

Mal-estar na decisão judicial: entre pulsão, cultura, ideologia e direito

Judicial decision and its discontents: among drive, culture, ideology and law

Malestar en la jurisprudencia: entre pulsión, cultura, ideología y derecho

Renato Lopes Becho*
Roberto Lima Campelo**

Resumo



O objetivo deste artigo é apresentar uma aproximação entre pulsões e Direito. Baseado nos escritos de Sigmund Freud, pretende-se demonstrar que as sucessivas aberturas do direito legislativo ao direito jurisprudencial possibilitam que o juiz, de forma consciente ou inconsciente, acaba por fazer um juízo de valor acerca do Direito positivo, inserindo normas jurídicas que promovem, em verdade, a própria destruição do Direito, parte integrante da cultura. O trabalho é estruturado em sucessivos paradigmas jurídicos e do conhecimento que concernem à decisão judicial, sendo, cada qual delas, um parâmetro que expandem ou reduzem a discricionariedade judicial. Assim, primeiramente, será feita a aproximação entre a ideia de mal-estar na civilização em Freud e a tensão existente entre as pulsões individuais e as regras e instituições sociais, de um lado, associando contextualizando essa dinâmica com a construção da decisão judicial. Em segundo lugar, passa-se pela questão da verdade e o processo, realçando a função processual de prover uma decisão civilizada e não propriamente uma verdade superior, além das próprias limitações na busca da verdade. Em uma terceira parte, serão analisados dois critérios de correção do Direito que buscam uma suposta objetivação da argumentação jurídica, ponderando-se que esses elementos corretivos podem ser simulacros da satisfação da pulsão de agressão ao próprio Direito. Na quarta parte, é feita a aproximação da pulsão de agressão com a ideologia, sendo esta operacionalizada por um juízo de valor do juiz em relação ao Direito e um ímpeto de transformá-lo conforme se entende como ele deveria ser. Conclui-se finalmente que o juiz deve estar ciente de suas próprias pulsões e verificar em que medida estão sendo usadas como instrumento de destruição do Direito e da cultura.



Palavras-chave: jurisprudência; interpretação e aplicação do Direito; decisão judicial.

Abstract

The aim of this article is to present an approximation between drives and Law. Based on the writings of Sigmund Freud, it is intended to demonstrate that the successive openings of legislative law to jurisprudential law enable the judge, consciously or unconsciously, make value judgements on positive law, legal provisions that promote, in the end, the very destruction of law, part of culture. The work is structured in successive in both legal and knowledge paradigms concerning the judicial decision, each of which is a parameter that expands or creates judicial discretion. Thus, firstly, it shall be made an approximation between the idea of civilization and its discontents in Freud and the underlying tension between individual drives and social rules and institutions, contextualizing this dynamic with the construction of the judicial decision and the law. Secondly, there is the question of truth and process, emphasizing the procedural function of providing a civilized decision and not exactly a superior truth, in addition to the limitations in the search for the truth. In a third part, two criteria for correcting the Law will be possible that seek a supposed objectification of the legal argument, considering that these corrective elements can be simulators of satisfaction of the impulse to attack the Law itself. In the fourth, the aggression drive is approached with ideology, which is operationalized by a judge of the judge's value in relation to the Law and an impetus to transform it as it is understood as it should be. Finally, it is concluded that the judge must be aware of his own impulses and verify in which measures are used as an instrument of destruction of Law and culture.

Keywords: tax procedure law; jurisprudence; interpretation and application of law; judicial decision.

*   Mestre, Doutor e professor de Direito Tributário na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Livre-docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). Estágio pós-doutoral no King's College de Londres. Juiz federal em São Paulo/SP. Email: renatobecho@uol.com.br

**   Juiz Federal | Ex-Procurador do Município de São Paulo | Ex-Conselheiro Efetivo do Conselho Municipal de Tributos do Município de São Paulo | Mestre e Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito Público com foco em Advocacia Pública. Email: robertolcampelo@gmail.com

Resumen

El objetivo de este artículo es presentar un acercamiento entre pulsiones y Derecho. Basado en los escritos de Sigmund Freud, se pretende demostrar que las sucesivas aperturas del derecho legislativo al derecho jurisprudencial posibilitan que el juez, de forma consciente o inconsciente, termina por hacer un juicio de valor sobre el Derecho positivo, introduciendo normas jurídicas que promueven, en verdad, la propia destrucción del Derecho, parte integrante de la cultura. El trabajo es estructurado en sucesivos paradigmas jurídicos y del conocimiento que conciernen a la decisión judicial, siendo, casa una de ellas, un parámetro que expanden o reducen la discrecionalidad judicial. Así, primeramente, será hecho el acercamiento entre la idea de malestar en la civilización en Freud y la tensión existente entre las pulsiones individuales y las reglas e instituciones sociales, de un lado, asociando y contextualizando esta dinámica con la construcción de la decisión judicial. En segundo lugar, se pasa por la cuestión de la verdad y el proceso, realzando la función procesual de proveer una decisión civilizada y no propiamente una verdad superior, además de las propias limitaciones en la búsqueda de la verdad. En una tercera parte, serán analizados dos criterios de corrección del Derecho que buscan una supuesta objetivación de la argumentación jurídica, considerando que estos elementos correctivos pueden ser simulacros de la satisfacción de la pulsión de agresión con la ideología, siendo esta operable por un juicio de valor del juez en dirección al Derecho y un ímpetu de transformarlo según se entiende como él debería ser. Se concluye finalmente que el juez debe estar consciente de sus propias pulsiones y verificar en qué medida estas están siendo usadas como instrumento de destrucción del Derecho y de la cultura.

