



[Artigos inéditos]

Mitologia e caracterização do Poder Judiciário: o Juiz Hércules encontra a Juíza Penélope

Mythology and characterization of the Judiciary: Judge Hercules meets Judge Penelope

Igor Suzano Machado^{1 2}

¹ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. ² Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil. E-mail: igorsuzano@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4843-9664>.

Artigo recebido em 15/05/2025 e aceito em 17/04/2026.



Este é um artigo em acesso aberto distribuído nos termos da Licença Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional.



Resumo

O presente artigo parte da construção do juiz Hércules na teoria jurídica de Ronald Dworkin para propor um novo personagem mitológico como possível base de caracterização do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas: Penélope, a tecelã esposa de Ulisses na Odisseia. A atividade de infinita costura e descostura a que tal personagem se dedicou como forma de lidar com o assédio de novos pretendentes sem abandonar sua fidelidade ao antigo marido desaparecido é então evocada para caracterizar como os juízes reagem ao assédio das partes tecendo um discurso jurídico coerente, mas sempre incompleto por sua vinculação a uma promessa que não pode ser abandonada. Se, no caso de Penélope, essa promessa era o retorno de Ulisses a Ítaca, seu reflexo no Judiciário traduz esse compromisso na noção de uma “justiça por vir”.

Palavras-chave: Judiciário; Hércules; Penélope; Justiça; Democracia; Integridade.

Abstract

This article starts from the construction of Judge Hercules in Ronald Dworkin’s legal theory to propose a new mythological character as a possible basis for characterizing the Judiciary in contemporary democracies: Penelope, the weaver wife of Ulysses in the Odyssey. The activity of endless sewing and unstitching to which this character dedicated herself as a way of dealing with the harassment of new suitors without abandoning her fidelity to her missing former husband is then evoked to characterize how judges react to the harassment of the parties by weaving a coherent legal discourse, but always incomplete due to its link to a promise that cannot be abandoned. If, in the case of Penelope, this promise was the return of Ulysses to Ithaca, its reflection in the Judiciary translates this commitment into the notion of a “justice to come.”

Keywords: Judiciary; Hercules; Penelope; Justice; Democracy; Integrity.



1. Introdução

O Poder Judiciário possui uma caracterização com base num personagem da mitologia grega que já se tornou clássica.¹ Trata-se do juiz Hércules, trazido à tona pelo trabalho do influente jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, e que já gerou extensa bibliografia sobre suas características, formas de trabalho, embasamento filosófico, etc. Outras figuras mitológicas, como Hermes, já foram confrontadas com Hércules, tanto pelo próprio Dworkin (2003 [1986]), quanto por seus críticos, neste último caso, com o objetivo de desmistificar a construção teórica do juiz de capacidades hercúleas e suas “únicas respostas corretas” e, necessariamente, liberais aos casos jurídicos difíceis (Warrington; Douzinas; McVeight, 1991). Meu objetivo aqui é semelhante. Buscando um outro parâmetro de orientação para a prática judicial que não o semideus mobilizado por Dworkin, trago à tona a figura de Penélope, a tecelã esposa de Ulisses na *Odisseia* de Homero.

Meu objetivo com isso é utilizar as intuições de Dworkin acerca da atividade desenvolvida pelos juízes, mas sujeitando-as a uma leitura pós-estruturalista, que, por um lado, abre-se a um pluralismo radical, mas, por outro, rejeita a mera hiperfragmentação como característica principal da sociedade contemporânea, agregando a essa característica de “descentramento” – isto é, falta de centro fixo – a busca por centros provisórios, fechamentos precários da estrutura social que lhe dão inteligibilidade, naquilo que a tradição pós-estruturalista convencionou chamar de *discursos*, na esteira de sua caracterização por Foucault (2007[1969]) como “regularidades na dispersão”.

Caracterizando a atividade judicial como formatação de um discurso, entendido nesses termos, os juízes passam a ser menos os seguidores de um herói capaz de encontrar sempre a única resposta correta dos casos jurídicos difíceis, como seria o juiz Hércules, e passam a desempenhar uma atividade de “costura” de textos e instituições que podem resultar em peças inusitadas e cuja configuração final passa a ser radicalmente dependente da intenção desses costureiros não chegando nunca, no entanto, a se apresentar como uma obra plenamente acabada, tal qual o trabalho de costura de Penélope.

¹ Este artigo desenvolve um argumento iniciado em trabalho anterior disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/8m6Wg78Cc6kKz7g6TJdSG4k/?lang=pt>



Tendo isso em vista, o texto começa lembrando a construção do juiz Hércules na obra de Dworkin, para, em seguida, apresentar a juíza Penélope enquanto possível contraponto à construção Dworkiniana. Apresentada Penélope, discorro sobre como sua figura poderia servir para a avaliação da atividade do Poder Judiciário real, num contexto democrático. Seguem, por fim, algumas considerações finais, retomando o percurso do artigo à guisa de uma conclusão, e um adendo em que discuto o lugar dos interesses, dos afetos e da razão na conformação da ordem política como um todo e do direito em particular.

2. O juiz Hércules

Dworkin tornou-se célebre por sua teoria do “Direito como Integridade” (*Law as integrity*), uma teoria interpretativa do Direito que cobra dos juízes que mantenham, em suas decisões, coerência com os princípios de moralidade pública escolhidos por uma dada comunidade política que se manifestam em sua cultura institucional por meio de regras constitucionais, leis, precedentes, etc. Isto é, para Dworkin, o Direito como Integridade “exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse a rede como um todo”. Contudo, “nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade”. Por isso, Dworkin utiliza, para ilustrar a sua caracterização do Direito, o *juiz Hércules* (Dworkin, 2005 [1985], p. 294). Dotado de poderes efetivamente hercúleos e agraciado com todo tempo que requisitar para que possa tomar suas decisões, Hércules é capaz de analisar em totalidade o conjunto das leis e precedentes judiciais do ordenamento jurídico em que opera, extraíndo dessa análise os princípios que lhe são subjacentes e, com base nesses dados, fazendo seus julgamentos em direção à melhor concretização possível dos princípios que dada comunidade escolheu como seu fundamento moral.

Alguns detalhes sobre a figura retórica de Hércules, enquanto metáfora da prática judiciária sob a égide do Direito como Integridade, no entanto, precisam ser esclarecidos antes de se seguir adiante. Primeiramente, é preciso esclarecer em que sentido Hércules possui mais poderes que os juízes reais. Ele trabalha tão mais rápido e dispõe de tanto



mais tempo que um juiz real, que pode explorar muitos caminhos e ideias que os juízes reais não podem, seguindo não uma ou duas, mas todas as interpretações possíveis de seus casos, de forma que, enquanto os juízes reais terão de se contentar com hipóteses parciais, ele poderá contar com hipóteses bem mais abrangentes. Mas Hércules não tem acesso a mistérios transcendentais obscuros aos demais juízes: seus juízos sobre adequação e moral política são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza dos juízos dos juízes comuns. Isto é, ele faz o que eles fariam se tivessem toda uma carreira a dedicar a uma única decisão (Dworkin, 2003, p. 316). Nas palavras de Vianna *et al* (1999, p. 36):

Hércules não é, pois, um personagem dedicado a impor um padrão abstrato, extraído da razão, ao mundo real – seu é o território concreto da *sua* democracia, da *sua* Constituição e da *sua* cultura política. Geração após geração, o trabalho de Hércules é o de imprimir desenvolvimento ao enredo do direito, como um *roman à chaîne* [romance em cadeia], em que cada capítulo novo, na história da criação jurisprudencial do direito, introduz nele uma variante ou mesmo uma inovação, sempre em coerência com os princípios acumulados “em todas as etapas históricas de uma coletividade”.

Nas palavras de Alberstein (2002, p. 283): Hércules acredita na vida do contexto; ele não clama por uma metafísica, e esse não é um campo em que ele pode ser derrotado. Para tornar mais claro esse ponto, Dworkin explicita a diferença fundamental entre Hércules e os demais juízes não hercúleos: basicamente, seu juiz mítico opera sob uma lógica que parte de fora para dentro, enquanto os juízes reais operam sob uma lógica que parte de dentro para fora.

