

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

**ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA
POLÍTICA**

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Ginsburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como *obter dicta*. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de *standars* capazes de aportar “elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sometidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales”.

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: “Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimiento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, dispuesto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

APLICAÇÃO OBJETIVA DO DIREITO: IDEIA REGULADORA OU UTOPIA? OBJECTIVE ADJUDICATION OF LAW: REGULATIVE IDEA OR UTOPIA?

Luciano Sampaio Gomes Rolim ¹

Resumo

O presente trabalho pretende examinar a natureza do ideal de aplicação objetiva do direito. Inicialmente, procuraremos demonstrar, com apoio na Metafísica dos costumes de Kant, que aplicar objetivamente o direito é acima de tudo um dever moral. Embora o filósofo de Königsberg promovesse uma clara distinção entre a moral e o direito, disso não se pode concluir que ele preconizasse uma separação estanque entre esses dois domínios da práxis. Ao contrário, na Doutrina do direito, ele afirma que “tomar como máxima o agir conforme o direito é uma exigência que a ética me faz”. O mesmo vale para aqueles que são incumbidos de aplicar o direito, os quais ao fazê-lo também devem tomar como máxima o agir conforme o direito. O imperativo categórico exige dos juízes, pois, uma aplicação ética do direito. Por óbvio, não pretendemos dizer com isso que o juiz pode reformular o conteúdo das normas jurídicas para adequá-lo aos seus próprios padrões de moral e justiça. Na verdade, como consequência mesma do imperativo categórico, cumpre-lhe aplicar o direito de forma objetiva, qualquer que seja o seu conteúdo positivo. Sendo assim, ao aplicar o direito, deve o juiz calar suas ideologias, interesses e inclinações pessoais. Essa exigência ética talvez se mostre excessivamente crédula quanto à consciência de si do sujeito. Ademais, reconhece-se atualmente que a atividade de dizer o direito (*jurisdictio*) requer significativa medida de interpretação. Nesse contexto, o ideal de aplicação objetiva do direito só pode ser entendido como uma ideia reguladora. Veremos que alguns autores (Dworkin, Depenhauer e Habermas) já se valeram, explícita ou implicitamente, do conceito de ideia reguladora como chave de compreensão para o problema da aplicação do direito. No entanto, eles não problematizaram o conceito kantiano, empenhando-se apenas em determinar qual é a melhor ideia reguladora para o direito. Neste trabalho sustentaremos que o ideal de aplicação objetiva do direito, ainda que concebido como mera ideia reguladora, é uma representação de natureza utópica. De todo modo, com base em Ricoeur, encararemos a imaginação utópica como uma representação complexa, que está cercada de perigos, mas que também é capaz de abrir novas possibilidades no real. Isso implica dizer que tal ideal traz sempre consigo os riscos do dogmatismo e do insulamento jurídicos, mas que, apesar disso, ele pode representar a melhor arma contra o personalismo dos juízes e a seletividade do sistema de justiça.

Palavras-chave: Aplicação do direito, Kant, Ideal, Utopia

¹ Procurador da República. Mestrando em filosofia pela USP.

Abstract/Resumen/Résumé

The present text intends to examine the nature of the ideal of an objective adjudication of law. Initially, we seek to demonstrate, with support in Kant's *Metaphysics of Morals*, that adjudicating law in an objective way is above all a moral duty. Although the philosopher of Königsberg promoted a clear distinction between moral and law, it cannot be concluded that he advocated a strict separation between these two fields of praxis. On the contrary, in the *Doctrine of Law*, he states that "taking as maxim acting according to law is a requirement that moral makes me." The same goes for those who are tasked with law adjudication: in doing so, they must also take as maxim acting according to law. The categorical imperative demands of judges, therefore, an ethical adjudication of law. Obviously, we do not mean that judges can reformulate the content of legal rules to pursue their own standards of morality and justice. In fact, as a consequence of the categorical imperative, he must adjudicate law objectively, whatever its positive content. Therefore, in adjudicating law, judges must silence their ideologies, interests and personal inclinations. This ethical requirement may seem excessively confident of subject's consciousness. Furthermore, it is now recognized that the activity of adjudicating law (*jurisdictio*) requires a significant measure of interpretation. In this context, the ideal of an objective adjudication of law can only be understood as a regulative idea. We will see that some authors (Dworkin, Depenhauer and Habermas) have already made use, explicitly or implicitly, of the concept of regulative idea as a key to understand the problem of law adjudication. However, they do not problematized the Kantian concept; instead they only tried to determine which is the best regulative idea for law adjudication. In this text we shall sustain that the ideal of an objective adjudication of law, even when it is conceived as a mere regulative idea, is an utopian representation. In any case, based on Ricoeur, we will consider the utopian imagination as a complex representation, which is surrounded by dangers, but which is also able to open up new possibilities in real. This implies that this ideal always brings with it the risks of legal dogmatism and insulation; nonetheless, it can represent the best weapon against the personalism of judges and the selectivity of the judicial system.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law adjudication, Kant, Ideal, Utopia

APLICAÇÃO OBJETIVA DO DIREITO: IDEIA REGULADORA OU UTOPIA?