Palabras clave: *Jurisprudencia; interpretación y aplicación del derecho; Decisión judicial.*

1 Introdução

O objetivo deste artigo é apresentar uma aproximação entre pulsões, explicadas por Sigmund Freud, e o Direito, relacionando-os com a cultura e a Ideologia.

Começamos nossas reflexões afirmando o óbvio: juízes são pessoas que desempenham atividade institucionalizada com a finalidade de solucionar conflitos. Essa simples frase descortina duas realidades bem distintas. A primeira é que o juiz, sendo uma pessoa, possui sua própria constituição psíquica, com seus fluxos de consciência, como percepções, pensamentos, sensações e emoções. A segunda realidade aqui apontada é que o juiz cumpre uma atividade institucional, sendo, nesse ponto, uma parte inserida em determinado sistema de princípios e regras que se espera ser aplicados na construção da decisão, posto que seria absurda a ideia de haver um sistema de normas que não é cumprido pelo seu aplicador. Ser aplicado é, portanto, a função de ser de um sistema jurídico.

Traçamos assim, dois campos muito bem delineados na figura do juiz: seu mundo interno, carregado do subjetivismo inerente à mente humana, repleto de desejos, anseios, crenças, preconceitos e visões de mundo; e o mundo externo, contingente, materializado pelo direito entendido como ordenador de condutas, que, a depender do grau de desenvolvimento cultural da sociedade, pode ser mais ou menos restritivo, o que impõe um certo tipo de comportamento, muitas vezes que contraria elementos do mundo interno, exigindo-se, desta forma, certas renúncias individuais em benefício de um bem coletivo.

Apresentada essa dicotomia, há elementos, que exporemos no curso deste artigo, que nos permitem dizer que há uma tensão entre a mente do juiz e o direito, na medida em que o direito impõe ao Estado-juiz, no plano institucional, o respeito a princípios e regras pré-estabelecidos, o que reforça a ideia de ordem, de coletivo e de respeito à expectativa de coerência, mas, ao mesmo tempo, impõe à subjetividade da pessoa do juiz, o exercício de autocontenção, ou de uma espécie de alienação de si mesmo e de seus desejos e crenças, que assim ficam ou dever ficar inibidos, em nome da manutenção das instituições e da coletividade.

Imaginemos agora outro destino para a tensão entre a mente do juiz e o direito. Tal qual apresentamos, a atitude de autocontenção e de alienação de si mesmo em favor da coerência do sistema associa-se à ideia de custo. Suponhamos então que o juiz não queira pagar esse custo, isto é, não queira renunciar a seus desejos ou anseios, mas sim fazer com que estes prevaleçam em certa solução de conflito trazida ao Poder Judiciário. Neste ponto, abrimos duas questões que nos parecem das mais problemáticas. A primeira é nos aproximarmos dos motivos pelos quais o juiz tomaria tal atitude. A segunda é identificarmos como o juiz fundamentará a decisão, já que nos países civilizados, a ideia de exposição dos motivos da decisão judicial é inerente à própria ideia de legitimidade da jurisdição. Assim, em outras palavras, consideramos relevante desvendar a fonte da quebra da coerência do sistema via decisão judicial, bem como a forma que essa conduta é justificada em termos objetivos.

Para tanto, propomos uma análise da decisão judicial sob o corte metodológico da psicologia e, mais precisamente, nos estudos de Sigmund Freud, em particular, em sua análise acerca de como os fatores externos - diga-se, fatores não derivados da mente humana, consciente ou inconsciente - influenciam a psique e o próprio comportamento humano. Adotamos assim abordagem diferente daquela adotada pela ciência do Direito, não com o objetivo de substituir uma por outra, mas com o intento de construir uma linguagem interdisciplinar e, ao final, propor respostas, ainda que parciais, mas sempre com base no rigor científico possível, levando em conta não apenas nossas próprias limitações, mas também aquelas inerentes à psicologia.

