma restrição normativamente relevante. Podemos defender teorias cujos padrões normativos violam o que podemos esperar de seres humanos ordinários. O particularismo de Dworkin é o principal expoente desse método. A pergunta central é se há um conflito genuíno entre esses dois métodos. Para responder essa pergunta, divido as teorias ideais em duas vertentes: teorias ideais não-orientador e teorias ideais orientadoras. Defendo que há um conflito metodológico apenas entre os métodos não-ideias e este último. Por fim, sugiro que a reflexão sobre esses métodos é importante para desenvolver novos projetos normativos, nomeadamente, do formalismo ideal e que tal empreitada é intelectualmente valiosa.

Palavras-chave

Adjudicação; metodologia filosófica; teoria ideal e não ideal; formalismo; particularismo; filosofia política

Abstract

Grecco, Lucas Filardi; Struchiner, Noel(Advisor). **Ideal and non-ideal theories of adjudication**. Rio de Janeiro, 2017. 119p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Ideal theories and non-ideal theories of adjudication are a methodological distinction within normative theories of adjudication. The latter consider that the methodology of normative theories must be adequate to what we might expect from ordinary human beings. Legal formalist scholars such as Larry Alexander, Cass Sunstein e Adrian Vermeule are associated with this methodology. The latter, in turn, believe that this is not a normatively relevant constraint. We can defend theories whose normative standards violate what we might expect from ordinary human beings. Dworkin's particularism is the chief exponent of this method. The central question is whether there is a genuine conflict between these two methods. To answer this question, I divide ideal theories into two strands: non-orienting ideal theory and orienting ideal theory. I argue that there is a methodological conflict only between non-ideals and the latter. Finally, I suggest that reflection on these issues is important to developing new normative projects, namely, ideal formalism and that such enterprise is intellectually valuable.

Keywords

Adjudication; philosophical methodology; ideal and non-ideal theory; particularism; formalism; political philosophy

Sumário

1.	Introdução	10
2.	Adjudicação Ideal e Não-ideal	14
2.1	Considerações iniciais	14
2.2	Por que o Formalismo?	20
2.3	O Particularismo de Ronald Dworkin	31
2.4	Desacordos comuns e o que está faltando	39
3.	O Idealismo Orientador	43
3.1	Origens do debate	43
3.2	O problema da distinção	47
3.3	Categorias de Teorias Ideais	52
3.4	A defesa do Idealismo Orientador de Rawls e as objeções de Sen	53
3.5	Em defesa da orientação - as objeções de Simmons , Valentini e Lawford-Smith contra Sen	57
3.6	As objeções de Gaus ao Idealismo Orientador	61
3.7	Orientação Fraca	69
4.	O idealismo Não-orientador	74
4.1	Introdução	74
4.2	Os argumentos de Estlund em favor do Idealismo não-orientador	78
4.3	O que há de bom em Teorias Não-orientadoras?	83
5	Repensando a Adjudicação	93
5.1	Reinterpretando os debates	93
5.2	Dworkin reconsiderado	97
5.3	Novos Projetos	104
5.3.1	Liberalismo Clássico e Liberalismo Neoclássico: a importância da mudança metodológica	106
5.4	Qual o melhor critério?	110
6	Conclusão	114
7	Referências bibliográficas	116

1. Introdução

Uma das preocupações centrais da filosofia política é estabelecer como deveríamos organizar nossas instituições sociais para vivermos num mundo mais justo. Por instituições entendo a ideia de “regras do jogo numa sociedade, ou de uma maneira mais formal, as restrições humanamente planejadas que moldam a interação humana”¹ (NORTH, 1990, p. 03). Pense na riqueza: ouro, terras, dinheiro e patentes. Como deveríamos distribuir esses recursos de maneira justa? É justo que a riqueza seja distribuída de maneira privada entre as pessoas? Ou elas deveriam controlá-la coletivamente? Supondo, apenas para simplificar a questão, que essas são nossas únicas opções, não é fácil enxergarmos o que há de bom ou mau em quaisquer uma delas. O trabalho central dos filósofos políticos é tentar, através de diversos métodos e estratégias argumentativas, persuadir as pessoas sobre qual destas opções deveríamos implantar, tendo em vista que uma das escolhas acima promove uma sociedade melhor.

Nos últimos 40 anos, John Rawls e os filósofos por ele influenciados, propõem que o método adequado para se avaliar quando a riqueza é distribuída de maneira justa se dá através da elaboração de “teorias ideais”. No trabalho de Rawls, uma teoria ideal é aquela em que pressupomos que todas as pessoas obedecerão aos princípios de justiça, que existem recursos naturais suficientes para criarmos as instituições sociais justas e que os princípios escolhidos não sejam demasiadamente exigentes ao ponto de desmotivarmos as pessoas a obedecê-los. Rawls afirma que concordaríamos que a teoria ideal de justiça implicaria nos “dois princípios de justiça”, cuja consequência seria a redistribuição da riqueza para beneficiar as pessoas menos favorecidas da sociedade.

Essa perspectiva de responder a problemas normativos políticos, no sentido de como as instituições deveriam ser de um ponto de vista ideal, foi estendida a diversas áreas da ética e da política. Embora, à primeira vista, esse método de pensar problemas políticos pareça descolado de preocupações mundanas, pois

¹ Tradução livre de: “rules of the game in a society or, more formally, are the humanly devised constraints that shape human interaction”

sabemos que as pessoas nem sempre obedecerão aos princípios morais, Rawls (1999, p. 08) acreditava que a teoria ideal era “a única base para compreensão sistemática desses problemas (não-ideais) mais urgentes”². Em outras palavras, se queremos compreender as injustiças do nosso mundo efetivo, primeiramente, precisamos saber o que a justiça perfeita nos tem a dizer. Sem esse conhecimento, estamos numa posição pior ao avaliarmos nossas instituições sociais relevantes.

Nem todos os filósofos políticos estão satisfeitos com essa abordagem. Farrelly (2007), por exemplo, acredita que o método de justiça ideal é inadequado para decidir sobre questões de distribuição da riqueza. Em sua visão, Rawls falha por não levar a sério o problema da escassez. Não é plausível pressupor que existam “condições favoráveis” para a criação das instituições justas. Sociedades reais enfrentam, precisamente, a falta de recursos quando enfrentam à injustiça. E tal circunstância pode afetar o próprio conteúdo dos princípios de justiça. A ideia de Farrelly é que precisamos considerar com carinho as condições empíricas do mundo, como a escassez de recursos, a tecnologia e a natureza humana. Portanto, a contraproposta é que teorizar sobre justiça, como sublinha Schmidtz (2011, p. 772) interpretando a obra de Sen (2009), “teria que dizer respeito a passos reais que pessoas de carne e osso podem tomar aqui e agora para tornar o mundo um lugar melhor”³. Em outras palavras: teorias não-ideais são a metodologia adequada quando avaliamos instituições.

Na filosofia do direito acredito que exista um debate da mesma natureza. Queremos compreender que métodos são adequados para avaliarmos se as instituições jurídicas, como a punição, a argumentação jurídica, a distribuição da propriedade, são justas ou injustas. Uma dessas áreas é a teoria normativa da adjudicação. Sua questão central é investigar por que os raciocínios legais como precedentes, regras, princípios e analogias são moralmente adequados para decidir casos jurídicos. Por que é bom usar regras? Por que decidir usando precedentes é moralmente adequado?

Em primeiro lugar, é óbvio que cada raciocínio legal levanta questionamentos próprios. Regras e precedentes são coisas diferentes. É possível

² Tradução livre de: “the only basis for the systematic grasp of these more pressing [nonideal] problems”

³ Tradução livre de: “It would have to be about real steps that real people can take here and now to make the world a better place”

que a razão pela qual o primeiro é justo seja diferente da do segundo. Eu não pretendo entrar nesse tipo de debate nesta dissertação. Minha pergunta é mais abrangente: que métodos são mais adequados quando investigamos a justiça de raciocínios legais, quaisquer que sejam eles? É precisamente neste aspecto que acredito que o debate entre metodologias ideais e não ideais está localizado.

Filósofos como Larry Alexander (1999) e Frederick Schauer (1991) apontam para uma metodologia não-ideal ao afirmarem que devemos levar a sério como juízes são de fato ao avaliarmos a justiça da utilização desses raciocínios. Juízes têm capacidades cognitivas medianas, tempo limitado para julgarem os casos, e vieses que influenciam em suas considerações. Se colocarmos esses fatos na balança, precisamos defender uma forma de raciocínio que minimize essas imperfeições humanas. Sunstein (1999) e Sunstein & Vermeule (2003) defendem diretamente essa metodologia ao afirmarem que raciocínios legais precisam se enquadrar teorias empíricas de custo e benefício.

Dworkin (1986), por outro lado, parece não aceitar essa metodologia. Sua teoria do ‘direito como integridade’, aparentemente, não está preocupada com a limitação esboçada acima. Dworkin afirma que juízes ao decidem casos legais precisam tratar o direito de maneira que este se encaixe nas decisões do passado e, ao mesmo tempo, justifique a prática jurídica em sua melhor luz. Na visão de Dworkin, isso é exemplificado pelo seu experimento mental do juiz Hércules: um juiz com capacidade cognitiva, tempo e bondade super-humana. Mesmo sabendo que juízes reais não são assim, eles precisam se esforçar para aproximarem-se do que Hércules teria feito. Falta de tempo, parcialidade e pouca inteligência não são desculpas para aquilo que juízes deveriam fazer. Isso contrasta com a resposta de Alexander e Schauer, pois não precisamos estar demasiadamente comprometidos com a descrição da capacidade de seres humanos ordinários, como as do parágrafo anterior, quando justificamos qual raciocínio jurídico eles deveriam utilizar. Em suma: na visão de Dworkin métodos ideais parecem ser a maneira apropriada de avaliarmos a adjudicação.

Pretendo tratar com mais rigor essa disputa metodológica entre métodos ideais e não-ideais; e num segundo momento, trazer os resultados dessa investigação para junto das teorias normativas da adjudicação. Há genuinamente

um conflito entre ambas as perceptivas? Quando investigamos problemas normativos estamos, já de início, diante de escolhas mutuamente excludentes? Ou será que esses métodos podem conviver harmoniosamente, de maneira que cada um possui vantagens e desvantagens próprias, e, dependendo dos nossos objetivos teóricos, a escolha de um é mais adequada que a do outro? A tese central dessa dissertação é que esses dois métodos são compatíveis: filósofos ao utilizarem metodologias ideais - ao menos uma versão qualificada desta metodologia - estão preocupados com um aspecto específico de problemas normativos, enquanto filósofos que preferem metodologias não-ideais, com outro. Os dois métodos podem ser utilizados sem atrito.

Para defender essa tese, divido esta dissertação em cinco capítulos. No segundo capítulo faço uma pesquisa na filosofia do direito. Meu objetivo é mostrar como esse debate metodológico é relevante. Investigarei os argumentos dos autores mencionados acima e afirmarei que os filósofos do direito ainda não abordaram o suposto conflito entre métodos ideais e não-ideais. No terceiro e no quarto capítulo coloco essa disputa metodológica em relevo: trarei os principais debates dessa disputa metodológica. O principal objetivo é apresentar o que querem idealistas como essa metodologia, e se há genuinamente um conflito com métodos não-ideais. Mostrarei que há duas versões das teses idealistas: o idealismo orientador e o não orientador. A diferença entre eles é a função atribuída às idealizações. Os primeiros defendem uma função prática e os segundos, não-prática. No quinto capítulo retorno a filosofia do direito e reexamino os compromissos metodológicos pressupostos pelos filósofos do direito. Defendo que só há conflito entre teorias ideais orientadoras e métodos não-ideais. Somado a isso, argumento que estamos perdendo projetos normativos importantes por não refletirmos sobre essas questões metodológicas.

2. Adjudicação Ideal e Não-ideal

Neste capítulo pretendo mostrar como os teóricos da adjudicação aqui apresentados possuem métodos diferentes para avaliar se as práticas adjudicativas são justas. Em primeiro lugar, apresento as teorias do formalismo de Larry Alexander, Frederick Schauer, Sunstein e Vermeule. Após isso, introduzo a teoria do direito como integridade de Ronald Dworkin, a qual rivaliza com a dos autores mencionados anteriormente. Em segundo lugar, sublinho que embora existam grandes desacordos entre ambas as perspectivas, o tema central desta dissertação não foi explorado. Ou seja, os autores da filosofia do direito não abordaram o suposto conflito metodológico entre teorias ideais e não-ideais.

2.1 Considerações iniciais

Na introdução deste trabalho afirmei que o problema central desta dissertação é compreender os diferentes métodos de avaliação da justiça de raciocínios legais. De início, quero fazer três esclarecimentos sobre o escopo dessa afirmação. Primeiramente, o conceito de raciocínio legal é utilizado pelos filósofos do direito para expressar três ideias distintas: “ (a) raciocinar para estabelecer o conteúdo do direito a uma dada questão; (b) raciocinar do conteúdo estabelecido pelo direito até a decisão que a corte deve alcançar num caso relativo à questão que lhe foi submetida; e (c) raciocinar sobre a decisão que as cortes devem alcançar considerando-se todas as coisas”⁴ (DICKSON, 2014). Nesta dissertação utilizo o conceito de raciocínio legal numa versão qualificada de (c). Explico.

⁴ Tradução livre de “(a) reasoning to establish the existing content of the law on a given issue, (b) reasoning from the existing content of the law to the decision which a court should reach in a case involving that issue which comes before it, and (c) reasoning about the decision which a court should reach in a case, all things considered”

As duas primeiras ideias são as mais comuns em filosofia do direito. Em (a) o que se pretende investigar é de que maneira uma teoria da interpretação jurídica pode auxiliar na determinação do conteúdo do direito. Vamos a um exemplo. Sabemos que as pessoas possuem direitos legais como obrigações, imunidades e permissões. Por exemplo: é proibido dirigir alcoolizado, livros são imunes ao poder estatal de tributação e nada impede que se caminhe no parque Lage vestindo chinelos. Como sabemos que é este, de fato, o conteúdo do direito? Parece que a resposta nestas situações é bastante trivial, pois, basta abrir o código civil, a constituição ou o estatuto do parque Lage para sabermos qual é o conteúdo do direito. Nossas habilidades ordinárias de leitura e de compreensão linguística básica parecem ser elementos suficientes na nossa teoria de interpretação jurídica. Sabemos o conteúdo do direito por sermos leitores competentes. Todavia, as coisas ganham profundidade quando enfrentamos casos mais complexos. Imagine, por exemplo, qual é o direito nos casos decididos pelo STF: casos envolvendo o direito ao aborto, as cotas raciais e o financiamento eleitoral de campanha. Aqui parece que há algo a mais envolvido do que nos casos mais triviais, pois não só essas questões são moralmente mais sensíveis, como também demandam um esforço intelectual sofisticado por parte dos ministros. Uma teoria mais robusta da argumentação jurídica é necessária para explicar como determinamos o conteúdo do direito nessas situações. Caso contrário, podemos nos questionar se, de fatos, os ministros estão genuinamente estabelecendo o conteúdo do direito ou fazendo uma outra coisa qualquer.

A ideia (b) é um desdobramento de (a). Imaginemos que tenhamos uma ideia razoável de como determinar o conteúdo do direito para os casos citados no parágrafo anterior. Imagine que o aborto é proibido sob qualquer circunstância, mesmo nos casos em que, aparentemente, temos boas razões para pensarmos que há algo de errado nessa proibição. Por exemplo: nas situações em que temos um feto com má formação genética e o atual estado tecnológico da medicina impossibilita qualquer chance de sobrevivência pós-parto. Podemos questionar a força que o conteúdo do direito impõe aos juízes que decidem este caso particular. Nesse caso, nossa inquietação se dá a partir do momento que conhecemos o direito: dado seu conteúdo, segue-se que juízes têm dever de aplicá-lo? O conteúdo dessa pergunta é, sobretudo, normativo. Está em causa, dentre tantas

outras coisas, a extensão de deveres morais e legais dos adjudicadores. Aparentemente, os teóricos que se preocupam com (b) dificilmente negarão que exista um grau de liberdade criativa. O detalhe parece ser determinar o quanto dessa liberdade é desejável.

A definição (c) é, aparentemente, semelhante à (b). Ambas são definições que envolvem aspectos normativos do raciocínio legal. Ou seja, as duas põem em relevo quais são os deveres que as cortes possuem quando decidem casos legais. Se lermos rapidamente as duas definições, a pista que nos permite distingui-las parece ser a expressão em (c) “considerando todas as coisas”. O que significa essa expressão? Segundo Dickson (2014), quando filósofos do direito a utilizam, no contexto do raciocínio legal, eles estão colocando em questão a aplicação do direito em sistemas jurídicos sistematicamente injustos, como o sistema nazista. Juízes devem ou não considerar o direito produzido nesses sistemas? Dickson (2014) afirma que a origem de (c) deu-se no famoso debate Hart-Fuller, onde os dois filósofos debateram intensamente essas questões. Portanto, geralmente quando filósofos do direito utilizam (c), eles estão querendo investigar quais são os deveres de oficiais perante sistemas profundamente injustos.

Há uma segunda maneira de explorarmos (c). Enquanto Hart-Fuller querem compreender a adjudicação em sistemas injustos, podemos ampliar essa perspectiva de maneira que inclua a adjudicação em sistemas parcialmente justos. Em outras palavras, ao invés de questionarmos se é justo juízes aplicarem leis em sistemas injustos, nos perguntamos o que há de justo quando juízes aplicam o direito criado em sistemas jurídicos minimamente justos.

É difícil definir as condições que um sistema jurídico precisa satisfazer para que o consideremos justo. Não pretendo fornecer minuciosamente esses critérios, pois isso foge dos objetivos dessa dissertação. Utilizo apenas uma definição estipulativa do que acredito serem sistemas parcialmente justos: os sistemas jurídicos que temos em países como Inglaterra, Estados Unidos e Brasil; sobretudo, os sistemas das democracias constitucionais contemporâneas, em que há a separação de poderes, judiciário independente e eleições regulares. Se você for um anarquista ou um epistocrata, provavelmente não concordará com esses exemplos. A grosso modo, para o primeiro somente sistemas jurídicos privados

são justos; já para o segundo, são justos apenas sistemas jurídicos que cumprem exigências mínimas de conhecimento técnico relevante.

Ambos podem manter suas ideias sem prejuízo à leitura deste trabalho. A razão disso é que eu só pressuponho – sem me comprometer com uma visão específica – que alguma condição mínima de justiça deve ser realizada para nos perguntarmos porque é justa a utilização de um ou outro método de raciocínio legal. Minha opção pelos sistemas citados acima é meramente cômoda, pois penso que a maioria das pessoas considera que esses são os exemplos paradigmáticos de sistemas jurídicos justos. Essas pessoas podem estar erradas. Talvez anarquistas e epistocratas tenham razão. Por outro lado, se eu partir da concepção de sistemas jurídicos justos defendidos por estes dois, esse trabalho causará muito mais estranheza ao leitor, algo que não é desejável, uma vez que discutir esse tópico não é meu objetivo principal.

Outra razão para pensarmos que o debate sobre os critérios do que constitui um sistema jurídico justo seja secundário é que, aparentemente, as teses sobre a justificação dos sistemas jurídicos se enquadram, sem grandes exigências, nas teorias da adjudicação que exploraremos neste capítulo. Ou seja, as teses da adjudicação são compatíveis com a grande maioria dos modelos de sociedade justa como o anarquismo, o liberalismo clássico, o comunismo, a social democracia, dentre outros.

Tomemos, por exemplo, o experimento mental do “acampamento de férias” defendido por Cohen (2009). Neste experimento, Cohen defende que inexistente a propriedade privada em uma sociedade justa. Sua inexistência implica que as pessoas se tratam como iguais e preocupam-se genuinamente umas com as outras. Elas formam uma comunidade verdadeira, que, por sua vez, é a base de uma sociedade justa. Compare o experimento de Cohen com o experimento da sociedade capitalista do “clube de férias do Mickey Mouse” defendida por Brennan (2014). Brennan tenta mostrar que se realmente nos preocuparmos com o tratamento igualitário, sociedades que possuem propriedade privadas são moralmente superiores às que não a possuem, como o acampamento de Cohen. Não sei qual dos dois está correto, mas, sem dúvidas, os modelos de sociedades defendidos por cada um deles são muito diferentes um do outro. No clube de

férias do Mickey é permissível que os cidadãos sejam titulares de propriedade e a utilizem da maneira que bem entenderem. Mickey pode pintar seu carro com as cores da bandeira de Patópolis, rebaixar sua suspensão até que fique a três centímetros do solo ou instalar luzes de neon no para-choque. Se Mickey se cansar, ele pode colocar fogo no carro e utilizá-lo como fogueira para comer *marshmallows* junto a Huguinho, Zezinho e Luizinho. Mickey não deve coisa alguma a ninguém. Na sociedade de Cohen, por outro lado, toda a propriedade é gerenciada pelos membros do acampamento. Mickey não poderia fazer as coisas que havia feito no clube de férias. Não há um carro que seja “seu”. Tudo pertence aos membros do acampamento. Conseqüentemente, Mickey precisa convocar uma reunião para decidir sobre o incêndio do carro. Caso os membros acreditem que isso é do interesse comum, Mickey pode fazer tal coisa.

Imagine, agora, como é a adjudicação nessas sociedades tão diametralmente opostas. Imaginemos que Mickey e Tio-Patinhas tenham uma disputa qualquer sobre a ‘moeda número 1’ tanto no clube de férias quanto no acampamento. Aparentemente, só temos duas grandes opções de modelos de adjudicação. O primeiro é o juiz formalista. Ele decide utilizando o sentido convencional das leis do clube de férias ou do acampamento, e ignora a justificação por trás desses materiais legais. O segundo, é o juiz particularista que, em contrapartida, é mais sensível a essas justificações. Ele decide favoravelmente à parte que instancia o propósito da existência das leis do acampamento ou do clube. Portanto, juízes no ‘acampamento de férias’ ou no ‘clube de férias do Mickey Mouse’ não escapam desses dois modelos de decisão (próxima seção explicarei o que são essas teses).

Um último detalhe: é verdadeiro que certos modelos de adjudicação parecem ser mais bem-vindos em certos modelos de sociedade justa. Formalistas podem afirmar, por exemplo, que o formalismo é o modelo de adjudicação mais adequado à democracia. Particularistas, por sua vez, podem disputar essa assertiva e alegarem o contrário. Portanto, a grosso modo, esses argumentos preocupam-se em explorar a conexão entre modelos de adjudicação e sociedades justas. Esse não é o foco dos argumentos que eu exploro nesta dissertação. Os argumentos que eu investigo são mais amplos e, geralmente, são do tipo: o que há de bom na adjudicação particularista ou formalista por direito próprio? Em outras palavras, sem tentarmos estabelecer essa ponte entre sociedades justas e adjudicação, o que

faz um determinado modelo de adjudicação ser bom? É possível ver que as perguntas são diferentes. Quem se preocupa com teses de conexão pode ler esse trabalho sem prejuízo.

Em segundo lugar, não tratarei das questões de interpretação e interpretação jurídica. Em relação aos dois conceitos, dentro da filosofia do direito é comum distinguirmos interpretação, que é uma tese geral do que dá significado a nossa comunicação cotidianas, e a interpretação jurídica, que é a tese que cuida dos aspectos do significado no âmbito de instituições jurídicas. A comunicação jurídica é feita, sobretudo, por textos; e distante da intenção dos falantes que os escreveram (imaginemos que é o legislador). Isso parece sugerir que a atribuição do significado de expressões legais tem particularidades próprias, pois, na interpretação rotineira temos o falante a nossa frente para avaliarmos suas intenções e tirarmos nossas dúvidas caso não entendamos muito bem o que foi comunicado. Legisladores, por outro lado, não estão na sala de audiência quando juízes ou advogados interpretam o direito.

Essa singela diferença é, aparentemente, um dos pontos que, talvez, diferencie a atribuição de significado no nosso cotidiano e no âmbito do direito. Dito isso, os teóricos da interpretação jurídica procuram estabelecer qual é a teoria relevante para compreendermos o significado de expressões jurídicas. Alguns teóricos defendem que juízes devem interpretar as expressões legais atribuindo-as seu sentido mais convencional. São as teses do sentido convencional. Juízes fazem isso consultando o sentido mais comum das palavras, recorrendo-se ao uso mais comum das palavras, por exemplo, e enfatizando o sentido literal das expressões legais. Outros pensam que o significado vem da intenção original dos legisladores ao promulgarem as leis. São as teses do originalismo. Juízes, portanto, precisam consultar o debate parlamentar para capturar a intenção dos legisladores ao promulgarem uma determinada peça de legislação. Dado que esta dissertação não pretende desenvolver uma análise aprofundada desse assunto, sou neutro com relação a este aspecto. O leitor pode permanecer com sua teoria de interpretação e interpretação jurídica preferida ao ler essa dissertação, pois não haverá impacto significativo na tese que este trabalho elucidada. Utilizarei, sempre que possível, a disjunção ‘sentido convencional’ ou ‘original’ quando o significado for relevante para as teses analisadas. Pretendo com isso deixar explícito meu agnosticismo.

Por último, o conceito de justiça é tomado numa acepção moral: justiça é sobre aquilo que instituições sociais deveriam fazer sob o ponto de vista moral. Realistas políticos disputam essa assertiva. Bernard Williams (2005) pensa que o conceito de justiça não é uma aplicação de teorias da ética normativa junto ao domínio da política, visão que ele chama de “ética vem primeiro”. Williams afirma que conceitos políticos, como justiça, funcionam para responder “a demanda básica de legitimação”, que é “assegurar ordem proteção, segurança, confiança e condições de cooperação” (WILLIAMS, 2005, p. 03). Tal demanda tem uma natureza distinta das demandas morais, pois só podem ser respondidas dentro do debate político. Sob essa perspectiva, o pensamento utilitarista e de John Rawls – as duas tradições mais fortes da filosofia política analítica – estariam subvertendo a relação entre moral e política. Embora a ideia dos realistas políticos seja bastante interessante, esse debate foge do âmbito deste trabalho. Assumo, contrariamente a Bernard Williams, e sem argumentos, que o conceito de justiça é uma aplicação da ‘ética vem primeiro’, ou seja, a avaliação de instituições sociais é moral.

Em suma, o conceito de raciocínio legal que utilizo neste trabalho é uma versão qualificada de (c): como juízes devem decidir os casos legais considerando-se todas as coisas, admitindo-se qualquer teoria da interpretação e do ponto de vista moral em sistemas jurídicos justos? Nas próximas duas seções explorarei as duas visões tradicionais dessa pergunta; o formalismo e o particularismo.

2.2

Por que o Formalismo?

Gostaria, inicialmente, de esclarecer qual sentido de formalismo utilizo nesta dissertação. A tese central do formalismo jurídico pode ser resumida pela afirmação descontraída de Schauer (1988, p. 521), de que “ser formalista, é dito, é ser escravo de meras marcas em um papel impresso”⁵. Essa citação, embora bastante genérica, põe em destaque a principal característica que formalistas dão à

⁵ Tradução livre de “To be formalistic, it is said, is to be enslaved by mere marks on a printed page”

adjudicação, que é precisamente a ideia de que oficiais do direito estão vinculados às leis, à constituição e às regras de um sistema jurídico particular. Portanto, ser formalista é manter-se fiel ao sentido original ou convencional dos textos legais. Embora, à primeira vista, possa parecer que o juiz formalista é um juiz que aplica o direito “a ferro e fogo”, há, na realidade, uma disputa dentro das teorias do formalismo no que diz respeito à extensão da liberdade criativa dos juízes. Ou seja, mesmo que seja verdadeiro que formalistas valorizam sua vinculação ao direito, ainda não é claro o âmbito dessa vinculação.

Sunstein & Vermeule (2003) e Schauer (1988, p. 511-512) afirmam que há duas concepções de formalismo que procuram estabelecer exatamente a extensão dessa vinculação. O “formalismo conceitual”, segundo o próprio Schauer (1988), é a tese segundo a qual os aplicadores do direito não têm liberdade criativa qualquer, ou seja, juízes formalistas estão “compulsoriamente” vinculados ao significado dos enunciados jurídicos. Vamos a um exemplo. Imagine que um juiz formalista está decidindo um caso jurídico ligado ao direito ao aborto. Há inúmeros enunciados relevantes para essa questão, e não é estranho que enunciados contendo termos como ‘liberdade’ e ‘dignidade humana’ sejam relevantes para decidir essa situação. Suponhamos que o juiz fica convencido de que há, de fato, o direito ao aborto nessa situação. A justificação central do formalista conceitual é apelar para a ideia de que há um análise conceitual envolvida nessa decisão, ou seja, o resultado da decisão é determinado pela análise conceitual do termo liberdade, o qual inclui o direito ao aborto. Um juiz diria algo do tipo “Concedo o direito ao aborto, porque é isso que a liberdade significa”. Além disso, dado que ele apela para a noção de análise conceitual, o juiz formalista diz que não há escolhas políticas, econômicas ou morais envolvidas em sua decisão. Se compreendermos o termo liberdade de maneira competente, há um único resultado “compulsório” que os juízes devem atingir.

Há duas objeções principais ao formalismo conceitual. A primeira é pôr em causa a própria ideia de vinculação “compulsória”. Segundo Schauer (1988, p. 512), essa “compulsoriedade” é, na realidade, uma maneira de camuflar escolhas. Juízes, na realidade, estão tomando decisões morais, econômicas e políticas e utilizam a ideia de que há um único significado para acobertar essa situação. A segunda razão é que há uma má compreensão de elementos básicos de linguagem

(SCHAUER, 1988, p. 512). Utilizando o exemplo do próprio Schauer (1988), sabemos que o valor de verdade de certas frases segue-se de certas palavras. A palavra “pássaros” implica que a frase “pelicanos são pássaros” é verdadeira. Se alguém apontar um pelicano e discordar de que ele é um pássaro, essa pessoa desconhece o significado da palavra pássaro. O problema é pensar que todas as palavras funcionam dessa mesma maneira. Não parece plausível tratar palavras como “liberdade” ou “dignidade humana” do mesmo modo que tratamos a palavra “pássaro”. A razão principal é que parece que ao fazermos isso ocasionamos resultados estranhos. Explico. Queremos saber se “a liberdade inclui o direito ao aborto”. Quem defende que isso é respondido pelo significado do termo “liberdade” tem que afirmar, assim como no caso do pelicano, que uma pessoa que discorda que a liberdade inclui o aborto não sabe o que a palavra liberdade significa. Mas parece ser o caso de que alguém conheça o significado de liberdade e se negue a afirmar que ela abrange o aborto. Isso não nos causa estranheza, como no caso da palavra “pássaros”, em que a negação de que pelicanos são pássaros nos parece absurda. Portanto, parece que há uma certa confusão linguística por parte dos formalistas conceituais.