1. Resumo

O presente trabalho pretende examinar a natureza do ideal de aplicação objetiva do direito. Inicialmente, procuraremos demonstrar, com apoio na *Metafísica dos costumes* de Kant, que aplicar objetivamente o direito é acima de tudo um dever moral. Embora o filósofo de Königsberg promovesse uma clara distinção entre a moral e o direito, disso não se pode concluir que ele preconizasse uma separação estanque entre esses dois domínios da práxis. Ao contrário, na *Doutrina do direito*, ele afirma que “tomar como máxima o agir conforme o direito é uma exigência que a ética me faz”. O mesmo vale para aqueles que são incumbidos de aplicar o direito, os quais ao fazê-lo também devem tomar como máxima o agir conforme o direito. O imperativo categórico exige dos juízes, pois, uma *aplicação ética do direito*. Por óbvio, não pretendemos dizer com isso que o juiz pode reformular o conteúdo das normas jurídicas para adequá-lo aos seus próprios padrões de moral e justiça. Na verdade, como consequência mesma do imperativo categórico, cumpre-lhe aplicar o direito de forma objetiva, qualquer que seja o seu conteúdo positivo. Sendo assim, ao aplicar o direito, deve o juiz calar suas ideologias, interesses e inclinações pessoais. Essa exigência ética talvez se mostre excessivamente crédula quanto à consciência de si do sujeito. Ademais, reconhece-se atualmente que a atividade de dizer o direito (*jurisdictio*) requer significativa medida de interpretação. Nesse contexto, o ideal de aplicação objetiva do direito só pode ser entendido como uma ideia reguladora. Veremos que alguns autores (Dworkin, Depenhauer e Habermas) já se valeram, explícita ou implicitamente, do conceito de ideia reguladora como chave de compreensão para o problema da aplicação do direito. No entanto, eles não problematizaram o conceito kantiano, empenhando-se apenas em determinar qual é a melhor ideia reguladora para o direito. Neste trabalho sustentaremos que o ideal de aplicação objetiva do direito, ainda que concebido como mera ideia reguladora, é uma representação de natureza utópica. De todo modo, com base em Ricoeur, encararemos a imaginação utópica como uma representação complexa, que está cercada de perigos, mas que também é capaz de abrir novas possibilidades no real. Isso implica dizer que tal ideal traz sempre consigo os riscos do dogmatismo e do insulamento jurídicos, mas que, apesar disso, ele pode representar a melhor arma contra o personalismo dos juízes e a seletividade do sistema de justiça.

Palavras-chave: Aplicação do direito; Kant; ideal; utopia.

2. Introdução

A atual realidade judiciária exhibe um quadro muito diferente da concepção tradicional que vê o juiz como simples *bouche de la loi*. No mundo todo assomam críticas contra o ativismo judiciário e acusam-se os juízes de sobrepôr às escolhas políticas dos poderes democraticamente eleitos seus próprios valores políticos e visão de mundo. No Brasil, assiste-se ainda à magistratura se autoconceder, por meio de decisões liminares que nunca são levadas a plenário, vantagens pecuniárias manifestamente *contra legem*, as quais sequer respeitam o teto constitucional do funcionalismo. Nesse cenário, um retorno a Kant parece imperioso.

Como veremos a seguir, resulta do imperativo categórico o dever ético de aplicar a lei com objetividade, ou seja, de forma desinteressada e impessoal. Esse imperativo ético fornece assim a base necessária para um ideal de aplicação objetiva do direito. Nessas condições, a filosofia prática de Kant parece oferecer a solução perfeita para o problema da aplicação do direito. No entanto, o anseio mesmo de perfeição que inspira tal filosofia recomenda uma análise cautelosa da solução oferecida.

3. Kant e o ideal de aplicação objetiva do direito

Como se sabe, a filosofia prática de Kant opera uma nítida distinção entre a moral e o direito. Enquanto a lei moral não admite outro móbil para as ações que prescreve senão a ideia mesma de dever, a lei jurídica satisfaz-se com a mera conformidade da conduta aos seus preceitos, ainda que essa adequação resulte não do simples fato de compreender tal conduta como um dever, mas de um móbil externo à ação, como por exemplo a ameaça de uma sanção (*MS*, 06: 218-219¹).