Neste ponto, julgamos importante esclarecer outro aspecto óbvio: as linhas que aqui traçamos estão exclusivamente no plano da argumentação e utilizam as categorias de Freud, construídas a partir da clínica e das abstrações conscientes do psicanalista para a proposição de uma linguagem objetiva para explicar à comunidade científica como funciona a mente humana. Assim, claramente, não propomos um diagnóstico clínico do juiz e sua decisão, seja porque não temos a habilitação para tanto e, mais importante, porque não nos dirigimos a um objeto específico, isto é, um paciente ou grupo de pacientes que poderiam compor uma amostra empírica de nossas observações.

Assim, estamos no plano das possibilidades, não ainda das probabilidades. Trata-se de proposta de aproximação dos conceitos freudianos ao estudo da decisão judicial para a construção de uma linguagem que possa explicar uma das possíveis fontes da dificuldade em estabelecermos uma ordem jurídica coerente, especialmente quando o direito jurisprudencial ganha cada vez mais autonomia, inclusive com a chancela do direito constitucional e do direito legislativo. Nesse sentido, tentamos apresentar argumentos que possam colaborar na complexa tarefa de decidir no plano institucional.

Ressaltamos, entretanto, que a abordagem não visa a excluir qualquer outro tipo de análise acerca da decisão judicial e muito menos propomos respostas definitivas. Apresentamos uma análise psicológica da decisão que convive muito bem com tantos outros cortes que se podem fazer acerca do objeto de estudo, tal como o político, sociológico, econômico ou jurídico (este ao qual nós, profissionais do Direito, já temos mais intimidade). Por outro lado, justificamos nossa proposta a partir da percepção de que os fatores que dão suporte à decisão judicial devem ser todos eles observados, destacados, analisados e apresentados ao escrutínio da comunidade jurídica com o fim de que esta possa receber o produto da atividade jurisdicional com menos perplexidade e com mais instrumentos para refutação, seja no plano acadêmico-científico, seja no plano processual-pragmático.

2 Decisão judicial como objeto de pulsão de morte

Há um mal-estar na jurisprudência brasileira. E quando falamos em mal-estar, referimo-nos à expressão introduzida por Sigmund Freud, em 1930, ao tratar sobre o que se denominou de “o mal-estar na civilização”.¹ Na obra de mesmo nome, Freud define o termo “civilização” como “a inteira soma das realizações e instituições que afastam a nossa vida daquela de nossos antepassados animais, e que servem para dois fins: a proteção do homem contra a natureza e a regulamentação dos vínculos entre si.”²

Na mesma obra, o psicanalista austríaco registra que o direito, parte da cultura, é o modo como as relações humanas são reguladas, estabelecendo o poder da comunidade em oposição ao indivíduo, pontuando que a vida em comum somente se torna viável quando existam instituições que garantam o poder das instituições sobre o individual.³ É exatamente nesse sentido que a ideia de cultura ou de civilização se opõe à barbárie.⁴

¹ O termo “civilização” não é consenso nas traduções brasileiras. A guisa de exemplo, citem-se as obras FREUD, Sigmund. Obras Completas volume 18 – **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010 e FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião: o mal-estar na cultura e outros ensaios**. Tradução de Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020. Como ressaltado por Gilson Iannini e Pedro Heliodoro, em apresentação ao livro de 2020, apesar de a obra ser intitulada do alemão originalmente como “Das Unbehagen in der Kultur”, textualmente Freud, de forma deliberada ou não, prefere não distinguir os termos “Kultur” e “Zivilization”, considerando-os sinônimos em seus textos. Nada obstante, os autores da apresentação defendem a tese de que a opção de Freud seria deliberada, e que o mal-estar a que se referia era o da cultura, termo que denotaria o interesse em moral e experiência interior, de cunho germânico, em contraposição ao termo “civilização”, cunhado na França e se referindo ao pensamento político e voltado a questões sociais (FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião: o mal-estar na cultura e outros ensaios**. Tradução de Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 21). A distinção, contudo, foge aos limites do presente trabalho na medida em que, além de a obra freudiana não se imiscuir do tema, traz um conceito de civilização ou cultura, útil para o desenvolvimento do raciocínio que ora se apresenta, motivo pelo qual os termos serão utilizados como sinônimos neste trabalho.

² FREUD, Sigmund. Obras Completas volume 18 – **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 48-49.

³ Idem, p. 56-57.

⁴ FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião: o mal-estar na cultura e outros ensaios**. Tradução de Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 341.