O segundo sentido do formalismo é o “novo formalismo” (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003) ou “formalismo como estratégia de tomada de decisão” (SCHAUER, 1991). Essa versão é mais sofisticada que o formalismo conceitual. Há espaço teórico para admitir que juízes fazem escolhas ao decidirem casos legais. Dito de outra forma, os juízes estão vinculados ao direito, mas há espaço para a liberdade criativa dos juízes. Qual é esse espaço? A resposta depende dos elementos linguísticos envolvidos no caso jurídico. Há duas classes de elementos linguísticos relevantes. A primeira é a que envolve indeterminação da linguagem, penumbra e vagueza, para citar três elementos famosos (não quero afirmar que são os únicos). Nessas circunstâncias são admitidas escolhas políticas, morais ou econômicas por parte dos juízes. O exemplo clássico dessa situação é quando juízes precisam decidir se o enunciado legal “é proibido veículos no parque” inclui ou não um tanque de guerra.

Por outro lado, na segunda classe, em que os enunciados são claros, esse segundo grupo de formalistas “nega que juízes tenham escolhas quaisquer ao

decidirem” (SCHAUER, 1988, p. 515)⁶. Em outras palavras: quando não estamos perante indeterminação ou penumbra, os juízes estão vinculados ao significado convencional ou original da linguagem de leis, súmulas ou precedentes. Além disso, apenas sob raras circunstâncias é permissível que eles desviem desses resultados. Até mesmo se, aparentemente, a aplicação do direito ocasionar resultados moralmente duvidosos.

Uma maneira fácil de visualizar essa adjudicação formalista é através do papel que aplicadores do direito atribuem a si próprios quando decidem casos legais. Sunstein (1999, p. 639) afirma que dado o peso que formalistas dão ao sentido convencional ou original da legislação, esses aplicadores do direito, geralmente, pensam que sua função é cumprida quando exercem quatro poderes centrais: (1) fazer o mínimo de exceção possível aos textos legais, apenas quando estas parecem necessárias; (2) não alterar o significado de palavras conforme o tempo; (3) evitar invocar *canons* de interpretação para empurrar a legislação numa dada direção que consideram favorável; (4) não insistir no “propósito” por trás da legislação quando termos legais são precisos, mas apontam resultados controvertidos sob o ponto de vista moral, econômico ou social.

O sentido de formalismo tomado neste trabalho é o do segundo grupo, por duas razões. Não foi encontrado durante a pesquisa deste trabalho qualquer filósofo do direito contemporâneo que defenda que juízes realizam apenas análise conceitual. Embora não possa afirmar isso com convicção, acredito que esse tipo de formalismo foi abandonado, ou possui uma minoria de defensores. Mesmo que eu esteja errado quanto a esta afirmação, minha segunda razão para preferir a segunda definição de formalismo independe da primeira. Uma vez que a característica principal do segundo formalismo é a estratégia de tomada de decisão, os argumentos utilizados pelos seus defensores, além de descritivos, são também morais; ao passo que o primeiro grupo utiliza, quase exclusivamente, argumentos conceituais. Alexander e Schauer (2007, p. 1580) ,dois representantes do formalismo do segundo grupo, reconhecem que a defesa da ideia de vinculação ao direito depende de “ argumentos morais para o direito ignorar ao menos alguns

⁶ Tradução livre de “(..) denial that there are frequently choices about whether to apply even the clear norms.”

argumentos morais dentro da tomada de decisão jurídica”⁷. Como o interesse dessa dissertação é explorar os métodos de avaliação dos raciocínios legais, precisamos, antes de tudo, investigar quais são os argumentos normativos utilizados para que, posteriormente, possamos elucidar que métodos estão sendo pressupostos com esses argumentos. Portanto, apenas as justificações desse segundo grupo serão investigadas.

Vamos, então, aos principais argumentos do porque o formalismo é moralmente bom. Há dois argumentos centrais que justificam a adjudicação formalista. Larry Alexander (1999) utiliza o que eu chamo de “argumento da minimização de desacordos”. Alexander (1999) nos convida a imaginar o seguinte experimento mental: imagine que vivamos num mundo anterior à criação de um sistema jurídico. Pessoas nesta situação enfrentam cotidianamente problemas de coordenação, pois não sabem quais são seus direitos e deveres ou a extensão deles. Elas não sabem, por exemplo, de quem é a responsabilidade pelos eventuais danos e avarias ao objeto contratual durante sua trajetória de entrega. Além disso, mesmo que elas saibam tal coisa, elas podem discordar sobre o âmbito de seus direitos, como na situação em que as pessoas disputam o limite da indenização cabível numa eventual perda do objeto contratado. É preciso algum mecanismo social que minimize esses problemas de desacordos, afinal, cidadãos precisam saber como agir. Alexander pensa que o direito é precisamente este mecanismo, porque assenta por meio de sua autoridade aquilo que as pessoas podem ou não fazer. O direito ao enunciar que “o devedor é responsável por eventuais danos e avarias durante o trajeto” faz com que as pessoas, de antemão, já saibam seus direitos e deveres, o que melhora substancialmente a coordenação entre as pessoas. Assim, a partir do momento que as pessoas aceitam a existência do direito, elas passam a consultar regras legais para resolver seus problemas de informação: quando elas não sabem os termos do contrato, elas abrem o código civil; quando elas têm dúvidas sobre o limite de sua propriedade, elas vão até o cartório de registros e consultam o registro pertinente.

Se o direito é crucial para a coordenação a pergunta natural a se fazer é por que a coordenação é desejável. Infelizmente Alexander (1999) não explica muito

⁷ Tradução livre de “moral argument for law's ignoring of at least some moral arguments in legal decision making”

bem essa questão. Ele apenas afirma que viver num mundo de desacordos persistentes é potencialmente destrutivo. Essa razão é importante, mas falha em explicar a importância da coordenação, porque um cético poderia pensar que da falta de coordenação até a destruição de uma sociedade há um longo caminho a ser percorrido. É possível imaginar uma situação em que sociedades se coordenam mal, mas nem por isso se destroem. Dito isso, acredito que uma razão adicional – **em que** indicarei o caminho de resposta e que precisa ser explorado com mais detalhes – é que a coordenação representa um benefício moral considerável para as pessoas que vivem em tais sociedades. Essas pessoas têm mais facilidade em ir atrás de seus projetos de vida comparadas àquelas pessoas que vivem em sociedades cuja coordenação falha. Em outras palavras: a coordenação é uma condição para que as pessoas cooperem umas com as outras. Se tivéssemos a oportunidade de apostar em qual sociedade as pessoas conseguem estabelecer sua concepção de vida boa, as apostas se concentrariam naquela em que há coordenação. Para essa afirmação ser defendida adequadamente são necessárias considerações empíricas importantes, já que é necessário demonstrar que há uma correlação significativa entre coordenação e projetos de vida realizadores. Não tenho como fornecer tais estudos. Entretanto, cito a pesquisa do historiador Yuval Noah Harari (2016) que afirma existir uma correlação positiva entre coordenação e o sucesso das nações e povos. Segundo ele “ a história fornece uma ampla evidência da crucial importância da cooperação em larga escala. A vitória quase invariavelmente foi para aqueles que cooperaram melhor”⁸.

Portanto, Alexander (1999) considera que o direito é um instrumento para promoção da coordenação. Para realizar essa tarefa, o direito precisa funcionar de uma maneira específica. A maneira eleita por Alexander é justamente o formalismo, através de regras legais sérias: regras que são obscuras às suas justificações subjacentes. Dito de outra forma, aplicadores do direito não devem tentar aplicar diretamente as razões que justificam a existência das regras, mas apenas o seu sentido convencional ou original. Vamos a uma ilustração. Suponhamos que estamos num sistema jurídico que contém a regra “é proibida a entrada de cães no restaurante”. Imagine, agora, um caso jurídico em que um

⁸ Tradução livre de “history provides ample evidence for the crucial importance of large-scale cooperation. Victory almost invariably went to those who cooperated better (...)”

indivíduo tenta entrar acompanhado de seu cão adestrado e extremamente manso no Rubaiyat. O significado do termo “cão” deve ser tomado no seu sentido convencional ou original para a comunidade em questão. Suponhamos que esse sentido seja “animal pertencente a espécie *canis lúpus familiaris*”. Se o aplicador assim o fizer, o cão adestrado deve ser impedido de entrar no restaurante. Por outro lado, caso o aplicador da regra passe a interpretá-la a partir do “propósito” ou da razão de sua existência, talvez seja o caso de permitirmos a entrada do animal. Todavia, Alexander pensa que se isso acontecer, regras tornam-se inúteis, porque “elas nos deixam com as mesmas incertezas e controvérsias que o direito, incluindo o direito constitucional destina-se a resolver”⁹ (ALEXANDER, 1999, p. 550). Em outras palavras, negamos ao direito sua função primordial de resolver desacordos, que por sua vez minimiza nossa chance de vivermos em um mundo coordenado.

Podemos tirar uma lição importante do exemplo do restaurante: regras são instrumentos grosseiros, pois elas inevitavelmente produzirão resultados que consideramos errados, como o impedimento do cão de adentrar no restaurante. A razão dessa imperfeição, é, sobretudo, o fato de as regras tentarem abarcar as diversas situações da realidade por meio de palavras. Às vezes as palavras capturam coisas demais e, às vezes, coisas de menos. Portanto, quando esses forem o caso, não temos os resultados que esperamos. Como contornar essa situação? Essa indagação é o cerne do segundo argumento a favor da adjudicação formalista, o qual tenta explicar por que razão devemos suportar os erros produzidos por regras. Esse argumento é conhecido como ‘argumento do segundo melhor’.

Antes de entrarmos propriamente no argumento do segundo melhor, gostaria de fazer uma breve observação. Este argumento pode ser lido de duas maneiras. Como um argumento complementar ao argumento da ‘minimização dos desacordos’, em que se busca amenizar o problema dos erros produzidos pelas regras; ou como um argumento independente. Neste caso, é possível que não concordemos com o argumento principal de Alexander, nomeadamente, que o

⁹ Tradução livre de “They leave us with the very uncertainties and controversies that law, including constitutional law, is meant to resolve”

direito funciona para promover a cooperação, e mesmo assim tomemos o argumento do segundo melhor por direito próprio.

Por que devemos aceitar os erros produzidos por regras? Ou, para os interessados em razões independentes desta preocupação, por que é bom possuímos sistemas jurídicos? Schauer (1991, p. 149-155) afirma que em todo ambiente de tomada de decisão, como o direito, há dois tipos de erros salientes: os erros ocasionados pelas próprias regras, as quais são imperfeitas para guiarem todos os casos legais; e os erros cometidos por adjudicadores ao aplicarem o que pensam ser a resposta correta aos defeitos de regras grosseiras ou, se for o caso da segunda pergunta, os erros cometidos pelas próprias instituições tomadoras de decisão e os erros das pessoas que decidem sem quaisquer instituições desse tipo (daqui para frente vou assumir só a primeira, mas os argumentos são iguais para a segunda). Schauer afirma que ambos os erros nos convidam a colocar na balança as consequências de darmos mais liberdade aos adjudicadores ou de levarmos regras a sério. O ganhador dessa disputa é o modelo que produzir menos erros. Vale notar que isso depende, parcialmente, do nosso conhecimento empíricos de como, de fato, seres humanos decidem. Ou seja, precisamos de evidências que apontem o quanto seres humanos são falíveis ao deliberarem sem regras. Além disso, também precisamos de evidência empírica sobre a falibilidade de regras, ou seja, o quão suscetível a erro elas são. Supondo que seja verdadeiro que nossos adjudicadores errem menos que a rudeza de regras, temos boas razões para preferir uma adjudicação menos formalista. Por outro lado, se os erros produzidos por regras são menores ou menos frequentes do que os produzidos por aplicadores do direito, o modelo formalista é a escolha preferível. Schauer batiza esse argumento de “segundo melhor”, precisamente para capturar a ideia de que devemos escolher modelos de decisão que produzam os melhores resultados no cômputo geral das coisas. Em outras palavras, a razão pela qual devemos suportar o erro das regras é que elas produzem, no geral, menos erros do que modelos em que damos liberdades aos adjudicadores – assumindo que temos o conhecimento empírico relevante a essa questão.

Explicados esses dois argumentos, o próximo passo é investigar o que penso estar pressuposto nesses dois argumentos. Em primeiro lugar, os argumentos do segundo melhor e o da minimização de desacordos sublinham que

uma boa defesa normativa da argumentação jurídica precisa levar a sério as capacidades e habilidades genuínas de seres humanos. No argumento de Alexander (1999, p. 549), isso é visível em duas ideias. A primeira é que o próprio Alexander afirma, em diversas passagens, que o direito “é uma solução para um problema cognitivo”¹⁰. Ou seja, o autor pensa que precisamos de instituições jurídicas para contornar nossa falibilidade cognitiva, dado se fôssemos deuses seríamos omniscientes e inexistiria a necessidade de o direito acobertar essa falibilidade. Em segundo lugar, a ideia de que o direito promove a cooperação entre as pessoas também coloca em destaque que é preciso pensar sobre como pessoas reais cooperam no seu dia a dia, e como regras jurídicas podem facilitar essa cooperação. Temos que entender como humanos de carne e osso cooperam e, a partir desse conhecimento, mostrar como instituições jurídicas auxiliam a promoção dessa cooperação.

No argumento de Schauer, por sua vez, parte da ideia do ‘segundo melhor’ pressupõe que estamos desenhando instituições para “tomadores de decisões reais”. A ideia é que instituições jurídicas são moralmente adequadas na medida em que elas promovem as melhores consequências para seres humanos de carne e osso. Dito de outra maneira, não é o ponto do argumento do segundo melhor pressupor adjudicadores perfeitos. Não há porque pressupor que adjudicadores consigam sempre resolver o problema da falibilidade das regras. Muito pelo contrário: temos que admitir que seres humanos erram e, partir disso, construir sistemas jurídicos.

Portanto, em linhas gerais, os argumentos de Alexander e Schauer parecem sugerir que o método aconselhável para teorizar sobre a argumentação jurídica é o seguinte: dadas nossas limitações como seres humanos, como podemos tornar a adjudicação melhor? Note que essa pergunta não nos obriga a aceitar o formalismo, ou seja, ela é uma pergunta que aceita tanto uma perspectiva formalista quanto não-formalista. É uma coincidência teórica feliz que formalistas utilizam esse método. É possível imaginar uma tese não-formalista adequada a esta pergunta. Portanto, falta-nos investigar as razões para preferirmos esse método de debater a adjudicação. Ou seja, por que é metodologicamente adequado

¹⁰ Tradução livre e adaptada de “law is a solution to a cognitive, not a motivational, problem”

pensar que a adjudicação está circunscrita ao que sabemos de seres humanos reais?

Há um único argumento que defende, explicitamente, esse compromisso metodológico. Ele é apresentado em dois artigos. O primeiro é o do filósofo Cass Sunstein (1999, p. 6), o qual defende a tese de que as teorias da adjudicação devem ser defendidas empiricamente. O segundo, é o de Sunstein & Vermeule (2003, p. 2) que afirmam que deveríamos construir teorias da adjudicação pensando nas “capacidades institucionais” (*institutional capacities*) e nos “efeitos dinâmicos” (*dynamic effects*) das instituições adjudicativas.

Antes de adentrarmos na resposta à pergunta do parágrafo acima, gostaria de fazer um breve comentário sobre os respectivos artigos, para que o leitor fique situado sobre as razões que levam Sunstein e Sunstein & Vermeule a investigar esse método. Os respectivos artigos podem ser dividido em duas partes. Na primeira parte, o objetivo dos autores é, sobretudo, normativo. Eles procuram fornecer argumentos morais que apontam como a adjudicação deve ser. Os dois autores apresentam estilos de argumentos muito semelhantes, pois ambos acreditam que isso deve ser pensando a partir de considerações empíricas, econômicas e sociológicas. Em outras palavras, para saber como a adjudicação deve ser, antes de tudo, precisamos compreender como de fato os seres humanos decidem os casos legais e a partir disso desenharmos instituições jurídicas justas.

Embora Sunstein e Sunstein & Vermeule concordem com esse aspecto, cada um deles apresenta sua própria versão de como considerações empíricas nos auxiliam em como as coisas devem ser. Sunstein, defende uma tese de custo-benefício. Segundo o autor, o que precisamos fazer é algo muito semelhante ao Schauer: pôr na balança os custos de permitirmos que adjudicadores tenham plena liberdade e os custos de utilizarmos regras grosseiras. Dependendo da situação, ora teremos modelos formalistas e ora não-formalistas. Não há como determinar isso sem fazer esses estudos.

Sunstein & Vermeule (2013), por sua vez, defendem a ideia de pensarmos nas capacidades institucionais e nos seus efeitos dinâmicos. O que quer dizer isso? A grosso modo, instituições como tribunais, delegacias de polícia e agências reguladoras possuem habilidades e limitações próprias. Um tribunal especializado

em causas tributárias parece, intuitivamente, possuir uma habilidade para resolver problemas tributários maiores comparado a um juiz de primeiro grau que resolve os mais diversos casos dos ramos do direito. Sunstein & Vermule afirmam que essa constatação deve informar as teorias da adjudicação, na medida em que parece haver boas razões para permitirmos que tribunais muito especializados tenham mais liberdade em decidir os problemas em que eles são especialistas. Afinal de contas, os juízes desses tribunais têm um amplo conhecimento relativo a essas questões. Em contrapartida, um juizado de primeiro grau, dado seu conhecimento pouco especializado, talvez nos dê razões para que limitemos sua liberdade criativa. Novamente, para conseguirmos chegar a essa conclusão, precisamos entender, empiricamente, essas diferentes capacidades institucionais.

Por fim, a ideia de efeitos dinâmicos diz respeito ao impacto que certas decisões proferidas pelas mesmas instituições têm em relação às pessoas, sejam elas públicas ou privadas. Suponhamos que as decisões de um Tribunal Superior sejam predominantemente formalistas. Como isso impacta as pessoas quando elas, por exemplo, fazem contratos? Será que damos a elas bons ou péssimos incentivos? Sunstein & Vermeule, dizem que tal fato é, também, crucial para determinarmos como nossas instituições devem ser. Se estivermos munidos com evidências empíricas razoáveis dos incentivos que as instituições dão às pessoas, podemos defender tanto que certas instituições devem ser formalistas e outras, não.

Dito tudo isso, e, retomando a nossa pergunta central, os autores argumentam que seus respectivos argumentos normativos são metodologicamente adequados porque diminuem desacordos normativos. Sunstein (1999, p.8) afirma que essas considerações empíricas “suavizam os debates políticos e jurídicos ao mostrar que as disputas sobre valores são frequentemente disputas sobre fatos, pelo menos no sentido de que certas respostas a questões factuais podem tornar desnecessários resolver problemas sobre valores”¹¹. Sunstein & Vermeule (2003, p. 47), por sua vez, afirmam que “uma apreciação da falibilidade judicial e seus

¹¹ Tradução livre de “soften legal and political debate by showing that disputes about values are often disputes about facts, at least in the sense that certain answers to factual questions can make it unnecessary to resolve disputes about values”

efeitos dinâmicos permitirá às pessoas convergirem em abordagens apropriadas, apesar de seus desacordos sobre o caminho correto que juízes seguirão”¹².

Podemos interpretar as duas passagens acima da seguinte maneira: os autores estão propondo que os debates entre formalistas e não-formalistas são apaziguados na medida em que ampliamos nosso conhecimento empírico sobre seres humanos ordinários. É importante notar, que para essa afirmação funcionar, formalistas e não-formalistas precisam concordar que tal conhecimento é uma razão suficiente para que suas perspectivas convirjam. Imagine a seguinte situação. Dois filósofos do direito querem saber como um tribunal superior deve decidir. Suponhamos, hipoteticamente, que o filósofo A defende que tal tribunal interprete a lei utilizando seu sentido original. O filósofo B, por outro lado, considera que é mais adequado considerar os propósitos por trás da legislação. Temos, assim, instaurado um desacordo. Sunstein e Vermeule dirão que a natureza dessa discórdia se dá pelo fato de A e B não conhecerem questões empíricas relevantes. Caso A e B saibam, suponhamos, que a decisão com base nos propósitos faz com que cidadãos desobedeçam às leis ou criem incentivos perversos, A e B aceitarão que é melhor termos um tribunal superior originalista. Em suma: o método proposto na adjudicação formalista de tratar as características humanas como cruciais na determinação do que é correto, diminui os desacordos de como as coisas devem ser.

Voltaremos a esse argumento na seção 2.4. Por ora, vamos explorar outra teoria da adjudicação que se coloca como rival da apresentada até aqui.

2.3

O Particularismo de Ronald Dworkin

Nesta seção, abordarei a teoria rival do formalismo, o particularismo; especialmente, a teoria do “direito como integridade” do filósofo Ronald

¹² Tradução livre de “an appreciation of judicial fallibility and of dynamic effects will enable people to converge on an appropriate approach despite their disagreements about the right path for perfect judges to follow”

Dworkin. O comentário inicial desta seção diz respeito à própria definição de particularismo. Nesta dissertação, utilizo este conceito para expressar a ideia de que a adjudicação não se esgota na aplicação do sentido original ou convencional de termos legais. Faz parte da adjudicação a invocação dos propósitos do texto, ou de princípios morais e políticos inerentes à sociedade em questão. Conseqüentemente, juízes particularistas têm mais liberdade criativa quando decidem casos legais, pois é exigido deles o uso efetivo de raciocínios morais substanciais. Um bom juiz particularista preocupa-se em decidir da maneira moralmente correta, mesmo que para tanto precise violar o sentido das palavras. O segundo comentário é que, embora essa definição seja bastante abrangente - pois encampa muitas tradições cuja classificação poderia gerar debate, como a teoria do direito natural e do direito como integridade -, para os objetivos dessa dissertação ela é suficiente, uma vez que não pretendo fazer uma análise da complexidade e dos pormenores de cada uma dessas perspectivas internas ao particularismo. Este não é um trabalho de “cartografia teórica”. Na realidade a única teoria particularista analisada é a teoria do Dworkin, porque meu objetivo crucial é mostrar que Dworkin, exclusivamente, e os formalistas da seção anterior possuem visões metodológicas diferentes quanto ao que é justo. Portanto, toda vez que eu utilizar o conceito de particularismo, uso-o como sinônimo, somente, da teoria de Dworkin. Vamos a ela.

Dworkin é um filósofo inovador dentro da teoria do direito, sobretudo pela sua maneira peculiar de abordar o problema da legitimidade do Estado e da natureza do Direito. Este, é o problema de saber quais são as propriedades necessárias e suficientes para algo ser direito; enquanto aquele, é o de compreender se a coerção utilizada pelo estado é justificada. A maioria dos filósofos pensa que ambos os problemas podem ser tratados separadamente. Saber quais são as propriedades do direito remonta à ideia de descrever quais são essas propriedades relevantes; o que, aparentemente, não ilumina coisa alguma do problema da legitimidade, que é, sem dúvida, um problema normativo. O contrário também é verdadeiro: saber se a coerção é legítima não tem implicação sobre as teses da natureza do direito. Dworkin, por outro lado, pensa que isso é falso.

A razão central para Dworkin afirmar isso é que ele acredita que práticas sociais – como a cortesia e o próprio direito - são ‘conceitos interpretativos’; um conceito que só é determinado a partir de sua ‘melhor luz’ pelos participantes dessa prática em questão. Por ‘melhor luz’ Dworkin (1986, p. 52) quer dizer que a interpretação das práticas sociais deve ser entendida normativamente pelos participantes da prática, de maneira que eles “impõem um propósito num objeto ou prática com a finalidade de torná-los os melhores exemplos possíveis da forma ou gênero que os consideramos pertencer”¹³. Assim sendo, nós não conseguimos compreender o que é, por exemplo, a prática da cortesia de uma maneira puramente descritiva. Nós devemos, também, entender qual é o propósito dessa prática; ou seja, a análise normativa é inafastável. Considerando o direito como uma prática social, segue-se que os participantes de um sistema jurídico específico devem interpretar as práticas jurídicas de modo a revelar o melhor ponto dela. Juízes quando decidem qual é o direito das partes, por conseguinte, devem considerar argumentos morais e políticos que tornem suas decisões as melhores decisões possíveis daquela comunidade em particular. Por fim, Dworkin (1986, p. 93) acredita que no caso de sistemas jurídicos contemporâneos, como o americano e o inglês, isso só será bem-sucedido se partirmos da ideia de que o direito precisa justificar o uso da força pelo estado. A consequência disso tudo é que, se queremos saber qual é o direito, isso depende, parcialmente, de argumentos morais e políticos que justifiquem a coerção.

Essa maneira de tratar ambos os problemas, torna a avaliação dos argumentos bastante mais complicada. Dada essa inseparabilidade dos problemas, a proposta teórica de Dworkin precisa cavar fundamentos sólidos para que a consideremos genuinamente interessante. Para realizar essa tarefa, Dworkin precisa conjuntamente criticar as abordagens tradicionais e sublinhar porque sua visão é plausível. Isso é uma proposta ambiciosa, pois, se não for cuidadosamente trabalhada, o preço a ser pago é a má-compreensão. Dito isso, não tentarei reconstruir o argumento do Dworkin de uma maneira que abrace todas as pretensões teóricas do autor. Procurarei extrair dele a parte que é mais sensível aos propósitos deste trabalho, notadamente, aquelas em que Dworkin mostra por

¹³ Tradução livre de ““imposing purpose on an object or practice in order to make of it the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong”

que o ‘direito como integridade’ é o método de adjudicação que juízes devem seguir.

Retomando o que foi dito anteriormente, a ideia de Dworkin é que juízes precisam recorrer a argumentos legais que justifiquem o uso da coerção pelo estado. Dworkin (1986, p. 191) entende que o Estado é legítimo “ se sua estrutura constitucional e práticas são tais que os cidadãos têm uma obrigação política geral de obedecer às decisões políticas as quais têm a intenção de impor deveres a eles”¹⁴ Não é qualquer argumento que consegue realizar essa tarefa. Dworkin considera que não há vários argumentos disponíveis que justifiquem a coerção, mas que sempre existe um único argumento correto na decisão de casos legais. Como podemos encontrá-lo? Dworkin afirma que se utilizarmos o ‘direito como integridade’ teremos essa resposta.

Uma pequena nota: o conceito de integridade tem dois sentidos. Às vezes Dworkin o utiliza como um ideal político, ao lado de tantos outros ideais como igualdade, liberdade e fraternidade. Outras vezes, o conceito se refere às teorias interpretativas rivais ao direito como integridade, que ele chama de ‘pragmatismo’ e ‘convencionalismo’. O contexto deve deixar claro qual acepção é utilizada.

O primeiro passo para chegarmos à conclusão “os juízes devem aplicar o direito como integridade” é compreender o que ele quer dizer com integridade. Dworkin afirma que a integridade é um ideal que “ exige que o governo fale com uma única voz, que aja conforme princípios e de maneira coerente perante todos seus cidadãos, que estenda a todos os padrões substantivos de justiça ou equidade que usa para alguns”¹⁵ (DWORKIN, 1986, p. 165). Ele pensa que esse conceito amplo se desdobra tanto na adjudicação quanto na legislação. Neste, a integridade é o valor que pede que os legisladores “tentem tornar o conjunto total do direito moralmente coerente”¹⁶ (DWORKIN, 1986, p. 176), enquanto naquela que juízes “ tratem o nosso sistema atual de padrões públicos como a expressão de um conjunto coerente de princípios e, para esse fim, que interpretem esses padrões

¹⁴ Tradução livre de “if its constitutional structure and practices are such that its citizens have a general obligation to obey political decisions that purport to impose duties on them”

¹⁵ Tradução livre de “requires government to speak with one voice, to act in a principled and coherent manner towards all its citizens, to extend to everyone the substantive standards of justice or fairness it uses for some”

¹⁶ Tradução livre de “try to make the total set of laws morally coherent”

para encontrar padrões implícitos entre e sob os implícitos”¹⁷ (DWORKIN, 1986, p. 217).

As perguntas que se seguem são: há realmente esse ideal? E por que razão ele é tão especial? Ou seja, por que tratar as pessoas com integridade justifica o uso da força pelo estado? Stephen Perry (2004, p. 30) responde à primeira pergunta afirmando que o conceito de integridade, para Dworkin, ocupa um meio termo entre a equidade, de um lado, e a justiça do outro. Justiça é uma virtude política sobre resultados. O Estado age com justiça quando dá às pessoas recursos, liberdades e oportunidades que lhes são devidos. Equidade diz respeito à partilha equitativa do controle das decisões, ou seja, quando as decisões são tomadas por meio de procedimentos pelos quais todos os interessados têm voz no assunto decidido. Imagine uma situação na qual o parlamento precisa criar uma lei sobre o aborto¹⁸. Dado o desacordo sobre o que é o correto, os parlamentares resolvem estipular que a solução da questão será vinculada ao número de votos dados. Se um quinto do parlamento votar a favor do aborto, então um quinto das mulheres que procurarem o estado para abortar terão esse direito garantido. Aos quatro quintos restantes, será negado este direito. Admitindo que o procedimento foi justo, a decisão não viola a virtude da equidade. A justiça também não nos dá razão para excluir qualquer alternativa, porque, em pelo menos alguns casos, estaremos dando às mulheres aquilo que lhes é devido. Porém, intuitivamente, rejeitamos que tal solução seja plausível. Há algo de errado nesse cenário. Dworkin pensa que recorrendo apenas à justiça e à equidade, não temos uma resposta plausível para essa rejeição. Por outro lado, se existir o ideal da integridade, os parlamentares repelem essa solução, já que exige que o estado fale com uma única voz e de maneira coerente. Portanto, o ideal de integridade existe porque sem ele não resolvemos os conflitos morais, como os elencados acima. Justiça e equidade não bastam.