1 As obras de Kant serão citadas segundo a edição da *Akademie-Ausgabe*, indicando-se a abreviatura padrão dos títulos originais em alemão, seguida pelo número do volume e da página em que se encontra a passagem citada. As traduções utilizadas neste trabalho são as que constam da bibliografia ao final, onde se indicam também os títulos originais em alemão.

Por conseguinte, uma vez que a ação moral não pode ter outro móbil que a representação que o sujeito faz do dever, a lei moral é incoercível. Diversamente, a lei jurídica, por pretender obrigar independentemente do querer agir por simples dever, precisa ser coercível.

O direito efetivamente coercível, ou melhor, coercível por um poder universal externo imponível a todos, é o direito positivo, isto é, o direito legislado pelo Estado (LOPARIC, 2003, p. 19). Kant (*MS*, 06: 224) admite, é verdade, a existência do direito natural, “cuja obrigatoriedade, mesmo sem legislação externa, pode ser reconhecida *a priori* pela razão”; mais do que isso, erige-o em critério de legitimidade do direito positivo (*MS*, 06: 224). No entanto, como observa Terra (2004, p. 30), para Kant “o direito racional forneceria o padrão para as reformas possíveis, mas a partir dele não se pode colocar em questão as leis estabelecidas”.

Do que ficou assentado não se deve concluir que para o filósofo alemão existe uma divisão estanque entre moral e direito. Ao contrário, o que se infere da *Metafísica dos Costumes* é a necessidade de uma articulação permanente entre esses dois domínios da práxis. Isso porque o imperativo categórico kantiano deve governar os principais momentos da efetivação do direito (*Rechtsverwirklichung*), a saber: a produção do direito (*Rechtssetzung*); a aplicação do direito (*Rechtsanwendung*) e a execução do direito (*Rechtsdurchsetzung*)².

O imperativo categórico, cabe lembrar, é uma lei prático-moral que comanda incondicionalmente, e não como um meio para algum outro fim. Kant o formula nestes termos: “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne uma lei universal” (*GMS*, 04: 421). Por máxima, entende-se “a regra que o agente elege como princípio para si mesmo” (*MS*, 06: 225). Percebe-se, desse modo, que o imperativo categórico não traça nenhum conteúdo específico para a ação moral, limitando-se a prescrever sua forma: agir moralmente é agir segundo uma máxima universalizável, portanto objetiva, pois para que ela possa valer para todos deverá fazer abstração dos interesses e inclinações

2 De acordo com Kersting (2016, p. 346), “Kant compreendia o Estado como um processo ordenado de produção, aplicação e execução do direito com a finalidade de assegurar o direito de cada um e a pacificação da sociedade” (tradução nossa). O autor esclarece que, no filósofo de Königsberg, a tripartição das funções estatais e a atribuição de cada uma delas a diferentes sujeitos não resulta, como em Montesquieu, de considerações empíricas, mas da própria ideia de governo da razão (*Vernunftsherrschaft*), a qual define toda a filosofia prática de Kant (KERSTING, 2016, p. 397 e 399).

particulares.

Para os fins deste trabalho, cumpre explicar por que o imperativo categórico deve presidir a *Rechtssetzung* e a *Rechtsanwendung*, sendo despidendo tratar aqui da execução do direito. Quanto à primeira atividade, incumbe ao legislador positivizar nas leis do Estado o direito fornecido *a priori* pela razão. A pedra de toque que permite à razão discernir o que é direito é dada pelo princípio universal do direito, assim enunciado: “é *correta* toda ação que permite, ou cuja máxima permite, à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos segundo uma lei universal” (*MS*, 06: 230). Exige-se assim que as leis produzidas pelo poder legislativo reflitam esse princípio. Entretanto, considerando que a atividade legislativa é livre e que os membros do legislativo não podem ser responsabilizados por seus votos, não há como impor-lhes pela coerção tal conformidade. Isso é algo que eles devem perseguir por si mesmos. Ora, “tomar como máxima o agir conforme o direito é uma exigência que a ética me faz” (*MS*, 06: 231), e não o direito.