Nesse mesmo contexto, Freud enumera, segundo ele, as três fontes de sofrimento humano e, por consequência, limitações à própria felicidade: a prepotência da natureza, a fragilidade de nosso corpo e a insuficiência das normas que regulam os vínculos humanos na família, no Estado e na sociedade. Quanto aos dois primeiros, o psicanalista observa que não restam muitas alternativas ao homem a não ser se resignar em face da impossibilidade física de sua superação. Entretanto, diferentemente, assevera Freud que o homem não quer admitir o fracasso diante da constatação de que as instituições por ele mesmo criadas não trariam o bem-estar e a proteção a todos.⁵

Freud expressa ainda perplexidade quanto à afirmação de que boa parte da culpa por esse mal-estar vem exatamente da civilização, e que a fórmula para nos trazer felicidade seria retornar ao estado primitivo, mais simples, de menos necessidades, constatando o que se poderia chamar de paradoxo da civilização no sentido de que, ao mesmo tempo em que a civilização é construída para nos proteger das fontes do sofrimento, é, também, ela mesma, uma própria fonte de sofrimento, estabelecendo-se uma relação de hostilidade entre o indivíduo e o coletivo cultural. Esse conflito individual é representado pela dicotomia entre pulsões opostas: de um lado, a pulsão⁶ Eros, que tende a conservar a substância vivente e de a aglomerar em unidades cada vez maiores; e a pulsão de morte,⁷ de destruição ou de agressão, que tende a dissolver essas unidades e as reconduzir ao estado primordial, inorgânico.⁸

Neste ponto, com o intuito de correlacionar o exercício das pulsões com a construção da decisão judicial, é necessária uma pequena digressão analítica da pulsão, apontando o que nos parece mais relevante para fins deste estudo. Segundo Freud, a pulsão pode ser desmembrada em quatro partes: pressão, meta, objeto e fonte.⁹ Pressão e fonte, embora relevantes, afastam-se do corte epistemológico que pretendemos, por isso nos ocuparemos desses fatores de forma mais rápida, para nos aprofundarmos mais na meta e no objeto. Pressão é o próprio motor ou medida da força ou da exigência que a pulsão exerce em determinada pessoa.¹⁰ Fonte da pulsão, por sua vez, é o processo somático em um órgão ou parte do corpo, cujo estímulo anima ou dá origem à própria função, sendo um conceito biológico e ainda impreciso, conforme o próprio Freud.¹¹

Por outro lado, a meta e o objeto da pulsão são fatores mais facilmente discerníveis e de associação intuitiva com o direito. A meta da pulsão é a satisfação, que representa a suspensão da estimulação da fonte pulsional, isto é, o estado psicológico que se pretende atingir,¹² que Freud nomeia, em outra ocasião, como sendo a própria felicidade, sendo o mundo exterior um obstáculo a essa meta na medida em que fatores externos impedem-nos de saciar nossas necessidades.¹³ Porém, mais importante na satisfação é o fato de que podem existir metas aproximadas ou intermediárias de uma meta final, o que implicaria a satisfação completa da pulsão, sendo aceitável o atingimento de certas metas como forma de alcançar a maior. Inclusive, registra Freud, as pulsões inibidas na meta correspondem a processos que são *tolerados* rumo à satisfação pulsional.¹⁴ Aqui, haveria uma aceitação temporária de um desprazer com vistas ao atingimento de uma satisfação maior. Finalmente, o objeto da pulsão, é “aquele junto ao qual ou através do qual a pulsão pode alcançar a sua meta”¹⁵ sendo “o que há de mais variável na pulsão, não estando originariamente a ela vinculado, sendo apenas a ela atribuído por sua capacidade de tornar possível a satisfação.”¹⁶

⁵ Idem, p. 44-45.

⁶ O termo “pulsão” - do alemão “trieb” - em Freud poderia ser grosseiramente definido como um estímulo interno ao ser humano – não do mundo externo, do coletivo, da cultura – que se manifesta de forma constante e por meio de uma pressão impelindo o indivíduo à satisfação pulsional, destinada a um objeto. V. FREUD, Sigmund. **As pulsões e seus destinos**. Tradução de Pedro Heliodoro Tavares. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 19 e 25.

⁷ A dicotomia entre pulsão de vida e pulsão de morte foi construída por Freud, primeiramente na obra “Além do princípio do prazer” (utilizamos como livro de referência a obra Obras Completas volume 14 – **História de uma neurose infantil (O homem dos lobos), Além do princípio do prazer e outros textos (1917-1920)**). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010). Segundo Freud, a pulsão de vida, a pulsão de Eros ou pulsão sexual decorre da libido e não se restringe à função reprodutora, mas sim a um instituto de unir e fazer permanecer unidas partes de uma substância, o que representa a pulsão de todos os seres vivos de autoconservação. Por outro lado, e em contraposição à pulsão de Eros, existiria a pulsão de morte, que corresponderia à tendência natural de todo ser vivo a voltar ao estado inorgânico. V. obra citada: p. 153, 160, 162, 163 e 177.

⁸ FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião**: o mal-estar na cultura e outros ensaios. Tradução de Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 341., p. 371.

⁹ FREUD, Sigmund. **As pulsões e seus destinos**. Tradução de Pedro Heliodoro Tavares. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 25.

¹⁰ Idem, p. 25.

¹¹ Idem, p. 27.

¹² Idem, p. 27.

¹³ FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião**: o mal-estar na cultura e outros ensaios. Tradução Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 324.