Dito tudo isso, e supondo que Dworkin esteja correto, precisamos retomar a segunda pergunta: por que o valor da integridade faz surgir as condições necessárias que justificam o uso da coerção pelo estado? Segundo o próprio

¹⁷ Tradução livre de “treat our presente system of public standards as expressing and respecting a coherent set of principles, and, to that end, to interpret these standards to find implicit standards between and beneath the explicit ones”

¹⁸ Esse exemplo foi baseado em Guest (2013, p. 79)

Dworkin, a partir do momento que uma determinada comunidade jurídica passa a usar a virtude da integridade em sua vida política corriqueira, ela transforma-se num caso especial de comunidade; especial, porque a comunidade que aceita a integridade “promove sua autoridade para assumir e utilizar o monopólio da força coercitiva”¹⁹. Assim sendo, o que Dworkin tenta mostrar com essa linha de raciocínio é que há uma conexão entre o valor da integridade e sua análise do que constitui um Estado legítimo. Portanto, é preciso salientar (1) quais são as condições em que Dworkin pensa que a coerção é justificada e, por fim, (2) onde está a conexão entre a integridade e tais condições.

Respondendo a essa primeira parte, Dworkin considera que sua teoria da legitimidade é uma teoria associativa. Com isso, o autor quer dizer que as condições pelas quais a coerção é justificada dão-se em virtude do pertencimento a algum grupo social específico. Em outras palavras, sob a perspectiva das obrigações associativas, o simples fato de uma pessoa pertencer a uma comunidade, de preencher um determinado papel social, como o de cidadão, já faz dela portadora de direitos e deveres. Não é preciso ir além desses vínculos para explicar por que o Estado tem legitimidade sobre seus membros e, por conseguinte, que a coerção possa ser justificada.

O pormenor é estabelecer quais são esses critérios constitutivos de associações e porque pensar que o cumprimento deles é suficiente para justificar a coerção. Dworkin (1986, p. 199) pensa que quatro critérios satisfazem essa condição: a) os membros do grupo veem suas relações uns com os outros de forma especial, ou seja, eles se tratam de maneira distinta do que tratam pessoas fora do grupo; b) os direitos e obrigações são tidos como pessoais, pois são frutos das relações diretas entre os membros da comunidade; c) os membros veem seus direitos e deveres fluírem de uma preocupação do bem estar de cada um; d) os membros compreendem esses direitos e deveres de forma igualitária, de maneira que o interesse de todos é relevante e ninguém é mais importante que ninguém. Se for o caso de uma comunidade política preencher esses quatro critérios, Dworkin pensa que a coerção é justificada. A razão disso, é que essa comunidade possui valor intrínseco para seus membros. Fazer parte dela é um bem si mesmo, porque

¹⁹ Tradução livre de “promotes its moral authority to assume and deploy a monopoly of coercive force”

preenche a vida dos indivíduos e as torna realizadoras. A contrapartida de viver nessa comunidade de valor intrínseco, é que em certas situações as pessoas têm que aceitar que o Estado as coaja a fazer certas coisas.

Respondendo à parte (2), a ideia de que a associação política possui um valor em si mesmo é a conexão que Dworkin vê com o valor da integridade (PERRY, 2004). Dado que comunidades políticas são legítimas porque possuem valor intrínseco, o direito necessita configurar-se de tal maneira que reflita fidedignamente essa igual preocupação com todos os membros da comunidade. A integridade é exatamente a virtude política que permite tal coisa, na medida em que ela é a virtude política que promove o valor intrínseco de cada um de seus membros. Ela é a virtude que trata todos como uma única voz, como diz o próprio Dworkin. Portanto, quando legisladores e juízes realizam suas tarefas, eles precisam utilizar argumentos que respeitem o valor da integridade. Se assim o fizerem, Dworkin pensa que o uso da força pelo Estado está justificado.

Especificamente junto à adjudicação, Dworkin tenta iluminar o papel do direito como integridade por meio do experimento mental do juiz Hércules, um juiz imaginário com “ poder intelectual super-humano e paciência que aceita o direito como integridade”²⁰ (DWORKIN, 1986, p. 239). Hércules, quando aceita a virtude da integridade, aplica o poder coercitivo do estado de uma maneira moralmente aceitável. Como ele faz isso? Segundo Dworkin, quando Hércules “testa sua interpretação de qualquer parte da grande rede de estrutura política e decisões de sua comunidade perguntando se sua interpretação poderia formar uma parte de uma teoria coerente de justificação dessa rede como um todo”²¹ (DWORKIN, 1986, p. 245). Duas características são centrais nessa afirmação: a) que juízes encaixem essas decisões na estrutura política como um todo; e b) justifiquem tal encaixe de maneira que explique o direito como um todo. Vamos a um exemplo. Imagine que Hércules precisa decidir se a indústria farmacêutica deve arcar com os custos financeiros de efeitos colaterais ocasionados por medicamentos genéricos²². Sabemos que uma das partes será a perdedora e,

²⁰ Tradução livre de “superhuman intellectual power and patience who accepts law as integrity”

²¹ Tradução livre de “test his interpretation of any part of the great network of political structures and decisions of his community by asking whether it could form part of a coherent theory justifying the network as a whole”

²² Tirei esse exemplo do próprio Dworkin (2006).

provavelmente, terá que arcar com a indenização cabível. Há, assim, a necessidade de que o juiz que decidirá o caso utilize o poder do estado de uma maneira moralmente justificada. Hércules consegue justificar isso quando usa a integridade em suas decisões. Primeiramente, ele estuda a estrutura do direito como um todo e tenta encaixar sua decisão nela. Neste estágio, por exemplo, Hércules questiona se condenar a indústria farmacêutica é coerente com o sistema jurídico em questão. Supondo que sim, o próximo estágio é explicar por qual razão tal decisão é a melhor possível. Hércules, agora, precisa utilizar um argumento que mostre as razões do porquê a condenação torna o direito o melhor. Talvez ele possa insistir que a condenação da indústria inaugura uma nova fase do direito empresarial, em que se exige das empresas um compromisso maior perante às pessoas. Se Hércules percorrer esse caminho exemplificado, Dworkin conclui que a coerção é legítima.

É importante notar que para saber como juízes devem decidir Dworkin pressupõe um modelo no qual juízes são infalíveis. O experimento mental do juiz Hércules coloca em relevo precisamente esse ponto, já que ele cumpre todos os seus deveres morais e legais: ele nunca deixa de prestar atenção aos casos, não decide melhor depois de “tomar um cafezinho” e nem é suscetível à influência de emoções. Stephen Guest (2013, p. 81) também reconhece a natureza desse comprometimento. Segundo, o autor “a ideia de integridade de Dworkin é designada a construir um sistema judiciário *ideal*, onde trocas entre princípios são perfeitamente elaboradas pelos juízes”²³. Isso sugere, que conclusões sobre como instituições humanas devem ser independentem do nosso conhecimento empírico sobre seres humanos. Ou seja, quando pensamos se uma determinada instituição é justa ou não, aparentemente, não precisamos mensurá-las ao que humanos podem ou não fazer. Esse método, por hipótese, pode inclusive violar o que podemos esperar de seres humanos ordinários

²³ Tradução livre de “Dworkin’s use of the idea of integrity is designed to construct an ideal judicial system, where principled trade-offs are perfectly made by judges.”

2.4

Desacordos comuns e o que está faltando

Formalistas e particularistas parecem que discordam de três elementos centrais: (a) qual é a função do direito; (b) qual a natureza da moralidade; e (c) qual o critério utilizado na determinação de como juízes devem decidir. Explicarei brevemente os dois primeiros e me concentrarei no terceiro, que é o assunto principal deste trabalho.

Os formalistas estudados nesta dissertação parecem sugerir que a função do direito é instrumental. Precisamos dele como instrumento para promover um determinado valor. No argumento de Alexander, o direito é um mecanismo para assegurar a cooperação entre seres humanos. No argumento do segundo melhor, o direito diminui os erros cometidos por tomadores de decisão. Por outro lado, particularistas consideram que o direito também possui valor intrínseco para uma sociedade específica. Dworkin considera que o direito como integridade é uma maneira de expressar a preocupação igualitária entre os cidadãos. Ou seja, o direito é uma instituição social que possui valor moral próprio, ao invés de ser uma instituição que apenas existe para promover outros valores. Como podemos avaliar esse desacordo? Essa é realmente uma pergunta difícil de ser respondida. Em primeiro lugar, a própria noção de direito é controversa. Não é nada óbvia a natureza dessa instituição social. Isso, por si só, já dificulta a avaliação sobre se podemos tomá-lo como algo instrumental ou como algo que possui valor intrínseco. Além disso, mesmo que concordemos sobre a natureza do direito, a função das instituições sociais não é óbvia. Devemos, por exemplo, considerá-las mais como um martelo ou como uma pintura? No caso do primeiro, sua função é unicamente instrumental. Ou seja, se tivermos uma ferramenta que cumpra a sua finalidade (pregar pregos, no caso) de maneira melhor, ele deve ser substituído. No caso da pintura, sua função não é puramente instrumental, de maneira que tomamos valores intrínsecos ao objeto (como harmonia e elegância, no caso) como centrais. Talvez a resposta seja uma mistura de ambas as características.

O segundo ponto diz respeito à natureza da moralidade. Formalistas acreditam que o certo e o errado são uma questão de avaliarmos as consequências

das ações dos aplicadores do direito. Larry Alexander (1999, p. 562), é bastante claro ao afirmar que “ os benefícios morais de regras sérias são de natureza consequencialista”²⁴. Particularistas não endossam essa visão da moralidade. Dworkin (2006, p. 62) considera que sua teoria é não-consequencialista porque “o direito não pode ser justificado em fundamentos utilitaristas, mas pelo contrário, deve pressupor princípios de igualdade e equidade que não são utilitaristas no espírito ou efeito”²⁵. Não preciso gastar muitas linhas para afirmar que esse é um desacordo profundo, que envolve tantos problemas epistêmicos quanto metafísicos. Na realidade, este é “o” desacordo dentro da ética normativa.

Na seção passada expliquei que as teorias do particularismo e do formalismo são teorias que discutiram a como juízes devem decidir casos legais. O formalismo afirma que juízes devem decidir conforme o sentido original ou convencional; e o particularismo, conforme o direito como integridade. Entretanto, o debate não acaba aí, pois é discutível quais são os critérios que devemos utilizar para determinar como juízes devem decidir. Em outras palavras, as teses do formalismo e do particularismo são teses sobre como juízes devem decidir. O que distingue ambas é a liberdade que lhes é atribuída. Do mesmo modo que há disputas sobre como juízes devem decidir, há, igualmente, disputas sobre os critérios que devemos usar para responder como juízes devem decidir²⁶. Os critérios relevantes, que compõem o terceiro ponto dos desacordos - são divididos em ideais e não ideais.

Começando pelo último. Vimos que Sunstein e Vermeule²⁷ pensam que a adjudicação é uma questão de avaliarmos as consequências da ação de adjudicadores reais. Se podemos confiar em suas capacidades, o particularismo é interessante; caso contrário, o formalismo é mais adequado. Assim sendo, para saber como juízes devem argumentar, primeiramente, precisamos saber como de fato estes decidem. Isto, por sua vez, pode ser feito buscando informações empíricas fornecidas pela psicologia, ciência política e economia. Depois de

²⁴ Tradução livre de “the moral benefits of serious rules are consequentialist in character”

²⁵ Tradução livre de “law, cannot be justified on utilitarian grounds, but, on the contrary, must presuppose principles of equality and fairness that are not utilitarian in spirit or effect”

²⁶ Essa distinção foi baseado em Brennan (2016)

²⁷ Quando utilizar o nome dos autores como ‘Sunstein e Vermeule’ deixo subentendido que estou me referindo aos artigos (SUNSTEIN, 1999) e (SUNSTEIN e VERMEULE, 2003). A razão para utilizar o nome dos autores desse modo abreviado é para evitar cansar o leitor com o uso excessivo de ‘Sunstein e Sunstein & Vermeule’.

coletarmos esses resultados podemos elaborar qual é a estratégia de raciocínio mais satisfatória. Dado que essa abordagem se concentra em investigar como juízes devem agir a partir das evidências empírica sobre como eles provavelmente agirão (o que inclui o efeito para terceiros, tempo, habilidades cognitivas), podemos chamá-la de critério não-ideal.

Dworkin parecem não utilizar esse critério. Ele afirma que devemos entender a adjudicação como a melhor interpretação de práticas jurídicas. Para realizar essa tarefa, devemos imaginar uma situação contrafactual em que um adjudicador faz tudo aquilo que deveria fazer do ponto de vista moral. O direito como integridade é a exemplificação desse comprometimento. Diferentemente da abordagem anterior, na qual questões empíricas são cruciais, aqui a análise filosófica tradicional é primordial, porque, primeiramente, devemos identificar um estado de coisas perfeitamente justo. Dada a preponderância da identificação desse estado de coisas perfeito podemos chamar essa abordagem de ideal.

Colocando os critérios desse modo, o que precisa ser perguntado é se há um conflito genuíno entre as abordagens. Ou seja, se, ao optarmos por qualquer um desses critérios estamos, automaticamente, comprometidos a negar o outro. Acredito que não temos uma resposta adequada a essa indagação. Relembre que, de acordo com o argumento de Sunstein e Vermeule, a análise empírica apaziguaria os ânimos entre formalistas e particularistas. Esse raciocínio só funciona se, de início, os teóricos concordarem sobre qual é o critério adequado para avaliarmos a justiça dos argumentos legais. Se particularistas e formalistas concordarem que o critério é não-ideal, o argumento de Sunstein e Vermeule é plausível. Os primeiros alegariam que, para melhorar a adjudicação não-ideal, é melhor dar liberdade aos juízes. Os últimos, por outro lado, que a restrição é vantajosa. Entretanto, note que para resolver esse desacordo basta buscar um argumento independente que mostra qual dos dois lados está mais próximo ao critério previamente estabelecido. Sunstein e Vermeule fazem isso muito bem ao estabelecerem os conceitos de ‘capacidades institucionais’ e de ‘custo e benefício’, por exemplo. Se esses forem conceitos que genuinamente conseguem defender o critério não-ideal, os autores estão corretos em pensarmos que as desavenças se resolverão.

Entretanto, pode ser o caso que particularistas e formalistas não concordem com esse critério inicial. Se assim for, o argumento de Sunstein e Vermeule perde sua força, porque o particularista pode aceitar que, do ponto de vista não-ideal, o argumento tem plausibilidade, mas negar que a teoria normativa da adjudicação se resume a projetos não-ideais. O particularista pode afirmar que a teoria ideal da adjudicação é a investigação central da adjudicação.

Se minha análise for plausível até aqui, precisamos mudar o foco do debate atual e nos debruçarmos, mais atentamente, aos critérios de investigação que os particularistas e formalistas propõem, e mostrar o que há de errado. Nesta dissertação, entrarei mais a fundo na metodologia idealista. A razão para isso é, primeiramente, que não há tempo hábil para percorremos tanto o que pensam não-idealistas como idealistas. A segunda razão é que a metodologia idealista tem grande influência na filosofia política e moral, graças à influência da obra de John Rawls, sendo tida como padrão dentro da investigação normativa.

Tendo esclarecido isso, o problema central é, portanto, procurar responder por que razão os particularistas estão mais inclinados a usar métodos ideais para investigar teorias normativas da adjudicação, e se há algo de bom nesse método. Secundariamente, tentarei responder se tal método é incompatível com os métodos não-ideais, mesmo que tenhamos uma noção ainda pouco profunda deste método. Somado a isso, sugiro também que a reflexão desse tema pode ser vantajosa ao próprio formalismo por um segundo motivo. Suponhamos, ainda que sem argumentos, que o idealismo é adequado. Formalistas cientes disso podem tentar criar teses que defendem por que juízes perfeitos devem aplicar o sentido convencional ou original do direito. Ou seja, aceita-se o comprometimento metodológico típico do particularismo e rejeita-se que isso implique a liberdade criativa dos juízes. Acredito que, embora adentrar nessa empreitada não seja do gosto dos formalistas, buscar esse tipo de projeto é bastante valioso para esta tradição, já que é uma tentativa de refutar seu adversário teórico em seu próprio território.

No próximo capítulo, abordarei com mais profundidade a metodologia do idealismo; e no último capítulo voltarei a explorar o debate apresentado nesta seção

3. O Idealismo Orientador

No capítulo anterior, afirmei que pode ser o caso que particularistas possuam critérios ideais para avaliarmos a justiça de raciocínios legais. Neste capítulo começo a investigar os argumentos que idealistas oferecem em favor dessa tese. De imediato, adianto que não é unânime entre os próprios filósofos idealistas o papel das idealizações. Dito isso, as coisas são mais complicadas do que eu afirmei no capítulo anterior. Formalistas e particularistas não estão apenas divididos entre teorias não-ideais e ideais, respectivamente. Há também uma subdivisão dentro do idealismo. Primeiramente, traço uma breve exposição das origens contemporâneas do debate. Em segundo lugar, explico o que a distinção ideal e não-ideal captura. Em terceiro lugar, afirmo que os filósofos políticos pensam que o idealismo pode ser dividido em duas vertentes: a primeira, acredita que a descrição de um estado ideal de coisas tem um papel orientador na investigação normativa, mesmo se estivermos interessados em abordar problemas não-ideais; e a segunda, defende que a metodologia idealista não tem tal papel. Após isso, aprofundo a primeira. Trago os principais argumentos em seu favor e defendo que há boas razões para pensarmos que a tese do idealismo como orientação é malsucedida.

3.1 Origens do debate

Antes de começar a escrever esta dissertação no conforto do meu escritório, tomei um farto café da manhã com direito a café, leite, pão e frutas. Tivesse eu nascido em outro lugar do planeta, ou, até mesmo em uma família com menos riqueza, as coisas seriam bastante diferentes. Eu poderia estar, neste exato momento, passando fome como milhões de pessoas agora estão. Talvez nunca teria a oportunidade de escrever sobre filosofia do direito. Nosso mundo é rodeado por essas situações antagônicas, onde o padrão de bem-estar de algumas

peças parece muito acima das demais. John Rawls acreditava que o papel da filosofia política era, precisamente, pensar na avaliação da justiça desses padrões de distribuição de recursos. Ele chamava essa ideia simples pelo nome sofisticado de ‘Teoria da Justiça’. Assim, segundo Rawls, uma teoria da justiça tinha como objetivo central orientar por meio de princípios políticos a finalidade das instituições sociais para alcançarmos uma sociedade justa e razoável (RAWLS, 2001, p. 3).

Rawls, no curso de sua carreira, desenvolveu seus ‘dois princípios de justiça’ como uma resposta a avaliação da distribuição justa de recursos. Sob o primeiro princípio, todas as pessoas gozariam de um conjunto extenso de liberdades básicas; e sob o segundo princípio, as desigualdades sociais e econômicas seriam justificáveis desde que beneficiem os membros mais desfavorecidos da sociedade (RAWLS, 2001, p. 42-43). Portanto, se quisermos saber se uma determinada instituição social, como o mercado, é justa, devemos utilizar esses dois princípios como padrão de avaliação. Se for o caso de os mercados instanciarem esses dois princípios, podemos saber que este é uma instituição social justa. Caso contrário, precisamos pensar em alternativas a esse arranjo. Há uma literatura extensa discutindo a plausibilidade de ambos os princípios. O segundo princípio, principalmente, é altamente controverso.

Nesta dissertação não me interessam os resultados obtidos por Rawls, por isso não os discuto. O importante, para as finalidades deste trabalho, são os métodos que Rawls elaborou para chegar aos dois princípios de Justiça. Alguns desses métodos-chaves empregados na metodologia de Rawls são, por exemplo, a ‘posição original’, que é um dispositivo semelhante às teorias do contrato social, onde Rawls delimita como as partes sujeitas aos princípios de justiça estabelecem o conteúdo desses princípios (RAWLS, 2001, p. 14-18); e o ‘de justificação pública’, que especifica como princípios políticos são justificados em sociedades caracterizadas por um amplo pluralismo de estilos de vidas (RAWLS, 2001, p. 26).

Além desses dois métodos, Rawls desenvolveu a distinção metodológica entre ‘teorias ideais de justiça’ e ‘teorias não-ideais de justiça’. Essa distinção, primeiramente, funcionaria para determinar o limite da investigação de sua teoria,

ou seja, o âmbito de aplicação de seus ‘dois princípios’ (STEMPLOWSKA e SWIFT, 2012). Em segundo lugar, tal distinção funcionaria para caracterizar a controvertida relação entre teoria filosófica e prática política (SIMMONS, 2010, p. 6).

Para Rawls, uma ‘teoria ideal de justiça’ lidaria com os princípios políticos que escolheríamos assumindo duas coisas: (1) que “todas as pessoas obedecem rigorosamente aos princípios de justiça”²⁸ (RAWLS, 2001, p. 13) e (2) “condições que, desde que exista vontade política, tornem o regime constitucional possível”²⁹ (RAWLS, 2001, p. 101). Em outras palavras, Rawls propõe que elaboremos princípios de justiça tendo em vista uma situação contrafactual onde todos os cidadãos cumprirão os princípios de justiça; e, ao mesmo tempo, há condições socioeconômicas e políticas para manter um regime constitucional sustentável (que para Rawls era o regime que deveríamos tomar de partida). Os ‘dois princípios de Justiça’ são exatamente os princípios que escolheríamos tendo vista (1) e (2).

Por outro lado, a ‘teoria não-ideal de justiça’ cuidaria dos princípios de justiça que escolheríamos para alcançar a justiça perfeita, dado que em sociedades reais, sabemos que dificilmente as pessoas farão tudo o que a teoria ideal exige. Ou seja, são princípios de justiça criados tendo em mente que as pessoas não obedecerão aos princípios ideais de justiça e as condições materiais das nossas sociedades humanas são menos exuberantes. Como o próprio Rawls colocava: “a teoria não-ideal pergunta como esses objetivos de longo prazo (os princípios ideais de justiça) podem ser alcançados ou buscados, geralmente em passos graduais”³⁰ (RAWLS, 2001, p. 89).

O truque por trás dessa metodologia é compreender que Rawls bifurca a análise normativa de instituições sociais em duas partes distintas. A teoria ideal sistematiza os princípios morais para sociedades perfeitas. Essa é a parte mais sensível aos filósofos políticos, que devem usar a metodologia tradicional da filosofia na elaboração de teorias sobre estados ideais de coisas. A teoria não

²⁸ Tradução livre de: “everyone strictly complies with...the principles of justice”

²⁹ Tradução livre de “conditions that, provided the political will exists, make a constitutional regime possible

³⁰ Tradução livre de “Nonideal theory asks how this long-term goal (princípios ideais de justiça) might be achieved, or worked toward, usually in gradual steps.”

ideal, por sua vez, estabeleceria a rota para nos aproximarmos desses objetivos. Isso só pode ser feito através da análise empírica cuidadosa, ou seja, através de disciplinas como economia, sociologia e ciência política; áreas essas que os filósofos políticos, geralmente, não dominam. Um experimento mental talvez ajude a entender melhor a ideia de Rawls.

David Estlund (2009) propõe que comparemos as teorias da justiça com a procura de um bom local para tirarmos férias. Imagine, hipoteticamente, que Rawls e Amartya Sen decidam aproveitar suas férias para viajarem juntos. Ambos se reúnem para discutir o local da viagem. Rawls acredita que a primeira coisa a ser feita para decidir o roteiro adequado é estipular o que seria um plano de férias ideal. Rawls imagina, então, uma situação onde os viajantes têm dinheiro em abundância e capacidades físicas invejáveis. Tendo esses dois critérios em mente, Rawls afirma que as melhores férias são aquelas em que os viajantes percorrem todas as sétimas maravilhas do mundo e, sempre que possível, passam pelas rotas com mais fauna e flora nativas.

Por ser professor de Harvard, Rawls sabe que não tem dinheiro infinito e nem uma saúde atlética. A mesma observação vale para Sen. Assim sendo, Rawls precisa estabelecer uma teoria de férias que leva isso em consideração. Esta é a teoria não-ideal de férias. Dado que essa teoria demanda uma série de cálculos, pois é preciso traçar a trajetória mais próxima à rota perfeita, Rawls, que não entende muito de cálculos, contrata um especialista bem informado nessas questões. Rawls telefona para uma agência de viagens e informa a vendedora o que ele considera um roteiro perfeito. A vendedora, por sua vez, calcula os roteiros mais próximos às férias perfeitas e informa os dois filósofos.

Devemos nos perguntar: porque devemos estar interessados neste método? Ou seja, o que há de bom nele? Eu quero considerar as respostas a estas perguntas na seção 4. Antes, porém, proponho que discutamos duas questões importantes: o que torna uma teoria ideal “ideal” e uma teoria não ideal “não ideal”? E quais são as vertentes do idealismo defendidas por filósofos políticos.

3.2

O problema da distinção

Recentemente, filósofos políticos passaram a questionar as metodologias empregadas no desenvolvimento de teorias normativas. Dado que Rawls é um marco da filosofia analítica, os filósofos desta tradição começaram a investigar por que razão o método de Rawls parece não entregar o que promete. Como Valentin (2012, p. 654) afirma: a impressão é que a *Teoria da Justiça* e o *Justiça como equidade* são “ de alguma forma, demasiadamente distantes da realidade para guiarem a ação política”³¹.

Uma das razões que fundamentam esse descontentamento é ocasionada pela divisão do conceito de justiça entre ideal e não-ideal e, sobretudo, pela ênfase de Rawls no primeiro. Esses filósofos propõem que realizemos uma análise categorial dos conceitos. Por análise categorial entendo o modo de distinguir conceitos por meio da identificação das propriedades que esses conceitos carregam. Em outras palavras, é possível identificar quais são as propriedades de uma teoria ideal e quais são as propriedades de uma teoria não-ideal. Feito isso, é possível sublinhar por que a teoria ideal falha e por que razão podemos ficar melhor se apenas mantivermos a parte não-ideal, onde tomamos “pessoas de carne e osso” como o ponto inicial das nossas investigações. Ou, talvez, essa recomendação seja imprudente, como pensam outros filósofos, e a parte ideal seja justamente a que devemos manter. De qualquer modo, ambos concordam que podemos fazer uma distinção categorial entre teoria ideal e não-ideal.

Contemporaneamente, a literatura sobre o tema vem se afastando desse tipo de distinção, assim sendo, explorarei brevemente essas distinções. Me concentrarei nas definições elaboradas por Enoch (2016) e Hamlin & Stemplowska (2012) que procuram mostrar que a distinção, na realidade, captura dois problemas normativos diferentes; ou seja, quando estamos interessados em fazer teoria ideal temos em mente responder a pergunta “o que faríamos se fizessemos tudo que deveríamos fazer” (ENOCH, 2016, p. 04); e se estamos interessados em teorias não-ideais, nos perguntar o que devemos fazer dado que

³¹ Tradução livre de “somehow too detached from reality to guide political action”

não vamos fazer tudo o que deveríamos (ENOCH, 2016, p. 04). Embora não afirme que filósofos devem abandonar a empreitada da distinção categorial, apenas saliento que por enquanto não temos boas razões para pensar que alguma versão dessa distinção categorial funcione.

A primeira resposta ao que a distinção captura é bastante óbvia. A distinção divide uma teoria da justiça que assume obediência total juntamente com condições econômicas e sociais favoráveis; e do outro lado, a teoria que toma a desobediência e falta de recursos como fundamentais. O problema dessa definição é que ela é muito restrita. Isso se dá pelo fato de ela trazer apenas essas duas propriedades como elementos definidores. Há uma gama imensa de problemas normativos em que parece que a obediência total não é relevante para criarmos modelos idealizados. Tomemos, por exemplo, a teoria democrática de David Estlund (2008). Estlund defende que em condições ideais – onde eleitores são perfeitamente racionais e informados –, a democracia produz resultados morais corretos. Sua versão de teoria ideal não precisa estipular que eleitores obedecerão aos princípios democráticos, porque isso não está em causa em sua análise. Ao invés disso, ele precisa estipular condições idealizadas de informação e imparcialidade. Portanto, nem toda teoria ideal precisa ser definida como ‘obediência total’. Em segundo lugar, essa resposta confunde o que faz uma teoria ser idealizada com o aspecto particular da teoria ideal de Rawls. A confusão é explicada pelo fato de haver duas perguntas muito próximas que podem ocasionar equívocos: a primeira é o que faz a teoria ideal de Rawls “ideal”? E a segunda é qual o aspecto particular da teoria da justiça de Rawls que exemplifica essas propriedades idealizadoras? Aqui estamos interessados na primeira pergunta, e não na segunda.

Pensando na primeira, O’Neill (1996) afirma que há uma distinção entre abstrações e idealizações. Quando uma teoria é abstrata, ela simplifica aspectos relevantes do problema sem assumir qualquer falsidade. A razão dessa simplificação é focar nos aspectos mais importantes. O experimento mental do Trolley é uma abstração, segundo essa definição, porque deixa de fora informações sobre o clima, quem são as pessoas amarradas ao trilho, a velocidade do Trolley e se a alavanca é feita de aço ou madeira, por exemplo. Todas essas informações são irrelevantes para aquilo que o experimento pretende destacar:

como nossas intuições morais respondem a dilemas morais. Uma idealização, por sua vez, assume falsidades num determinado aspecto do problema analisado. Quando economistas postulam que pessoas são perfeitamente racionais, eles estão assumindo uma falsidade do que sabemos sobre as pessoas. Elas são, muitas vezes, profundamente imprudentes em suas escolhas. Feita essa distinção, O'Neill afirma que a marca definidora da teoria ideal é exatamente utilizar idealizações na sua construção teórica. Portanto, Rawls ao utilizar a 'obediência total', exemplifica uma falsidade do que sabemos sobre as pessoas. A autora pensa que se partimos de premissas com idealizações, qualquer conclusão normativa é insatisfatória. A contraposta de O'Neill, conseqüentemente, é que paremos de assumir falsidades na elaboração de teorias normativas e foquemos no que genuinamente sabemos sobre as pessoas (o que não afasta abstrações).

Há dois problemas com essa análise. Primeiro, é como afirma Hamliil (2012): a distinção entre abstração e idealização é mais nebulosa do que aparenta. Imagine, por exemplo, a questão da motivação dos agentes. Temos uma variedade de motivações que podemos incorporar em nossas teorias normativas. Agentes podem estar motivados a seguir um princípio de justiça porque são prudentes, egoístas, altruístas, preguiçosos, dentre outros. Dada essa enorme gama de motivações, é comum que as teorias limitem quais motivações são relevantes. Exclui-se, por vezes, motivos como o egoísmo. Isso seria uma abstração? Ou uma idealização?