No que concerne à *Rechtsanwendung*, importa lançar uma rápida vista na posição que o poder judiciário ocupa na concepção kantiana de Estado. Este se constitui e mantém a si mesmo, segundo leis da liberdade, pela separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário (*MS*, 06: 318). Eles devem atuar de forma simultaneamente coordenada e subordinada entre si, cada um auxiliando e respeitando os demais, sem usurpar-lhes a função, e nessa união reside a saúde do Estado, entendida como “um estado de máxima concordância entre a constituição e os princípios jurídicos, algo a que a razão nos obriga a aspirar *através de um imperativo categórico*” (*MS*, 06: 316-318). A separação dos poderes implica também que nenhum deles está sujeito a coerção por parte dos outros. No que toca especificamente ao judiciário, “o veredito do juiz supremo (*supremi iudicis*) é irrevogável (inapelável)” (*MS*, 06: 316). Dessa forma, ainda que as decisões judiciais sejam passíveis de recurso, a decisão do órgão judiciário de última instância é inapelável. E mesmo os juízes de instância inferior, a despeito de suas sentenças serem recorríveis, não estão sujeitos a coerção no exercício da função de dizer o direito, o que significa que não se lhes pode impor uma determinada solução para o caso judicial. Logo, tomar como máxima o decidir conforme o direito positivo é para os juízes um dever moral que condiciona a própria efetivação do direito.

Isso fica claro ao se considerar qual seria a solução de Kant para o problema do conflito de consciência do juiz, que se verifica quando a aplicação de determinada lei é incompatível com suas convicções pessoais. Nessa hipótese, a moral kantiana não admitiria objeção de consciência, cumprindo ao juiz aplicar a lei ou demitir-se do cargo e fazer-lhe a crítica perante a opinião pública (HÖFFE, 2012, p. 404).

É possível falar então de uma *aplicação ética do direito*. Por óbvio, não pretendemos dizer com isso que o juiz pode reformular o conteúdo da norma legal para adequá-lo a exigências de ordem moral e em particular aos seus próprios padrões de justiça, o que não se conciliaria com a concepção de Estado de direito definidora da filosofia política de Kant. Ao contrário, a aplicação do direito positivo com base no imperativo categórico tem em vista apenas a forma da *Rechtsanwendung*, respeitando a autonomia do direito. Busca-se assegurar que a atividade em si de aplicação do direito, independentemente do conteúdo da regra jurídica a ser aplicada, satisfaça o critério de universalidade reclamado pelo imperativo categórico. Em outras palavras, no exercício da atividade de dizer o direito (*jurisdictio*), o juiz deve fazer abstração de todo e qualquer interesse pessoal, inclusive de ordem ideológica, que possa condicionar sua interpretação da lei.

4. O ideal de aplicação objetiva do direito como ideia reguladora

Dito isso, é preciso reconhecer que o tema da aplicação do direito positivo pelos juízes parecia não suscitar maiores dificuldades a Kant. Isso porque ele via o ato decisório como uma simples operação silogística pela qual, através da aplicação de uma norma legal abstrata a uma situação concreta, chegar-se-ia à decisão judicial do caso (*MS*, 06: 313). Nesse sentido, o juízo judiciário encerraria um juízo determinante, que vai do universal ao particular. Tal concepção afigura-se insuficiente, por desconsiderar que o texto da norma legal, como qualquer outro enunciado linguístico, comporta diferentes interpretações, as quais podem variar inclusive em função da pré-compreensão que o intérprete possui do ordenamento legal em vigor e dos princípios que o informam. Sendo assim, tal pré-compreensão pode influenciar o juízo cognitivo sobre qual norma deve ser aplicada ao caso e, num segundo momento, a própria interpretação de seu conteúdo.

O reconhecimento de que a aplicação do direito está sujeita à atividade hermenêutica permite traçar uma analogia de grande atualidade entre a teoria do direito como interpretação de Ronald Dworkin e o modelo kantiano do juízo reflexivo³. Há quem sustente inclusive, como Ricoeur (1995, p. 187-188), que tanto o juízo determinante quanto o juízo reflexivo estão presentes no ato de julgar:

É pela dupla relação que o ato de julgar mantém com a lei que ele exprime a força do direito. De um lado, com efeito, ele parece simplesmente aplicar a lei a um caso; é o que Kant chamava de juízo “determinante”; mais ele também consiste em uma interpretação da lei, na medida em que nenhum caso é simplesmente a exemplificação de uma regra; permanecendo na linguagem kantiana, pode-se dizer que o ato de julgar depende do juízo “reflexivo”, este consistindo em procurar uma regra para um caso novo. Sob essa segunda acepção, a decisão judicial não se limita a pôr termo a um processo; ela abre caminho para todo um percurso de jurisprudência na medida em que cria um precedente. (tradução nossa)

A afinidade entre o juízo judiciário e o juízo reflexivo torna possível, a partir do próprio Kant, atualizar a problemática kantiana da disposição moral exigida dos juízes no exercício da função de aplicar o direito. O problema então passa a ser o seguinte: como conseguirá o juiz observar o dever moral de aplicar objetivamente o direito, pondo-se, para usar mais uma vez a expressão de Tugendhat, “na perspectiva de uma qualquer pessoa”, após termos admitido que o juízo decisório encerra uma interpretação, ou seja, um ato pelo qual se atribui um certo sentido, entre muitos possíveis, às normas legais? Como conseguirá o juiz evitar que seus valores e concepções pessoais influenciem essa determinação de sentido, sendo certo que mesmo quando parecem adormecidos eles continuam a agir sobre o inconsciente? Em suma, para que serve, nessas condições, um dever moral de aplicar o direito de forma e desinteressada e impessoal?