¹⁴ FREUD, Sigmund. **As pulsões e seus destinos**. Tradução de Pedro Heliodoro Tavares. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 25.

¹⁵ Idem, p. 25.

¹⁶ Idem, p. 25.

Neste ponto, chegamos à hipótese levantada neste trabalho: a decisão judicial como objeto da pulsão de morte. O objeto da pulsão, conforme Freud, é amplo, podendo ser qualquer coisa ou pessoa, até mesmo a própria pessoa de onde deriva a pulsão e não é *intrinsecamente* vinculado a esta, de forma que a pulsão de morte, isto é, do retorno a um estado pré-civilizacional, pode ter por objeto o direito, por meio da construção da decisão judicial, que formalmente pode ser feita por meio de um raciocínio supostamente racional e lógico, mas que subliminarmente, esconde um meio de se evadir das instituições, e a satisfação de uma certa pulsão.

Nesse sentido, a decisão judicial pode ser o próprio objeto da pulsão de morte, porque é o meio pelo qual o juiz, ao introduzir uma norma jurídica que não seja formalmente válida no sistema, pode buscar satisfazer a meta de produzir pequenas fissuras no direito, atribuindo a responsabilidade pela atitude tomada à lei, à doutrina ou à economia, por exemplo, o que representaria uma suposta renúncia pulsional, quando, na verdade, o que se pretendeu foi exatamente negar a atitude de renúncia e satisfazer a própria pulsão, no caso, modificando o direito conforme um desejo ou ímpeto.

Chamamos ainda atenção para o fato de que a satisfação da pulsão admite metas intermediárias, o que significaria concluir que mesmo a pulsão de morte da cultura não necessariamente implicaria a destruição da civilização ou do direito, mas seria admissível promover pequenas rupturas no sistema, que poderão servir de satisfação parcial da meta pulsional, o que pode ser feito de maneira deliberada ou não. Nesse sentido, admitir aberturas no sistema, passando-se de um direito jurisprudencial formalista para um que introduz outros elementos no campo da interpretação ou da decisão, permite que a autoridade introduza uma decisão judicial no sistema jurídico que mais se amolde à satisfação pulsional daquele que ocupa tal posição, substituindo, assim, o direito legislativo, pelo direito judicial, inibindo-se a meta pulsional e tolerando as regras e instituições postas, desde que estas correspondam à meta inibida, repita-se, um direito mais casual e correspondente às pulsões próprias.

A apontada constatação de certo fracasso das instituições é um sentimento que pode ser levado para dentro da teoria do direito e sua evolução. Nesse sentido, no contexto dos precedentes brasileiros, institutos criados para dar mais eficiência e segurança jurídica ao Direito, existe um mal-estar na construção e no devido uso das decisões judiciais. Nesse sentido, a jurisprudência, uma instituição dentro do campo de uma instituição maior – o Direito – representaria a civilização ou cultura e o mal-estar seria a angústia provocada pela sensação de que a crescente autonomia da discricionariedade judicial não vem promovendo os princípios da segurança jurídica e da justiça.

Esse mal-estar já é há muito sentido na doutrina,¹⁷ mas, com o passar dos anos adquire roupagens diferentes. Se ao tempo da escola da exegese havia um apego à interpretação literal da lei, um passado idílico que talvez jamais haja se sustentado, e remonta à crença de que a segurança jurídica¹⁸ seria atingida desde que o juiz simplesmente replicasse o conteúdo da lei, a evolução histórica da interpretação levou o legislador, de forma deliberada, em alguns casos, e inconsciente¹⁹ em outros, a promover aberturas do sistema, dando mais autonomia ao juiz na interpretação e aplicação do direito, ampliando sobremaneira a atividade criativa da jurisprudência.

¹⁷ A guisa de exemplo: "Até aqui mantivemo-nos tacitamente apegados ao pressuposto de que, na aplicação do Direito e na interpretação que a serve, se trata essencialmente de actos do conhecimento, se bem que dotados de uma estrutura espiritual *sui generis*. Mesmo assim muitas coisas com que deparamos são de molde a irritar-nos, a afligirmos mesmo: tal a insegurança ao realizar a 'subsunção', a ambivalência com que a interpretação se debate em todas as fases, a diversidade dos métodos de interpretação e a pendência sobre o escopo fundamental da mesma, e finalmente ainda a pluralidade de sentidos dos conceitos de interpretação 'extensiva' e 'restritiva'. Mas a verdade é que toda a ciência tem de se defrontar com dificuldades. O importante e decisivo é saber se, em princípio, a procura da 'verdade' tem sentido e promete êxito. Entretanto, no domínio do Direito e do seu conhecimento, há uma série de fenômenos que fazem do próprio princípio da investigação da verdade um problema, que fazem com que os limites de um conhecimento puramente científico apareçam aos nossos olhos como uma 'linha de penumbra'." (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 205).