Isto é, Hércules possuiria de antemão a estrutura completa da rede de decisões políticas e seus princípios subjacentes que caracterizam o sistema jurídico da comunidade em que opera. Tendo esse material em mãos, ele seria capaz de localizar, dentro dele, o exato local em que se pode encontrar o caso concreto que esteja sob seu julgamento, podendo, por conseguinte, explorar todas as suas possíveis justificações supostamente mantenedoras da integridade do corpo jurídico. Os juízes não hercúleos, pelo contrário, partem dos casos concretos a eles submetidos para, começando dessa área pontual do sistema jurídico, reconstruí-lo até o ponto em que ele ofereça a mais adequada e íntegra resposta a estes casos (Dworkin, 2006, p. 54).

Nas palavras do próprio Dworkin (2002 [1977/1978], p. 549):

Disse que Hércules, que tem habilidades sobre-humanas e, por isso, trabalha rapidamente, poderia preparar de antemão toda uma teoria política, ricamente detalhada, com a qual poderia então enfrentar casos específicos



difíceis. Não foi minha intenção sugerir que os juízes mais comuns de fato fazem a mesma coisa, embora desempenhem suas funções até onde o uso completo de suas habilidades e de seu tempo mais limitados lhe permitem. Foi minha intenção, no entanto, dizer que fazem parcelas bem pequenas do mesmo trabalho, como e quando a ocasião assim requer, de modo que não produzem uma teoria geral, mas, na melhor das hipóteses, pequenos trechos de uma teoria geral ou, como sem dúvida frequentemente ocorre, trechos de teorias diferentes. Mesmo fazendo isso, baseiam-se não em um estudo filosófico formal, mas em ideias intuitivas do que um sistema mais geral justificaria, feitas mais articuladas pela experiência de defender suas intuições diante de casos reais e hipotéticos proporcionados pela prática.

Desta forma, o juiz mítico cumpre a função de mostrar a estrutura oculta por trás das decisões judiciais tomadas sob os ditames do Direito como Integridade: a busca de cada juiz singular de reconstruir o sistema jurídico sob o qual opera como um todo íntegro, que justifica sua decisão como aquela que apresenta o direito sob sua melhor luz, levando em conta os princípios de moralidade política escolhidos pela comunidade como os vetores de sua concretização enquanto projeto político fraterno.

E é fazendo uso de Hércules que Dworkin configura o Direito como Integridade como uma interpretação e efetivação do Direito que conduz seus operadores a respostas corretas mesmo para os casos jurídicos mais difíceis. Segundo Dworkin (*Ibidem*, p. 319), Hércules reconhece que, em termos de princípios, o Direito está longe de possuir uma coerência perfeita. Todavia, ele pressupõe igualmente que as contradições de um sistema jurídico baseado em princípios não são tão abrangentes e intratáveis a ponto de tornar sua tarefa impraticável. Na verdade, ele admite, pelo contrário, que é possível encontrar, nesse sistema, um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito que deva fazer vigorar, que consiga um ajuste suficientemente bom a ponto de resultar numa interpretação aceitável desse direito.

Isso explicaria, portanto, a controversa tese, que Dworkin levanta, da “única resposta correta”. Tal tese não se limita à tese subjetiva da resposta correta, isto é, à ideia de que os operadores do Direito atuam considerando o direito que defenderão como sendo o que efetivamente se coaduna com o ordenamento jurídico, em detrimento de alegações concorrentes (Dworkin, 2002, p. 430-446). Na verdade, além disso, o autor sustenta que, num ordenamento jurídico que atingiu o nível de complexidade de ordenamentos como o norte-americano e o inglês (as realidades com as quais trabalha), seria muito difícil um caso de “empate” entre duas pretensões jurídicas. Consideradas todas as leis, precedentes judiciais e regras e princípios jurídicos daí derivados, uma única



resposta seria – se não em todos os casos, ao menos na quase totalidade deles – a mais pertinente a esse ordenamento jurídico tomado como um todo e, conseqüentemente, a única resposta correta possível para a disputa (Dworkin, 2005, p. 213).

Isto é, a metodologia interpretativa construtiva de Dworkin levada às últimas conseqüências – como faria, por exemplo, Hércules – tornaria muito difícil, a ponto de ser exótico, um caso de “empate” entre duas pretensões jurídicas antagônicas, ao menos nos sistemas jurídicos mais complexos, como é o caso do sistema jurídico inglês e estadunidense. Reconstruindo o sistema jurídico em que opera, numa cadeia coerente, em que as decisões políticas passadas e presentes se encaixam formando uma totalidade harmônica, o jurista encontraria apenas uma, ou apenas bem poucas respostas capazes de cumprir com a mesma eficiência o critério dworkiniano da adequação, isto é, o critério do encaixe (*fit*) dessa resposta na história institucional do seu direito. E, se ainda assim, lhe reste, não apenas uma, mas algumas respostas suficientemente e igualmente boas para seu caso, na segunda dimensão de sua teoria interpretativa é muito provável que apenas uma dessas teorias coerentes será capaz de mostrar o direito em sua melhor luz (*best light*), isto é, será capaz de oferecer uma justificativa melhor que a das outras em termos de superioridade enquanto teoria política ou moral capaz de apreender os direitos que as pessoas realmente possuem (*Ibidem*, p. 213-4).

Deriva daí a plausibilidade da tese de uma *única resposta correta* nos casos jurídicos difíceis,² mesmo que, talvez, só alcançável pelo juiz Hércules, o que radicaliza o aspecto normativo do trabalho de Dworkin, oferecendo uma diretriz bastante concreta ao trabalho dos operadores do Direito que, como bem salienta Gisele Cittadino (2004, p. 212) referindo-se ao trabalho das cortes constitucionais, devem buscar, em suas interpretações, proferir “decisões corretas” e não se envolver na tarefa de “criação do direito” a partir de valores “preferencialmente aceitos”.

Não obstante, Sandra Martinho Rodrigues faz referência à crítica de Ronnie Warrington e Costas Douzinas a Dworkin, destacando que “Hércules é, de fato, a personificação daquilo que Dworkin acredita, isto porque a sua forma de ‘decidir’ os casos espelha a particular concepção que Dworkin tem do liberalismo” (Rodrigues, 2005, p. 120 e 147). Habermas, por sua vez, critica Dworkin alegando que o necessário pano de fundo

² A própria distinção entre casos fáceis e difíceis deixa de fazer sentido nesse ponto já que os casos fáceis seriam apenas exemplos especiais de casos difíceis em que a interpretação é menos complexa. Hércules serviria a ilustrar a conduta do Judiciário em ambos os casos, reconhecendo apenas o que qualquer um reconheceria: que não é preciso fazer perguntas quando já se conhece as respostas (Dworkin, 2003, p. 317).



para o correto desenvolvimento de sua teoria jurídica é, necessariamente, a sociedade estadunidense, exemplo de triunfo historicamente concatenado do liberalismo nos últimos 200 anos (Habermas, 1999 [1992], p. 214-5).

Tais críticas são pertinentes. Dworkin diz textualmente que “a ideia de direitos humanos é mais básica que a ideia de democracia” (Dworkin *in* Badinter; Breyer, 2004, p. 109). Por mais que complemente essa afirmação dizendo que a democracia permeia esses direitos e esses direitos qualificam a democracia, trata-se de concepção diferente da que se encontra no pensamento de Habermas, por exemplo, que postula serem cooriginárias e interdependentes as ideias de autonomia pública e privada. A autonomia privada, sob a ótica liberal de Dworkin, é politicamente primordial.

Indo um pouco além, sabe-se que entre os princípios que fundamentam o Direito como Integridade em Dworkin não existe nada como um “princípio responsabilidade”, tal qual proposto por Hans Jonas (2006 [1979]). Segundo Jonas, a partir do momento em que ação humana é capaz de interferir na natureza a ponto de não permitir a continuidade da vida humana sobre a terra – exemplo clássico é o desenvolvimento das bombas atômicas – deve-se assimilar um novo imperativo de conduta que obriga os seres humanos a se responsabilizarem pela preservação da vida no planeta. Trata-se de um princípio moral, que se coloca no nível universal, propondo uma conduta específica não só na relação entre pessoas próximas, mas também na relação entre pessoas distantes no tempo e no espaço.