3 Uma defesa percuciente dessa analogia pode ser vista em Allard (2001). Ela aponta a simetria entre as abordagens críticas de cada um desses filósofos: enquanto a teoria do conhecimento de Kant se oporia simultaneamente ao dogmatismo e ao ceticismo, a teoria do direito de Dworkin se insurgiria a um só tempo contra o positivismo e o realismo jurídicos. De fato, o filósofo do direito norte-americano questiona a crença positivista que vê no juízo judiciário a mera aplicação de uma regra pré-definida, recusando ao mesmo tempo a conclusão de que o direito seria um simples produto do decisionismo judicial. Sustenta a autora ainda que a interpretação do direito em Dworkin assumiria a forma do juízo reflexivo kantiano, mais particularmente do juízo reflexivo por excelência, a saber, o juízo estético, partindo do caso particular e ascendendo aos princípios que informam a ordem jurídico-constitucional, a fim de neles encontrar uma decisão com pretensão universal.

Como disse o próprio Kant (*IaG*, 08: 23), “embora o homem, enquanto criatura racional, deseje uma lei que limite a liberdade de todos, sua inclinação de animal egoísta o leva a abrir uma exceção para si mesmo quando ele o pode”. Fazendo uma analogia com o conceito kantiano de egoísta moral, diríamos então que o egoísta jurídico não vê utilidade senão no direito que lhe é útil. Sendo assim, o juiz teria a tendência natural de moldar o direito aos seus desejos e concepções pessoais, mesmo quando não imediatamente percebidos como tais. Ser-lhe-ia necessário então “um senhor para quebrar sua vontade particular e o obrigar a obedecer uma vontade universalmente válida, de modo que todos possam ser livres. Mas de onde tirar esse senhor?” (*IaG*, 08: 23). Em nenhum outro lugar além dele mesmo. Daí a necessidade de aplicação ética do direito.

Essa exigência ética por certo pressupõe uma concepção filosófica do sujeito que talvez se mostre excessivamente crédula quanto à *consciência de si*, afinal nem sempre nossos interesses pessoais se apresentam claramente como tais à nossa consciência. Convém notar porém que, à luz da filosofia crítica, o ideal de aplicação objetiva do direito, tal como o de uma constituição republicana que realize plenamente o direito natural (*respublica noumenon*⁴), é uma ideia reguladora. Isso significa que o juiz deve esforçar-se tanto quanto possível para evitar que seus interesses e valores pessoais se imiscuem, ainda que subrepticiamente, na interpretação que faz da lei, mesmo sabendo que toda interpretação, e por consequência toda decisão judicial, é um ato do mundo fenomênico e como tal condicionado pela história do sujeito e pela posição em que ele se encontra nesse mundo.

5. A natureza utópica do ideal de aplicação objetiva do direito

Na Crítica da Razão Pura (*KrV*, A 569-571/B 597-599), Kant define o ideal como “a ideia não somente *in concreto*, mas *in individuo*, isto é, como coisa singular determinável ou absolutamente determinada apenas pela ideia”. Na sequência do texto, ele afirma que o ideal é uma ideia reguladora, atribuindo-lhe uma “força prática”:

[...] a razão humana contém não só idéias, mas também ideais que, embora não possuam força criadora como os de Platão, têm no entanto força *prática* (como princípios reguladores) e sobre eles se funda a possibilidade de perfeição de certas *ações*. [...] A

4 Cf. *SF*, 07: 91.

virtude, e com ela a sagesa humana, em toda a sua pureza, são ideias. Mas o sages (do estóico) é um ideal, isto é, um homem que só no pensamento existe, mas que coincide inteiramente com a idéia da sagesa. Assim como a idéia dá a *regra*, assim o ideal, nesse caso, serve de *protótipo* para a determinação completa da cópia e não temos outra medida das nossas ações que não seja o comportamento deste homem divino em nós, com o qual nos comparamos, nos julgamos e assim nos aperfeiçoamos, embora nunca o possamos alcançar. Conquanto não queiramos atribuir *realidade* objetiva (existência) a estes ideais, nem por isso devemos considerá-los quiméricos, porque concedem uma norma imprescindível à razão, que necessita do conceito do que é inteiramente perfeito na sua espécie para por ele avaliar e medir o grau e os defeitos do que é imperfeito. Porém, é inviável querer realizar o ideal num exemplo, ou seja, no fenômeno, como de certa maneira o sages num romance e, além disso, é algo insensato e pouco edificante em si, na medida em que os limites naturais, que constantemente prejudicam a integridade da ideia, impossibilitam nesta tentativa toda a ilusão e, deste modo, tornam suspeito o próprio bem que está na ideia, assemelhando-o a uma simples ficção.