¹⁸ Norberto Bobbio aponta, dentre outras causas, duas de cunho ideológico que reforçaram a Escola da Exegese: o princípio da separação dos poderes, com base na qual o juiz não poderia criar lei, cingindo-se a declarar o seu sentido; e o princípio da certeza do direito, do qual decorreria a exigência da segurança jurídica e o dever de o juiz renunciar à atividade criativa e tornar explícito o sentido da lei por meio de um procedimento lógico, o silogismo. (BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 79-80).

¹⁹ Aqui nos referimos a casos em que o legislador aprova uma lei com certo objetivo, contudo, os tribunais, por razões diversas, fixam entendimento que frustra, pelo menos de forma imediata, aquele desiderato. Exemplificamos a hipótese com a tese chamada "taxatividade mitigada". O legislador do Código de Processo Civil de 2015 deu novo tratamento ao recurso de agravo de instrumento, diferenciando-se do Código anterior, de 1973. Se antes o uso do agravo contra as decisões interlocutórias era relativamente livre, o CPC/2015, em seu art. 1.015, trouxe um rol supostamente fechado de situações processuais em que seria cabível o manejo do recurso. Nada obstante, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 1.696.396 e REsp n. 1.704.520, sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015, fixou a seguinte tese jurisprudencial: "O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação". Dessa forma, ainda que mantidas as hipóteses legais, é possível o manejo do recurso, ainda que não enquadrável naquelas, desde que haja urgência, abrindo-se, assim, o sistema, em detrimento do direito legislativo, mas, diga-se, consentâneo com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB).

A questão torna-se problemática na medida em que, ao se conceder mais autonomia ao juiz para analisar o caso concreto conforme pautas normativas mais abrangentes, por meio de princípios,²⁰ de conceitos indeterminados²¹ e cláusulas gerais,²² por exemplo, acaba por *permitir implicitamente* um afrouxamento do sistema jurídico sem método, sem mecanismos de controle e muito menos limites, passando a ponderação de valores a ser o instrumento de excelência na interpretação e aplicação da lei²³ ou outro fator corretivo do Direito.

Nessa mesma evolução, a mais recente abertura legislativa é a introdução no ordenamento do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), acrescentado pela Lei nº 13.655, de 2018,²⁴ que proíbe ao juiz utilizar valores jurídicos abstratos sem que para tanto sejam consideradas as consequências práticas da decisão. A norma, assim, admite e consolida o movimento da ponderação dos valores, reconhecendo e permitindo essa atividade, mas, ao mesmo tempo, traz outro plano – o dos fatos prospectivos – que deverá ser levado em conta na decisão judicial.

O legislador, assim, considera como ambivalente a relação entre a teoria dos valores - abstrata, imprecisa, ambígua -, e, de outro lado, as consequências práticas da decisão - políticas, sociais, econômicas, culturais, ambientais -, abrindo-se assim o sistema à possibilidade de especulação com base nas ciências sociais paralelas ao Direito, explicitando ainda mais a abertura do fenômeno jurídico. Ela indica, no Brasil, uma lacuna ainda não trabalhada de maneira sistemática entre o direito legislativo e o direito jurisprudencial. Há algum ponto entre o texto e a decisão²⁵ que, embora admitindo-se a atividade criativa do juiz e o fato de que este complementa a construção do legislador, suscita debates sobre as inúmeras limitações a serem superadas pelo Poder Judiciário nessa experiência, mas que vem transformando o processo judicial em um palco para a *correção* constante do direito legislativo.

É exatamente nesse ponto que as limitações do Poder Judiciário se tornam mais evidentes, dentre elas, particularmente três apontadas por Mauro Cappelletti. Conforme o jurista italiano, o direito judicial é casuístico, casual, descontínuo²⁶ e dependente do caso concreto. E, além disso, o direito judicial tem eficácia retroativa.²⁷ Além do que, do ponto de vista operacional, o Poder Judiciário carece de competência institucional para criar direito no sentido de que fazem-se necessários instrumentos que não estão à disposição dos tribunais e ultrapassam o simples conhecimento do direito. Existem casos que, para que sejam adequadamente resolvidos, exigem dados sociais, econômicos e políticos, além de recursos técnicos e financeiros que o Poder Judiciário não possui, mas que os tem os parlamentos, comissões legislativas e ministérios²⁸. Sem dúvidas, essas três limitações levam à construção de um Direito errático, casuístico e sem previsibilidade e, para além disso, permitem a abertura do sistema para a introdução de normas jurídicas criadas com alto grau de subjetivismo, inclusive decorrentes da pulsão de morte em detrimento da cultura e do direito, tenham ou não, ingressado no fluxo de consciência do juiz.

Esse estado de coisas é exatamente o oposto do que Freud chama de pulsão de ordem, segundo a qual, “a ordem é uma espécie de compulsão à repetição, que, por um dispositivo estabelecido de uma vez por todas, decide quando, onde e como algo tem de ser feito, de modo que, em cada caso idêntico, hesitações e oscilações

²⁰ A doutrina contextualiza o fenômeno do uso de princípios no Brasil e o assim chamado “fascínio pela “principiologia jurídico-constitucional”. (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 171).