O segundo é elucidado por Lawford-Smith (2010). Ela pensa que essa maneira de definir as propriedades de uma teoria ideal falha em captar a natureza contrafactual das teorias ideais. Os dois princípios de justiça são as respostas à seguinte contrafactual: "se as pessoas obedecessem ao que os princípios de justiça exigissem delas e tivéssemos condições econômicas e sociais para implementar certas instituições políticas, então elas escolheriam os dois princípios de justiça.". O problema é que O'Neill confunde as condições de verdade da antecedente da contrafactual com a da contrafactual como um todo. Afirmar que idealizações introduzem falsidades mostra que a antecedente é falsa, mas não que a contrafactual como um todo é falsa. Por mais que seja difícil determinar as condições de verdade de uma contrafactual, é plausível admitir que antecedente

falsa e consequente verdadeira tornam a contrafactual verdadeira. Portanto, não temos razão para aceitar a ideia de O'Neill.

Outra proposta de definição é a de Cohen (2009) e Farrelly (2007). Embora cada autor apresente um diagnóstico muito diferente um do outro no que diz respeito à elaboração de teorias normativas - Cohen acredita que devemos fazer teorias normativas mais ideais que a do próprio Rawls, e Farrelly que devemos melhorar às instituições que já temos -, ambos concordam que o que define uma teoria ideal e uma teoria não ideal é seu grau de sensibilidade aos fatos. Para Cohen princípios de justiça são utópicos porque são totalmente insensíveis a fatos. Não podemos estabelecer princípios de justiça contaminando-os com fatos sobre a escassez e a natureza humana como faz Rawls (simplifiquei, na primeira seção deste capítulo, os compromissos a que Rawls aderiria; ele também pensava que não podíamos ter princípios que fossem demandantes demais, algo que Cohen considerava objetável). Farrelly, por outro lado, pensa que devemos nos livrar da teoria ideal porque ela não leva a sério o custo que direitos possuem e os infortúnios da natureza humana. Conceitos como 'justiça' só fazem sentido se forem impregnados por considerações empíricas, como ele próprio afirma: “a justiça deve levar em consideração as diversas complexidades que surgem no mundo real”³² (FARRELLY, 2007, p. 862). Em primeiro lugar, o debate se princípios normativos são sensíveis ou insensíveis a fatos é um debate de metaética. É óbvio que qualquer teoria da justiça carrega considerações metaéticas em suas formulações, mas disso não se segue que debater diretamente tais assuntos trará qualquer benefício ao objetivo central das teorias da justiça. Portanto, Farrelly e Cohen parecem desviar do debate relevante para debater questões metaéticas de fundo. Em segundo lugar, pelas mesmas razões explicadas no parágrafo anterior, esse argumento também ignora a natureza contrafactual da teoria ideal ao apenas negar a antecedente. Os autores pensam que o problema é que a antecedente “se as pessoas obedecessem ao que os princípios de justiça exigissem delas e tivéssemos condições econômicas e sociais para implementar certas instituições políticas” é falsa. Como já vimos, isso é uma confusão lógica por parte dos autores: a contrafactual ainda pode ser verdadeira.

³² Tradução livre de “justice must give due consideration to the diverse complexities that arise in the real world”

Dadas todas essas falhas, alguns filósofos começaram a pôr em causa a própria ideia de que a distinção é categorial. Laura Valentini (2012, p. 660), numa revisão bibliográfica recente do tema, reconhece que as discussões estão caminhando de maneira a considerar que a teoria ideal e a teoria não-ideal “respondem perguntas diferentes”³³. Nas palavras da própria autora: “As últimas (não-ideais) estão procurando por princípios que são prováveis de serem efetivos aqui e agora, as primeiras (teorias ideais) buscam desenvolver teorias capazes de identificar a extensão completa pela qual o mundo em que vivemos está falhando em respeitar um grande ideal social”³⁴.

Podemos, portanto, resumir o problema geral das abordagens acima em duas frentes. Primeiro, porque a distinção categorial falha. E em segundo lugar, como utilizar a distinção de maneira adequada. Começando pela primeira questão, Zofia Stemplowska (2008, 2012) afirma que teorias normativas possuem estruturas. Elas são formadas por *inputs*, que é aquilo que uma dada teoria assume; *outputs*, que são os princípios normativos finais; e regras que derivam os últimos dos primeiros. Zofia pensa que o problema central com toda a discussão categorial é pensar que os *inputs* determinam o que distingue uma teoria normativa da outra. Por exemplo: se colocarmos os ingredientes x, y ou z nos *inputs* o produto final é uma teoria ideal ou não ideal. Na visão da autora, isso é um erro. Teorias normativas ideais e não-ideais dizem respeito aos *outputs*, ou seja, à função que princípios normativos possuem. Quando temos princípios normativos que fazem recomendações alcançáveis e desejáveis dadas nossas circunstâncias, temos uma teoria não ideal. Por outro lado, se esses princípios não são alcançáveis, temos uma teoria ideal.

David Enoch (2016), pela mesma linha de raciocínio, pensa que a literatura falha em reconhecer que a teoria ideal e a teoria-não ideal respondem a perguntas normativas diferentes. Isso sugere que os filósofos que tomam a distinção como categorial assumem que há apenas uma pergunta central na filosofia política, por exemplo: como regular as instituições para melhorar as pessoas e reclamam quando as teorias não respondem bem esta pergunta. Ou eles pensam que a

³³ Tradução livre de “answering different questions”

³⁴ Tradução livre de “The former (non-ideal) are looking for principles which are likely to be effective here and now, the latter (ideal theory) seek to develop theories capable of identifying the full extent to which the world in which we live is failing with respect to a grand social ideal”

pergunta central da filosofia política é imaginar como seriam estados de coisas perfeitamente justos e reclamam quando filósofos procuram engajar-se em análises empíricas. O erro dos dois é considerar que a única pergunta relevante é a que eles se propõem a responder. Outra maneira de enxergar esse erro é pensar que a distinção é exclusiva, ao invés de inclusiva. Se alguém se interessa por teoria ideal, automaticamente está negando abordagens não-ideais e vice-versa.

Dito isso, a maneira que utilizo para distinguir ideal e não-ideal é a do próprio Enoch (2016, p. 04). Quando queremos saber “O que deveríamos fazer (talvez em um dado domínio) assumindo que todos os envolvidos irão agir como deveriam”³⁵ estamos diante de teorias ideais; ao passo que ao perguntarmos “o que deveríamos fazer (talvez em um dado domínio) levando em consideração como as pessoas agirão conforme as evidências indicam que seja mais provável que elas ajam”³⁶, estamos realizando uma teoria não-ideal.

3.3

Categorias de Teorias Ideais

Por ora, já é suficiente o que foi exposto sobre teoria ideal e não-ideal. Contudo, falta ainda investigar o papel desempenhado pela teoria ideal. O que há de interessante em saber o que deveríamos fazer se fizéssemos tudo que deveríamos? Há duas respostas a essa pergunta, como salienta Gaus (2016). A primeira é chamada de teoria ideal ‘não-orientadora’. Idealistas deste grupo estão interessados em apenas analisar um estado de coisas justas dentro de um domínio normativo específico. Eles não possuem uma ambição teórica maior do que essa descrição. Eles aceitam que saber as condições da justiça ideal pouco ajuda na resolução de problemas práticos de justiça. Saber o que é a “Justiça” não implica que tenhamos que assegurá-la. Esses idealistas “simplesmente constroem uma visão de como as coisas deveriam ser ou poderiam ser, mesmo sabendo que elas nunca acontecerão” (ESTLUND, 2008, 264).

³⁵ Tradução livre de “What should we do (perhaps in a given domain) assuming that all involved will act as they should”

³⁶ Tradução livre de “what should we do (perhaps in a given domain) taking into account that people will act as the evidence indicates they are likely to act”

O segundo grupo, o ‘idealismo orientador’, discorda do primeiro grupo no que diz respeito ao papel desempenhado por tais descrições. Eles pensam que há uma conexão entre estas e a nossa condição não-ideal. Saber o que é a justiça perfeita auxilia na resolução de problemas práticos. O próprio Rawls endossava essa posição, dizendo que “ao mostrar como o mundo social pode realizar as características de uma utopia realista, a filosofia política fornece um objetivo de longo prazo de empreendimento político e trabalhando em direção a este, ela dá sentido ao que podemos realizar hoje”³⁷ (RAWLS, 1999, p. 138). Portanto, o ideal possui uma função orientadora que se desdobra em duas características: (i) identificar o estado de coisas perfeitamente justo e (ii) comparar os juízos de justiça em estados de coisas menos justos. Relativamente a (ii), idealistas realizam essa comparação por meio da identificação de juízos que direcionam nosso mundo presente ao ideal, ou seja, eles procuram estabelecer comparações em termos de distância em relação a (i). Dada a condição (ii), alguns filósofos defendem uma tese mais forte, segundo a qual o ideal é uma condição necessária para investigarmos problemas normativos não ideais. Chamo essa ideia de tese da orientação forte. Entretanto, dentro dos orientadores há uma controvérsia no que diz respeito à força da conexão entre o ideal e o não-ideal, em outras palavras, a aceitação da tese da força da orientação. Alguns filósofos defendem uma tese mais fraca, onde o ideal, embora não seja necessário para lidar com problemas não ideais, ainda assim desempenha um papel que não pode ser deixado de lado ao elaborarmos teorias normativas políticas (Swift 2008; Valentine 2011; Stemplowska, 2008).

Neste capítulo investigarei por que alguns idealistas orientadores consideram que a teoria ideal tem essa conexão necessária com o não-ideal.

3.4

A defesa do Idealismo Orientador de Rawls e as objeções de Sen

³⁷ Tradução livre de “by showing how the social world may realize the features of a realistic utopia, political philosophy provides a long-term goal of political endeavor, and in working toward it gives meaning to what we can do today”

Rawls acreditava que a teoria ideal é uma condição necessária para resolvermos problemas não ideais. Como ele deixava bastante explícito no *Justiça como Equidade*: a teoria ideal “fornece alguma orientação ao pensarmos na teoria não-ideal, ou seja, como lidar com casos difíceis de injustiça”³⁸ (RAWLS, 2001, p. 13). A razão para ele afirmar tal coisa é porque ele via nela dois papéis centrais: estabelecer os objetivos que a teoria não ideal deve perseguir e as injustiças mais urgentes que precisam ser combatidas (STEMPLOWSKA e SWIFT, 2014).

Com relação ao primeiro papel, teorizar numa perspectiva ideal seria importante porque compreendemos o que a justiça exige de nossas instituições. Se todos fizéssemos tudo que deveríamos fazer, segue-se que deveríamos efetivar os dois princípios de justiça. Após estarmos munidos de tais princípios, estamos numa melhor posição para traçar nossas teorias não ideais.

O segundo papel, por sua vez, procura sistematizar quais são as injustas mais severas no nosso mundo imperfeito. Temos um conjunto muito grande de situações injustas: há pessoas que passam fome e outras que têm suas liberdades civis tolhidas. Rawls acreditava que seus dois princípios de justiça também contribuiriam para planejar os alvos de nossas reformas. Partindo da ideia de que os males mais graves são os que ferem o primeiro princípio, temos que, inicialmente, minimizar quaisquer atentados às liberdades básicas dos cidadãos. Sem elaborar esses juízos ficamos perdidos sobre quais males atacar de imediato.

A objeção mais tradicional a essa ideia é a de Amartya Sen (2009). Ele afirma não precisamos da teoria de justiça para que possamos resolver as injustiças mundanas. Em outras palavras, a justiça perfeita não é uma condição necessária nem suficiente para resolvermos nossos problemas atuais de justiça (SEN, 2009, p. 102).

Sen vê dois problemas na metodologia de Rawls. Em primeiro lugar, ele acredita que podemos avançar a justiça sem precisarmos inquirir o que a justiça perfeita exigiria (SEN, 2009, p. 101). Só precisamos elaborar, segundo ele, uma teoria da justiça que consiga produzir juízos comparativos entre arranjos sociais disponíveis (SEN, 2009, p. 106). Sen (2009, p. 102) tenta iluminar sua

³⁸ Tradução livre de “provide some guidance in thinking about nonideal theory, and so about difficult cases of how to deal with existing injustices”

metodologia através de uma analogia onde ele contrasta juízos sobre a altura de montanhas. Imagine que queiramos comparar a altura de duas montanhas: o K2 e o Monte Fuji. Há relevância em saber a altura da montanha ideal – supondo que seja o Everest - para compararmos essas duas montanhas? Sen pensa que não. Podemos comparar K2 e o Monte Fuji apenas levando as duas em consideração. Basta utilizar uma régua muito grande. Dito isso, Sen conclui que nossos juízos sobre justiça, assim como os de altura, não precisam de uma concepção de perfeição. Para ele, é intuitivo que “a iniquidade da fome, o analfabetismo, a tortura, as prisões arbitrárias e exclusões de tratamentos médicos”³⁹ são os problemas mais urgentes de nossas sociedades (SEN, 2009, p. 96). Necessitamos de propostas que os minimizem. E podemos fazer isso sem elaborar uma visão perfeita da Justiça. Podemos propor reformas pontuais para cada uma dessas injustiças.

A segunda objeção é que a “ a caracterização da justiça ideal, mesmo se tal característica emergisse claramente, não implicaria qualquer delimitação de como os diversos desvios da justiça perfeita seriam comparados e ordenados”⁴⁰ (SEN, 2009, p. 99). Ou seja, mesmo que soubéssemos o que a justiça exigiria de nossas instituições, ainda não temos uma métrica satisfatória que indique o caminho para essa justiça perfeita. Afinal, não parece óbvio que se do fato de termos uma concepção de justiça perfeita, disso se segue que também sabemos como efetivá-la. Inclusive, isso parece uma tarefa extremamente complicada. Portanto, Sen é aparentemente cético quanto à possibilidade de oferecer tal ferramenta teórica.

No início desta dissertação, eu criei o experimento mental das férias de Sen e Rawls para mostrar como a distinção ideal/não-ideal funciona para Rawls. Eu quero voltar a este experimento para, agora, elucidar como as propostas de ambos se diferenciam.

Rawls e Sen precisam selecionar o roteiro de suas férias em conjunto. Há muitas opções disponíveis. Eles podem fazer uma viagem de balão pelas ruínas budistas em Mianmar enquanto observam o pôr do sol; caminhar junto aos

³⁹ Tradução livre de “iniquities of hunger, illiteracy, torture, arbitrary incarceration, or medical exclusion”

⁴⁰ Tradução livre de ““The characterization of spotless justice, even if such a characterization were to emerge clearly, would not entail any delineation whatever of how diverse departures from spotlessness would be compared and ranked”

beduínos no deserto da Jordânia e conhecer o templo onde fora filmado o filme ‘Indiana Jones e a última Cruzada’; se não quiserem viajar para outros países, ambos podem ir ao festival de música Prognation, que ocorre todos os anos em Miami, e escutar as melhores bandas de rock progressivo do momento. Rawls pensa que as escolhas são tantas que é preciso compreender bem o que de fato as férias exigem das pessoas. Não podemos saber para onde viajar sem antes elaborar uma teoria de férias ideal. Rawls considera que esse exercício mental é importante porque só quando munidos de tal concepção de férias ideal é que podemos estabelecer quais são os objetivos para uma teoria não-ideal de férias, em que temos dinheiro e saúde limitados (função de objetivo, como explicado). O conteúdo de sua teoria de férias são dois princípios: a) percorrer as sétimas maravilhas do mundo; e b) observar a maior quantidade de fauna e flora possível. E se for o caso de não conseguirmos contemplarmos conjuntamente a) e b), aquele tem prioridade (função da urgência). Com esses dois princípios em mente, podemos ligar para uma agência de viagens e informar ao consultor o que queremos de nossas férias. O consultor, que sabe bastante matemática financeira e matérias empíricas relevantes, está apto a calcular uma rota de viagem adequada a esses dois princípios de férias.

Caso Sen estivesse ao lado de Rawls, enquanto este dava as informações ao consultor, provavelmente ele teria colocado o telefone no gancho. Sen diria algo do tipo “Rawls, você está maluco. Não precisamos saber o que é essa coisa de teoria ideal de férias para comparar roteiros de viagens! Podemos muito bem olhar um conjunto de roteiros e pensar qual deles é mais agradável. Sabemos que férias é uma maneira de relaxar a mente depois de meses trabalhando em artigos, livros e seminários acadêmicos. O roteiro que contemplar tal coisa está de bom tamanho”. Assim sendo, Sen só compararia os roteiros disponíveis, tendo em vista a remuneração de ambos e suas condições físicas. É claro que não é sempre fácil fazer tal comparação, porque há muitas opções. Mas de qualquer modo, não precisamos da teoria de férias ideal. Além disso, Sen também consideraria estapafúrdico o pedido de Rawls ao consultor da agência. Mesmo que existisse tal coisa como férias ideais, não há razão para pensar que temos as ferramentas para desenvolver um cálculo tão complexo. Focar nossos esforços nisso é um fetichismo pelo ideal.

3.5

Em defesa da orientação - as objeções de Simmons , Valentini e Lawford-Smith contra Sen

John Simmons (2010), Laura Valentini (2011) e Lawford-Smith (2012) defendem a metodologia de Rawls contra os ataques de Sen (2009). A objeção de Simmons é que Sen interpretou mal a metodologia de Rawls, pois o papel da justiça ideal não é comparar arranjos sociais disponíveis. Valentini, por sua vez, defende que Sen está errado ao considerar que podemos descartar teorias políticas abstratas para formarmos juízos sobre justiça. Por fim, Lawford-Smith defende a mesma tese de Valentini, e que a natureza de conceitos normativos, como justiça, não tem a mesma natureza do conceito de ‘altura’ proposto na analogia.

Simmons (2010, p. 22-24) considera que a maneira correta de interpretar a conexão entre a descrição das condições de justiça perfeita e a situação atual do nosso mundo imperfeito é atribuindo a conexão os seguintes papéis: (1) a orientação estabelecida pelo ideal é transicional e não, como Sen afirma, comparativa; e (2) os alvos das reformas são integrados, o que contrasta com a proposta de Sen de objetivos fragmentados.

Sen está correto em afirmar que para saber a altura entre duas montanhas não é necessário saber a altura da montanha ideal. Simmons (2010, p. 35), em contrapartida, pensa que essa ideia só faz sentido quando ambas as montanhas são caminhos viáveis para alcançar uma montanha maior. Ou seja, se tanto o K2 como o Monte Fuji são igualmente viáveis para alcançarmos o Everest, precisamos, à moda de Sen, apenas de uma comparação de qual das duas produz um resultado mais desejável. Em outras palavras, a comparação entre arranjos sociais disponíveis é suficiente. Mas como podemos ter certeza que as duas estão na rota correta para o Everest? Talvez seja o caso que, *ex hipotesis*, o K2 produza resultados melhores comparados ao Monte Fuji, mas nos leva a um caminho distante do Everest. Podemos ficar tão exaustos ao chegar no K2 que não sobraria energia para ir ao Everest; ao passo que se fossemos ao Monte Fuji, mesmo sabendo que seu cume é menor, ainda teríamos energia para uma jornada posterior ao Everest. Portanto,

apenas comparar dois estados de coisas não é garantia de que estamos na mesma rota para objetivos maiores.

Por essa razão Simmons (2010) considera que o ideal tem uma prioridade transicional. O que quer dizer isso? Quando estabelecemos que um estado de coisas é ideal, sua função não é comparar dois arranjos não-ideais. Por exemplo, se o arranjo P é mais justo que Q. Se o fosse, Sen teria razão em estabelecer a desnecessidade de idealizações. Todavia, o que o ideal oferece é uma avaliação em termos de qual das duas propostas, nomeadamente, K2 ou o Monte Fuji levamos mais próximo a um objetivo maior. Contrariamente a Sen, ao imaginarmos propostas em termos transicionais é importante saber qual é esse objetivo maior. Se Rawls está correto em imaginar que os dois princípios da justiça são esses objetivos, qualquer proposta de reforma necessita julgar o quão próximos tal reforma nos coloca mais próximos à justiça perfeita. Dito isso, não é suficiente apontar que o arranjo social P é mais justo que o Q. É preciso também fornecer razões que meçam a distância deste com o ideal I.

O segundo ponto, é que somado a isso não basta oferecer reformas pontuais para avançarmos a justiça. Defender a eliminação da fome e do analfabetismo é insuficiente para Rawls. A razão disso é que ele pensa que só temos razões para conduzir uma dada reforma se for admissível que esta conduzirá a diminuição de todas as injustiças. É trivial que certas reformas pontuais avançam a justiça, como as situações mencionadas por Sen. Mas não é sempre que estamos diante dessas obviedades. Talvez fazer reformas pontuais nos afaste da eliminação de outros males importantes. Por isso, é importante pensar em como as reformas serão integradas aos nossos objetivos maiores de alcançarmos a justiça ideal.

Valentini (2011, p. 306-309) pensa que Sen “provou demais” ao afirmar que não precisamos de qualquer teoria ideal da justiça para realizarmos comparações. Por um lado, Sen está correto ao afirmar que não é preciso de teoria alguma para saber que certas injustiças são demasiadamente graves, como fome, escravidão, analfabetismo. Contudo, Valentini pensa que disso não se segue que qualquer juízo sobre justiça pode ser realizado sem pensarmos de maneira idealizada. Em situações em que não temos intuições óbvias do que é justo, a autora pensa que “o raciocínio moral abstrato Rawlsiano é inevitável.” (VALENTINI, 2011, p. 307).

Assim sendo, desenvolver uma teoria ideal que põe em relevo os nossos comprometimentos fundamentais com a justiça é algo inevitável, inclusive para os propósitos comparativos defendidos por Sen.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Lawford-Smith (2012, p.34) argumenta que um dos papéis centrais de teorias ideais é fazer análise conceitual. Ela conceitua análise conceitual como o uso de experimentos mentais que elucidam conceitos centrais da filosofia, como conhecimento e beleza, por exemplo. Um desses experimentos é o de Gettier, que é considerado um recurso metodológico importante para revelar a natureza do conceito de conhecimento. Por que não seria o caso de que conceitos normativos, como justiça, também não se beneficiariam de experimentos mentais? Aparentemente, Lawford-Smith conclui, não temos porque pensar que temos aqui uma exceção ao uso de experimentos mentais.

Lawford-Smith (2010, p.35-36) aponta dois erros na analogia de Sen. Em primeiro lugar, não há tal coisa como uma montanha ideal, como Sen afirma. O Evereste é apenas a maior montanha efetiva. Dito isso, o que mensura K2 e o Monte Fuji é o conceito de ‘altura’ que por sua vez é um “valor linear” em que só precisamos de uma métrica como metros, quilômetros ou jardas para mensurar entre quaisquer dois objetos qual deles instancia a propriedade de ser mais alto que o outro. Por outro lado, mesmo quando estamos diante de uma situação em que recorrer a apenas valores lineares são suficientes para comparações, ainda não é absurdo recorrer a uma concepção de ideal. Lawford usa o exemplo de uma venda de uma casa. Imagine que queiramos vender uma casa e cogitamos que o preço ideal seria 500 mil reais. A propriedade ‘Valor monetário’ é linear porque basta saber o maior valor monetário, supondo que estamos diante de duas ofertas, para saber qual é o maior valor. Mas disso não se segue que comparar as ofertas reais recebida, por exemplo, 300 mil reais e 400 mil reais, ao preço ideal é inútil. Saber o ideal ajuda na informação sobre se queremos ou não vender a casa. Usamos esse preço ideal hipotético para avaliar se as propostas são financeiramente interessantes.

A segunda objeção é que não sabemos a natureza do conceito de justiça. Alguém pode defender que o conceito de justiça tem uma natureza relacional,

como ‘ser oeste de x’ ou ‘ser mais velho que y’; ou que possui uma natureza monádica, como o conceito de simetria (LAWFORD-SMITH, 2010, p. 36). Quando utilizamos conceitos relacionais no nosso dia-a-dia, geralmente o fazemos de maneira intuitiva. Aprendemos o que é estar a oeste de algo e conseguimos avaliar entre dois objetos qual deles está mais ao oeste. A mesma observação vale para o conceito de ‘ser mais velho de’. Note que em conceitos relacionais não faz sentido utilizar o conceito de ‘Oeste ideal’, nem ‘o mais velho ideal’. Com o conceito de simetria, Lawford-Smith, pensa que as coisas são diferentes. Sabemos que objetos são simétricos quando ao menos conseguimos ter uma noção básica do que constitui o ideal de simetria. Eu sei que o busto de Monalisa é simétrico não por compará-lo a outra pintura, mas simplesmente porque compreendo o que é o conceito de simetria em si mesmo. Em outras palavras, conseguimos avaliar objetos como simétricos fazendo referência à distância deste com o ideal de simetria, e não com a comparação entre quaisquer objetos da mesma categoria, como dois quadros. Sen parece sugerir que o conceito de justiça é parecido com conceitos relacionais. Só precisamos fazer a comparação entre dois arranjos para sabermos qual é mais justo. Lawford-Smith pensa que não é tão óbvio que a ‘justiça’ funcionem desta forma. Pode ser o caso que a ‘justiça’ seja mais próxima ao conceito de simetria. Sendo assim, saber o que é o ideal de justiça ajuda-nos na definição do que é justo. Sem responder esse problema, não temos razão conclusiva para aceitar que justiça é um conceito relacional.

Resumindo tudo o que foi abordado nesta seção, penso que podemos resumir as objeções contra Sen em três categorias. (1) os que defendem a necessidade de ideais para orientar nossos problemas mundanos; (2) os que defendem ideais por considerá-los importantes para realizarmos análises conceituais; e (3) os que defendem ideais em razão de sua natureza não-relacional. Não aprofundarei os pontos (2) e (3), pois essas objeções são colaterais ao problema em causa. Como foi dito, no início desse capítulo, estamos interessados em analisar a conexão entre ideais e a resolução dos problemas mundanos. Desse modo, é a categoria (1) a mais importante para essa dissertação. Até então vimos que as objeções de Simmons contra Sen parece fazer sentido. Portanto, pode ser o caso que os idealistas tenham razão. Na próxima seção abordarei os argumentos de Gaus sobre esse ponto. Considero que seus argumentos são fatais contra a

posição idealista. Não temos razão para pensar, portanto, que na disputa entre Sen e Rawls este tenha razão.

3.6

As objeções de Gaus ao Idealismo Orientador

A disputa entre Simmons, Rawls e Sen é uma metáfora entre alturas de montanhas e a realização da justiça. Embora esse recurso possa parecer didático, alguns filósofos pensam que sua utilização é ilusória. Gerald Gaus é um deles. Gaus (2016) pensa que o trabalho do filósofo político é criar modelos sobre como as instituições deveriam ser. Entretanto, há demasiado uso de narrativas na filosofia política que, segundo o autor, camuflam pressupostos duvidosos. Gaus defende que filósofos políticos precisam ficar mais próximos aos métodos formais da economia e da ciência política quando modelam suas ideias. A razão disso é que com métodos formais deixamos claro quais são nossos comprometimentos mais profundos e colocamos em relevo a fragilidade de certos pressupostos que outrora estavam escondidos sob belas metáforas.

Em seu livro *The Tyranny of the Ideal* Gaus tenta fornecer uma análise formal da disputa descrita na seção anterior. Seu objetivo central é duplo: traduzir o debate entre Simmons, Rawls e Sen para modelos formais e avaliar se tal modelo, em que estipulamos a necessidade de ideais, cumpre o que promete. A conclusão do autor é que os pressupostos que os modelos ideais carregaram são tão demandantes que não temos razão para aceitar que teorias à moda de Rawls funcionem. Vamos ao argumento.

A primeira ideia é como transformar a intuição de Rawls e Simmons de que o ideal orienta nossa busca pela justiça. Gaus afirma que podemos descompactar isso em duas condições: a condição de realização social da justiça (CRS daqui para frente) e condição orientadora (CO – daqui para frente). A primeira diz respeito à identificação da justiça, em um dado mundo social, e no mundo ideal. A CRS expressa a ideia de que uma teoria ideal procura avaliar como nosso mundo e diferentes mundos, cada uma a sua maneira, realizam os princípios da justiça. A

função da segunda condição é identificar o quanto esses mundos estão distantes uns dos outros e quão distantes eles estão do ideal.

Gaus aprofunda cada condição em vários corolários, os quais clarificam os objetivos de cada condição. Não detalharei todos os pormenores descritos pelo autor porque isso me exigiria muito mais espaço do que eu tenho neste trabalho. Outra razão, é que para o intuito deste trabalho só é necessário fornecer o argumento mais geral do livro. Dito isso, a CRS é desdobrada em três elementos centrais. O primeiro é um conjunto de padrões avaliativos – quais são os critérios que utilizaremos para avaliar a justiça nos mundos sociais? A ideia tradicional na filosofia política é que podemos capturá-los aderindo a uma concepção em que o interesse de todos os afetados são levados em consideração. Pense, por exemplo, nos dois princípios de justiça de Rawls ou no utilitarismo de regras. Ambos procuram captar princípios morais que todos os interessados em viver em uma sociedade concordariam. Tais recursos têm precisamente a finalidade de serem os critérios últimos de avaliação da justiça.

O segundo elemento é especificar quais as propriedades do mundo estamos avaliando com esse critério. Por que razão pensamos que uma certa propriedade do mundo é relevante para instanciar o que a justiça exige? Alguém pode pensar, por exemplo, que os dois princípios de justiça funcionam para coisas como regras de cooperação. Outra pessoa, por outro lado, pode considerar que o alvo de tais princípios é o modo de vida das pessoas. Desse modo, esse segundo elemento requer uma série de categorizações cujo intuito é detalhar porque essas propriedades realizarão os critérios de justiça.

O último elemento é a função mapeadora. Ela cumpre duas funções. A primeira é uma tarefa modeladora, na qual são utilizados modelos que preveem como as propriedades do mundo interagirão para realizarem a justiça social. A segunda é uma tarefa de atribuir uma pontuação a esses diferentes mundos sociais, ou seja, numa escala de 0 a 100, por exemplo, que notas atribuiremos aos mundos. Em síntese, sua importância é conectar os critérios avaliativos com as propriedades que julgamos relevantes. Essa talvez seja a parte mais complexa e exige, normalmente, conhecimento de ciências empíricas e modelos complexos de

interação. Como não há como discutir como isso seria feito, estou assumindo aqui que sabemos fazer tal coisa.