Desse modo, ideias como a de um homem perfeitamente virtuoso – e, portanto, plenamente livre –, além de outras ainda mais amplas, como a de paz perpétua, de *respublica noumenon* seriam ideais, encerrando a ideia de perfeição. Nesse sentido, Bloch (2004, p. 204), assim como Kant, viu na perfeição o elemento pelo qual o ideal se distingue das representações ordinárias, o que lhe permitiu relacioná-lo à função utópica. De um lado, o ideal desempenha uma função heurística, pois torna possível conhecer a ação correta a partir de um modelo de perfeição, servindo de “guia” para o agir humano. De outro, ele exerce uma função prescritiva, impondo sua própria efetivação; só assim é possível aproximarmo-nos cada vez mais dele, embora nunca possamos alcançá-lo. Como observou Vaihinger (1922, p. 67), “o ideal é uma construção conceitual em contradição consigo mesma e com a realidade, mas que possui um imenso valor de superação do mundo (*weltüberwindenden Wert*)”.

Nessa perspectiva, pode-se interpretar o ideal de aplicação objetiva do direito como um esforço que visa contrapor à força dissolutiva das ideologias e interesses pessoais um ideal utópico de racionalidade prática. Entretanto, isso não nos deve induzir à conclusão de que a ideologia é necessariamente indesejável e que a utopia é em qualquer hipótese a melhor arma contra ela.

Nesse passo, cumpre investigar como se comporta a utopia em relação à aplicação do direito. Como se sabe, a palavra “utopia” foi cunhada por Thomas Morus na sua obra epônima de 1516, a qual tem por subtítulo “Sobre a melhor condição de uma república e sobre a nova ilha de Utopia” (“*De optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia*”). Formada a partir do grego, pela adição do prefixo negativo “ou” ao substantivo “topos” (lugar), significa literalmente “não-lugar”. É nesse “lugar nenhum”, pois, que se encontra realizada a noção de perfeição, representada no caso pela ideia de uma república perfeita. A melhor descrição de como a noção de perfeição se manifestaria na atividade jurídica encontramos-na na própria obra em questão. Na ilha de Utopia, “o sentido da lei não é equívoco e apresenta-se naturalmente ao espírito, estando ao alcance de todos” (MORUS, 1984, p. 276); por outro lado, “o juiz examina e pesa as razões de cada um com bom-senso e boa-fé” (MORUS, 1984, p. 275). Essa é uma clara ilustração de que o ideal de objetividade do direito opera em dois níveis distintos: o do texto da norma e o da sua aplicação. Por sua vez, a aplicação perfeita de uma norma legal pressupõe qualidades cognitivas (“bom-senso”) e morais (“boa-fé”).

O filósofo do direito americano Ronald Dworkin (2007, p. 165 et seq.) idealizou um modelo de juiz que lembra os juízes de Utopia: trata-se do juiz Hércules. Ele ostenta esse nome por ser “um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas” (DWORKIN, 2007, p. 165). O juiz Hércules reflete o ideal de melhor interpretação do direito, que para o autor consiste na sua compreensão como um todo coerente informado por princípios e capaz de prover uma única solução correta para cada caso. A ênfase recai aqui sobre o aspecto cognitivo da atividade judicial, mas poderíamos supor também que o juiz em questão é kantiano e que, como o de Utopia, ele é capaz de um esforço sobre-humano para expungir de seus juízos decisórios quaisquer interesses de ordem subjetiva.

A face utópica desse ideal de objetividade do direito não poderia deixar de atrair a atenção do pensamento e da literatura contra-utópicos. Após discorrer sobre diversas figuras implicadas na noção de perfeição utópica (homogeneidade, pureza, insularidade, linearidade temporal, etc), Rouvillois (1998, p. 22-32) acrescenta o “legiscentrismo integral” e destaca o caráter “radicalmente impessoal” da lei no pensamento utópico. Em seguida, ele alerta contra o perigo que essa concepção do direito envolve:

[...] o triunfo do *summum jus* supõe que a regra seja aplicada tal qual ela é, imediatamente, sem que aqueles que são encarregados de aplicá-la acrescentem ou suprimam o mínimo que seja. O magistrado é tão somente “a boca da lei” [*la bouche de la loi*]: aquele que desrespeitar essa obrigação de transparência torna-se culpado do crime de usurpação. Aliás, foi levando essa ideia até o seu limite que as contra-utopias contemporâneas imaginaram sistemas nos quais a máquina, robô ou computador substituem o governante e o juiz, revelando assim, pelo exagero, as lógicas ocultas da utopia. (tradução nossa)