Dworkin, no entanto, é cético com relação a princípios como esse, que postulam direitos humanos que extrapolam direitos individuais. Ele diz, por exemplo, que não há como justificar, por meio da retórica dos direitos, uma decisão de tribunal que limite os usos da energia atômica. Trata-se de um balanço entre riscos e vantagens que só deve ser decidido de maneira majoritária, pertencendo não à dimensão moral em que o Direito pode intervir, mas à dimensão da política em sentido estrito, de onde deve se manter afastado (Dworkin *in* Badinter; Breyer, 2004, p. 41-42). Ele ressalta, inclusive, os perigos de uma compreensão muito ampliada de direitos humanos, para além de direitos individuais, que pode fazer com que a própria ideia de direitos humanos se dilua (*Ibidem*, p. 44-45). E é conhecida a decisão que a negligência para com questões ecológicas levou Hércules a tomar no caso *Snail Darter*.³

³ Para melhor apresentar sua argumentação – e para o desespero de alguns autores como Michael Sullivan (2007, p.43) que acham que isso transforma Hércules no mero recurso ao argumento de autoridade – Dworkin



Sendo assim, é possível afirmar que o Direito como Integridade efetivado por Hércules expressa o Direito de uma comunidade de princípios liberais, vinculado a um conjunto de princípios que formam uma teia inconsútil e que, por isso, permitem que sempre exista uma resposta correta para os casos jurídicos, mesmo difíceis. Não se trata meramente de uma perspectiva interna ao agente, mas sim de uma visão tributária da perspectiva interna a uma teoria política específica. Isto é, não é a tese fraca de uma única resposta correta derivada do fato de o autor que a professa assim a considerar. É a tese de uma única resposta permitir que se mantenha incólume essa teia inconsútil de princípios. E, tal como a teoria é conhecida, essa teia inconsútil é uma teia de princípios liberais individualistas.

3. A Juíza Penélope

Não obstante a força persuasiva da construção do juiz hercúleo de Dworkin, considerando as críticas levantadas ao final do tópico anterior, gostaria de trazer à tona uma outra possibilidade de caracterização mitológica da função judiciária que, a meu ver, serviria melhor à caracterização do Poder Judiciário sob influxos de um pluralismo radical, sem perder de vista, no entanto, uma dimensão de unidade e totalidade que não pode abandonar o Direito, sob o risco de descaracterizá-lo enquanto atividade política que, enquanto tal, é atividade de conformação de identidades comunitárias. Por um lado, reconheço a principal crítica dirigida a Hércules que destaca que o super juiz é um “*alter-ego*” de Dworkin, servindo, por uma prestidigitação intelectual, a justificar as decisões liberais que o próprio Dworkin, liberal confesso admirador da teoria de justiça liberal de John Rawls (2003[2002]), tomaria se fosse o juiz a julgar o caso, sendo uma variação possível dessa crítica a que lança a culpa não sobre o próprio Dworkin, mas sobre a

traz à tona alguns casos julgados por juízes reais para serem reavaliados pelo juiz Hércules. Um desses casos, utilizado para ilustrar a atividade de Hércules num contexto em que ele lidaria com leis escritas e princípios, é o caso *Snail Darter*. Tal caso versa sobre a construção, pelo governo federal dos Estados Unidos, de uma represa que poria em risco uma espécie de peixe específica, o *snail darter*, um peixinho de cerca de 7,5 centímetros, cuja relevância ecológica, segundo Dworkin, seria nula. Sob os ditames da Lei das Espécies Ameaçadas, a Suprema Corte estadunidense decidiu por embargar a construção, já em fase conclusiva, para não destruir o habitat do *snail darter* e extinguir sua espécie (Dworkin, 2003, p.25-9) Em face da insignificância da espécie em questão e amparado por princípios como o do não desperdício de dinheiro público, além de argumentos como os benefícios que a represa traria aos moradores das áreas próximas, Dworkin (Hércules) questiona a decisão da Suprema Corte, localizando a resposta correta à questão jurídica levantada no sentido de autorizar que a construção da barragem fosse finalizada.



comunidade estadunidense em que está inserido, que seria um caso histórico específico de triunfo da ideologia liberal. No entanto, por outro, entendo que reconhecer que o modelo do juiz Hércules fecha demasiadamente o escopo das decisões judiciais corretas à supremacia do individualismo liberal, não pode ter como consequência aceitar um pluralismo jurídico nos moldes defendidos por alguns pensadores pós-modernos em que a crítica ao holismo liberal deságua no rechaço a qualquer noção de totalidade (Mouffe, 2009 [2005], p. 20).

Um outro tipo de visão permitiria avaliar a atividade de juízes que, como Hércules, buscam retratar os princípios que fundamentam eticamente a unidade de uma comunidade política como um todo coerente, mas que, diferentemente do juiz idealizado por Dworkin, podem trabalhar em comunidades políticas que endossem valores diferentes da comunidade estadunidense ou do liberalismo deontológico de que Dworkin, sob inspiração de Rawls, é partidário. É com esse objetivo que gostaria de apresentar a juíza Penélope e seu trabalho de costura que, fazendo um paralelo com o romance em cadeia produzido pelos discípulos de Hércules, produzirá um romance cujo final é radicalmente aberto – isto é, independente de uma única resposta correta – sem, nem por isso, produzir apenas textos soltos que não se articulam jamais.

O juiz Hércules trabalha buscando a única resposta correta existente para um caso jurídico e realiza essa busca dentro de uma teia inconsútil – isto é, sem costuras – que envolve o conjunto das normas jurídicas de uma comunidade como um conjunto coerente, orientado por princípios comuns. Isso leva a crer que, dentro da concepção de Dworkin a respeito da atividade jurisdicional, essa atividade, de certa forma, pressupõe a coerência de princípios como anterior ao trabalho dos juízes.⁴ Por isso, o sistema de princípios de que fazem uso os juízes se mostra uma rede sem costuras dentro da qual uma busca hercúlea poderia encontrar sempre uma única resposta correta para os casos jurídicos. O que é obscurecido sob essa visão é o trabalho dos juízes justamente na costura dessa malha moral por meio da conformação do discurso judicial. Sob uma perspectiva crítica a Dworkin, o conjunto das regras, princípios e precedentes judiciais de uma

⁴ Mais explicitamente do que nunca, em seus últimos livros, Dworkin defende a sua tese mais radical de que o valor possui independência metafísica perante as crenças de cada um (Dworkin, 2011, p. 9). Isso permite que ele afirme, por exemplo, que existem verdades e responsabilidades éticas objetivas (*ibidem*, p. 13 e 51). Por mais que nem todas essas responsabilidades éticas possam ser exigidas nos tribunais, sendo o direito apenas um ramo específico da moralidade em geral, que é o tema central de suas últimas obras, mesmo neste ramo específico pode-se deduzir que o valor independe do trabalho dos juízes que podem, inclusive, simplesmente errar, decidindo fora dessa rede de valores, sem afetá-la.



comunidade política deixaria de ser uma teia inconsútil para ser uma teia em constante processo de fratura e rearticulação, passando a ser, por conseguinte, uma teia costurada pelos próprios juízes. Daí porque trago à tona a figura de Penélope, que se tornou célebre justamente pela tarefa de tecelagem infundável a que se propôs.

A Odisseia, de Homero, conta que, mesmo quando poucos em Ítaca acreditavam que Ulisses pudesse ainda estar vivo e que, assim, ainda retornaria à sua terra natal, Penélope continuava relutante em aceitar a morte de seu marido e se recusava a se casar novamente. Muitos eram os pretendentes e seus apelos para que Penélope aceitasse que seu marido não retornaria e, portanto, que voltasse a se casar. Mas Penélope permanecia firme em seu propósito de se manter à espera de Ulisses. Para isso, desenvolveu um artifício para ludibriar seus pretendentes. Disse que iria tecer uma mortalha para seu sogro e, quando a mortalha estivesse pronta, aceitaria se casar mais uma vez. Assim, durante o dia, aos olhos de todos, Penélope trabalhava na costura da mortalha. No entanto, chegada a noite, ela desfazia seu trabalho para que a peça jamais ficasse pronta e, com isso, não precisasse se casar de novo, persistindo na espera por seu amado.