A condição orientadora abrange duas funções. A primeira é fornecer uma noção de semelhança entre os diferentes mundos sociais avaliados pela CRS. Imaginemos que estamos diante de três mundos, A, B e I (neste caso o mundo ideal). No mundo A, as propriedades relevantes são x, y, z; no mundo B, x, z, w; e no mundo I f, g, h. Como estamos falando de propriedades dos mundos que cumprem a CRS, é natural que mundos com propriedades semelhantes sejam mais próximos, neste caso A e B. Já o I, por ter propriedades muito diferentes desses últimos dois é o menos semelhante. Somado a isso, Gaus também pensa que a CO precisa fornecer uma noção de métrica – que é a segunda função da CO. O que quer dizer isso? Imagine que temos uma régua de um metro subdividida a cada dez centímetros. Teremos assim 100 unidades de centímetros. Vimos que a semelhança só informa a relação entre propriedades, porém ela é incompleta se também não incorporar uma noção de distância. Podemos pensar que o mundo A e B são próximos por só possuírem uma propriedade diferente, nomeadamente Y. Porém, eles podem estar distantes um dos outros quando colocados numa escala métrica. Voltando a nossa régua. O mundo A pode estar na quinta unidade de centímetro e o B na trigésima. A importância dessa segunda função é enriquecer nossos juízos de proximidade, pois só a primeira função é ilusória, porque podemos pensar que como só há uma única propriedade diferente esses mundos são próximos.

Note que com essas duas condições o debate entre Simmons e Sen pode ser reinterpretado. Sen sugere que a única coisa que precisamos quando avaliamos a justiça é o quanto um mundo avança a justiça em relação ao outro. Isso parece indicar que é suficiente apenas nos concentrarmos na CRS para avaliarmos nossas instituições. Se o mundo B tiver uma pontuação maior que o A, há boas razões para irmos atrás desse mundo. Desse modo, é a condição de orientação que precisa fazer sentido para que a proposta de Sen não seja tão plausível assim. Outro aspecto importante: se Sen sugere que apenas CRS seja suficiente, ele propõe que apenas utilizemos modelos unidimensionais de Justiça. Só interessa saber como a justiça é instanciada em diferentes arranjos sociais e a partir daí modificar os arranjos que temos no nosso mundo. Rawls e Simmons apostam

numa análise multidimensional. Pode ser verdadeiro que diferentes arranjos tenham pontos de justiça diferenciados entre si, mas tais arranjos também são avaliados em relação a sua distância do Ideal, o que não necessariamente reflete as mesmas pontuações da CRS. Por exemplo: pode ser o caso de que o mundo A tenha pontuação 50 e o mundo B 30, mas em relação ao CO B tem uma estrutura que o coloca mais próximo ao I, que é o melhor que podemos realizar. Portanto, a sugestão é que uma dimensão não implica a outra.

A pergunta que se segue é se há de fato algum benefício na utilização dessas duas dimensões. Por que insistir na diferença de CRS e CO? Gaus explica que há de fato uma razão importante disso. O cerne da questão diz respeito aos problemas de otimização que teorias normativas (normativas aqui entendidas não apenas no âmbito moral, mas também econômico ou qualquer outra teoria que se propõe a otimizar um certo conjunto de propriedades) enfrentam. Na perspectiva de Sen, a questão da otimização da justiça é um problema de otimização simples. O que é isso?

Suponhamos que todos nós concordemos que devemos avaliar as instituições de uma perspectiva libertária moderada⁴¹. Queremos um estado mínimo que nos forneça direitos básicos como saúde. Vamos imaginar três mundos: D, E e F No mundo D a propriedade do mundo que contribui para a realização da justiça libertária é x (e.g. proibição de déficits); no mundo E, x e y (e.g. proibição do aumento de impostos); e no mundo F, x, y e z (e.g. proibição de corte em serviços vitais). Quando estamos perante uma otimização simples, pequenas mudanças marginais na estrutura dos mundos estão sempre associadas em mudanças marginais em sua justiça. Isso significa que quando caminhamos do mundo D ao mundo F, onde acrescentamos em cada mundo uma estrutura a mais ao mundo anterior, é de se esperar que essa mudança venha acompanhada de um aumento da justiça (assumindo também que estamos no caminho correto de otimização). Em termos de pontuação podemos pensar que o mundo D tem 10 pontos de justiça e o mundo F 100 (considerando uma escala de 0 a 100). Note que se for o caso de estarmos diante de um problema de otimização simples não é preciso saber qual é a estrutura ideal de uma sociedade. Só precisamos saber qual é o caminho que nos leva a ganhos marginais quando adicionamos uma estrutura a

⁴¹ Esse exemplo foi retirado de GAUS (2016, p.63)

mais no nosso mundo. Podemos fazer isso por meio de um método de “tentativa e erro”. Suponhamos que comecemos no mundo D. Qual a próxima estrutura? Podemos pensar que é adicionando w. Todavia, quando isso acontece temos um decréscimo marginal. Se esse for o caso, não há problemas. Voltamos ao início e pensamos em outra estrutura. Pode ser a y. Se de fato ganharmos algo, continuamos nessa direção e sempre vamos usando esse método de tentativa e erro até alcançarmos um lugar onde sempre que adicionamos uma nova estrutura perdemos pontos de justiça. Quando isso acontece podemos ter certeza de que estamos no ápice da realização da justiça, pois nada que acrescentamos contribui para ganharmos pontos da justiça. Observe que se esse for o caso, não precisamos de qualquer menção ao que seria uma sociedade libertária perfeita, ou seja, a condição orientadora é inútil. Podemos achar o caminho da justiça gradativamente.

Gaus (2016, p. 63-65) pensa que essa caracterização é enganosa. A razão para pensar tal coisa é que o pressuposto de que sempre ganhamos pontuação quando acrescentamos mais elementos é falsa. Pode ser o caso de que nem sempre que acrescentamos uma estrutura a mais temos um ganho marginal na realização da justiça. Tomemos os mundos descritos no parágrafo anterior e suas respectivas propriedades. Há razão para suspeitar que há algo de errado nesse cenário. Observamos o mundo D, onde só há limitação de gastos. A justiça libertária moderada pode considerar que esse não é mau, afinal estamos limitando dívidas. Talvez na nossa nota final daríamos uma pontuação 10 a esse mundo (numa escala de 0 a 100). No próximo mundo, F, onde a única diferença é a propriedade y, podemos esperar que estamos ganhando mais pontos, talvez 60 pontos porque impedimos que o estado onere os cidadãos. Observe o mundo F. Dado que esse último só tem uma propriedade diferente de G, nomeadamente a propriedade w, pensamos que ele também terá uma pontuação mais próxima de G, talvez 80 pontos. O problema disso é que estamos pressupondo que as propriedades não interagem entre si para produzirem as pontuações finais. Mas olhe o mundo G. Temos uma situação de proibição de déficits pelo estado, proibição de aumento de impostos e proibição de cortes de serviços vitais. Gaus sugere que essa situação é o típico caso de bancarrota estatal, em que este não pode aumentar suas receitas

nem cortar suas despesas. Não daríamos 80 pontos para esse mundo. Talvez esse seja o pior mundo para a perspectiva libertária. Uma nota 05 seria razoável.

A importância dessa constatação é mostrar que há uma interação entre as propriedades relevantes da justiça que as fazem produzir diferentes pontuações finais. Em economia esse problema é chamado de otimização de ‘paisagem rugosa’ (*rugged landscape*): nem sempre que temos mundos com propriedades muito próximas, isso é refletido em pontuações próximas. As estruturas do mundo e pontuações são moderadamente correlacionadas. No meu exemplo, o mundo G que é o mais semelhante a F e tem uma pontuação pior que este, por outro lado, em termos de pontuação *simpliciter* G que tem uma estrutura mais distante de D tem uma pontuação semelhante a este. Isso também implica que o “modelo de tentativa e erro” de Sen não é tão valioso para problemas de otimização rugosa. Por que? A principal razão é que esse método pode nos levar à apenas pontos locais ótimos, que por sua vez são subótimos em relação ao melhor ponto global e aumenta a distância do mundo social ótimo (GAUS, 2016, p. 67).

Vamos a um exemplo mais concreto. Suponhamos que temos cinco mundos. R,S,T e U e V. Vamos imaginar também que esses mundos estão em ordem de semelhança. R é mais semelhante a S, S é mais semelhante a T e assim por diante. Dado que a otimização é rugosa, vamos também supor que os pontos de cada mundo são: R 10 pontos; S 60 pontos; T 40 pontos; U 20 pontos e V 100 pontos (ótimo global). A última suposição é que nos encontramos no mundo T. O que o método de Sen pode dizer a respeito? Como ele propõe que avancemos a justiça por pequenos ganhos marginais, partindo de T o próximo ganho marginal relevante é S. Mas quando alcançamos esse ponto local não conseguimos otimizar além dele, porque quando o fazemos iremos a R que tem uma pontuação baixa. Temos uma ilusão de que alcançamos o ponto global ótimo. Observe também que, embora S seja o ponto ótimo mais próximo de T, ele também nos deixa mais distante do ponto global V, que é o mundo perfeito de acordo com a justiça libertária. Portanto, se for o caso de que a realização da justiça é um problema de otimização rugosa, a ideia de Sen não é tão plausível assim. O máximo que ele consegue mostrar é que atingimos picos ótimos locais e não picos globais.

Assim sendo, talvez Simmons e Rawls tenham razão em pensar que uma teoria ideal é importante para otimizar cenários de rugosidade moderada. Continuando a ideia do exemplo do parágrafo anterior, vamos supor que sabemos que o mundo V é o mundo ideal, onde a justiça é realizada em sua plenitude. Isso sugere que é razoável fazermos pequenos sacrifícios para nos aproximarmos de V. Caminhar para o mundo U nos coloca em uma posição pior que a atual, mas a longo prazo teremos certeza que alcançaremos V. Talvez esse seja o tipo de sacrifício que vale a pena ser feito.

Entretanto, há uma sutileza que desafia essa conclusão. Como podemos saber que V realmente é o ideal? Note que determinamos a realização da justiça por meio de modelos. Pensamos que se o mundo se comportar de uma dada maneira, isso se refletirá em sua respectiva pontuação de justiça. Infelizmente modelos são falíveis por uma série de razões. Assim sendo, supondo que chegamos de fato em V, podemos perceber que não era onde deveríamos ir; e para agravar a situação o custo para voltarmos aonde estávamos é gigantesco. Pensamos que mudar para a Barra é o melhor lugar do mundo, mas quando lá chegamos consideramos que talvez Ipanema fosse melhor.

Dito isso, Gaus afirma que é mais sensato confiar em modelos que fazem previsões mais próximas ao nosso mundo. Gaus (2016, p. 106) chama isso de restrição da vizinhança. Esse conceito capta a ideia de que se queremos saber se a mudança de uma certa instituição melhorará a justiça, as previsões alinhadas com o que já sabemos do funcionamento das nossas instituições atuais têm mais chances de se concretizarem. Nas suas próprias palavras: nós sabemos muito mais de mundos próximos ao nosso do que mundos distantes. Isso sugere que mudanças pontuais – como as otimizações locais – têm mais chances de avançarem a justiça do que àquelas elaboradas através de modelos com características sociais muito diferentes das nossas como é posto pelas teorias ideais.

Portanto, ainda que consideremos que o modelo de Sen não garante que atinjamos o ótimo global e nos afaste dele, ainda não temos razão para aceitar que o idealista esteja em melhor posição de assegurar tal coisa. Aliás, pode ser o caso de que é mais sensato aceitarmos a ideia de Sen de apenas atingir ótimos locais,

porque ao menos estamos mais seguros que tais benefícios se concretizarão. A restrição da vizinhança é o problema central que precisa ser resolvido se de fato quisermos fazer a escolha em direção ao ideal. Gaus (2016, p. 243) pensa que temos uma escolha a fazer: será que tentamos alterar nosso mundo para direcioná-lo ao caminho do mundo ideal e ao fazer isso tornamos menos provável que ele alcance o mundo mais justo dentro da nossa vizinhança? Mas nós não conhecemos muito bem o ideal, pois ele é distante de nossa vizinhança. Quando devemos escolher modificações que nos movem ao ideal e não àquelas que transformam nosso mundo ao mundo mais justo que nós razoavelmente podemos conhecer?

Se formos adentrar num túnel escuro com a esperança de encontrarmos luz no seu final é bom que estejamos equipados com barras de cereais, lanternas e água. Talvez não cheguemos a seu fim. Mas poderemos afirmar que utilizamos nossos melhores esforços para tanto. Da mesma maneira, Gaus considera que o idealista precisa encontrar estratégias teóricas que tornem sua escolha sensata: se vamos em direção ao ideal, ao menos estejamos munidos de um conjunto de ferramentas que ampliem nossa chance de alcançá-lo.

Gaus afirma que a melhor ferramenta disponível é o recente teorema de Hong-Page que demonstra - por meio de várias condições - quando conseguimos efetivamente encontrar o ótimo global em um cenário de paisagem rugosa. Grosseiramente, o teorema afirma que se o idealista pretende encontrar a localização do ideal, a maneira mais satisfatória de realizar tal coisa é permitindo que um conjunto diverso de perspectivas o procurem. Em outras palavras, devemos permitir que diversos teóricos utilizem ferramentas teóricas diversificadas na procura da localização do ideal. Usando uma dinâmica própria desenvolvida pelos autores – chamada de dinâmica de “passar o bastão” -, é possível que o compartilhamento dos resultados encontrados por cada uma da perspectiva enriqueça nosso conhecimento da localização do ideal. Se apenas uma única perspectiva era problemática em encontrá-lo, uma procura em conjunto pode ser o a solução satisfatória.

Infelizmente, Gaus pensa que o teorema de Hong e Page faz certas suposições que o torna inaplicável ao problema da localização da justiça ideal. A

primeira razão é que o teorema não reconhece a noção de restrição da vizinhança. Isso significa que sua aplicação é circunscrita às situações em que os participantes procuram por um ótimo global dentro de uma mesma vizinhança. Os participantes sabem como as estruturas interagem. Mas como observado anteriormente, o cerne do idealista é encontrar o ótimo global em situações onde há desacordos sobre a própria localização da vizinhança. Não sabemos se as interações das propriedades acarretarão a justiça perfeita.

Assim sendo, Gaus (2016, p. 116) pensa que se formos utilizar o teorema acabaremos enfrentando o seguinte dilema: permitimos que várias pessoas contribuam com suas perspectivas da localização do ideal, mas conforme vamos ampliando tal diversidade as pessoas discordam precisamente do que é esse ideal, o que o torna inócuo para que resolvamos problemas práticos.

3.7

Orientação Fraca

Até agora analisei as teses ideais mais fortes, segundo as quais não podemos avançar a justiça de instituições sociais sem antes sistematizar o que uma concepção de justiça perfeita exigiria de nós. Vimos que a ideia central de Rawls e Simmons é que o ideal possui uma função orientadora (ou transicional nas palavras de Simmons): para saber como promover a justiça, precisamos comparar as reformas propostas a um caminho que nos aproxime da justiça perfeita. Sem isso, corremos o risco de nos distanciarmos do mundo mais justo possível.

Nesta seção analiso alguns argumentos idealistas que minimizam o papel da tese da orientação. Esses autores não compram a ideia de que precisamos estabelecer, de início, um mundo perfeito e depois disso hierarquizar nossas opções não-ideais. Eles acreditam que Sen tem razão em pensar que só comparar arranjos disponíveis é suficiente. Entretanto, eles acreditam que a teoria ideal desempenha outros papéis, principalmente, de auxiliar a escolha desses arranjos. Swift (2008), como veremos, afirmam que não podemos abrir mão dessa

empreitada. Filósofos e cientistas estão de mãos dadas ao teorizarem sobre Justiça.

Swift (2008) divide o trabalho do filósofo político em dois sentidos: um sentido epistêmico, no qual estamos interessados em descobrir “as verdades sobre a justiça”; e um sentido prático, onde está em causa “mudar o mundo fazendo diferença na maneira em que as pessoas agem”. Swift defende que mesmo que Sen esteja correto, isso não nos dá razão para criticar o aspecto epistêmico da filosofia política. Ou seja, teorias ideais falham quanto ao aspecto prático, mas pode ser o caso de que teóricos políticos estejam mais interessadas nos aspectos epistemológicos. Se assim for, a crítica de Sen perde sua força, porque nunca foi o objetivo dos teóricos da justiça oferecer respostas práticas. Teorias da justiça não são, supostamente, para oferecer tal coisa. Lawford-Smith (2010, p. 40-42) faz uma analogia com a matemática. Temos uma parte da matemática que investiga teoria dos conjuntos e outras que estudam algoritmos. Até onde se sabe, a primeira, até hoje, nunca ofertou nada de prático, ao passo que a segunda, nos deu o Google. Faz sentido criticar o teórico dos conjuntos por ele não ser este último? Parece que não. Pelo mesmo raciocínio, podemos afirmar que o teórico da justiça é o matemático dos conjuntos dentro da teoria política.

Mesmo se for o caso de que a teoria da justiça só funcione neste aspecto epistêmico, Swift pensa que elas desempenham uma função crucial aos interessados em ciências empíricas. Para o autor, a filosofia auxilia na avaliação desse conjunto de possibilidades viáveis fornecida pelos cientistas sociais. De que modo?

Swift vê duas funções centrais nesta empreitada: 1) realizar uma análise conceitual rigorosa e 2) ajuizar o peso de valores: qual é o peso de valores e quais são suas “trocas” (*tradeoffs*). A ideia 1) já foi comentada na seção 3.5, onde discuti o argumento dos filósofos idealistas que pensam que idealizações são indispensáveis para a análise conceitual. O argumento de Swift é o mesmo desses autores, por isso não os discutirei. Só analisarei, portanto, 2). Para defender essa segunda função, Swift analisa os argumentos dos teóricos que são céticos quanto ao valor da filosofia, e mostra que quando postos ao escrutínio rigoroso, tais críticas acabam ilustrando precisamente a importância de 2).

O argumento cético é de Goodin (1995). Goodin afirma, por meio do experimento mental a seguir, que ideais são desnecessários quando avaliamos um conjunto de opções em que o ideal não é contemplado. Imagine que queiramos trocar de carro e dirigimo-nos a uma concessionária que vende tantos carros novos quanto usados. Além disso, por hipótese, consideramos que um carro ideal contemplaria três atributos: é zero quilômetros, cinza e da marca BMW. Perguntamos ao vendedor se há tal carro disponível, que em resposta sinaliza negativamente com a cabeça. A ideia natural é procurar pelo carro que preencha ao máximo os atributos iniciais. Talvez um Mercedes, cinza, zero quilômetros baste (onde dois dos três atributos são completados). Infelizmente, as coisas não são tão simples. Em economia, quando uma das condições ótimas de um sistema não é cumprida, as outras tornam-se subótimas. Isso significa que não adianta tentar procurar o carro que preencha ao menos dois atributos do que esperamos que seja o ideal, pois mesmo que consigamos tal carro, ainda assim, não estaremos diante de uma escolha ótima. Pode ser o caso de que a maneira de otimizar nossas escolhas seja desviar de todas os atributos iniciais. Talvez o carro ótimo seja um Ford azul seminovo. Isso sugere que o conhecimento de carros ideais é inócuo quando estamos em situações onde pelo menos um atributo não é atingido. Precisamos de economistas e não de filósofos.

Swift (2008, p. 376) pensa que mesmo que Goodin tenha razão, ainda podemos nos indagar o que torna esses três atributos ideais. Por que temos uma preferência pelo BMW, zero e nova e não por qualquer outro carro? Sem compreender as razões dessa preferência não faz sentido que o vendedor nos ofereça o Ford Azul como segunda opção, ou seja, ele só nos oferece a segunda opção porque compreende as razões de preferirmos um BMW. Como ele próprio coloca: “qualquer vendedor competente sabendo que você gostaria de um BMW adivinharia que você preferiria o Ford Azul ao Mercedes”. Todavia, para isso fazer sentido é preciso compreender quais são as razões profundas dessas preferências. Por que temos essa preferência, afinal de contas? Tal coisa é objeto do sentido epistemológico de filosofia, ou seja, da função 2) onde o que se quer é examinar detalhadamente quais são as razões para termos certos valores e de que maneira realizamos tradeoffs entre eles. Portanto, o argumento de Goodin ao invés de diminuir o papel filosófico, só o reforça.

3.8

Comentários Finais

Vimos que a tese da orientação procura utilizar o ideal como uma forma de resolver problemas práticos. Em primeiro lugar, me parece que os argumentos de Gaus, embora não tenham sido debatidos exaustivamente, são bons o suficiente para ficarmos desconfiados que a tese da orientação consiga cumprir seu papel. A lição mais importante disso tudo é que se realmente estivermos interessados em resolver problemas não-ideais, pensar que precisamos primeiro de teorias ideais é ilusório. Talvez partir de teorias não-ideais seja suficiente. Isso não significa que tenhamos que abraçar métodos não-ideais, pois, um cético pode também desconfiar desses métodos. A ideia, porém, é mais simples: só é, aparentemente, estranho que comecemos a resolver problemas práticos com idealizações.

Outro ponto importante. Penso que as teorias idealizadoras fracas desviam o foco do que é realmente importante. O argumento de Swift aponta para o valor epistêmico de teorias ideais. Acredito que, dificilmente, alguém negaria esse valor. Mesmo um teórico não-ideal pode admitir que precisamos de análise conceitual para analisarmos conceitos normativos. O que falta no argumento do autor é defender uma versão qualificada dessa tese: por que uma análise conceitual *ideal*? Não me parece que a discussão da seção passada consiga explorar isso adequadamente. Swift parece pressupor que essa análise conceitual é exclusivamente ideal. É possível imaginar que, na realidade, há uma diversidade de métodos de análise conceitual. Sem defender essa versão qualificada fica difícil dar crédito a essa tese.

O mesmo comentário vale para ideia de *tradeoffs*. Concordo com o autor que entender as razões das preferências das pessoas é fundamental. Não faz sentido oferecer uma alternativa do segundo melhor sem compreender porque razão as pessoas possuem tais preferências. Mas por que razão isso só pode ser realizado por teorias ideais? Acho difícil, novamente, pensarmos que alguém negaria o ponto de Swift. Iluminar as razões das preferências é importante, mas

disso não se segue que tenhamos que fazê-lo pela metodologia preferida do autor. Falta um argumento a favor disso.

Em suma, penso que o problema com Swift é utilizar argumentos que mostram o valor geral da filosofia e não dos métodos ideais. Aceitar a primeira, não me parece algo tão difícil, a menos que sejamos extremamente radicais. A segunda, é mais complicada e não há porque concluir que o autor foi competente neste aspecto.

4. O idealismo Não-orientador

No capítulo anterior explorei a tese ideal orientadora, cuja característica central era providenciar um guia para as teorias não ideais. Vimos que esse papel é difícil de ser realizado e, conseqüentemente, não temos boas razões para aceitá-la. Neste capítulo investigarei as teorias ideais não-orientadoras. Em primeiro lugar, explicarei a diferença entre as duas teses. A principal diferença é que esse idealismo defende uma concepção não-prática de teoria ideal. Após isso, apresentarei os principais argumentos favoráveis a esta versão de idealismo. Por fim, abordarei as principais razões para pensarmos que teorias políticas não-práticas são valiosas. Defenderei, que do ponto de vista do raciocínio moral, teorias não-orientadoras são plausíveis.

4.1 Introdução

Idealistas orientadores pensam que a descrição de um estado ideal de justiça é importante para resolvermos problemas práticos. Rawls (2001, p. 02) entendia que tais problemas práticos eram “questões profundamente controversas” em que deveríamos buscar algum acordo moral na resolução desses problemas. Assim sendo, quando filósofos políticos elaboram teorias da justiça social ou analisam conceitos políticos como autoridade e legitimidade, eles estão, supostamente, ajudando-nos a diminuir os desacordos morais profundos que todas as sociedades enfrentam. Conseqüentemente, podemos estar ao menos mais seguros de que as instituições, ou aquilo que é moralmente permissível ao estado exigir de nós, tem uma base moral razoável.

Embora a definição do que é prático para Rawls esteja circunscrita aos desacordos morais, podemos ampliar o conceito do que é prático para incluir outras situações. De uma maneira intuitiva, uma teoria é prática quando as respostas dadas por essas teorias são instrumentos para resolver problemas que, por si só, são valiosos. A teoria do tectonismo é prática neste sentido. Os modelos

elaborados por esses cientistas nos auxiliam na previsão de terremotos e movimentação das placas tectônicas. Ou seja, tal conhecimento é um instrumento para atingirmos algo valioso em si mesmo, nomeadamente, a diminuição de mortes por catástrofes naturais. Construimos pontes mais seguras e alarmes contra tsunamis mais eficientes. De uma maneira um pouco mais rigorosa: uma teoria é prática quando o produto dessa teoria (teoria aqui entendida de uma maneira ampla, que inclui tanto um conjunto de argumentos, quanto provas) está disponível para produzir outra coisa de valor (ESTLUND, 2011, p. 400). Portanto, Rawls e outros filósofos políticos acreditam que os princípios de justiça são tão práticos quanto as teorias tectônicas. Princípios de justiça são instrumentos para garantir outra coisa que é por si só valiosa: uma sociedade moralmente boa.

Sendo ainda mais específico. Não é qualquer teoria da justiça que preenche esse papel prático. O meu interesse é entender por que uma concepção de justiça ideal ou, sendo mais abrangente, porque conceitos políticos normativos ideais supostamente cumprem esse papel. No capítulo anterior vimos que isso é assegurado pela tese da orientação: conceitos ideais guiam nossos juízos em circunstâncias não-ideais.

Porém, outro grupo de idealistas, principalmente o filósofo David Estlund, não acreditam que conceitos normativos tenham esse papel prático. Estlund (2014, p. 114) afirma que “é um erro presumir que um padrão de justiça sólido deve ser apropriado para finalidades práticas”⁴². Consequentemente, teorias normativas ideais são importantes não porque precisamos delas para nós ajudar a construir boas instituições. Na realidade, a tese de Estlund é até mais radical: mesmo que saibamos quais são os princípios de justiça, disso não se segue que devemos tentar assegurar maneiras de instituí-los.

Imagine o seguinte experimento mental. Cthulhu é um deus ancião da obra literária do autor H.P Lovecraft. Diferente dos deuses ocidentais, Cthulhu é um Deus mau. Ele habita as profundezas dos mares e no dia de seu despertar não veremos anjos saindo do céu ou a construção do paraíso. Cthulhu trará o caos, o fogo e a morte. Podemos pensar que isso já é suficiente para considerá-lo mau. Entretanto, um grupo de arqueólogos, por um golpe de sorte, conseguiu encontrar

⁴² Tradução livre de “it is a mistake to suppose that a sound standard of justice must be an appropriate practical goal”

a catacumba onde Cthulhu reside. Junto a seus tesouros os arqueólogos encontram três livros: o livro da Justiça, o livro da prova do teorema de Reimann e o Livro da Viagem Intergaláctica. Cthulhu é mau, portanto, por outra razão: ele guardou para si mesmo três peças de conhecimento que são valiosas para nós humanos.

Rawls, Estlund e um físico famoso são convidados para lerem os livros. Rawls e Estlund, assim que abrem o livro da Justiça, ficam impressionados com o que veem. Na primeira página lê-se: “Este é o livro da Justiça, se vocês querem ter uma sociedade justa eis os princípios de justiça que vocês devem seguir” Supondo que os deuses são oniscientes é garantido que esses princípios são os verdadeiros princípios de justiça. Rawls e Estlund logo notam a seguinte característica ao lerem especificamente o conteúdo desses princípios: estes exigem das pessoas e das instituições ações que são bastante improváveis que elas cumpram, ou não há razão para pensarmos que as pessoas terão vontade de cumpri-las.

Embora Rawls e Estlund fiquem animados com essa descoberta, a reação de ambos diverge no seguinte aspecto: Rawls pensa que esses princípios são importantes para guiarem nossas instituições. Estlund discorda. Para ele tais princípios são importantes por outra razão, mas não porque cumprem um papel prático. Desse modo, a discordância de ambos diz respeito ao papel prático de princípios de justiça. Essa discordância é supostamente tão profunda, que Estlund pensa que o Livro da Justiça está mais próximo ao livro com a demonstração do teorema de Reimann. Ambos contêm verdades que não ajudam em nada na resolução de problemas práticos (estou supondo que o teorema de Reimann é não-prático, mas isso é controvertido na própria matemática). Rawls, por sua vez, aproxima o livro da justiça ao livro da Viagem Intergaláctica – o qual nos ensina a construir naves espaciais avançadas. Ambos os livros, cada qual a seu modo, têm sua contribuição para a prática. Dessa maneira, fica a pergunta: é o livro da justiça mais próximo do teorema ou das viagens intergalácticas?

Mesmo assim, tanto Rawls como Estlund reconhecem que os princípios estampados no livro da justiça são princípios genuínos de justiça. Eles discordam apenas de sua função. O físico famoso, por outro lado, que foi convidado para avaliar os livros das viagens espaciais e de matemática, é mais cético que os dois filósofos. Ao escutar a conversa entre os dois, ele pensa que se princípios de

justiça exigirem um comportamento que de antemão sabemos que seres humanos não vão realizar, então não podemos estar tão seguros que eles são genuinamente conceitos morais. Ou seja, é falso que conceitos normativos possam demandar esses dois comportamentos. O livro da Justiça, neste sentido, é uma piada de mal gosto. Partindo desse ceticismo, a contraproposta do físico é que precisamos estabelecer conceitos políticos ajustados ao que podemos esperar de seres humanos.

Portanto, temos duas questões a serem consideradas neste capítulo. A primeira é a disputa entre Rawls e Estlund contra o físico. Há uma disputa conceitual a respeito da própria ideia de conceitos normativos. Nas teorias ideais nos perguntamos o que faríamos se fizéssemos tudo que deveríamos fazer; assim sendo, este capítulo procura avaliar se esse é genuinamente uma pergunta moral relevante. Para tanto, há duas perguntas centrais. São os conceitos normativos restringidos por fatos sobre a natureza humana? Mais detalhadamente: será a motivação dos agentes em cumprirem o que a justiça exige uma restrição ao que eles devem fazer? E se soubermos que é muito improvável que as pessoas façam o que a justiça demanda, isso também é uma restrição? Na próxima seção avaliarei porque idealistas pensam que a resposta para as duas perguntas é negativa. Somado a isso, também explicarei por que razão idealistas pensam que essas restrições, embora não restrinjam a verdade de conceitos normativos, são importantes para construirmos instituições sociais. Ou seja, em que lugar podemos situar os fatos, já que podemos abrir mão deles ao teorizarmos sobre ética.