A mesma advertência da ameaça totalitária fá-la Depenheuer (2010) a propósito de um ideal análogo, qual seja, o de “pureza do direito”. O potencial utópico dessa ideia procederia da força atrativa que exerce a promessa de uma solução simples e autêntica para o problema da aplicação do direito (DEPENHEUER, 2010, p. 9). Ocorre que tal promessa só pode ser feita e mantida se fecharmos os olhos para o caráter irreduzivelmente “complexo, diversificado e fragmentário da moderna sociedade” (DEPENHEUER, 2010, p. 9). Mas é justamente dessa atitude que surgem os perigos da ideia de pureza do direito, como a “tribunalização” da realidade, além do fundamentalismo e do autismo jurídicos (DEPENHEUER, 2010, p.15). Sem embargo, o autor sustenta que esses perigos podem ser conjurados se a ideia de pureza do direito for aplicada “não como um princípio dogmático, mas como uma ideia reguladora no sentido kantiano” (DEPENHEUER, 2010, p. 19-20), apta assim a mediar um compromisso entre a integridade do direito e as exigências da vida prática.

No entanto, Depenheuer se exime de problematizar dito conceito, contentando-se em evocar essa “ideia reguladora kantiana”, como se tal expressão tivesse poderes mágicos e uma vez pronunciada pusesse fim aos enigmas mais complexos. A mesma crítica também pode ser endereçada a Habermas (1997). Ele observa com propriedade que as exigências ideais feitas ao juiz Hércules de Dworkin podem ser entendidas como expressão de uma ideia reguladora (HABERMAS, 1997, p. 265) e, sem problematizar o conceito kantiano, recorre ele próprio a este em sua tentativa de solucionar o problema da aplicação do direito. Habermas propõe, então, em substituição ao ideal dworkiano, um ideal de argumentação no processo judicial, também entendido como uma ideia reguladora. Na sua ótica, o modelo idealizado por Dworkin peca pela sua natureza monológica e solipsista, ao pressupor que o juiz deve perseguir a melhor interpretação do direito através de um esforço hercúleo e solitário

(HABERMAS, 1997, p. 276-277). Habermas sustenta, ao contrário, que “a correção das decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas de argumentação que tornam possível uma formação imparcial do juízo” (1997, p. 287-288). Tais condições são asseguradas por diversas normas processuais, como por exemplo as que impõem ao juiz o dever de analisar os argumentos apresentados pelas partes e o dever de fundamentar suas decisões.

Entendemos que a análise habermasiana, limitando-se a substituir um ideal por outro, sem problematizar o próprio conceito em questão, em torno do qual se desenvolve uma tensão dialética entre utopia e ideologia, falha em captar o problema central da atividade de aplicação do direito, a saber: como assegurar uma aplicação desinteressada e desideologizada do direito sem incorrer nos perigos do exagero utópico?

Gostaríamos de chamar a atenção para os termos em que formulamos esse problema. Ao falar em aplicação *desideologizada* estamos nos referindo ao sentido negativo da ideologia e quando usamos a expressão *exagero* utópico queremos aludir apenas à dimensão negativa da utopia. Com isso, abre-se a possibilidade de procurar uma resposta para esse problema a partir do outro sentido, positivo, que possuem essas duas noções.

6. A função positiva da utopia

Segundo Ricoeur (2015, p. 804), tanto a utopia quanto a ideologia possuem aspectos positivos e negativos. Para o autor, aliás, existe uma polaridade dinâmica entre essas duas noções, que operariam em três níveis. No primeiro, enquanto a ideologia distorce a realidade, a utopia foge dela. Em seguida, ali onde a ideologia é justificação do poder existente, a utopia é intenção de suprimi-lo. Num terceiro nível, a ideologia preserva a identidade, ao passo que a utopia permite a exploração do possível. Acrescente-se que o filósofo francês via como positiva as funções exercidas neste último nível, pois de um lado a ideologia assegura a preservação da identidade do grupo através do tempo, e de outro a utopia abre-lhe novas possibilidades no real.

O ponto mais interessante da análise de Ricoeur diz respeito justamente à relação de

complementaridade que se estabelece nesse último nível, a qual refletiria no campo social a dialética própria à imaginação. O que poderia parecer uma simples dicotomia de forças desprovidas de interesse corresponde na verdade a uma “dualidade constitutiva da própria imaginação” (RICOEUR, 2015, p. 806). Como sublinha o autor, “os símbolos que regulam a nossa identidade não provêm só de nosso presente e de nosso passado, mas também de nossas expectativas em relação ao futuro” (2015, p. 807). Acrescentaríamos apenas à análise de Ricoeur que o excesso, quer de ideologia quer de utopia, pode significar a negação da alteridade.