No decorrer da obra de Homero, o artifício de Penélope é descoberto e ela apela a um novo desafio para seus pretendentes, que é, por fim, vencido pelo próprio Ulisses que retornara a Ítaca. No entanto, para os objetivos desse trabalho, quero me ater à situação anterior, em que Penélope faz, desfaz e refaz a mortalha aguardando o retorno improvável de Ulisses e evitando seu novo casamento. As figuras da peça que é tecida e depois desfeita – para ser tecida novamente – e da tecelã que realiza essa tarefa infundável – motivada pela fidelidade e pelo afeto – são as que quero mobilizar para a caracterização do Judiciário contemporâneo, na esteira do pensamento de Dworkin e seu juiz Hércules, mas com algumas distinções que, a partir deste ponto, tentarei esclarecer.

Hércules não é nem um arauto da razão, nem o de uma identificação afetiva. Seu deus é o trabalho, o esforço propriamente hercúleo de procurar entre as leis e precedentes judiciais de sua comunidade os indícios de uma teia inconsútil de princípios que essas decisões políticas passadas pressupõem e endossam como os valores morais da comunidade. O trabalho metódico também ocupa posição importante na atividade de costura de Penélope. Mas ela possui uma motivação nitidamente afetiva. E esse é o primeiro ponto em que se distingue de Hércules.

Como Penélope age motivada pelo amor por Ulisses, mesmo que possa não mais o encontrar, os juízes precisam agir em nome dos princípios ético-políticos com os quais se



identificam afetivamente, mesmo que não tenham certeza de sua concretização. Esse é o horizonte de integridade com que devem trabalhar: devem manter fidelidade a esses princípios com a esperança de que um dia se concretizarão, como Penélope acreditava que um dia Ulisses retornaria. Se o retorno de Ulisses era a motivação de Penélope, a concretização de um padrão de justiça deve ser a motivação dos juízes: trata-se da “pretensão de correção” inerente ao Direito, como destacado por Alexy (2005).

Porém, como Hércules, Penélope não tem acesso a nenhum material que os demais juízes não teriam, não busca uma verdade transcendente, nem busca impor o padrão de qualquer metafísica. Penélope é tecelã, mas não fabrica as linhas com que tece sua mortalha, nem poderia tecê-la com algum material que não se prestasse ao tear e à costura. Por isso, os juízes devem se prestar a trabalhar com o material que é afeto à sua atividade: a cultura institucional da sua comunidade, materializada em decisões políticas pretéritas, como a Constituição, as leis, os precedentes judiciais, etc., além dos fatos alegados pelas partes e os textos consagrados na doutrina jurídica. Esse material, no entanto, sem o trabalho de Penélope, permanece um todo disforme e incapaz de se tornar, por si só, algo coeso. É Penélope que decide como será a mortalha que tece, como são os juízes que decidem como será contado o romance em cadeia do Direito.

Cabe agora compreender a motivação do trabalho de Penélope, para entender também a motivação do trabalho dos demais juízes. Por um lado, Penélope só se põe a tecer pelo assédio dos novos pretendentes; mas, por outro, a mesma Penélope nunca termina seu trabalho por amor e fidelidade ao marido. Os pretendentes de Penélope a assediam e querem que a tecelã una os fios que tem em mãos para que a mortalha fique pronta, pois assim finalmente poderão ter ao seu lado a própria Penélope. Cada parte da disputa judicial também assedia o Judiciário desejando que a Constituição, as leis e os precedentes judiciais sejam reunidos num todo coerente pelo juiz, de forma que a própria justiça, enquanto instituição e enquanto valor, esteja ao seu lado. Mas Penélope nunca completa seu trabalho, pois, caso o faça, pertencerá definitivamente a um dos pretendentes. Da mesma forma, a vontade das partes não pode coincidir completamente com os anseios da justiça, pois, neste caso, o resultado seria uma justiça destinada a um grupo específico da sociedade. A mortalha precisa se manter incompleta e a justiça precisa se manter inconclusa.

Penélope entregue a um dos pretendentes é o retrato de uma justiça instrumentalizada por um grupo específico. A fidelidade de Penélope a Ulisses a faz



desmanchar a mortalha e não permitir que um outro ocupe o lugar de Ulisses, que deve permanecer vazio. A fidelidade dos juízes a um padrão de justiça faz com que o fio condutor de suas decisões precise ser uma argumentação por princípios, que também mantenha vazio o lugar da justiça, permitindo, apenas, uma costura precária do tecido ético-político da comunidade, que equivale à uma hegemonia temporária. Porém, como hegemonia temporária, ela pode ser revertida, com outros grupos apelando ao esvaziamento e rearticulação dos princípios e símbolos que a fundamentam.

Ou seja, durante o dia, aos olhos dos pretendentes e motivada por seu assédio, Penélope tecia a mortalha e, à noite, protegida da vigilância e motivada pela fidelidade a Ulisses, desfazia seu trabalho. Isso não quer dizer que a fidelidade do Judiciário à justiça deva ser processada com base em um ardil. Mas, assim como mesmo os olhos mais vigilantes não dão conta de enxergar, para além da luz, o que se encontra protegido pela escuridão da noite e a opacidade das portas fechadas, mesmo o discurso mais bem articulado não conseguirá conter o excesso de significados que o suplanta. Logo, em algum momento, que escapa à apreensão por ser justamente a realidade que escapa à simbolização, a estrutura costurada pelo Judiciário poderá se desfazer. Se for mantida a fidelidade ao que Ernesto Laclau (1996) chama de nomes de uma plenitude ausente – como igualdade, liberdade, etc. – e não a uma entidade concreta – como uma classe social, ou um partido político – então a mortalha da juíza Penélope também irá se desfazer quando não estiver sob a luz de uma formação discursiva específica.

4. Os juízes reais

Com base no exposto, o trabalho e a fidelidade de Penélope podem ser avaliados, assim como o Poder Judiciário. Se o potencial democrático do Judiciário depende da atuação dos juízes que o fazem funcionar, então a juíza Penélope pode fornecer subsídios importantes para a avaliação do comportamento dos juízes num direito, na terminologia desenvolvida por Philippe Nonet e Philip Selznick (2005 [1978]), responsivo.⁵ Como

⁵ Nonet e Selznick identificam uma evolução do Direito e suas instituições que teria passado por três estágios, sendo que, atualmente, estaria em vias de consolidação daquele que seria o terceiro. Esses três estágios evolutivos seriam, para Nonet e Selznick, o *direito repressivo*, o *direito autônomo* e o *direito responsivo*. O direito repressivo seria, nesse enquadramento, o estágio mais primitivo de desenvolvimento do fenômeno jurídico, em que as instituições judiciais estariam subjugadas ao poder político, sendo apenas executoras da vontade do soberano. Já o direito autônomo seria um estágio intermediário em que suas instituições



Penélope age, por um lado, motivada pelo assédio de seus pretendentes que querem a mortalha pronta e, por outro, por sua fidelidade em manter vazio o lugar que para ela pertence a Ulisses, os juízes devem agir motivados por uma dupla demanda equivalente: de um lado, o assédio daqueles discursos que querem ocupar o lugar da justiça concluindo-a numa composição discursiva fechada e, por outro, sua fidelidade a princípios gerais capazes de manter o lugar da justiça sempre em aberto.

O primeiro ponto que ganha destaque perante essas considerações reside na necessária passividade do Judiciário. O famoso atributo da “inércia” exige que o Judiciário só aja quando provocado. Claro que o Judiciário, enquanto poder político, não toma apenas decisões inseridas numa lógica judiciária: existem as decisões que regulamentam seu próprio funcionamento, que obedecem a lógica diversa, comportando ação autônoma. Mas quando decide questões que extrapolam essa regulação, precisam antes ser provocados, assediados pela sociedade. Após esse assédio, deve o Judiciário iniciar seu trabalho de costura e apresentá-lo àqueles que o provocaram. Afinal, de nada adiantaria Penélope tecer sua mortalha se seu trabalho não fosse visto por seus pretendentes. E não apenas um dos pretendentes, mas todos teriam de ver o trabalho da tecelã para aceitarem que ela adotou de boa-fé o compromisso de terminar sua tarefa, mesmo que apresente sempre uma peça incompleta.

Ou seja, as decisões do Judiciário devem ser acessíveis não somente às partes do processo, mas à sociedade como um todo. Nesse sentido, o Judiciário responsivo precisa ter atuação transparente, com dados acessíveis ao grande público sobre suas decisões, sua produtividade, seus gastos, etc. Tais decisões devem também apresentar um todo coerente, mesmo que inconcluso, pois aberto à inovação. Isto é, da mesma forma que Penélope não apresenta seu trabalho como retalhos ou linhas soltas, mas como uma peça incompleta, o Judiciário precisa apresentar suas decisões como compostas de uma argumentação coerente, que mesmo que mobilize símbolos de vacuidade tendencial⁶ –

alcançam a independência perante outros poderes, mas a alcançam ao custo de um insulamento social, que as restringe a uma fundamentação e reprodução puramente endógenas. Por fim, o direito responsivo seria aquele que, mesmo possuindo certo grau de independência, não faz disso uma barreira às demandas da sociedade, às quais precisa de alguma forma responder.