A segunda disputa é entre Rawls e Estlund. O que está em causa é a função de teorias práticas e não-práticas. No capítulo anterior vimos porque idealistas que endossam a tese da orientação defendem isso. Na seção 4.3 explicarei porque teorias sem valor prático são valiosas.

Uma nota importante: no capítulo sobre idealismo orientador eu foquei principalmente na tese da orientação, que é uma característica crucial nesta versão de idealismo. Os argumentos conceituais apresentados neste capítulo têm impacto também na versão orientadora, pois também é relevante para esta versão que tipo de restrições existem em conceitos normativos.

4.2

Os argumentos de Estlund em favor do Idealismo não-orientador

David Estlund (2011; 2014) defende que teorias políticas normativas não são defeituosas em virtudes de estabelecerem conclusões cujo comportamento exigido por elas é improvável das pessoas realizarem ou violarem a natureza humana. Por comportamentos improváveis, Estlund (2014, p. 119) entende a situação em que “não há chance de que elas (as pessoas) irão fazer isso (cumprirem seus deveres morais), ou seja, a probabilidade (objetiva) de elas fazerem isso (cumprirem seus deveres morais) é zero”⁴³. Por natureza humana Estlund (2011, p. 207) define a situação de “(...) limites ao que seres humanos serão capazes de reunirem à vontade de realizar”⁴⁴.

Vamos, primeiro, à questão da improbabilidade. Imagine, por exemplo, que no livro da justiça um dos princípios centrais é que as pessoas devem doar 10% dos seus rendimentos às instituições de caridade. Supondo que saibamos que uma boa parcela das pessoas não realizará isso. Temos um conhecimento estatístico seguro indicando que a parcela da população disposta a realizar tal ato é próximo a zero. A pergunta que Estlund faz é se esse fato restringe o que elas devem fazer. Em outras palavras: teorias políticas estabelecem afirmações normativas sobre o que instituições devem fazer. Aparentemente, tais fatos sugerem que se algo é improvável, então esse algo não pode ser exigido. Na situação em questão, portanto, dado que é improvável que as pessoas se comportem como a teoria exige delas, isso implica que elas não devem doar a caridade. Portanto, o princípio do livro da justiça é um falso dever moral.

Estlund (2014, p. 122) argumenta que “a probabilidade de que uma pessoa não se comportará de uma certa maneira (inteiramente possível) simplesmente não sustenta se ela moralmente deveria fazê-lo”⁴⁵. A razão central para ele defender essa tese é que o conceito de “improbabilidade” é ambíguo em duas acepções. Na

⁴³ Tradução livre de “there is no chance that she will do it, that the (objective) probability of her doing it is zero.”

⁴⁴ Tradução livre de “limits to what humans will be able to muster the will to do”

⁴⁵ Tradução livre de “The likelihood that a person will not behave in a certain (entirely possible) way simply does not bear on whether they morally should.”

primeira, faz sentido afirmar que a improbabilidade restringe teorias normativas; mas não na segunda acepção, a qual parece ser a mais relevante para o debate. Vamos ao primeiro sentido. Quando afirmamos que é improvável que as pessoas cumpram o princípio da caridade, queremos dizer que é impossível que elas façam tal coisa. Sendo assim, se algo é impossível parece seguro afirmar que elas não devem fazer algo. Essa é a ideia de que ‘deve implica pode’: só temos deveres quando temos a habilidade de realizar tais deveres. Estlund aceita esse tipo de restrição. Se princípios de justiça violarem aquilo que as pessoas têm habilidade para realizar, então este é um falso princípio. Contudo, esse não parece ser o caso. Está dentro da habilidade das pessoas doarem 10%? Aparentemente sim. Seres humanos têm a habilidade de doarem uma parcela de seus rendimentos; veja as centenas de pessoas que participam de programas voluntários de doação como o *The life you can save*.

Uma mensagem mais geral dessa primeira interpretação é se problemas normativos políticos, principalmente os tocantes as instituições, são exigências sobre habilidades das pessoas. Não parece que este é realmente o caso com teorias políticas. Quando fazemos asserções morais como ‘o estado deve distribuir os recursos de maneira x’ ou ‘as pessoas devem se informar sobre seus candidatos em uma democracia saudável’ não está em causa a habilidade das pessoas em realizarem tal coisa. Grande parte delas são aptas. Isso parece sugerir que a crítica dos que acreditam, como o físico famoso, que teorias políticas ideais não funcionam não está relacionada com habilidade, mas com outra coisa.

A segunda acepção, talvez seja o que os críticos têm em mente quando criticam teorias ideais. Nessa interpretação, quando algo é improvável, significa que é probabilisticamente zero a chance de agentes realizarem uma dada conduta. Contudo, nem tudo que possui probabilidade zero é impossível ou demandante. É quase nula a probabilidade de eu apresentar essa dissertação vestido de Tio Patinhas. Note que tal ação não está fora das minhas habilidades, pois só basta eu colocar uma simples roupa; também não me requer um sacrifício demasiado – fato este que Estlund admite que falsificaria deveres. Desse modo, a ideia é que ‘deve’ implica ‘razoavelmente provável’: só devemos deveres quando deveres morais são ajustados a pelo menos alguma probabilidade de as pessoas o realizarem (qual é a probabilidade relevante ainda é uma questão em aberto). Estlund pensa que

contrariamente à primeira interpretação, este raciocínio não restringe afirmações sobre deveres. Em outras palavras, ‘deve’ não implica ‘razoavelmente provável’. Estlund tenta mostrar porque isso é verdadeiro através de uma comparação com princípios morais da ética normativa. Segundo ele, há uma tendência muito menor de “retirar princípios em razão ser improvável de serem satisfeitos”⁴⁶ (ESTLUND, 2014, p. 123). Imaginemos, por exemplo, o famoso caso da criança que está se afogando. Supondo que exista um dever moral de ajudar inocentes, um agente não tem o dever de pular ao mar se não sabe nadar. Agora imagine que o agente tem a habilidade de nadar, mas é improvável que ele o faça. Ou seja, ao invés de responder “eu não sei nadar” o agente responda “é improvável que eu levante e pule ao mar”. Esta última afirmativa parece não conseguir refutar o dever moral do agente de ajudar vidas inocentes. Ele ainda possui este dever e pode ser considerado culpável caso não o faça.

A outra restrição considerada por Estlund é a da natureza humana. Em primeiro lugar, a diferença central entre esta e a da probabilidade, é que a natureza humana é uma restrição originária da nossa condição biológica como seres humanos. Dado a criatura biológica que somos, há certas estruturas motivacionais, como nossa parcialidade e egoísmo, que parecem restringirem o que devemos fazer. Suponha que é um fato sobre nossa natureza que somos parciais perante nossos próprios interesses do que com os interesses de estranhos. Tentamos promover nosso próprio bem-estar muitas vezes a despeito dos outros. Quando compro um Iphone 7 para mim próprio, que já possui um smartphone de qualidade, estou utilizando meu dinheiro de uma maneira ineficiente: poderia ter doado esse valor a uma instituição de caridade e feito um bem maior a muitas outras pessoas. Dito isto, imagine que uma teoria da justiça exija, precisamente, este elevado grau de imparcialidade ilustrado anteriormente: devemos promover o bem ao maior número de pessoas, independentemente se a pessoa beneficiária de nossa ajuda somos nós próprios ou um estranho. Seria esse meu egoísmo uma restrição ao que eu devo fazer?

Estlund (2011) raciocina da mesma maneira como faz nas situações de improbabilidade. ‘Deve’ não implica motivação a realizar algo. Ele oferece o seguinte experimento mental para defender essa tese: imagine que há uma

⁴⁶ Tradução livre de “withdraw a principle on the ground that it is too unlikely to be satisfied”

exigência moral para as pessoas depositem seus lixos em lixeiras coletivas. A lixeira mais próxima da casa de Bill fica a 100 metros, que é, aproximadamente, o tamanho de um quarteirão. Bill é uma pessoa que não consegue se motivar a andar os 100 metros. Ele não tem qualquer problema para se locomover e nem sofre de qualquer doença que o impeça a realizar essa tarefa. Ele é simplesmente egoísta. Bill prefere jogar seu lixo logo na calçada em frente a sua própria casa. A motivação egoísta de Bill refuta o dever moral de depositar o lixo na lixeira coletiva? Estlund pensa que não. Bill ainda tem o dever de realizar tal coisa, embora saibamos que ele nunca se motivará a realizar tal tarefa. Estlund afirma que podemos estender esse exemplo para teorias políticas. Portanto, “mesmo de uma grande dose de egoísmo é parte da natureza humana, isso não refuta uma teoria da justiça que exige que as pessoas sejam menos egoístas”,⁴⁷

Se Estlund estiver correto até aqui, tanto a probabilidade quanto a natureza humana não são restrições a deveres. Em outras palavras: não é um erro no raciocínio moral elaborarmos teorias que se recusem a incorporar essas restrições. Estlund (2014) chama tal projeto normativo de ‘teorias inspirativa desesperançosas’. Desesperançosa porque sabemos que as conclusões esboçadas por essas teorias não serão praticadas pelas pessoas. Elas não farão, embora elas possam, o que a justiça ou outros conceitos normativos exigem. Inspirativa, por sua vez, porque não é o tipo de teoria que procura resolver problemas práticos. Estlund assume que problemas práticos só são resolvidos quando pensamos que as teorias têm uma boa chance de sucesso ao serem implementadas; o que não é caso com as teorias desesperançosas, as quais não devem ser tomadas como guias de reforma às nossas instituições.

E se estivermos interessados em resolver tais problemas práticos? Estlund chama tal teoria de teoria normativa concessiva. Nesse tipo de teoria fatos sobre a natureza humana e a probabilidade de as pessoas agirem são levadas em consideração. É o tipo de teoria que estamos interessados em fazer quando nos perguntamos como ajustar nossas instituições tendo em vista o egoísmo, a parcialidade e a probabilidade de as pessoas realizarem certos cursos de ação. Estlund também pensa que esse tipo de projeto é compatível com o anterior. Antes

⁴⁷ Tradução livre de “even if a large dose of selfishness is part of human nature, this does not refute theories of justice that require people to be less selfish than that.”

de entrarmos nessa questão, uma nota. Como dito no início deste capítulo, idealistas pensam que fatos não restringem deveres. Agora estamos em posição de entender o lugar dos fatos, por parte dos idealistas. Estes entram quando é relevante para teorias concessivas.

O problema é explicar essa compatibilidade. A distinção entre teorias ‘inspirativas’ e ‘concessivas’ gera uma contradição. Explico. Teorias inspirativas concluem afirmações sobre deveres, geralmente, da forma “devemos implementar e obedecer ao princípio da caridade” ($O(a \text{ e } b)$). Sabemos também que mesmo que implementemos instituições que exijam a doação à caridade as pessoas não vão obedecer, dado sua parcialidade perante seus próprios interesses. Tais fatos são cruciais em teorias normativas concessivas, as quais tomam o fato de que as pessoas não vão obedecer para concluir que “não devemos implementar a instituição da caridade” ($\neg Oa$). Como o próprio Estlund (2014, p. 123) afirma “um plano de ação que possui premissas falsas sobre a probabilidade de como as pessoas ou instituições agirão é implausível e, às vezes, perigoso. Precisamos conceder a esses fatos na prática, mesmo que não em todas nossas conclusões morais”⁴⁸. Temos, portanto, uma contradição pois aceitamos ao mesmo tempo as seguintes duas conclusões morais: “Devemos implementar e obedecer aos princípios de caridade” e “Não devemos implementar os princípios de caridade”. Como é possível conciliar esses dois juízos sobre deveres?

Estlund argumenta que esses dois juízos não são contraditórios. Essa afirmativa só faz sentido se aceitarmos o princípio da distributividade em lógica deôntica. Porém, Estlund pensa que tal princípio é falso. O princípio da distributividade afirma que o operador “deve” distribui sobre a conjunção. Ou seja, proposições como $O(A \text{ e } B)$ implica Oa e Ob . Se esse for o caso, a distinção entre as duas teorias provoca uma inconsistência dado que $O(A \text{ e } b)$ implica Oa (via teoria desesperançosa) e a teoria concessiva afirma $\neg Oa$. Porém, se rejeitarmos tal princípio, que Estlund faz com base nos trabalhos de Jackson & Pargetter (1986), não há inconsistência alguma. Quando afirmamos que $O(a \text{ e } b)$ isso não implica Oa . Isso permite conciliar tanto a intuição de que devemos

⁴⁸ Tradução livre de “(...) an action plan that has false premises about how people or institutions are likely to act is unsound and sometimes dangerous. We need to concede these facts in practice, even if not in all of our moral conclusions”

implementar e obedecer ao princípio da caridade e que não devemos implementá-lo. Não há uma contradição de deveres.

Estlund conecta essa negação da distributividade com o problema do segundo melhor. Quando realizamos teorias inspirativas, estamos nos comprometendo a realizar todos os elementos dos conjuntos. Por exemplo, se temos uma teoria que nos obriga a realizar X, Y, Z e W só temos razão de persegui-la se de fato conseguirmos realizar todos esses elementos. Porém, se for o caso de não pudermos realizar W, isso não nos dá razão para ir atrás de X, Y e Z pois quando W não pode ser realizado o resto dos conjuntos também fica em causa. Pode ser o caso que tenhamos que realizar J, algo que não era sequer vislumbrado inicialmente por nossa teoria inspirativa.

Na introdução desse capítulo mostrei que existia uma disputa entre idealistas e o nosso físico famoso quanto à ideia de que teorias que exigem comportamentos que não esperamos que pessoas irão realizar são genuinamente conceitos normativos. A lição principal da defesa do Estlund é que teorias inspirativas são adequadas do ponto de vista do raciocínio moral. “não há chance de eu fazer isso” ou “não estou disposto a fazer” não conseguem bloquear deveres. Todavia, se estivermos interessados em resolver problemas práticos dificilmente teorias inspirativas serão valiosas, porque as pessoas não farão tudo que as teorias exigem. E se não formos fazer tudo que nos é exigido podemos utilizar teorias concessivas que por sua vez, não precisam guiar-se pelas teorias inspirativas, dado que são, a grosso modo, teorias do segundo melhor.

4.3

O que há de bom em Teorias Não-orientadoras?

No início deste capítulo apresentei um experimento mental onde Estlund e Rawls disputavam qual o valor de teorias políticas ideais. Agora estamos à altura de tornar essa questão mais sofisticada. Estlund divide teorias políticas, como vimos, em dois tipos: inspirativas e concessivas. Estas são inegavelmente práticas, uma vez que são elaboradas para cumprir tal finalidade. Apesar de Estlund não

definir os pormenores de teorias concessivas, é razoável que elas sejam auxiliadas por ciências empíricas como economia, ciências sociais e psicologia. Rawls, por sua vez, pensava que sua teoria ideal também satisfazia esse critério prático, apesar de ser bastante diferente da praticidade das teorias concessivas. Na teoria de Rawls o aspecto prático é o de fornecer um “guia transicional” às opções elaboradas por tais ciências. Portanto, embora teorias concessivas e a teoria orientadora de Rawls sejam diferentes, ambas se prestam à mesma função. Há uma discordância quanto ao caminho mais adequado para cumprir esse fim.

Nesta dissertação não quero investigar essa disputa. Não é meu objetivo travar a disputa entre teorias concessivas e teorias ideais orientadoras. Ainda que no capítulo anterior eu tenha mostrado as razões contra o idealismo orientador, isso não nos dá razão para pensarmos que teorias concessivas são mais satisfatórias. Ainda é um problema em aberto. A principal razão para me recusar a fazer esse debate é porque isso seria uma disputa entre teorias que se prestam a ser práticas. Ou seja, estabelecendo que há teorias que se prestam a resolver problemas práticos, qual delas é satisfatória? Precisaríamos adentrar nos melindres de cada proposta. Não é este meu objetivo. Esta dissertação é uma disputa mais geral entre métodos ideais, métodos não ideais e suas conexões. No modelo de Estlund, há uma separação radical entre ambos os métodos. Teorias ideais e teorias não-ideais ocupam domínios normativos diferentes. Portanto, o que precisa ser perguntado é por que razão estaríamos interessados em teorias ideais a essa moda. Em outras palavras, são as teorias inspirativas que precisam ser colocadas em escrutínio: o que há de bom em teorias normativas que não se prestam a resolver problemas práticos?

A primeira coisa que precisa ser clarificada são os pressupostos das respostas. Estlund (2011) acredita que elas dependem de dois aspectos centrais. O primeiro é determinar quais são os tipos de valores (ou coisas boas) que existem no mundo.⁴⁹ Na filosofia moral há, grosseiramente, dois: a) valores instrumentais

⁴⁹Há uma semelhança entre esta pergunta e a pergunta ‘quais são os valores do mundo’. Quando digo ‘tipo de valores’, me refiro a uma categoria mais geral que a categoria dos valores expressada na primeira pergunta. Supondo, por exemplo, que estamos diante de três coisas boas como saúde, amizade e uma deliciosa barra de chocolates. Embora todos sejam coisas boas, nem todos representam o mesmo tipo de coisas boas. O chocolate é um bem instrumental e os demais, podemos supor que são intrínsecos. É precisamente essa distinção que o conceito ‘tipos de bem’

e valores intrínsecos. Na nomenclatura de Estlund e, de uma parte da bibliografia da filosofia política, valores práticos e não-práticos, respectivamente. Já expliquei o que é um valor prático ou instrumental no início deste capítulo. O que é, então, um valor não prático ? Ou seja, um valor intrínseco? Uma definição tradicional de um valor intrínseco é um valor que algo possui em si mesmo. Há várias maneiras de analisar o que é “algo possuir valor em si mesmo”. Esse é um dos aspectos mais complicados do conceito de valores intrínsecos. Vou tomar a definição mais tradicional, segundo a qual algo possui valor em si mesmo em virtude de não conseguirmos derivar qualquer outro bem (ZIMMERMAN, 2015).

Um exemplo para ajudar. Tomemos, por exemplo, duas coisas boas: uma corrida matinal nos entornos da lagoa Rodrigo de Freitas e uma amizade longa entre duas pessoas. A caminhada é um exemplo paradigmático do que é um valor instrumental, pois ela serve para promover outro bem, nomeadamente, trazer prazer à pessoa. Por sua vez, o prazer é um bem que não promove outro bem qualquer. Ter prazer é um bem que não conseguimos derivar qualquer outro bem. (É possível pensar que a caminhada tenha valor intrínseco, depende da teoria subjacente sobre que tipo de coisas carregam valores intrínsecos. Pode ser o caso, portanto, que a caminhada tenha valor intrínseco em algumas teorias. Não vou me ater tanto a essas questões conceituais, pois isso fugiria do meu propósito.). A amizade, por sua vez, assim como o prazer, é um bem intrínseco porque não nos tornamos amigos de outra pessoa para que com isso promovamos outro bem. Se alguém perguntasse, por exemplo, aos amigos “o que há de bom na amizade? “Não estranharíamos se eles respondessem “é só isso”. Em outras palavras, a amizade é um bem que se esgota nela mesma.

Conceitualmente, portanto, podemos entender o que são esses tipos de bens. O segundo ponto trazido por Estlund é perguntar se teorias políticas inspiracionais instanciam os primeiros ou os segundos valores. Ou seja, o valor de teorias inspiracionais é instrumental ou intrínseca?

Isso depende parcialmente do que consideramos ser as coisas que possuem valor intrínseco. Sem uma lista minimamente inteligível do que são as coisas que possuem valor intrínseco fica difícil responder essa pergunta. E para piorar a

procura capturar. Como afirma (ZIMMERMAN, 2015) a distinção capta “the structure of and relationship between the different senses of “good”

situação, os filósofos não concordam precisamente quais são essas coisas. A menor lista das coisas de valores intrínsecos é a que contém um único bem: prazer como queriam alguns utilitaristas. A lista mais longa, por outro lado, pode conter uma abundante variedade de coisas que vão desde beleza à cooperação, como a de William Frankena (1973). Não tenho como defender minuciosamente qual é a lista mais adequada, o que torna a escolha por qualquer uma delas arbitrária. Alguém pode pensar, desse modo, que a lista escolhida é a que torna meus argumentos mais fáceis de sustentar. A lista já nasce embebida no viés da confirmação. Para tentar diminuir essa suspeita, minha estratégia é utilizar uma lista de valores intrínsecos mínima. O que quer dizer isso? Vou optar por uma lista que não seja tão mínima como a dos utilitaristas mencionados acima, porque acredito que é plausível desconfiar de que podemos resumir a complexidade dos tipos de valores em apenas um único. Por outro lado, uma lista exuberante também facilitaria muito minha vida. Portanto, escolho uma lista mínima de bens. Qual é essa lista? Acredito que a lista de David Ross (1930) é suficiente: justiça, prazer, conhecimento e virtude. Assim sendo, tomarei tais bens como representativos de valores intrínsecos.

Voltando então à pergunta relevante. São as teorias inspirativas valiosas porque elas instanciam algum tipo de valor intrínseco, nessa hipótese a própria teorização é importante por si própria; ou teorias inspirativas são valiosas porque são instrumentos para outros valores? Nomeadamente para promover algum bem último como a própria justiça?

Não defenderei o valor de teorias inspirativas de maneira direta. Com isso me refiro à estratégia argumentativa segundo a qual teorias inspirativas possuem o valor x ou y e oferecem-se razões para acreditar por que isso é verdadeiro. Por exemplo: alguém pode argumentar que o valor de teorias inspirativas é seu valor intrínseco de promover conhecimento. Não quero utilizar essa estratégia. Meu argumento nessa dissertação será indireto. Quero convencer o leitor cético em relação ao valor de teorias inspirativas de que é difícil sustentar a tese de que teorias inspirativas não têm valor qualquer. Portanto, argumentarei contra a ideia de que teorias que estabelecem padrões normativos elevados (no sentido de improvável ou que viola a vontade das pessoas) é uma empreitada intelectual sem qualquer valor. Penso que rebater essa afirmação é mais importante que

argumentar diretamente em favor de teorias inspirativas, porque o cético não se convencerá com esse tipo de argumento. Geralmente céticos possuem uma desconfiança de que qualquer argumento direto terá sucesso. Assim, pretendo com argumentos indiretos inverter essa desconfiança de maneira que é o cético que está numa posição desconfortável frente ao teórico idealista. Em outras palavras: há uma inversão de ônus da prova; é mais difícil sustentar o não-valor do que o valor de teorias políticas ideais.

Proponho três modelos de interação entre os tipos de valores mencionados anteriormente. Há o modelo em que o valor de teorias normativas só instancia valores intrínsecos, ou seja, teorias são valiosas em razão do próprio valor intrínseco de teorizar. Chamo tal modelo de ‘modelo intrínseco’. No segundo modelo, o valor dessas teorias é instrumento para promover outra coisa, nomeadamente, a própria justiça ou a melhora da sociedade. Como estou usando uma lista de valores intrínsecos, vou me referir a apenas à justiça. Portanto, nesse modelo teorias normativas são instrumentos para promoção de outras coisas que, por si mesmas, possuem valores intrínsecos. Se uma teoria falha em ser o instrumento desse valor, é uma teoria fracassada. Esse é o modelo ‘instrumental’. Por fim, há o modelo em que o valor de teorias é tanto instrumental quanto intrínseco. Teorias são valiosas tanto em si mesmas quanto para outra coisa valiosa. Chamo esse modelo de ‘híbrido’. Argumentarei que só é plausível considerarmos que teorias inspirativas não possuem valor no modelo instrumental. No resto dos modelos é mais fácil defender o valor dessas teorias. Por fim, argumento que mesmo no modelo instrumental não é fácil mostrar por que razão essas teorias falham, pois isso é largamente uma questão empírica (BRENNAN 2009). Além disso, argumento que mesmo que seja o caso de ser empiricamente verdadeiro que teorias inspirativas não promover a justiça, ainda assim é preciso investigar se o próprio teste proposto pelo modelo instrumental é plausível. Ou seja, é verdadeiro que só o instrumentalismo é um teste adequado ao trabalho intelectual? Argumento que é difícil sustentar essa ideia.

Começando pelos casos mais fáceis. No modelo intrínseco, o autor David Estlund (2011) defende que teorias normativas inspirativas possuem valor independente de produzirem a mudança de comportamento de agentes ou das instituições. A razão para Estlund pensar que essas teorias são importantes é

porque o próprio entendimento de conceitos normativos como ‘justiça’ é em si algo importante. Assim sendo, quando teorizamos sobre esses conceitos estamos diretamente produzindo algo de valor, nomeadamente, o próprio conhecimento da nossa lista de valores. Se assim o for, isso já é o bastante para que consideremos que essa não é uma empreitada destituída de valor. Inclusive uma pessoa com tendências mais instrumentalistas pode perfeitamente compreender essa importância. Se queremos teorias para genuinamente alterar o comportamento das pessoas é prudente que consideremos o que tais conceitos querem dizer e o que eles nos exigem, mesmo se formos abandoná-los. Somado a isso, Estlund (2011, 2009) também acredita que é muito difícil explicar certos ramos da alta matemática sem a ideia de que esses ramos só possuem como guia a pura curiosidade intelectual. Estlund cita uma série de entrevistas com matemáticos famosos que colocam seus trabalhos sob essa luz: Hilbert, por exemplo, via que a alta matemática era só um exercício intelectual de curiosidade e que uma parte substancial dela não serviria para construir pontes ou espaçonaves. O teorema de Reimann é um dos enigmas mais difíceis da matemática e talvez ele não traga qualquer benefício, a não ser o próprio valor de conhecermos a demonstração deste teorema. Será que isso torna esse ramo da matemática desprovido de valor? Não parece que seja. Do mesmo modo, o valor de uma teoria inspirativa é semelhante ao valor de teoremas difíceis da matemática.

O segundo caso é fácil é o do modelo híbrido. Como este modelo aceita que há teorias que podem funcionar tanto para serem instrumentos como fins em si mesmas os mesmos argumentos do parágrafo anterior se aplicam aqui. Quem aceita que pelo menos há um valor em si na teorização aceita que isso é algo bom em si mesmo. Portanto, não vou me ater mais sobre essa versão.

A terceira e mais interessante é o modelo do instrumentalismo. Segundo esse modelo, teorias políticas/morais são valiosas somente se forem instrumentos para promover outros valores, no caso de teorias políticas a própria justiça. Assim, uma teoria política adequada precisa fornecer ao menos indícios razoáveis de que conseguirá melhorar as coisas e transformar o mundo em um lugar melhor do que ele é atualmente. Dado que, por definição, uma teoria inspirativa viola esses padrões instrumentais, podemos estar seguros que não é nelas que vamos nos debruçar se queremos mudar o mundo. Em primeiro lugar, algum teórico defende

tal instrumentalismo? Na literatura o jurista Richard Posner (1999) é conhecido por atacar teorias políticas justamente por que elas são incapazes de alterarem comportamentos. Ele chama os teóricos morais que falham em alcançar seu padrão instrumental de “moralistas acadêmicos” (POSNER, 1999, p. 05) e acredita que os teóricos moralistas como “Elizabeth Anderson, Ronald Dworkin, John Finnis, Alan Gewirth, Frances Kamm, Thomas Nagel, Martha Nussbaum, John Rawls, Joseph Raz, Thomas Scanlon, Roger Scruton, and Judith Jarvis Thomson” (POSNER, 1999, p. 05) produzem teorias destituídas de qualquer valor.

Jason Brennan (2008, p. 278) traz uma formulação do argumento de Posner (1999) da qual eu adapto para ficar mais parecido com o assunto dessa dissertação: “(1) Teorias políticas não convencem as pessoas a agir moralmente melhor; (2) Teorias políticas não fornecem um mecanismo útil sobre o que essas pessoas devem fazer numa situação particular; (3) Logo, teorias políticas são insignificantes”.

Levantarei dois argumentos contrários a (1). O primeiro é o trazido por Brennan (2007, p. 224-227). Essa é uma questão empírica e não temos indícios suficientes favoráveis a essa ideia. Além disso, também argumento que, mesmo que estejamos munidos de tais pesquisas, a própria ideia de instrumentalismo precisa ser posta em causa. Em outras palavras, será que ser instrumento de algo é o único padrão aceitável para avaliarmos o trabalho intelectual dentro da filosofia política?

Brennan (2007) defende que a premissa (1) só é plausível se for empiricamente verdadeira. Só sabemos, genuinamente, se teorias morais ou políticas nos fazem agir melhor, se submetermos pessoas a experimentos que provem ou não essa assertiva. Talvez ler o *Authority of Democracy* faça-nos pessoas mais responsáveis pela manutenção do regime democrático. Talvez não. Pode ser o caso de que ler tal livro nos torne desmazelados e, no final das contas, valorizaríamos mais a democracia, se não tivéssemos lido o livro. Assim sendo, a própria leitura do *Authority of Democracy* é um desserviço à democracia. Brennan (2007) pensa que há duas coisas em jogo quando lemos o trabalho de um filósofo político. O primeiro é o quanto teorias conseguem convencer as pessoas ou

instituições de como deveriam agir e o que está errado em certas ações feitas por elas. Isso até mesmo uma pessoa imoral pode se convencer. Podemos convencer Cersei Lannister – do livro/seriado *Game of Thrones* – de que a ditadura é um regime injusto. Ela pode genuinamente concordar com a tese de Estlund. O segundo, entretanto, é que disso não se segue que ela irá mudar de comportamento e demolir o trono de ferro (símbolo do poder monárquico). Tal mudança depende de uma série de fatores psicológicos e motivacionais concernentes à própria Cersei Lannister. Tendo essas duas noções em mente, é uma questão em aberto se o convencimento de uma pessoa por uma teoria política se traduz em mudança de comportamento. Precisamos de mais pesquisas empíricas para mostrar se de fato isso acontece. Se essa conexão for verdadeira, a premissa não se sustenta.