²¹ “Por conceito jurídico indeterminado entendemos um conceito cujo conceito e extensão são em larga medida incertos.” (ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução de João Baptista Machado. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 208).

²² “(...) havemos de entender por cláusula geral uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a um tratamento jurídico todo um domínio de casos. (ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. 11ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 229).

²³ Marcelo Neves aponta vertente doutrinária e jurisprudencial que considera os princípios como “nova panaceia” para os problemas constitucionais brasileiros, na forma de “absolutização de princípios” ou compulsão ponderadora” que podem ser para o “encobrimento estratégico de práticas orientadas à satisfação de interesses avessos à legalidade e à constitucionalidade” e “à erosão continuada da força normativa da Constituição.” (NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019, p. 196).

²⁴ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

²⁵ Aqui adotamos o caminho da decisão tal qual descrita por Eros Grau, que explica que o caminho da atividade de interpretação e aplicação da norma se dá a partir do texto, que uma vez interpretado chega-se à construção da norma jurídica e, após, a aplicação, com a decisão judicial. Cumpre distinguirmos, pois, de um lado, as normas jurídicas produzidas pelo intérprete a partir dos textos e da realidade e, de outro, a norma de decisão do caso, expressa na sentença judicial. (GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes** (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 33-34).

²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 83.

²⁷ Idem, p. 85.

²⁸ Idem, p. 86-87.

são poupadas.”²⁹ A forma de a sociedade se organizar e institucionalizar essa ordem é exatamente o direito, única forma de uma sociedade existir, em que há a substituição do conceito de indivíduo pelo de comunidade, sendo essencial a esse propósito a limitação das possibilidades de satisfação, em nome das exigências de justiça e ordem, que não pode ser infringida em benefício individual.³⁰

Finalmente, após o estudo analítico das pulsões, chegamos às possibilidades de destinos pulsionais. Como vimos, a satisfação da pulsão é o atendimento total ou parcial de nossos próprios impulsos. Entretanto, Freud pontua que seguir tal caminho, embora mais tentador, posto que colocamos o gozo na frente da prudência, leva a consequências não desejadas, implicando punições,³¹ mormente porque estamos inseridos em um grau civilizatório que não permite tal destino. Alternativamente à satisfação direta da pulsão, Freud propõe a moderação da exigência de felicidade, por meio de outros destinos, em face do princípio da realidade³² que o próprio mundo exterior impõe. É nesse sentido que o psicanalista afirma que “A felicidade, no sentido moderado em que é reconhecida como possível, é um problema da economia libidinal do indivíduo”.³³

Dentre todos os destinos pulsionais, o que nos interessa na solução da tensão entre indivíduo e o direito é a sublimação, no sentido freudiano, que corresponde a um deslocamento das metas pulsionais de maneira que não possam ser atingidas pelo mundo exterior mas que, ainda assim, proporcionam um nível moderado de satisfação - diverso do atingimento da meta -, comparável à alegria do artista com a concretização em uma obra da figura de sua fantasia ou àquela do pesquisador com a solução de problemas e com o reconhecimento da verdade.³⁴

Nesse particular, é possível associar a ideia de direito como ambivalente, na exata medida em que, se por um lado as regras e instituições jurídicas são, elas mesmas, fontes de nosso sofrimento e infelicidade, posto que nos forçam a renunciarmos às nossas pulsões em nome de uma convivência minimamente organizada, por outro lado a manutenção de tais regras e instituições pode ser encarada como uma moderação da exigência de felicidade, desviando-se a pulsão de morte, de destruição, para um destino de sublimação, superando e substituindo tal instinto por uma atitude de autoconservação, baseado inclusive no princípio da realidade, lido aqui como a evidência de que viver em uma sociedade tem ganhos inigualáveis relativamente a um estado primitivo, inorgânico e, portanto, sem regras.

Feita essa pequena exposição, e apresentada nossa hipótese, que agora formulamos de maneira completa - a decisão judicial como objeto da pulsão e as rupturas do direito como meta pulsional inibida - é preciso registrar, por fim, que dentre todas as contribuições de Freud para o pleno desenvolvimento da psique humana e mesmo para a preservação da cultura e do direito, chamamos atenção para o cuidado de se distinguir, a partir do direito jurisprudencial, o que é um argumento juridicamente válido e coerente com o Estado de Direito e o que é uma simples satisfação pulsional que tem no direito e na decisão judicial seus objetos. Necessário, pois, discriminar o que é uma tentativa legítima de construir respostas objetivas a partir das aberturas do direito positivo e, portanto, da cultura, particularmente da cultura jurídica; e, por outro lado, daquilo que se constitui, em verdade, em puro exercício da pulsão de liberdade individual que se dirige contra as próprias instituições, consistente em satisfazer o ímpeto de agressão contra o direito, na tentativa de se voltar a um estado primitivo e, conforme o próprio Freud, em barbárie.