⁶ Esses símbolos são o que anteriormente foi chamado de “nomes de uma plenitude ausente”. Trazendo novamente à tona o pós-estruturalismo de Laclau, de onde retiro a nomenclatura: “Consideremos a situação extrema de uma radical desorganização do tecido social. Nessas condições – que não estão muito distantes do estado de natureza hobbesiano – as pessoas necessitam de *uma* ordem, e o atual conteúdo disso se torna uma consideração secundária. “Ordem” como tal não possui conteúdo, porque ela só existe nas várias formas nas quais ela é atualmente realizada, mas numa situação de radical desordem a “ordem” se torna presente como o que está ausente; ela se torna um significante vazio, o significante de uma ausência. Nesses termos,



daí sua dimensão de incompletude – articule as demandas das partes, provas de fatos e textos legais e jurídicos como um todo coeso. Suas decisões não podem ser aleatórias ou opções discretas e sem conexão uma com a outra ao longo do tempo. Logo, se o Judiciário funciona num regime de segredo, se seu trabalho não é acessível à discussão pública e se suas decisões não deixam claros os pontos de articulação do discurso que forma, pode-se questionar se os juízes estão realmente fazendo seu trabalho tal qual esse trabalho está sendo compreendido aqui.

Sendo assim, o Judiciário responsivo é passivo e transparente e suas decisões precisam ser coerentes, obedecendo ao critério do “encaixe”, caro à integridade do Direito, como destaca Dworkin. No entanto, em Dworkin, aparentemente, o critério do “encaixe” precede o critério da “melhor luz”, que funcionaria como um critério de desempate entre duas pretensões jurídicas que se encaixariam igualmente bem, num conjunto formado por essas pretensões, a Constituição, as leis e os precedentes judiciais. Acontece que não se trata aqui de um encaixe numa teia inconsútil de princípios e normas, mas da costura dessa teia mesmo, isto é, da articulação de elementos que passam a ter outro significado após articulados. Nesse sentido, o que seria a dimensão da “melhor luz” precederia a dimensão do encaixe, que se tornaria a dimensão da articulação discursiva. Essa articulação continua precisando ser iluminada por princípios de justiça. Mas passa a poder seguir rumos plurais, que não se resumem a encontrar uma única resposta correta e liberal para os casos jurídicos. Nesse ponto entra em destaque a outra motivação da juíza Penélope. A “melhor luz” é para ela uma *promessa de justiça*, como a promessa de retorno de Ulisses. Ela é motivada por uma “*justiça por vir*”, em alusão à compreensão derridiana de uma “*democracia por vir*” (*démocratie à venir / democracy to come*).⁷

Para Jacques Derrida (2005, p. 85-86), o *por vir* da *democracia por vir* – que não é uma democracia “que está” por vir – não é algo que é o anúncio do que certamente vai

várias forças políticas podem competir em seus esforços para apresentar seus objetivos particulares como aqueles que realizariam o preenchimento dessa ausência. (...) (Falamos de “ordem”, mas obviamente “unidade”, “liberação”, “revolução”, etc. pertencem à mesma ordem de coisas. Qualquer termo que, num determinado contexto político se torna o significante da falta desempenha o mesmo papel. A política é possível porque a impossibilidade constitutiva da sociedade só pode se representar através da produção de significantes vazios)” (Laclau, 1996, p. 44).

⁷ Há na obra de Derrida uma articulação entre democracia, justiça e desconstrução e tanto a democracia, quanto a justiça, são relacionadas à ideia de porvir. Por mais que seja utilizada aqui a ideia de democracia por vir, para se falar de uma justiça por vir, principalmente pelo diálogo com a obra de Arletta Norval que aparecerá adiante, a ideia de justiça por vir também se faz presente na obra de Derrida (2010 [1994]), em *Força de Lei: o fundamento místico da autoridade*.



acontecer amanhã; não é a democracia do futuro, mas uma democracia que deve ter a estrutura de uma promessa e, assim, a memória daquilo que carrega o futuro, o por vir, aqui e agora. Esse *por vir* não só aponta para a promessa, mas sugere que a democracia nunca vai existir, no sentido de uma existência presente: não porque ela vai ser adiada, mas porque ele vai sempre permanecer em sua estrutura aporética (força sem força, singularidade incalculável e igualdade calculável, comensurabilidade e incomensurabilidade, heteronomia e autonomia, soberania indivisível e soberania divisível ou compartilhada, etc.).

Segundo Aletta Norval (2007, p. 145-146), essa estrutura de uma promessa, contida no *por vir* da democracia por vir de Derrida, indica que:

como uma promessa, trata-se de um meio pelo qual um futuro imaginado pode intervir e atuar sobre o presente. Sendo assim, o apelo a uma democracia por vir tem consequências no presente; não se trata de algo infinitamente adiado, sem impacto discernível sobre o agora. Na verdade, ela possui certa urgência.

Seguindo a afirmação de Derrida (2005, p. 85) de que uma promessa é “mantida na memória, transmitida, herdada, reivindicada e assumida”, Norval (2007, p. 147) afirma também que, por conseguinte, a promessa enfatiza a tradição, que é transmitida, e certa concepção de comunidade, uma comunidade que reivindica e assume essa tradição. Essa assunção, no entanto, será sempre uma retomada ou reativação com uma diferença, não podendo nunca ser a mera repetição. É uma promessa desse tipo – que a citação de Norval deixa claro o quanto se aproxima da noção de integridade do Direito em Dworkin – que deve assumir a juíza Penélope. Afinal, o retorno de Ulisses não deixa de ser uma promessa com fundamento no passado e que condiciona o presente em direção do futuro. O retorno de Ulisses não é a chegada de um desconhecido, não é um sonho de futuro sem embasamento pretérito: é uma promessa na qual Penélope deve acreditar e agir de acordo com essa crença.

Logo, o Judiciário deve ter compromisso com uma justiça por vir, que, como a democracia por vir, não pode ser concretizada por sua própria natureza aporética, calcada em significantes de tendencial vacuidade e anseios contraditórios como o reconhecimento da igualdade e da diferença, da liberdade e da restrição. Mas que, mesmo assim, deve ser assumida gerando efeitos no presente: os juízes devem agir em nome dessa justiça, enquanto uma promessa a ser mantida, com fulcro no passado, mas aberta ao futuro. Com base nisso, o trabalho da juíza Penélope pode ser avaliado pela sua



fidelidade a uma promessa, como foi a promessa de retorno de Ulisses. No caso dos juízes, essa promessa é encontrada na tradição da comunidade política, mas ressignificada por sua retomada ao longo do tempo. Os juízes devem usar, como Dworkin destaca, argumentos baseados em princípios e esses princípios devem ser calcados na história da comunidade política, mas precisam manter essa história com um final em aberto. Essa é a integridade buscada por Penélope

No entanto, apesar das semelhanças existentes entre a consecução dessa promessa e a noção de integridade de Dworkin, aceitar a argumentação por princípios não quer dizer que Penélope precisa endossar os princípios individualistas liberais que Hércules endossaria. Apenas que precisa justificar suas ações com a manutenção de promessas que atravessam passado, presente e futuro e não com a reprodução de regras do passado, vontades do presente ou previsões do futuro. Essas promessas podem ir muito além da mera defesa de direitos individuais, sem abandonar uma linguagem de direitos e uma argumentação baseada em princípios.

Esse é, a meu ver, o parâmetro de atuação judicial que se deve ter em mente na avaliação dos compromissos dos juízes de um Judiciário responsivo e democrático. Sob essa perspectiva, não adianta insistir em prever o comportamento judicial por referência a um legalismo que deságua em inflação legislativa. Os juízes são eles próprios avaliadores das leis e responsáveis por integrá-las de forma coerente sob a iluminação de princípios comuns. Logo, não adianta supor que inflar o ordenamento jurídico com o maior número possível de regras, ou retirar do ordenamento jurídico as decisões informadas por princípios, farão com que se possa prever, de antemão, como decidirão os juízes que se espelham na juíza Penélope. Obviamente, fará diferença no trabalho de Penélope os tipos de linhas e tecidos que lhe são disponibilizados e, nesse sentido, a legislação cumpre papel importante. Mas a lembrança que guarda de Ulisses só é possível de ser percebida nas ações da própria Penélope.