Não preciso investigar a fundo essas pesquisas. Se elas existirem e forem positivas, melhor para as teorias políticas. Mas vamos supor que de fato todos os resultados sejam negativos. Teorias políticas não ajudam na construção de um mundo melhor; não melhoraram o comportamento das pessoas e não fazem que elas sejam cidadãos responsáveis. Ou seja, imaginemos que a premissa (1) seja verdadeira. Brennan (2008) argumenta que mesmo que esse seja o caso, teorias políticas são valiosas. Antes de entrar no argumento, quero considerar um detalhe que acredito que Brennan não considerou. Quando Brennan afirma que os resultados são negativos podemos querer dizer duas coisas: a primeira é que teorias políticas não melhoram nem pioram as coisas. Não há uma conexão entre conhecer filosofia moral e ser bom. Por outro lado, suponhamos que os resultados não são meramente neutros, mas sim negativos: ler os livros do Estlund, por exemplo, induz o mal comportamento e podemos esperar que iremos tornar o mundo um lugar pior do que é atualmente. Isso talvez nos dê alguma razão para deixar de fazer filosofia política, afinal porque financiaríamos uma atividade que tem resultados ruins no geral? Mesmo que esse seja o caso, acredito que os argumentos trazidos por Brennan ainda se aplicam. Perderíamos algo importante mesmo sabendo que ao fazê-lo criaríamos um maior mal do que bem. Compare isso a uma situação em que queremos descobrir o funcionamento de uma área muito específica do cérebro, a qual só pode ser acessada por um exame extremamente doloroso no paciente, e com a certeza absoluta que a pessoa morrerá ou terá graves sequelas. Pode ser que não tenhamos o direito de realizar

tal experiência, dado o mal causado a pessoa. Mas deixaríamos de conhecer algo sobre a fisiologia do cérebro que não poderíamos saber sem fazer tal experimento. Portanto, algumas ações extremamente negativas podem ser o único caminho de ganhar o entendimento de algo. No caso específico das teorias políticas, o que perderíamos se fechássemos os departamentos de filosofia política e ética em nome das boas consequências?

Posner talvez pensaria que não perderíamos coisa alguma. Se o único valor de teorias políticas é seu uso para melhorar o mundo, o fechamento dos departamentos de filosofia política seria algo bom. O problema desse raciocínio é que ele depende de uma ideia forte: que valor de teorias políticas é determinado unicamente por esse aspecto prático. A objeção a essa ideia segundo Brennan (2008) é que teorias políticas têm muitas outras funções do que apenas fornecer esse conteúdo prático. Portanto, mesmo que seja verdadeiro que essas teorias falham nesse aspecto prático, elas podem servir para outras coisas.

Brennan (2008, p. 283-285) ilumina seu ponto através de um experimento mental. Adapto-o ao experimento utilizado no início da introdução deste capítulo. Imaginemos que além do livro da Justiça, exista o livro da Justiça 2.0. Ele é, assim como o primeiro, sem sombra de dúvidas, o guia moral perfeito para nossas ações. A diferença é que ele funciona com base em perguntas. Quando queremos saber o que devemos fazer basta perguntar ao livro. Ele magicamente as responde. Se eu quero saber se eu devo concluir essa dissertação ou traduzir um artigo importante, basta perguntar ao livro (supondo que uma ação exclui a outra). O ponto desse experimento é mostrar qual seria a consequência para as teorias políticas e morais se tal livro existisse. Poderíamos abandonar, por suposto, a filosofia moral e política diante de um livro que sempre tem todas as respostas para nossos anseios morais. Será, então, que essas teorias não teriam mais valor diante dessa situação?

Brennan (2008) responde negativamente. Mesmo se fosse o caso de possuímos o livro da justiça, teorias morais ainda seriam importantes. Há outras funções para teorias morais do que apenas fornecer respostas práticas. O livro da Justiça, embora forneça todas as respostas práticas, não consegue explicar uma série de questões. Se queremos saber, por exemplo, se há alguma razão para esses

juízos se encaixarem uns com os outros não temos como recorrer ao livro da justiça, pois ele só nos responde questões práticas. Nas palavras do próprio Brennan (2008, p. 284): “o Livro diz qual é a substancia da moralidade, mas não sua essência (...) O objetivo da teoria moral é explicar esta questão, a pergunta não respondida pelo livro da Justiça”⁵⁰

Há uma série de objetivos não-práticos que teorias podem fornecer. Brennan, no mesmo artigo, faz uma lista não exaustiva dessas finalidades. Frances Kamm (1995), da mesma forma, também oferece sua própria lista. Alguns deles são: a) especulativo – teorias funcionam para explorar os limites do pensamento moral com a esperança de descobirmos algo com esse limite (BRENNAN, 2008, p. 288); b) modelador (BRENNAN, 2008, p. 288) – teorias políticas criam modelos, assim como na física, química e na economia para nos fazer entender algo complexo. Quando um utilitarista afirma que a característica central das ações corretas é sua consequência ele está fornecendo uma modelo para explicar quais são as propriedades relevantes do que é uma ação correta. Em teoria política, quando Rawls formula seus dois princípios de justiça, ele também modela quais propriedades morais são relevantes quando querendo estabelecer o que é o certo e o errado em termos políticos; e c) sistematizador – teorias procuram mostrar se há alguma coerência entre juízos particulares e princípios gerais, ou seja, se a moral é de fato coerente entre essas duas características.

Essas são apenas algumas das funções não-práticas de teorias morais e políticas. Se isso for verdadeiro, é falsa a ideia instrumentalista de Posner (1999) de que teorias não teriam valor qualquer na ausência de influenciar nosso comportamento e mudar o mundo. Teríamos algo a ganhar com teorias não-práticas.

⁵⁰ Tradução livre de “The Book tells you the substance of morality, but does not explain its essence. (...) The goal of moral theory is to explain these issues, the questions not answered by the Book of Judgments”

5

Repensando a Adjudicação

Neste capítulo retomo a discussão iniciada no segundo capítulo. Os objetivos aqui são dois. O primeiro é reinterpretar a discussão metodológica entre particularistas e formalistas, ou seja, entre teorias ideais e não-ideias. Argumentarei que dependendo do tipo de teoria ideal endossada, ambos os métodos são compatíveis; mas não em todas as situações. Ainda neste primeiro ponto, também sustento que a distinção entre teorias ideais e não ideais nos auxilia a compreender trabalhos tradicionais da teoria do direito, sobretudo os de Ronald Dworkin. O segundo objetivo é um esboço de um projeto teórico que acredito não realizado dentro da teoria do direito, nomeadamente, uma defesa idealista do formalismo. Assim sendo, contrariamente a Sunstein e Vermeule, defendo que tal defesa é importante para o formalismo. Embora não traga uma defesa minuciosa dessa tese, pois isso seria tarefa para um outro trabalho, faço uma analogia com a tradição do liberalismo clássico e o do liberalismo neoclássico em filosofia política, onde este último se beneficiou com métodos ideias, apesar de inicialmente esta não ter sido sua metodologia de investigação preferida. Por fim, faço uma breve consideração sobre a questão de existir métodos melhores uns que os outros.

5.1

Reinterpretando os debates

No primeiro capítulo afirmei que poderia ser o caso que formalistas que adotassem a perspectiva metodologia de Sunstein (1999), Sunstein & Vermeule (2003) e particularistas como Dworkin (1986), não estivessem interessados nos mesmos critérios de avaliação da justiça de instituições sociais. Em outras palavras, os motes “tornar a adjudicação melhor para seres humanos genuínos” e “como juízes perfeitos decidiriam os casos legais” talvez não estivessem calibrados para responder a mesma pergunta moral relevante.

Nos últimos dois capítulos explorei por que este último estaria interessado em avaliar instituições a partir do ponto de vista de agentes perfeitos; ou como eu mesmo defini, por que idealistas estariam interessados em responder a pergunta “o que deveríamos fazer se fizéssemos tudo que deveríamos fazer”. Vimos que há duas hipóteses na literatura de filosofia política: o idealismo orientador que acredita que saber tal coisa é necessária para guiarmos nossas instituições, mesmo sabendo que não vamos fazer tudo que deveríamos fazer. Por outro lado, idealistas não-orientadores não defendem tal tese. Eles afirmam que teorias ideias não têm essa finalidade prática. Não há nada de errado com a pergunta em questão. Teorias políticas que não exigem o impossível, mas apenas algo improvável, são ainda teorias normativas genuínas.

Dito tudo isso, a discussão relevante é se há um desacordo genuíno entre o argumento metodológico de Sunstein (1999), Sunstein & Vermeule (2003) e as duas teses idealistas acima. Tal reflexão, secundariamente, nos permite responder a indagação dos dois autores mencionados de que métodos empíricos apaziguariam os debates entre formalistas e particularistas.

Defendo que a resposta depende da versão idealista considerada. Porém, antes de oferecer essas razões, gostaria de explicar o sentido de desacordos que utilizo. Um sentido muito utilizado em metaética o de é se podemos ter soluções racionais a dilemas morais. Quando afirmamos que temos um desacordo neste sentido, queremos saber, por exemplo, se no famoso caso do dilema do bondinho temos uma solução racional entre desviar os trilhos do bondinho ferindo uma pessoa, ou nada fazer e ferir 05 pessoas (estou supondo que há genuinamente um dilema, o leitor não precisa concordar, é apenas um exemplo ilustrativo). Outro desacordo é o desacordo teórico. Quando discordamos teoricamente o que está em causa é o tipo de explicação relevante para um dado fenômeno. É o que acontece quando produzimos teorias morais ou políticas que explicam a natureza dos nossos juízos morais, por exemplo. Alguém pode pensar que a explicação última é porque nossos juízos morais se encaixam no princípio moral da utilidade; outra pessoa pode pensar que a explicação está envolvida com a obediência a leis morais universais e assim por diante.⁵¹

⁵¹ Essa distinção e exemplos foram baseadas em (BRENNAN, 2007)

Quando afirmo que particularistas e formalistas discordam utilizo essa segunda acepção. Ou seja, formalista e particularistas disputam qual a explicação moral adequada da avaliação da justiça de raciocínios legais. A importância dessa constatação é dupla: em primeiro lugar deixamos claro qual a natureza da discordância, uma vez que discordar teoricamente não é a mesma coisa que discordar moralmente. Quando discordamos moralmente não temos uma solução, a princípio, sobre algum problema moral pertinente. Não sabemos se devemos mover ou não a alavanca do bondinho, pois é precisamente saber o que é certo e errado o alvo de nossa disputa. Por outro lado, desacordos teóricos podem ou não implicar desacordos morais. Quando disputamos qual a explicação do que é o correto, isso não significa que tratamos um determinado problema moral de maneira diferente. Um utilitarista e um deontologista podem concordar que é errado matar as cinco pessoas, mas discordar quanto à explicação desse fenômeno. O mesmo raciocínio vale para o formalista e o particularista. Ambos podem concordar quanto ao mérito de algum caso particular. A decisão sobre a permissibilidade do aborto pelo STF pode ser considerada correta por ambos, embora exista uma disputa sobre o que determina a natureza dessa explicação. O formalista pode insistir que isso se dá pela vinculação dos juízes ao sentido da lei; o particularista que é a aplicação do direito como integridade.

O mais importante é notar que a natureza dessa disputa é sobre as explicações do porquê consideramos certos raciocínios legais justos ou injustos e não do que é justo em um determinado caso legal. Dito isso, o lugar do debate é pensarmos se as explicações fornecidas por particularistas e formalistas são incompatíveis. Por incompatibilidade entendo a situação em que as respostas dadas por formalistas ou particularistas excluem-se umas às outras. Ou seja, se o formalismo for verdadeiro, então o particularismo é falso ou vice-versa. Se estamos diante dessa situação, há o que eu chamo de desacordo genuíno: somente uma das teorias é a verdadeira e as restantes são falsas. Por outro lado, podemos estar perante a pseudodesacordos. Um pseudodesacordo, na minha concepção é a situação em que inicialmente pensávamos que estávamos respondendo à mesma pergunta filosófica relevante, mas ao final descobrimos que estamos tratando de problemas diferentes. Isso acontece geralmente quando não somos muito claros

com nossos objetivos teóricos ou quando estamos em áreas de investigação nebulosas.

A metodologia de Sunstein e Vermeule é incompatível com o idealismo orientador. A principal razão para eu afirmar tal coisa se dá pelo fato de idealistas orientadores defenderem o papel prático das idealizações. Quando idealistas imaginam uma situação hipotética, em que juízes fazem tudo o que moralmente deveriam fazer, seu principal objetivo é que tal descrição seja um guia para situações não-ideais. E como vimos no segundo capítulo, a tese da orientação é tomada como uma condição necessária para a melhora desses problemas não ideais. Desse modo, quando Sunstein e Vermeule afirmam que apenas precisamos estar empiricamente informados para saber o que devemos fazer em determinadas situações, um idealista orientador pode alegar que, embora isso seja verdadeiro, ainda falta comparar essas evidências empíricas com a descrição ideal de um juiz perfeito. Em outras palavras, uma dada estratégia de tomada de decisão está nos levando ao que um juiz perfeito faria? Sem essa informação adicional, um idealista orientador não estará satisfeito, mesmo diante de provas empíricas sólidas de que um estado de coisas melhor pode surgir se tal instituição seguir o caminho do formalismo ou do particularismo.

Acredito que essa última afirmação mostra que a pretensão de Sunstein e Vermeule de apaziguar o ânimo entre formalistas e particularistas não é tão simples. Um idealista pode aceitar todo o arcabouço teórico proposto por ambos e defender que as coisas ainda estão incompletas, pois falta essa comparação com o ideal. Portanto, é falso que realizar apenas análises empíricas tornariam as disputas metodológicas mais tênues.

Por outro lado, acredito que a proposta metodológica dos dois autores é compatível com a metodologia do idealismo não-orientador. Este pode argumentar que teorizar a partir de uma circunstância ideal de adjudicação é moralmente adequado e não apresenta qualquer falha no raciocínio moral. E a conclusão desse raciocínio não se segue que devemos tentar perseguir tal ideal. Podemos imaginar quais são as condições da adjudicação ideal, mas quando uma dessas não é realizada, talvez um juiz com ambições menores seja o caminho certo a se tomar. Isso é a grosso modo o que a ideia de segundo melhor traduz.

Outra razão para pensarmos que não há incompatibilidade é a própria distinção entre teorias normativas inspirativas e concessivas. Quando pensamos em situações de juízes perfeitos estamos realizando as primeiras e não há porque pensar que é uma má estratégia de raciocínio moral. Não precisamos ceder a fatos quando fazemos tal empreitada. Por outro lado, se queremos levar fatos a sério estamos diante de teorias normativas concessivas e pode ser o caso que a metodologia elaborada por Sunstein e Vermeule se enquadre perfeitamente nessa pretensão teórica. Dado que os dois problemas morais são independentes e não temos a ambição teórica de tentarmos aproximar ambos, acredito que seja compatível manter as duas metodologias. Portanto, podemos ao mesmo tempo tomar a “análise empírica de Sunstein” e qualquer forma de idealismo não orientador. Ambos convivem harmoniosamente.

Se eu estiver correto até aqui, o adversário teórico de Sunstein e Vermeule é apenas o idealismo orientador. Como podemos resolver essa disputa? No capítulo dois já mostrei algumas objeções à tese de que precisamos de um ideal para resolver problemas não-ideais. Se as coisas estiverem corretas, não há razão para nos sentirmos atraídos por essa metodologia. Penso que a alternativa dos autores em resolver os problemas da adjudicação pensando nas capacidades institucionais é mais plausível do que tentarmos antes de realizar isso imaginar um cenário hipotético com juízes perfeitos. Portanto, considero que se os autores querem responder o que devemos fazer dado como as pessoas são, a solução deles é plausível.

5.2

Dworkin reconsiderado

A teoria da adjudicação de Dworkin afirma que o ponto central da adjudicação é justificar o uso da coerção. Ele pensa que é possível justificá-la por meio do direito como integridade: a decisão ao mesmo tempo precisa se encaixar nas decisões do passado e interpretá-las à sua melhor luz. Se assim for, é moralmente justificável a utilização da força que juízes ora impõem.

Vimos, no primeiro capítulo, que para essa ideia funcionar, Dworkin utiliza o experimento mental do juiz Hércules. O ponto principal desse experimento é precisamente mostrar por que, neste cenário hipotético, pensaríamos que a coerção é justificável.

Penso que Dworkin e seus críticos não são explícitos em relação ao papel que essa idealização desempenha no argumento. Em outras palavras, falta responder com mais clareza à pergunta “qual função podemos atribuir ao experimento do juiz Hércules?”

Defendo que é possível interpretar essa função de duas maneiras. Utilizando a nomenclatura de teorias ideais dos capítulos anteriores, Hércules pode ser uma idealização que orienta a instituição da adjudicação; ou apenas uma indagação moral própria, sem qualquer pretensão de resolver os problemas que juízes de carne e osso enfrentam. Minha estratégia na defesa dessa afirmação consiste em mostrar o seguinte: qual o papel que os críticos de Dworkin atribuem a essas idealizações; explicar por que razão o papel estipulado pelos críticos não esgota a função que podemos atribuir a elas; e por fim, porque penso que a alternativa descrita no parágrafo anterior ilumina melhor o argumento moral do direito como integridade. Em suma: não tentarei refutar os críticos e argumentar que somente minha distinção é correta. Meu objetivo é apenas mostrar uma outra versão do papel das idealizações não imaginadas na literatura. Acredito que toda a bibliografia e discussão da área são compatíveis com o que oferecerei.

Dois críticos ferrenhos ao trabalho de Dworkin são Leiter (2012) e Posner (2009). Este último já foi explicado brevemente no capítulo anterior, onde suas críticas se dão principalmente no ceticismo quanto ao papel de teorias morais em mudar o comportamento das pessoas. Não vou voltar a discutir essas objeções, o capítulo anterior já é uma resposta a esse ceticismo.

Leiter (2012), por outro lado, procura distinguir dois tipos de teorias da adjudicação. Teorias moralistas da adjudicação onde “o ponto de partida é como as coisas deveriam ser moralmente”⁵²; e teorias realistas da adjudicação, em que o teórico “começa com uma teoria sobre como as coisas são”⁵³ (LEITER, 2012, p.

⁵² Tradução livre de “(...) starting point is a theory of how things (morally) ought to be”

⁵³ Tradução livre de “(...) begin with a theory of how things really are.”

867) Leiter pensa que essa distinção captura uma disputa teórica a respeito da descrição do que juízes fazem quando decidem casos legais. Segundo Leiter, Dworkin é um moralista porque deseja a compreensão do que os tribunais fazem para que com isso consiga dar a essa compreensão um “sentido moral”. Esse sentido moral seria mostrar que as decisões dos tribunais são moralmente justificadas, em virtude de se conformarem com um tipo ideal de judiciário (LEITER, 2012, p. 868). Posner, por sua vez, é um realista porque considera que “o que juízes dizem que estão fazendo é uma coisa; o que eles genuinamente fazem é outra (...) o que os tribunais fazem ao escutar os argumentos legais que lhes são apresentados é uma ilusão”⁵⁴ (LEITER, 2012, p. 872).

Para Leiter (2012) o ponto central da adjudicação é resolver a disputa de quem descreve melhor o que acontece quando juízes resolvem casos legais. Leiter nega que Dworkin dê a melhor descrição. Segundo Leiter, o projeto deste último é uma tentativa de “dar sentido moral” às práticas corriqueiras de tribunais e legisladores nas sociedades contemporâneas. ”. Assim sendo, se tribunais, por exemplo, alegam que decidem casos legais conforme “princípios do direito” o que Dworkin procura fazer, segundo Leiter, é fornecer uma justificativa moral a essas alegações. Leiter afirma que para que o projeto do Dworkin faça sentido, este precisa tomar o que juízes dizem ao pé da letra (*at face value*). A contraproposta dos realistas seria mostrar que existe uma lacuna entre aquilo que os juízes dizem e aquilo que genuinamente fazem. Juízes podem dizer que aplicam os princípios do direito em razão de terem firmado um compromisso moral com as instituições, mas, no fundo, seus interesses maiores são de manterem o status político perante seus outros colegas juízes. A lição do realismo é que é um erro confiar na palavra dessas pessoas, pois elas ocultam, geralmente, interesses escusos, os quais só nos são revelados por meio das ciências empíricas como a psicologia, economia e sociologia.

Essa análise sugere, portanto, que o papel que a idealização do juiz Hercules desempenha é de fornecer esse “sentido moral” para as práticas dos sistemas jurídicos contemporâneos. Sob essa perspectiva, o que Dworkin tenta realizar é uma teoria de explicação do porquê certos atos como decisões de tribunais,

⁵⁴Tradução livre de “What judges say they are doing is one thing; what they are really doing is another. (...)what courts are doing by attending only to the legal arguments they present in their opinions is an illusion.”

promulgação de legislação ou o controle de constitucionalidade são moralmente aceitáveis. Hercules supostamente cumpriria esse papel descritivo por encaixá-los num sentido moral relevante.

Supondo que a interpretação de Leiter esteja correta, parece difícil sustentar que precisamos de idealizações para descrever o que juízes fazem quando decidem. Parece, inclusive, que essa é uma maneira de defender uma visão de adjudicação que o autor pré-teoricamente já considera como verdadeira. Imaginemos que tenhamos uma intuição muito forte de que decisões judiciais fazem uso legítimo da força. O caminho mais fácil para defender isso é construir um cenário hipotético onde essa intuição faz sentido. Ou seja, ao invés de procurarmos bons argumentos que mostram porque a adjudicação é moral, tentamos manipular um cenário onde isso é trivialmente verdadeiro. Se assim o for, penso que Leiter tem razão em não endossar a versão “moralista da adjudicação”. A alternativa do “realismo” já, preliminarmente, parece mais atrativa.

Podemos discordar de Leiter que o ponto central da distinção seja descritivo. Talvez o ponto crucial seja moral: “teorias moralistas” da adjudicação possuem uma certa visão de como tribunais deveriam justificar suas decisões e “realistas” possuem uma contraproposta, também moral, aos moralistas. Leiter inclusive admite que esse pode ser o caso. Portanto, podemos ser “realistas no sentido descritivo” do parágrafo acima, mas não no sentido moral. Ou seja, temos dois problemas em causa aqui, um descritivo o outro moral. E as respostas ao primeiro são independentes das respostas dos segundos.

Supondo, dessa forma, que a distinção é uma questão normativa. O que diferencia “moralistas” e “realistas”? Nesta segunda leitura, Leiter pensa que o que está em disputa é se o direito como integridade é moralmente adequado. Se os juízes utilizam os critérios de encaixar suas decisões ao passado e interpretá-las à sua melhor luz, estão eles utilizando critérios adequados? Leiter (2012, p. 878) pensa que não. Para ele tal método é apenas “enganar com palavras grandes e virtudes”⁵⁵. O autor afirma tal coisa principalmente por considerá-lo extremamente permissivo. Como ele próprio afirma “não há restrições legais

⁵⁵ Tradução livre de “swindle with big words and virtues”

significativas”⁵⁶ (LEITER, 2012, p. 877). Em contrapartida, o realismo na adjudicação neste segundo sentido é uma teoria normativa que “pede aos juízes a chegar na “melhor” decisão em termos grosseiramente utilitaristas, sem excessiva consideração a práticas passadas, exceto na medida em que tais práticas afetam razoavelmente expectativas”⁵⁷ (LEITER, 2012, p. 881). Portanto, grosseiramente, o debate é uma disputa entre o utilitarismo de um lado e o direito como integridade do outro. Leiter tenta utilizar o critério do grau de restrição que cada teoria permite para determinar qual delas é mais plausível. O direito como integridade é demasiadamente permissivo, o que nos daria razões para preferirmos o realismo. Me parece que este é apenas um aspecto da disputa. Podemos aceitar o ponto de Leiter, mas não o considerarmos suficientes para acabar com a disputa. Ou podemos rejeitar que essa restrição funcione para o utilitarismo; o que deixaria o moralismo e o realismo em pé de igualdade.

O mais importante é compreendermos o papel da idealização. Dado que estamos numa disputa de ética normativa - diferentemente da primeira aceção, onde utilizávamos o experimento mental como uma descrição da prática efetiva de juízes e legisladores -, podemos tentar entender a idealização do juiz Hércules como um experimento mental tradicional da ética normativa. Tomemos, por exemplo, o caso do bondinho de Philippa Foot, da máquina dos prazeres de Nozick ou do violinista de Thompson. Todos esses experimentos mentais funcionam para dar razões ao leitor de qual é a coisa certa a se fazer. No último experimento, por exemplo, queremos saber se temos o direito de cessar a ligação com um indivíduo que se ligou ao nosso corpo sem nosso prévio consentimento, mesmo que isso cause a morte dessa pessoa. Quando utilizamos tal experimento mental, queremos revelar algum princípio moral subjacente. Em outras palavras: sua função é fornecer razões favoráveis a uma posição moral. Portanto, usamos Hércules para tentarmos convencer as pessoas que esta é uma posição moral convincente e que juízes deveriam fazer tal coisa. Da mesma forma que queremos convencer as pessoas que é correto cessar a vida do violinista no experimento de Thompson.

⁵⁶ Tradução livre de “there are no meaningful legal constraints”

⁵⁷ Tradução livre de “asking judges to reach the “best” decisions, on crudely utilitarian grounds, without excessive regard for past practice, except to the extent that practice had affected reasonable expectations”

Quero propor uma terceira interpretação. Já adianto que não tenho pretensões exegéticas profundas. Não quero oferecê-la com a ideia de “oferecer a melhor interpretação do trabalho de Dworkin”. Meu objetivo é mínimo: quero apenas propor uma maneira alternativa de enxergar a distinção proposta por Leiter entre “moralistas” e “realistas” e, mesmo que provisoriamente, tentar articular essa terceira maneira com o trabalho do Dworkin. Mesmo se por uma exegese minuciosa for plausível que não era essa a intenção do autor, eu não tenho objeções quanto a isso.

Concordo com Leiter que questões de ética normativa são centrais para as teorias da adjudicação. Queremos compreender que tipo de juízos morais devemos realizar quando decidimos casos legais. Concomitantemente a essa preocupação, há sempre uma reflexão sobre os métodos que estamos empregando para afirmar por que razão certos juízos morais são corretos. É justamente este o cerne que a distinção “moralista” e “realistas” empregada por Leiter. Ao invés de pensarmos que a distinção capta uma ideia de ética normativa, sugiro que ela captura uma ideia de métodos empregados na própria teoria moral. Questões relevantes nesta terceira interpretação acabam sendo: quais são os métodos que filósofos utilizam para concluir que as pessoas e instituições devem agir desse modo? Em outras palavras, o objeto do estudo é a própria teoria moral.

Se eu estiver correto, a distinção pode ser empregada para diferenciar métodos de teorização moral. Penso que o que foi discutido no segundo e terceiro capítulo são suficientes para imaginarmos o que a nomenclatura “realistas” e “moralistas” elaborada por Leiter quer dizer. Um “realista” é um teórico que utiliza métodos não-ideais. Ele pensa, assim como Sunstein e Vermeule que os critérios centrais para propormos o que pessoas devem fazer é incorporando fatos sobre como as pessoas são. Afirmações sobre ‘deveres’ são inócuas sem tais fatos. Em compensação o “moralista” é o teórico que utiliza uma metodologia ideal. Cenários que violam esses fatos ainda assim são iluminantes para sabermos o que é moralmente correto.

Tendo em mente tal distinção, qual é o papel do experimento do juiz Hercules? A resposta depende, como explicada na seção anterior, do tipo de idealismo considerado. Primeiramente, é verdade que o experimento precisaria ser

reexaminado para se encaixar melhor nessa terceira distinção. Concordo com Leiter que o experimento tenta nos dar razão sobre como agir quando decidimos casos legais. Dworkin parece que está nos dizendo “juízes, vocês devem agir desse modo quando decidem. Sigam esse exemplo!”. Porém, se passarmos a enxergar essa terceira via, o experimento pode ser reestruturado em duas partes. A primeira seria, precisamente, a descrição que Dworkin faz do porquê Hércules é um modelo normativo ideal para adjudicação. O relevante nesse primeiro passo seria esclarecer as razões de tal modelo ser de fato ideal. Por que viver num mundo com esse tipo de adjudicação seria bom? Quais os valores que são abraçados nesse modelo?

O segundo passo, embora parecido com a interpretação de Leiter exposta acima, é um pouco mais sutil. Não pensaríamos que do fato de sabermos qual o ideal, devemos nos aproximar dele *simpliciter*. Há dois papéis para essa idealização: ou a tratamos como um modelo orientador ou não-orientador. Se optarmos pelo primeiro, isso significa que a integridade é um guia para avaliarmos nossas opções não-ideais de adjudicação. Ou seja, supondo que estamos imaginando como uma agência reguladora deve decidir os casos jurídicos que a ela são encaminhados. Temos uma série de problemas empíricos relevantes: quem são as pessoas que estão julgando, qual o tempo hábil, dentre outras preocupações. Talvez essa situação apontaria um ambiente com regras menos rígidas, dado a especialidade dos membros. O idealista pensaria: isso nos colocaria num caminho mais próximo ou mais distante do ideal? No capítulo dois expliquei por que essa pergunta não soa tão estranha. Como Gaus (2016) afirma: nem sempre que estamos melhorando as instituições isso significa que estamos, igualmente, caminhando para o caminho da “justiça maior”. Os juízos podem conflitar e quando isso acontece, pode ser o caso de optarmos por ter ganhas imediatos piores para colhermos uma recompensa maior no futuro. É verdade que precisamos ficar suspeitos com a promessa desses métodos, como apontei no capítulo dois. Mas não é meu objetivo tentar defender tal coisa. Meu ponto é apenas mostrar uma interpretação alternativa, mesmo que ela seja falha.

Por fim, se pensarmos que o método é não-orientador o que Hércules se propõe a fazer é revelar quais são nossos deveres mesmo sabendo que não os cumriremos. Não precisamos imaginar que essa descrição funcionaria para

resolver os problemas práticos urgentes da adjudicação, pois ela não se presta a isso. A ideia de Leiter, na segunda interpretação, de que adjudicadores deveriam ser utilitaristas dado como as coisas são parece que não funciona neste terceiro sentido. O idealista pode concordar com isso e rejeitar que é esse o critério que ele pretende discutir. Talvez seja realmente o caso de que juízes ideais tenham deveres morais não-utilitários e algo como a integridade faça sentido. A objeção mais forte a essa versão é aceitar o critério proposto e mostrar que dele não se segue o que Dworkin pensa. Tentar refutar essa ideia com base de que “pessoas não são assim” é fugir do debate relevante, porque o idealista também concorda com isso.