7. Conclusão

O sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclua *a priori* toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído.

O recurso a um ideal de aplicação objetiva do direito satisfaria bem a primeira exigência mas não se conciliaria facilmente com o acolhimento pelo juiz de injunções ideológicas, por mais razoáveis que fossem. Por conseguinte, esse compromisso não pode ocorrer no interior do ideal; isso eliminaria, ademais, toda sua força prescritiva enquanto ideia reguladora. A primeira conclusão que se pode extrair dessas considerações é que um tal ideal, por si só, não oferece uma resposta satisfatória para o problema da aplicação do direito. Por outro lado, não se pode prescindir dele, sem o qual o direito perde toda sua objetividade e, portanto, previsibilidade. Ao mesmo tempo, como representação utópica, o ideal de aplicação objetiva do direito, conquanto cercado de perigos, é capaz de abrir novas possibilidades no real. Isso implica dizer que tal ideal, embora traga sempre consigo os riscos do dogmatismo e do insulamento jurídicos⁵, talvez seja a melhor arma disponível contra o personalismo dos juízes e a seletividade do sistema de justiça. Sendo assim, resta cultivá-lo e mantê-lo sob permanente vigilância, compatibilizando-o com outros valores jurídicos e podendo-lhe os

5 Por “insulamento jurídico” deve-se entender a condição do aplicador do direito insensível aos problemas sociais, culturais, econômicos, etc. Conforme vimos, a insularidade, consequência natural da razão solipsista, é um dos elementos do fenômeno utópico. Como bem notou Rouvillois (1998, p. 24), “ela já figurava, de um modo alegórico, na obra de Thomas Morus, a qual relata que Utopus, o fundador da cidade perfeita, começa mandando destruir um istmo que a ligava ao continente, fazendo assim de Utopia uma ilha protegida contra contaminações exteriores” (tradução nossa).

eventuais excessos utópicos.

8. Bibliografia

ALLARD, Julie. **Dworkin et Kant: Reflexions sur le jugement**. Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2001.

BLOCH, Ernst. **El principio Esperanza**. Trad. Felipe Gonzáles Vicèn. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004, v.1.

DEPENHEUER, Otto. Reinheit und Recht: Einführung. In: DEPENHEUER, O. (Hrsg.). **Reinheit des Rechts: Kategorisches Prinzip oder regulative Idee**. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, p. 7-20, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 1.

HÖFFE, Otfried. **Kants kritik der praktischen Vernunft: eine Philosophie der Freiheit**. München: C. H. Beck, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura** [*Kritik der reinen Vernunft* (KrV)]. Trad. Manuela P. dos Santos e Alexandre F. Morujão. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita** [*Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (IaG)]. Trad. Ricardo Terra e Rodrigo Naves. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Fundamentação da metafísica dos costumes** [*Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (GMS), 1785]. Trad. Paulo Quintela. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. **Metafísica dos costumes** [*Metaphysik der Sitten* (MS)]. Trad. Clécia Rodrigues Martins et al. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

_____. **O conflito das faculdades** [*Der Streit der Fakultäten* (SF), 1798]. Trad. Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1993.

KERSTING, Wolfgang. **Wohlgeordnete Freiheit**: Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie. 2. Auf. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2016.

LOPARIC, Zeljko. O problema fundamental da semântica jurídica em Kant. In: Smith, P.; Wrigley, M. (orgs.). **O filósofo e sua história**: uma homenagem a Oswaldo Porchat. Campinas: CLE/Unicamp, 2003.

MORUS, Thomas. **Utopia**: sobre a melhor conformação de uma República e sobre a nova ilha Utopia. Tradução e notas de Luís de Andrade. São Paulo: Abril cultural, 1984. (Os pensadores)

RICOEUR, Paul. **Ideologia e utopia**. Trad. Sílvio Rosa Filho e Thiago Martins. Belo Horizonte: Autêntica, 2015. (edição em formato digital)

_____. **Le juste**. Paris: Esprit, 1995.

RUVILLOIS, Frédéric. **L'utopie**: textes choisis et présentés par Frédéric Rouvillois. Paris: GF Flammarion, 1998.

TERRA, Ricardo. **Kant e o direito**, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004. (edição em formato digital)

TUGENDHART, Ernst. **Lições sobre ética**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

VAIHINGER, Hans. **Die Philosophie des als ob**, 7^o/8^o auf., Leipzig: Feliz Meiner, 1922.