Sendo assim, a juíza Penélope só pode ser controlada tomando como base o *que ela faz*, pois só assim é possível compreender *o que ela pode fazer*. Seu trabalho de tecelagem deve ser exposto ao público que, por meio dele, pode avaliar como a lembrança de Ulisses e o material que Penélope tem em mãos influenciam na construção do que tece. Com base nisso, isto é, com base na observação das atividades dos juízes – o que, por isso mesmo, exige transparência e publicidade por parte do Judiciário – é que se torna possível avaliar o material de trabalho que deve ser fornecido a Penélope. De um



lado, diversificar, restringir ou orientar a escolha das linhas e tecidos que ela utiliza e, do outro, fornecer indícios sobre o paradeiro de Ulisses que condicionem sua memória, direcionando os termos da promessa que deve manter.

Cabe à organização do próprio Judiciário permitir a publicização e transparência de sua conduta. São as regras autônomas ou heterônomas sobre seu funcionamento que precisam garantir sua abertura à vigilância – na direção de um direito responsivo – e evitar seu funcionamento sob um regime de segredo – que apontaria para um direito repressivo.⁸ Garantida a publicidade da atuação judiciária, sua observação e vigilância cabem a esferas de investigação da sociedade, como a imprensa e as instituições de pesquisa, responsáveis por analisar o que os juízes e a máquina judiciária efetivamente fazem. Com base nesses dados, o Poder Legislativo pode atuar direcionando a ação da juíza Penélope por ser o fornecedor de seu material de trabalho. No entanto, o papel do Legislativo no provimento de notícias sobre a promessa que Penélope deve manter é limitado, manifestando-se especialmente no poder constituinte derivado. Quanto à promessa de Penélope, quem melhor pode informá-la sobre as formas em que essa promessa deve ser mantida são os portadores de compromissos que se distendem em percursos temporais mais longos, como: o texto constitucional, que pretende um acordo jurídico mais profundo que os necessários à aprovação da legislação ordinária e a filosofia política ou moral,⁹ que busca refinar intelectualmente a compreensão de institutos políticos e morais que regulam a convivência humana para além de compromissos políticos sazonais.

5. Considerações finais

A caracterização tradicional formalista do Direito enquanto um conjunto de regras previstas pelo Legislativo a serem aplicadas pelo Judiciário tem perdido força para a compreensão do trabalho realizado pelos juízes nas democracias contemporâneas. Com a invasão das instituições jurídicas às mais diversas dimensões da sociedade e ao próprio

⁸ V. nota 5.

⁹ Lembrando que este ponto também não está tão distante de Dworkin, que já dissera em dado momento que “os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”, para completar destacando que competiria aos filósofos, caso dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do Direito quanto a si mesmo e sua forma mais pura, dentro e além do que já se possuiria (Dworkin, 2003, p. 486).



processo legislativo por meio do controle de constitucionalidade, os juízes passaram a ser mais do que aplicadores da lei, sendo eles mesmos avaliadores da legislação e responsáveis pela sua articulação enquanto mecanismo de solução de problemas em conflitos familiares, de vizinhança, etc.

A crítica e contra-proposta mais bem-acabada à teoria jurídica tradicional, a meu ver, reside na formulação do Direito como Integridade de Dworkin. Mesmo assim, essa nova visão do Direito apresenta o problema de ser fruto de uma teoria política específica que pode prejudicar sua capacidade heurística diante de contextos diversos daquele no qual próprio Dworkin desenvolveu sua teoria. Isto é, a ligação umbilical entre o Direito como Integridade e o liberalismo individualista professado por Dworkin podem conduzir os juristas que operam sob seus ditames a problemas de operacionalização do Direito em situações de crítica à doutrina liberal de que parece ser o caso, por exemplo, da ordem jurídico-normativa brasileira desde a promulgação da Constituição de 1988, assim como de outras vertentes do constitucionalismo latino-americano.

Para ficar no exemplo da constituição brasileira, seu texto estabeleceu um conjunto de diretrizes éticas que ultrapassam a defesa de direitos individuais, cerne do liberalismo e do Direito como Integridade de Dworkin. Esses direitos individuais são protegidos pela Constituição, mas não escapa ao seu texto também, a defesa de direitos coletivos e difusos que são encarados por Dworkin como questões que não devem ser resolvidas nos tribunais. Por exemplo, a preservação do patrimônio cultural ou ambiental tem sido levada a julgamento nas instâncias judiciais brasileiras, com base em seu regramento constitucional, inclusive, contra direitos individuais previstos na mesma Constituição. Em tal embate, a única resposta correta para o caso, se ele fosse julgado pelo juiz Hércules, seria a supremacia dos direitos individuais. Sendo assim, como conciliar o respeito aos valores da comunidade política expressos numa Constituição, nos dizeres de Renato Lessa (2008, p. 369), ao menos “pós-liberal”, com a efetivação de uma teoria política estritamente liberal tal qual Hércules endossaria?

Tendo isso em vista, propus no presente artigo outra figura mitológica, que não Hércules, como referência para a caracterização e avaliação da atividade desempenhada pelos juízes na democracia contemporânea. Trata-se de Penélope, a esposa de Ulisses, que se recusa a se casar novamente ao se manter fiel à promessa de retorno do marido. Agindo provocada pelos que pretendem fazer dela apenas sua, a justiça, enquanto instituição, materializada na metonímia da juíza Penélope, atua atendendo a essas



demandas, mas mantendo fidelidade a um padrão de justiça, enquanto valor, que resulta numa “justiça por vir”, que impede que coincidam, eternamente, o padrão de justiça almejado pelas partes e o padrão de justiça efetivado pela juíza. Essa coincidência poderia ocorrer apenas como uma sobreposição precária e momentânea, uma hegemonia reversível que, baseada em significantes de tendencial vacuidade, mantém sua história aberta, como uma promessa que parece ser, no limiar de seu cumprimento, lançada ao futuro por conta de exigências outras que surgem pela reapropriação de seus termos por novas gerações.

A publicidade da atuação de Penélope, sua necessária passividade, e a coerência de princípio exigida de suas decisões, permitiriam que sua atividade fosse avaliada e discutida publicamente, propiciando o controle democrático do poder dos juízes que agem em seu reflexo. Esses juízes são instados a, como Penélope, costurar uma teia que agrega os valores da comunidade política, usando como linhas dessa costura, como destaca Dworkin, a cultura institucional da comunidade em que estão inseridos, materializada em decisões políticas pretéritas, como a Constituição, as leis, os precedentes judiciais, etc. Mas como, mais do que encontrar as respostas dos casos jurídicos contidos nessa teia, os juízes seriam os responsáveis pela costura da própria teia, ganha destaque na atividade jurisdicional, tal como entendida aqui, o compromisso dos juízes com uma referência de justiça: é esse compromisso que faz com que a teia seja costurada de um jeito e não de outro. Tal compromisso se basearia na promessa de uma justiça por vir e precisaria transcender a vontade das partes e mesmo compromissos legais fugazes, precisando se basear em pressuposições morais profundas, como nos acordos materializados numa Constituição e na filosofia política e moral que a embasa.

Contudo, ao contrário do que ocorre no trabalho de Hércules, esse compromisso de justiça não precisa ser vinculado a um liberalismo individualista, assim como não precisa negar essa possibilidade. A escolha e fidelidade a uma construção de justiça possível dentre muitas passa a ser então parte integrante da atividade judicial, assim como da avaliação dessa atividade pela sociedade, que deve ser constante, por ser essa sociedade também a portadora dessa noção de justiça e democracia que os tribunais devem efetivar, tendo os juízes como seus emissários e não seus impositores.