5.3

Novos Projetos

Sunstein e Vermeule pensam que os problemas da adjudicação são problemas não-ideais. Embora exista sabedoria nesta recomendação, tentei mostrar que pode ser o caso de que teóricos estejam interessados em aspectos ideais da adjudicação. Assim, temos duas áreas de investigação próprias. O erro dos autores, portanto, é omitir esse debate. Se isso for correto, contrariamente a Sunstein e Vermeule, defendo que é uma boa ideia também tentar defender o formalismo utilizando metodologias ideais.

Algumas qualificações a essa ideia. Primeiro: qual teoria ideal? Acredito de que tudo que foi discutido nesta dissertação, estou inclinado a considerar que teses não-orientadoras são mais bem-vindas. Tenho duas razões para tanto. Teorias orientadoras parecem não conseguir nos orientar na prática, como afirmado por Gaus. A ideia da restrição da vizinhança parece muito plausível para que consigamos tornar essas teorias teoricamente atrativas. Se formos resolver problemas práticos, melhor manter a análise empírica proposta por Sunstein e Vermeule. Como teorias não-orientadoras não enfrentam esse problema, já temos de partida um atrativo.

Ademais, não defendo uma tese forte de que devemos valorizar mais teorias ideais às não-ideais. Toda elaboração teórica apresenta um custo de oportunidade, como dizem os economistas. Um custo de oportunidade é o benefício que deixamos de obter quando usamos esse mesmo tempo para realizar outra coisa. Ao invés de gastarmos 10 horas elaborando teorias ideais, poderíamos construir moradias para desabrigados e, conseqüentemente, ter maximizado nosso tempo com algo valioso. Explicado isso, não quero defender que teorias da adjudicação ideais maximizam nossas oportunidades. Pode ser o caso de que investir dinheiro e tempo nessa atividade seja péssimo. Contudo, disso não se segue que essa atividade é supérflua. Em outras palavras: podemos não ter razão de custos de oportunidade para fazer tal tarefa e aceitar que mesmo assim essas são atividades valiosas. Defendo precisamente esta ideia.

Por que estaríamos interessados em defender o formalismo ideal? Ou ainda: como alguém defenderia que juízes ideais dariam mais peso ao sentido convencional ou original dos materiais jurídicos relevantes? A resposta desta segunda pergunta é “não sei”. Precisaria de uma outra dissertação para conseguir elaborar uma teoria adequada a esta pergunta. Por outro lado, a primeira pergunta acredito conseguir responder. A primeira ideia é, obviamente, que tal pergunta é intrinsecamente valiosa. Respondê-la estimula a curiosidade intelectual de algumas pessoas. Mas as coisas não terminam por aí. Gostaria de adicionar algo mais substantivo. O que a tradição do formalismo ganharia caso resolvesse utilizar esse método? Penso que uma boa maneira de responder isso é por meio de uma comparação oriunda da própria filosofia política. Liberais clássicos, que tipicamente utilizavam métodos não-ideais para defender suas teses, passaram, recentemente, a abraçar métodos ideais, dando surgimento ao liberalismo neoclássico. Filósofos políticos argumentam que essa mudança de postura trouxe várias vantagens para a tradição. Na próxima seção defendo que podemos trazer essas mesmas vantagens teóricas para dentro da tradição do formalismo.

5.3.1

Liberalismo Clássico e Liberalismo Neoclássico: a importância da mudança metodológica

A preocupação central da tradição do liberalismo político é responder como é possível que vivamos como livres e iguais. Podemos imaginar que para uma afirmação tão geral como esta, há dezenas de teorias que tentam capturar qual a melhor maneira de coabitarmos. Em verdade, do jeito que as coisas foram colocadas, pode parecer que apenas a tradição liberal tem o monopólio dessa pergunta, o que é uma falsidade enorme. Outras tradições importantes do pensamento político como o socialista e o conservadorismo, para citar apenas duas, colocam-se como alternativas de peso à tradição liberal. Esta seção não é um debate entre diferentes tradições. Meu objetivo é compreender como o liberalismo, como uma tradição filosófica própria, pensa sobre essa questão. Para ser ainda mais específico: a finalidade dessa seção é identificar como os métodos de resposta a essas perguntas foram alterando-se junto a uma mesma tradição.

No liberalismo clássico métodos não-ideais eram endossados a despeito de métodos ideais. Liberais clássicos defendiam direitos à propriedade robustos com base na ideia de eficiência econômica da propriedade, por exemplo. Entretanto, recentemente, liberais passaram a levar a sério métodos ideais para defender essa mesma ideia. Nascia o liberalismo neoclássico. Essa mudança, segundo Brennan & Tomasi (2012, p. 115) foi um revigoramento da tradição liberal por colocá-la num patamar onde ela reivindica ser “ a forma mais ambiciosa de liberalismo”⁵⁸. Pelo mesmo raciocínio, quero propor um paralelo. O método do liberalismo clássico está para formalismo de Sunstein e Vermeule, assim como o liberalismo neoclássico está para o nosso “não nascido formalismo ideal. ” E que este último também pode beneficiar-se das vantagens teóricas proclamadas pelos liberais neoclássicos.

A tese central do liberalismo político, de uma maneira bastante genérica, é que um mundo de harmonia, cooperação e tolerância só é possível quando afirmamos um compromisso central com o valor da liberdade dentro da esfera

⁵⁸ Tradução livre de “the morally ambitious form of liberalism”

política. Talvez essa assertiva seja um dos poucos acordos da tradição do liberalismo. Há uma gama enorme de teorias com arcabouços teóricos ricos que disputam qual o âmbito dessa liberdade dentro da vida política. Em outras palavras: é ilusório pensar que há um único liberalismo. Assim sendo, inicialmente proponho uma distinção dentro dessa tradição, elaborada por John Tomasi (2012, p. I -XIV). Em primeiro lugar, todas as teses liberais concordam que liberdades políticas e civis como votar, concorrer numa eleição e a autonomia pessoal são liberdades essenciais em qualquer regime político. O diferenciador é a proteção das liberdades econômicas como o direito de iniciar negócios, adquirir, vender e utilizar bens. Tomasi propõe que dividamos a tradição em duas frentes: o liberalismo clássico, em que liberdades econômicas são tão amplas quanto as liberdades políticas e civis; e o liberalismo superior, onde direitos à propriedade são restringidos em prol de princípios de justiça social.

A estratégia do liberalismo clássico na defesa de direitos amplos à propriedade é sobretudo “não-ideal”. Com isso quero dizer que as razões invocadas para defender o porquê as pessoas têm direitos de usarem suas coisas como bem entenderem (é claro que mesmo liberais clássicos entendem que há certos limites. Não é plausível pensar que alguém pode usar sua propriedade para causar danos a terceiros inocentes. Mesmo esses limites são muito menores que os defendidos por liberais superiores) é considerando como sociedades que levam a sério esses direitos são mais harmoniosas, solidárias e justas do que àquelas que não apresentam o mesmo comprometimento. David Schmidtz (2010, p. 99) é bastante claro com relação ao uso de métodos não ideais. Ele pensa que defesas da propriedade devem “iniciar-se retratando um mundo de seres humanos como eles genuinamente são, e, então, dizer que a primeira virtude das instituições sociais é ajudá-los a viver conjuntamente, realizando o melhor dos benefícios potenciais e evitando o pior dos custos da vida em comunidade”⁵⁹. Ou seja, liberais clássicos pensam que é apropriado defender uma concepção lata de direitos econômicos através da análise não-ideal. Sua preocupação central é estabelecer métodos que consigam nos informar de que maneira sociedades reais se beneficiam de direitos econômicos extensos.

⁵⁹ Tradução livre de “starts by picturing a world of human beings as they actually are, and then says that the first virtue of social institutions is that they help such beings live together, realizing the best of the potential benefits while avoiding the worst of the potential costs of community life”

Liberais superiores, por outro lado, são céticos quanto ao âmbito desses direitos econômicos. Liberais superiores são “céticos quanto ao significado moral da propriedade privada. Eles são céticos também quanto a distribuição de bens que resultam do exercício dessas liberdades capitalistas”⁶⁰ (TOMASI, 2012, p. xiii). Liberais superiores pensam que “questões distributivas são melhores tratadas quando colocadas sob o controle de um órgão deliberativo e uma função central do governo é garantir que os cidadãos tenham acesso a uma ampla gama de serviços sociais”⁶¹. Uma das razões para defender a limitação de direitos econômicos é, sobretudo, por considerar que métodos ideais são cruciais na determinação do que é uma sociedade justa. John Rawls, a figura líder dessa posição, considerava que idealmente escolheríamos uma sociedade cuja a propriedade ajudaria as pessoas menos favorecidas. Caberia ao Estado efetivar esse princípio, o que implicaria uma série de medidas de redistribuição de riqueza e de limitação aos direitos à propriedade.

Temos, portanto, não apenas uma disputa substancial a respeito do escopo de nossas liberdades econômicas. Tão profundo quanto isso é a disputa dos próprios critérios que determinam o que é uma sociedade justa. Liberais clássicos defendem teorias não-ideais. Liberais superiores, teorias ideais. Uma maneira de adjudicar essa disputa é explicar qual dos dois lados é metodologicamente mais robusto. Essa abordagem colocaria em relevo a disputa ideal contra não-ideal.

Liberais neoclássicos, assim como seus companheiros liberais clássicos, defendem amplos direitos à propriedade e rejeitam as medidas restritivas à propriedade dos liberais superiores. Contudo, diferentemente dos seus companheiros, eles não pensam que travar uma disputa entre teorias ideais e teorias não-ideais seja proveitosa. A inovação central foi, precisamente, aceitar o método ideal dos liberais superiores e negar que este implica a medida de restrição econômica. Nas palavras dos próprios liberais neoclássicos, a importância dessa mudança de postura foi a seguinte: “Diferentemente dos libertários tradicionais, os liberais neoclássicos não fixam um acampamento junto a um rio conceitual

⁶⁰Tradução livre de “skeptical of the moral significance of private economic liberty. they are skeptical also of distributions of goods that result from the exercise of those capitalist freedoms.”

⁶¹ Tradução livre de “distributive issues are better brought under the control of deliberative bodies, and that a central function of government is to ensure that citizens have access to a wide range of social services”

onde os liberais superiores só podem cruzar ao deixarem para trás suas instituições políticas prediletas. Ao invés disso, os liberais neoclássicos têm eles próprios cruzado esse rio. Eles buscam se engajar com os liberais superior em debates fundacionais com base em premissas morais compartilhadas”⁶²

Qual a importância dessa mudança de método? Segundo os próprios autores, a vantagem advinda foi considerar que não apenas direitos econômicos amplos são uma questão de eficiência econômica, mas também são requisitos para a própria ideia de justiça social. Em outras palavras: mesmo que aceitemos as premissas metodológicas dos liberais superiores, disso não se segue que tenhamos que adotar medidas de econômicas restritivas. Direitos econômicos amplos são compatíveis com o padrão de justiça social ideal, em outras palavras. Isso é bastante significativo, porque se pensarmos que certas instituições precisam passar pelo teste da teoria ideal e conseguirmos mostrar que liberdades econômicas latas passam por esse teste, não temos razão, ou ao menos precisamos ficar menos desconfiados, em rejeitar direitos econômicos tipicamente capitalistas.

A mesma linha de raciocínio aplica-se a nossos debates sobre adjudicação. Sunstein e Vermeule querem defender que a adjudicação precisa ser tratada como um problema não-ideal. Eles querem que pensemos como pessoas reais decidem e a partir disso estabeleçamos como a adjudicação deve ser. Tendo em mente tudo o que foi dito nos parágrafos anteriores, considero que contrariamente a ambos, é valioso também defender teorias ideais da adjudicação. Da mesma forma que as defesas da propriedade cruzaram o rio e debruçaram-se nas premissas de justiça social dos liberais superiores, penso que o formalismo também precisa cruzar o rio e abraçar métodos ideais em sua defesa. O formalismo também precisa atribuir a si próprio uma ambição moral maior do que apenas resolver problemas para seres humanos. O formalismo também precisa aceitar que um teste ideal é um desafio que precisa ser enfrentado e que sua proposta consegue passar por este teste.

⁶² Tradução livre de “ Unlike traditional libertarians, neoclassical liberals do not set up camp across a conceptual river that high liberals can only approach by leaving behind their own cherished political intuitions. Instead, neoclassical liberals have themselves crossed the river. They seek to engage high liberals in foundational debates on the basis of shared moral premises.”

Vamos imaginar que disputas normativas são como disputas entre equipes esportivas. Temos o time formalista e o time particularista. Também imaginemos que os métodos de investigação filosófica são diferentes modalidades de esportes: teorias não ideais e teorias ideais são como futebol e vôlei, por exemplo. O time formalista pode ser campeão em uma dessas modalidades e não na outra porque se recusa a disputar esse esporte. Ele pode afirmar que gosta de jogar nas teorias não-ideais e não, nas ideais. Assim sendo, o time particularista ganha de “W.O” do formalismo simplesmente porque não há time formalista competindo nesse esporte. Até mais forte do que isso: o time formalista tenta desincentivar as pessoas a jogarem nas teorias ideais. O que eu penso ser importante é alterar esse estado de coisas. O formalista precisa treinar sua equipe de teóricos ideais e tentar mostrar que consegue ser um excelente adversário para a equipe ideal particularista. Se supormos que o formalista é campeão em quase todas as circunstâncias das teorias não-ideais também é bem-vindo que o seja em outras modalidades esportivas. Ser campeão em um torneio é sempre bom, mas ser campeão em dois é ainda melhor. Além disso, supondo que seja plausível que o formalismo passe pelo teste ideal, podemos debater com particularistas com base nos mesmos fundamentos metodológicos. Não seria tão óbvio que do ponto de vista de instituições ideais teríamos que fazer escolhas pelo particularismo. É arguível que mesmo em tais condições, o aplicar o sentido convencional ou original do direito é satisfatório. Esse tipo de situação, de qualquer modo, retira do particularista a pretensão de ocupar o território moral mais elevado. Talvez o formalismo possa reivindicar espaço neste lugar.

5.4

Qual o melhor critério?

Até aqui mostrei que a metodologia adotada por Sunstein e Vermeule é compatível com teorias ideias não-orientadoras e que é valioso para o próprio formalismo defender teorias idealizadas. Temos projetos normativos compatíveis. A consequência dessa tese é que é possível que formalistas ou particularistas passem em um único teste. Imaginemos, por exemplo, que só consigamos mostrar

que o formalismo é de fato plausível como uma teoria não-ideal. Quando o colocado à prova dos métodos ideais, não há boas razões para pensarmos que ele é bem-sucedido. Ou o contrário: formalistas são adequados em circunstâncias ideais e inadequados em não-ideais. Alguém pode pensar o seguinte: só devemos nos preocupar com os critérios que nossas teorias procuram responder. Se queremos propor como as coisas deveriam ser de uma maneira não-ideal, não há porque nos preocuparmos caso essa mesma ideia falhe em termos ideais. Concordo com essa afirmação. Quando teorizamos pensamos em um dado critério relevante e explicamos como nossas teorias se encaixam nele.

Porém, nesta seção quero considerar uma sutileza. O que foi dito anteriormente sugere que há uma variedade enorme de critérios que pensamos ser relevantes. Mas será que há um critério melhor que o outro? Uma resposta é que sim. Há critérios que aparentemente não valem a pena serem defendidos. Pense em um critério ruim, que exija, por exemplo, coisas impossíveis. Não é um critério que vale a pena ser atingido e, provavelmente, há muitos outros critérios melhores que este. Por outro lado, há critérios razoáveis, os quais são plausivelmente considerados como bons. Supondo que os dois critérios sublinhados nesta dissertação estão entre eles. Como devemos nos posicionar diante da pergunta de que talvez exista um critério melhor que o outro; o que implica que talvez não passar no teste das teorias não-ideais seja pior do que passar pelo teste das teorias ideais, ou vice-versa. Minha resposta a essa inquietação é tentar desencorajar quem pensa assim. Quero propor que ao invés de tentarmos mostrar qual é o melhor critério, deveríamos pensar que diferentes critérios possuem funções diferentes e que tanto é melhor para uma teoria quanto mais critérios ela conseguir satisfazer. Em outras palavras: é mais proveitoso que tomemos os critérios razoáveis como fonte de “insights” e que quanto mais critérios razoáveis uma teoria conseguir atingir, mais provável que ela esteja próxima a verdade. Já adianto que isso será um grande “palpite” de minha parte. Não espere encontrar nessas últimas páginas uma defesa completa e cheia de pormenores. Mostro apenas uma tentativa humilde de resposta.

Quando elaboramos teorias normativas queremos estabelecer conclusões que nos indiquem como deveríamos agir moralmente diante de uma circunstância moral relevante. Na adjudicação desejamos que as decisões de juízes e tribunais

sejam moralmente adequadas. Dado que temos desacordos teóricos do que constituem bons métodos para responder essa pergunta, há uma variedade de critérios disponíveis que pensamos ser adequados. Penso que uma boa maneira de enfrentar essa pluralidade de métodos é pensar que nossas conclusões normativas estão tanto melhores quanto mais critérios razoáveis elas conseguirem passar. Explico. Tomemos, por exemplo, a própria ideia do formalismo de que juízes devem restringirem-se ao sentido convencional do direito. Essa conclusão, se fizer sentido moral precisa ser testada por diferentes métodos de investigação moral. Com isso quero dizer que ela está mais próxima de ser um bom princípio moral na medida que se adequa aos vários métodos disponíveis. Por que?

Uma maneira de responder isso é fazer um paralelo com o equilíbrio reflexivo em ética. O equilíbrio reflexivo é uma teoria sobre a justificação epistêmica dos nossos juízos morais. Sua ideia principal é que conseguimos justificar nossos juízos morais quando conseguimos mostrar que esses juízos são coerentes com outras crenças morais prévias. Um exemplo: queremos decidir se cigarros devem ser permissíveis ao consumo. Inicialmente, pensamos que o cigarro deve ser proibido e formulamos o princípio moral “o que faz mal à saúde das pessoas deve ser proibido”. Após isso, testamos a solidez desse princípio em outros casos. Se esse princípio for verdadeiro, isso nos dá razão para proibir o consumo de Coca-Cola e BigMac. Portanto, é preciso revisar o princípio para não abranger esses dois casos. Um novo princípio seria “é proibido utilizar produtos que fazem mal à terceiros inocentes”. Agora tomamos esse novo princípio e, novamente, o testamos em um outro cenário particular até chegarmos num princípio mais plausível. Se procedermos dessa forma, a teoria do equilíbrio reflexivo afirma que estamos justificados em manter esses juízos morais.

Embora o cerne dessa teoria seja sobre a coerência entre juízos particulares e princípios morais gerais, quero sugerir que podemos estender esse equilíbrio para os próprios métodos de investigação moral. Isso significa que podemos enxergar os diferentes critérios que determinam quando as instituições são morais como um grande teste de equilíbrio reflexivo às nossas conclusões normativas substanciais. Quando queremos defender que devemos interpretar o direito a partir do seu sentido convencional, uma maneira de pensar que isso é uma boa ideia é testando-a em diferentes critérios. Se esses princípios passarem todos os testes,

melhor. Talvez estejamos diante de um princípio genuíno. Se ele falha em alguns, podemos tentar aprender o porquê falhou e tentar refletir sobre a próprio conteúdo desse princípio. Portanto, contrariamente à ideia de que devemos procurar sempre “o melhor critério” minha ideia é que tomemos os vários critérios razoáveis como fonte de equilíbrio reflexivo.

6 Conclusão

Apresentei neste trabalho uma disputa metodológica dentro das teorias normativa da adjudicação sobre os critérios de avaliação da justiça de raciocínios legais. Sublinhei que o formalismo está inclinado a pensar que os critérios centrais para defender por que é justo ou injusto que juízes utilizem um dado material legal é, sobretudo, o quanto esse material é adequado ao que podemos esperar de pessoas com limitações cognitivas, de tempo de habilidade. Por outro lado, o particularismo está associado com outro tipo de critério: onde essas limitações parecem não figurar como relevantes na determinação do que é moralmente correto. Portanto, temos uma disputa do que chamei entre idealistas e não-idealistas ou teorias ideais e não-ideais. Afirmei que esse debate não foi contemplado pelos filósofos do direito. Assim sendo, minha pergunta central foi se há genuinamente um desacordo entre ambos os métodos, ou seja, se eles são incompatíveis.

Para responder essa pergunta fiz uma investigação na filosofia política, onde esse tema está mais amadurecido. Primeiramente, fiz uma investigação conceitual sobre a própria distinção ideal e não-ideal. Mostrei que embora possa parecer que esses dois critérios são excludentes, podemos enxergar ambos como dois problemas normativos distintos. Os critérios ideais buscam responder uma pergunta normativa diferente das perguntas elaboradas pelos não-idealistas. Após essa conclusão investiguei o que querem os idealistas com seus métodos.

Há duas versões centrais dessa tese, as quais chamei de idealismo orientador e idealismo não-orientador. Afirmei que a diferença entre ambos diz respeito ao papel das idealizações. O primeiro acredita que esta possui um valor prático e o segundo nega tal coisa. Com relação ao idealismo orientador expliquei que embora possamos distinguir os problemas normativos em dois problemas distintos, os idealistas orientadores pensam que idealizações são relevantes mesmo quando estamos diante de situações não-ideais. Expliquei o que seria essa relevância por meio dos argumentos de Rawls e Simmons. Concluí que as objeções contra essa versão do idealismo, sobretudo as de Gaus, nos fazem ficar desconfiados das promessas dessa versão de idealismo.

O próximo passo foi investigar o idealismo não-orientador. Mostrei que essa versão se caracteriza por pensar que idealizações são importantes porque são raciocínios morais genuínos. Não há falha em considerar que as pessoas deveriam fazer o que a moralidade exige, embora saibamos que de fato elas não irão fazer essas coisas. Somado a essa ideia também expliquei porque razão teorias que não possuem valores práticos são valiosas. Defendi que, na realidade, há uma inversão do ônus da prova: é difícil imaginar o contrário, nomeadamente, que não há qualquer tipo de valor nesse tipo de projeto.

No último capítulo retomei as discussões iniciadas no primeiro capítulo sobre o suposto conflito entre os critérios ideais e não-ideais. Primeiramente defendi que há conflito entre os métodos não-ideais e o idealismo orientador, dado que ambos querem resolver problemas práticos. Porém, os métodos não-ideais e o idealismo não-orientador podem conviver harmoniosamente. Também tentei fazer uma breve discussão de como essa distinção nos ajudaria a interpretar o papel da idealização no trabalho de Dworkin. Se meus resultados estiverem corretos, isso implica que há dois projetos valiosos a se realizar: tanto o ideal não-orientador quanto o não ideal. Dito isso, afirmo que além de realizar teorias não-ideais, os formalistas também poderiam se beneficiar em adotar métodos ideais ao defenderem suas teses normativas. Fiz uma analogia com os debates contemporâneos do liberalismo clássico e neoclássico, em que os primeiros usavam métodos não-ideais e passaram a utilizar métodos ideais para defender ideias tradicionais do liberalismo, como a ideia de que as pessoas gozam de direitos econômicos amplos. Tentei sublinhar a importância da ampliação desse leque metodológico e que tal benefício pode ser estendido à tradição do formalismo. Por último, a consequência do que foi exposto é que temos muitos métodos de investigação normativa, o que daria azo a alguém tentar articular uma defesa de qual é o melhor método. Tentei desencorajar essa tentativa explicando que diferentes métodos são importantes “insights” e que teorias normativas que passam por várias testes razoáveis talvez estejam em melhor posição de serem verdadeiras do que aquelas que satisfazem menos critérios.

7

Referências bibliográficas

ALEXANDER, L. "With me, It's All er Nuthin": Formalism in Law and Morality. **University of Chicago Law Review**, Chicago, 66, n. 3, 1999. 530-565. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/ucdrev/vol66/iss3/2/?utm_source=chicagounbound.uchicago.edu%2Fucdrev%2Fvol66%2Fiss3%2F2&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages>.

ALEXANDER, L.; SCHAUER, F. Law's Limited Domain Confronts Morality's Universal Empire. **William & Mary Law Review**, Williamsburg, 48, n. 5, Abril 2007. 1579-1603. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/4/>>.

BRENNAN, J. **The best moral theory ever: the merits and methodology of moral theorizing**. University of Arizona. Tucson, p. 249. 2007.

BRENNAN, J. Beyond the Bottom Line: the Theoretical Aims of Moral Theorizing. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 28, n. 2, p. 277-296, 2008.

BRENNAN, J. **Why not Capitalism?** New York: Routledge, 2014.

BRENNAN, J. **Against Democracy**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

BRENNAN, J.; TOMASI, J. Classical liberalism. In: ESTLUND, D. **The Oxford Handbook of Political Philosophy**. New York: Oxford University Press, 2012. p. 115-132.

COHEN, G. A. **Rescuing Justice and Equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

COHEN, G. A. **Why not Socialism?** Princeton: Princeton University Press, 2009.

DICKSON, J. Interpretation and Coherence in Legal Reasoning. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Stanford, 14 Maio 2014. Disponível em: <>. Acesso em: 02 Agosto 2016.

DWORKIN, R. **Law's Empire**. 1ª. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, R. **Justice in Robes**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

ENOCH, D. Ideal Theory, Utopianism, and What's the Question (in Political Philosophy). **Academia.Edu**, 2016. Disponível em: <https://www.academia.edu/28488504/Ideal_Theory_Utopianism_and_Whats_the_Question_in_Political_Philosophy>. Acesso em: 2016.

ESTLUND, D. Human nature and the limits (if any) of political philosophy. **Philosophy & Public Affairs**, v. 39, n. 3, p. 207-237, 2011.

ESTLUND, D. What good is it? Unrealistic Political Theory and the Value of Intellectual Work. **Analyse & Kritik**, v. 33, n. 02, 2011.

ESTLUND, D. Utopophobia. **Philosophy & Public Affairs**, v. 42, n. 2, p. 113-134, 2014.

FARRELLY, C. Justice in ideal theory: A refutation. **Political Studies**, v. 55, n. 4, p. 844-864, 2007.

FRANKENA, W. **Ethics**. New Jersey: Prentice-Hall, 1973.

GAUS, G. **The Tyranny of the Ideal: justice in a diverse society**. Princeton: Princeton University Press, 2016.

GOODIN, R. E. Political Ideals and Political Practice. **British Journal of Political Science**, v. 25, p. 37-56, 1995.

GUEST, S. **Ronald Dworkin**. 3ª. ed. Stanford: Stanford University Press, 2013.

HAMLIN, A.; STEMPOWSKA, Z. Theory, Ideal Theory and the Theory of Ideals. **Political Studies**, v. 10, p. 48-62, 2012.

HARARI, Y. N. **Homo Deus: A Brief History of Tomorrow**. Kindle Edition. ed. New York: Random House, 2016.

JACKSON, F.; PARGETTER, R. Oughts, Options, and Actualism. **The philosophical Review**, v. 95, n. 2, p. 233-255, 1986.

KAMM, F. M. High theory, low theory and the demands of morality. **Nomos**, v. 37, p. 81-107, 1995.

LAWFORD-SMITH, H. **Feasibility Constraints for Political Theories**. The Australian National University. Canberra, p. 1-220. 2010.

LEITER, B. In Praise of Realism (and against Nonsense Jurisprudence). **Georgetown Law Journal**, Georgetown, v. 100, p. 865-893, 2012.

NORTH, D. **Institutions, Institutional Change, and Economic**. New York: Cambridge University Press, 1990.

O'NEILL, O. **Towards Justice and Virtue**. 1ª. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

PERRY, S. **Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law**. Conference on Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin. Princeton: [s.n.]. 2004. p. 1-40.

POSNER, A. R. **The Problematics of Moral and Legal Theory**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

POSNER, R. **The problematics of moral and legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

RAWLS, J. **A Theory of Justice, revised edition**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 1999.

RAWLS, J. **The law of peoples - with, the ideal of public reason revised**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

RAWLS, J. **Justice as Fairness: a Restatement**. 1^a. ed. Londres: Harvard University Press, 2001.

ROSS, D. **The right and the good**. [S.l.]: [s.n.], 1930.

SCHAUER, F. Formalism. **The Yale Law Journal**, Março 1988. 509-548.

SCHAUER, F. **Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-based Decision-making in Law and in Life**. [S.l.]: Clarendon Press, 1991.

SCHMIDTZ, D. Property and justice. **Social Philosophy and Policy**, v. 01, p. 79-100, 2010.

SEN, A. **The Idea of Justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SIMMONS, J. Ideal and nonideal theory. **Philosophy & Public Affairs**, v. 38, n. 1, p. 5-36, 2010.

STEMPLOWSKA, Z. What's ideal about ideal theory? **Social Theory and Practice**, v. 34, n. 3, p. 319-340, 2008.

STEMPLOWSKA, Z.; SWIFT, A. Ideal and Non Ideal Theory. In: ESTLUND, D. **The Oxford handbook of political philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 373--389.

STEMPLOWSKA, Z.; SWIFT, A. Rawls on Ideal and Nonideal Theory. In: MANDLE, J.; A, R. D. **A Companion to Rawls**. [S.l.]: Wiley-Blackwell, 2014. p. 112-128.

SUNSTEIN, C. R. Must Formalism Be Defended Empiracally? **The University of Chicago Law Review**, Chicao, 66, n. 3, Março 1999. 636-670.

SUNSTEIN, C. R. Must Formalism Be Defended Empiracally? **The University of Chicago Law Review**, Chicago, 66, n. 3, Março 1999. 636-670.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and Institutions. **Michigan Law Review**, Michigan, 101, n. 4, Fevereiro 2003. 885-951.

SWIFT, A. The Value of Philosophy in Nonideal Circumstances. **Social Theory and Practice**, v. XXXIV, n. 3, p. 363-387, Julho 2008.

TOMASI, J. **Free Market Fairness**. Princeton: Princeton University Press, 2012.

VALENTINI, L. A Paradigm Shift in Theorizing About Justice? A Critique of Sen. **Economics and Philosophy**, Cambridge, n. 27, p. 297-315, 2011. ISSN Doi:10.1017/S0266267111000228.

VALENTINI, L. Ideal vs. Non-ideal Theory: A Conceptual Map. **Philosophy Compass**, n. 7, p. 654–664, 2012.

WILLIAMS, B. **In the beginning was the deed**: Realism and moralism in political argument. Princeton: Princeton University Press, 2005.

ZIMMERMAN, M. J. Intrinsic vs. Extrinsic Value. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Stanford, 2015. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2015/entries/value-intrinsic-extrinsic/>>. Acesso em: 03 Janeiro 2017.