Adendo: nota sobre a juíza Penélope e as linguagens do interesse, da razão e do afeto

Antes que se critique a juíza Penélope como a versão feminina de Hércules e, conseqüentemente, menos racional e mais emotiva, gostaria de esclarecer algumas questões que tangem à conformação do direito pelo interesse, a razão e a emoção, e a utilização da figura feminina da tecelã Penélope como referência para a atividade judicial. Isto porque disse, sem maiores explicações, que Penélope trabalha metodicamente como Hércules, mas, diferentemente de Hércules, possui uma motivação afetiva. Para tentar deixar este ponto mais claro, farei uso da reflexão de Rubem Barboza Filho (2008) em texto que discute três linguagens de subjetivação da modernidade, responsáveis por configurar diferentes modelos de democracia: a linguagem do interesse, a linguagem da razão e a linguagem do afeto.

Barboza Filho (2008, p. 16-17) põe em destaque que “a sociedade moderna e ocidental desenvolve-se ao buscar na subjetividade humana os fundamentos normativos para a organização de sua vida e de suas expectativas utópicas, livrando-se progressivamente dos modelos do passado”. Sua proposta é a de que “a pluralidade da modernidade ocidental estaria ancorada em três grandes linguagens de subjetivação, a saber: a linguagem do interesse, a linguagem da razão e a linguagem do sentimento – ou do afeto” assim como “nos modos de articulação e hierarquização dessas linguagens na reconstrução de novas formas de vida social”. Lembrando que o autor se utiliza do termo “linguagem” num sentido wittgensteiniano – transcendental e determinada pelo uso público – e trata seus três tipos de linguagens de subjetivação como “tipos ideais” no sentido weberiano, isto é, como tipos que nunca se encontram em estado puro no mundo real.

Com isso, tem-se que as três linguagens da subjetivação ancoram prescrições normativas para a vida em sociedade de acordo com como são relacionadas e hierarquizadas entre si, sendo que a preponderância de uma das linguagens não tem a ver com a exclusão das demais, mas apenas com um maior grau de importância sua para a organização social. Por exemplo, tomando como cerne da subjetivação a linguagem dos interesses, teríamos indivíduos que não reclamam controles externos, mas apenas instrumentos que permitam a realização de seus desejos redefinidos como interesse. Conseqüentemente, Estado e Direito recebem apenas uma natureza formal e instrumental, vedada a sua evolução numa direção material, com o tema da justiça



migrando do Estado para o mercado, na trama resultante da ação simultânea dos indivíduos em busca de seus interesses.

A preponderância da linguagem da razão altera esta hierarquia e subordina o interesse à razão, tal qual em variantes de liberalismo, inspiradas em Kant. Segundo Barboza Filho (*ibidem*, p. 22-23), por “sua ambição universalista, a linguagem da razão estará sempre colhendo os frutos das outras duas linguagens, reorganizando-as para reafirmar a sua universalidade”. “Conseqüentemente”, continua o autor, “o Direito perde a sua natureza puramente instrumental para tornar-se exercício racional de auto-imposição de normas e leis, entendidas como resultados do exercício livre da razão humana, por parte dos cidadãos”. Este é o Direito tal como visto por Habermas e outros autores que exigem das normas jurídicas mais do que a forma da lei, adentrando em uma “pretensão de correção”. A consequência, no entanto, conforme destaca Barboza Filho (*Ibidem*, p. 23) é que

A linguagem da razão não se esgota na discussão – no uso público da razão, como quer Habermas para o nosso presente – mas se completa, nas circunstâncias da moderna linguagem da razão, em um direito material que a tudo pode regular. A ambição da razão não é a discussão, mas a norma que molda o mundo, em nome de uma comunidade entendida como sujeito.

Este último trecho não é uma referência ao Direito como Integridade de Dworkin, ao qual o autor não faz alusão. Contudo, não deixa de sintetizar perfeitamente a ambição da teoria dworkiniana de um direito substantivo que deve ser operacionalizado pelos tribunais, por vezes contra a manifestação do Poder Legislativo, por se tratar de normas que professam a vontade de uma comunidade de princípios. Como destaca Dworkin: o princípio da integridade aplicado ao Judiciário “instrui os juízes a identificar direitos e deveres jurídicos, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor, a comunidade personificada, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”. (Dworkin, 2003, p. 271-2). O que faz com que a citação de Barboza Filho seja quase uma paráfrase de Dworkin reside no componente legado por Kant à ordenação social com base na linguagem da razão, apropriado por Rawls e Dworkin nas vertentes de liberalismo deontológico que abraçam. Seguindo mais uma vez Barboza Filho (2008, p. 25), temos que “Kant perfila a tradição mais generosa do Liberalismo, levando-o à plenitude filosófica, buscando associar a linguagem da razão e a dos interesses”. É dessa associação, por exemplo, que Rawls deriva as duas faculdades morais essenciais dos indivíduos envolvidos na posição original, que são capazes de um senso de



justiça que informa razoabilidade na interação intersubjetiva e de capacidade de formar uma concepção de bem que informa racionalidade na busca de seus próprios interesses (Rawls, 2003[2002], p. 26). Nas palavras de Barboza Filho, mais uma vez, neste liberalismo de inspiração kantiana: “o progresso material, provocado pelo interesse, encontra-se subordinado ao programa moral e racional kantiano, justificando-se apenas como componente da liberdade humana.” (Barboza Filho, 2008, p. 25)

Contudo, o autor continua sua argumentação afirmando que a sociedade civil em Kant deveria ter um caráter cosmopolita, uma afirmação, segundo ele, “coerente com o lugar que Kant atribui aos sentimentos, ou seja nenhum” (*Ibidem*, p. 25). Ao descrever a comunidade de princípios, no entanto, Dworkin deixa claro que os deveres e responsabilidades derivados de uma organização política desse tipo, dizem respeito apenas aos membros daquela comunidade (Dworkin, 2003, p. 242-3). Em vários momentos, inclusive, o jurista põe em destaque o fundamento da unidade da comunidade de princípios não no “árido terreno dos contratos”, mas na fraternidade (*ibidem*, p. 250). Dessa forma, a linguagem dos sentimentos, como o sentimento de pertencimento ao grupo e mesmo o apego à tradição, ganha um pouco mais de relevo no liberalismo dworkiniano. Ainda assim, o mergulho profundo de Dworkin na ideia de pessoa de Kant como fundamento da moralidade, não deixa que a linguagem do sentimento ocupe o centro da teoria moral. No máximo, justifica direitos que podem ser pleiteados nos tribunais daquela comunidade. Mas o valor que Dworkin considera ter existência objetiva está fundado, como em Kant e Rawls, na autonomia de pessoas livres e iguais, que buscam seu interesse sob a regulação de regras morais universalmente válidas. Na visão de Barboza Filho, se a linguagem dos afetos é lançada ao centro da organização da vida social, o resultado seria bem diferente do liberalismo kantiano e, conseqüentemente, também do liberalismo dworkiniano.

Acompanhando o raciocínio de Barboza Filho, primeiramente há de se distinguir a linguagem dos sentimentos de um “emotivismo”, que pode ser derivado de um expressionismo individualista. O foco da linguagem dos sentimentos está na dimensão social do ser humano, e não na sua dimensão competitiva – como na linguagem dos interesses – ou de *cogito* racional – como na linguagem da razão – redefinindo o ser humano como ser do desejo que existe apenas nas suas relações e mediações sociais. Em acordo com a linguagem dos afetos, cada pessoa seria “pura potência e o nó anelante de uma complexa e mutante trama de relações com outras pessoas e a natureza”. Esta



suposição do homem como potência, continua o autor, “traz consigo a certeza de sua perfectibilidade, movimento que consiste, não na realização de determinado modelo moral de homem, mas na preservação de sua produtividade ontológica, na abertura permanente de sua potência”. (Barboza Filho, 2008, p. 26). Logo, “a comunidade não pode ser instrumentalizada para obtenção de fins particulares, como na linguagem do interesse”. Pelo contrário, ela seria “a condição da realização da potência de todos, e sua forma própria só pode ser a democrática”. Pois “a democracia é a mutação, uma narrativa de liberdade que recusa qualquer petrificação e vive de seu movimento”, não sendo “a vitória sobre o tempo e a mutação, mas a mudança permanente derivada do desejo humano em exercício, do desejo da multidão” (*Ibidem*, p.27). Concluindo, Barboza Filho argumenta que

A chave crítica aqui não se prende a modelos do passado, e nem tampouco a horizontes utópicos predeterminados. O segredo de sua potência, da linguagem dos sentimentos, é este compromisso com a permanente abertura da potência de todos os homens em associação. Por isso mesmo o andamento da história desejado pela linguagem dos sentimentos não significa cancelar o homem singular e seus desejos. Sociologicamente, ela não se enreda na consideração de uma natureza que garanta a cada homem uma realidade anterior às suas relações, mas desdobra-se pela análise destas relações. São elas que podem enriquecer ou empobrecer a potência de cada um, entendido como parte de uma rede objetiva de vinculações e relações com os outros e com o mundo. Como consequência, a natureza real do homem, aquela que ele constrói para si ao longo da história, permanece sempre como obra aberta, e o máximo que se pode esperar é que, em algum momento, cada homem possa desenvolver integralmente a sua personalidade, de forma livre e por fora de qualquer concepção disciplinadora (*Ibidem*, p. 28-29).

Esta argumentação de Barboza Filho em torno da retomada da importância da linguagem dos sentimentos coincide com a proposta deste trabalho em dois ângulos de análise. Em primeiro lugar, o pano de fundo que subjaz a argumentação do autor é mostrar que a sobrevalorização das linguagens do interesse e da razão como constituintes da modernidade obscurece e marginaliza ambientes de formatação da modernidade com base na linguagem dos afetos, em especial a América Ibérica, que assim pareceria, erroneamente, ser a parte não moderna do ocidente. Há aí um ponto de contato com a argumentação anterior, na qual foi sugerido que o constitucionalismo brasileiro e outros exemplos de direito latino-americanos não coincidiam exatamente com o modelo liberal que informa a teoria do direito de Dworkin. Retomar a linguagem dos afetos e sua visão de realização humana não por meio do interesse ou da razão, mas por meio da sociabilidade, pode fornecer insumos interessantes para se pensar na reconstrução



íntegra de tradições jurídicas em que direitos sociais e de proteção a bens difusos desempenham papel importante, inclusive, contra a tradição liberal.

Outro ponto de contato entre a intuição de Barboza Filho e a reflexão teórico jurídica precedente está na sua insistência, por via da linguagem dos afetos, na importância da democracia enquanto um projeto associativo, mas radicalmente aberto. Essa ideia também se faz presente em autoras importantes para a construção do ideal regulativo da juíza Penélope, como Chantal Mouffe e sua insistência em torno da ideia de Democracia Radical – que insiste na democratização de todas as esferas sociais, denunciando o caráter sempre modificável de todas as estruturas sociais – e Aletta Norval e sua ideia de Democracia Aversiva – em que a democracia se revela como um regime com aversão à continuidade petrificada, insistindo em sua dimensão eternamente transformadora.

Por estas duas linhas de análise, a valorização da linguagem dos afetos poderia organizar a vida coletiva num campo político propício à atuação da juíza Penélope, enquanto capaz de ouvir tradições jurídicas diferentes da liberal individualista e responsável por manter uma promessa de justiça que se mantém sempre aberta à resignificação. Mas quanto ao afeto na atuação da própria Juíza Penélope?

Para explorar melhor este último ponto, são necessárias duas lembranças. Primeiramente, a lembrança de que a preponderância de uma das linguagens da modernidade propostas por Barboza Filho não implica, necessariamente a negação da outra. Logo, um contexto de democracia radical ou aversiva, fortemente embasado numa linguagem dos afetos, não necessariamente exclui por completo os interesses e a razão. Em segundo lugar, a lembrança de que a atuação da juíza Penélope não esgota em si a metáfora sobre o judiciário em que ela é protagonista: deve-se lembrar também de seus pretendentes e mesmo de Ulisses.

Dito isto, a linguagem dos interesses é a mais distante da atuação de Penélope, que é, em última instância, alguém que atua desinteressada. Mas trata-se de linguagem fortemente presente na atuação de seus pretendentes, em que pode haver afeto, mas o afeto mediado pelo interesse. Já na atuação de Penélope, o afeto media a razão. A juíza inspirada na personagem mitológica também atua em boa medida na gramática da razão, se não no trabalho de construção de uma mortalha que não pode ser concluída, na construção de totalidades éticas coerentes, ainda que dotadas de certa abertura. A garantia dessa abertura está na linguagem do afeto que a liga à sua promessa. Há em



operação, neste ponto, uma espécie de perfectibilidade passiva: a perfectibilidade contida na linguagem dos afetos, mas menos com o intuito de ser alcançada, do que de ser recebida, isto é, menos no intuito de ir atrás de Ulisses, do que de recebê-lo de volta.

Assim, a juíza Penélope não é arquétipo de um judiciário pragmático, cujo intuito é mudar o mundo por golpes de sentença. Sua figura à espera de Ulisses mostra atenção ao fato de que o Judiciário em bom funcionamento é apenas uma das dimensões do projeto democrático. Mais uma vez, as notícias do paradeiro de Ulisses e as linhas a que se presta a costurar não são originárias do trabalho da própria Penélope. Daí seu afeto resultar numa perfectibilidade passiva, em que desempenham papel fundamental outras instâncias sociais, como, tal qual destacado anteriormente, o poder constituinte e a filosofia moral e política.

Referências bibliográficas

ALBERSTEIN, M. *Pragmatism and law: from philosophy to dispute resolution*. Aldershot: Ashgate, 2002.

ALEXY, R. *Conceito e validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009 [2005].

BADINTER, R.; BREYER, S. (orgs). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press, 2004.

BARBOZA FILHO, R. As linguagens da democracia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n. 67, Volume 23, p. 16-37, 2008.

CITTADINO, G. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DERRIDA, J. *Força de Lei: o "Fundamento Místico da Autoridade"*. Tradução Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010 [1994].

DERRIDA, J. *Rogues: two essays on reason*. Translated by Pascale-Anne Brault and Michael Naas. Stanford: Stanford University Press, 2005.

DWORKIN, R. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002 [1977/1978].

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [1986].



_____. Uma questão de princípio. 2 ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005 [1985].

_____. Justice in robes. Cambridge, London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

_____. Justice for Hedgehogs. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press of Harvard University, 2011.

FOUCAULT, M. A arqueologia do saber. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007 [1969].

HABERMAS, J. Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy. 3 ed. Cambridge: MIT Press, 1999b [1992].

JONAS, H. O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica. Tradução de Mariano Benedito M. S. Carneiro. Rio de Janeiro, Contraponto, 2006 [1979].

LESSA, R. A constituição brasileira de 1988 como experimento de filosofia pública: um ensaio. In: OLIVEN, R. G.; RIDENTI, M.; BRANDÃO, G. M. A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo: Hucitec, 2008, p. 363-395.

MOUFFE, C. The democratic paradox. London: Verso, 2009 [2005].

NONET, P.; SELZNICK, P. Law and society in transition: toward responsive Law. 2ª ed. New Brunswick; London: Transaction publishers, 2005 [1978].

NORVAL, A. Aversive Democracy: Inheritance and originality in the democratic tradition. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

RAWLS, J. Justiça como equidade: uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003 [2002].

RODRIGUES, S. M. A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin: uma abordagem. Coimbra: Almedina, 2005.

SULLIVAN, M. Legal pragmatism: Community, rights and Democracy. Bloomington: Indiana University Press, 2007.

VIANNA, L. W.; CARVALHO, M. A. R. de; MELO, M. P. C.; BURGOS, M. B. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WARRINGTON, R.; DOUZINAS, C.; McVEIGH, S. Postmodern jurisprudence: the law of text in texts of law. London: Routledge. 1991.



Sobre o autor

Igor Suzano Machado é Pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV) e em Ciências Sociais pela UFES, com Mestrado em Sociologia pelo Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro (IUPERJ) e Doutorado em Sociologia pelo Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP-UERJ).

Declaração sobre conflito de interesses

Não há possíveis conflitos de interesse na realização e comunicação das pesquisas.

Informações sobre financiamento

Esta pesquisa foi realizada com financiamento e apoio da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (Faperj) com bolsa de doutorado no Brasil e da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) (Proc.: BEX2181/10-0) com bolsa de doutorado sanduíche.

Declaração de Disponibilidade de Dados

A disponibilidade de dados não se aplica a este artigo, pois nenhum dado/novo dado foi criado ou analisado neste estudo.

Declaração sobre o Uso de Inteligência Artificial

Não foi utilizada ferramenta de IA no desenvolvimento deste trabalho.

Editoras Responsáveis pela Avaliação e Editoração

Carolina Alves Vestena e Bruna Bataglia.