3 Verdade e processo judicial

Verdade é um conceito metafísico, isto é, não demonstrável empiricamente, consistente em uma proposição de relação – certo ou errado - entre dois ou mais enunciados levando em conta as condicionantes de um dado sistema de referência. Essa crise da verdade absoluta é salientada por Dardo Scavino como desafio da

²⁹ FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião**: o mal-estar na cultura e outros ensaios. Tradução de Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 342.

³⁰ Idem, p. 344-345.

³¹ FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião**: o mal-estar na cultura e outros ensaios. Tradução Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 322.

³² Para Freud, o princípio da realidade seria uma espécie de barreira do mundo exterior à satisfação pulsional, o que exigiria uma inibição ou até mesmo renúncia àquele objetivo. (V. Obras Completas volume 14 – Obras completas volume 14: **História de uma neurose infantil (O homem dos lobos), Além do princípio do prazer e outros textos (1917-1920)**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 123-124).

³³ FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião**: o mal-estar na cultura e outros ensaios. Tradução Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 330.

³⁴ Idem, 325.

filosofia da pós-modernidade, indicando que, se antes se buscava uma verdade objetiva, universal e necessária, contemporaneamente, convive-se com múltiplas interpretações.³⁵

Nesse sentido, seguindo a corrente do giro linguístico³⁶ como a verdade não é uma relação de correspondência entre uma proposição e a realidade fundamental, mas sim entre dois enunciados organizados dentro de um sistema linguístico de enunciados (elementos) coordenados entre si, não existindo, pois, uma verdade absoluta, retirada diretamente de uma observação da chamada realidade, mas tão somente uma verdade relativa que depende das condicionantes de espaço e de tempo estabelecidas pelo sistema linguístico posto.

Dentre outros motivos, pode-se dizer que a admissão de uma verdade relativa – e não absoluta – é a síntese dialética entre a falibilidade do conhecimento e o rigor da linguagem. Isso porque, embora se admita que existam condicionantes para a enunciação de verdades, é fato que o homem é, digamos, um escravo da língua, de forma que somente por meio da língua é capaz de conhecer o mundo. Língua, por sua vez, é um sistema com suas regras próprias e o homem, para afirmar ou infirmar proposições, deve respeitar esse sistema ordenador estabelecido pela cultura.³⁷

O processo judicial, como instituição cultural, não é diferente. Não se busca assim uma forma de argumentação superior, mas um método civilizado de solucionar os conflitos.³⁸ Segundo Luhmann, “a legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento do consenso.”³⁹ Por outro lado, a legitimação pelo procedimento não se refere a uma teoria da verdade, mas sim, ao conjunto de condutas que devem ser observadas em um dado procedimento de tomada de decisão que possibilitem a formação de uma disposição nos participantes de “aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.⁴⁰

Nesse sentido, o processo judicial é procedimento de construção de linguagem que possui regras próprias e que se apoia exatamente no cumprimento de tais regras. Em outras palavras, o processo judicial é calcado na crença de seus atores – juiz, partes e demais intervenientes – de que a linguagem construída naquele âmbito será aceita porque o cumprimento das regras processuais gerou uma expectativa legítima das partes de acreditarem que aquela foi uma forma civilizada de solucionar o conflito. Por outro lado, o rompimento das regras ou a introdução de outras regras que não aquelas previamente estabelecidas é o oposto da noção de Direito, que tem como pressuposto ordenar as condutas intersubjetivas.

Essa concepção de legitimação pelo procedimento está em conformidade com o giro linguístico e com a constatação de que há mais um processo de construção da realidade possível por meio da linguagem (verdade relativa) do que a verificação objetiva da realidade (verdade absoluta). Daí a fundamental importância das regras de processo. Nesse sentido, o processo é considerado uma instituição formada por pessoas, regras e procedimentos que geram uma expectativa, uma crença, ou mesmo uma ilusão⁴¹ de que será construída, naquele âmbito, uma verdade tolerável, aceitável. Assim, juízos de certeza são substituídos por juízos de probabilidade, de confiabilidade.

O processo judicial é, portanto, um método de solução de conflitos baseado em verdades relativas, mas aceitáveis, porque foram aceitas as premissas e meios de sua construção. Essas premissas e meios são traçados primeiramente pelo legislador que estabelece as regras procedimentais que servirão de balizas à construção da verdade aceitável, seja pelas aberturas do sistema, permitindo ao juiz trabalhar com códigos fracos ou fortes, seja por meio das regras formais de preclusão e contraditório.

Entretanto, para que a verdade seja aceitável, mormente quando se trabalha no campo de abertura legislativa, percebe-se um esforço para a objetivação da verdade, isto é, a busca por critérios relativamente precisos para se prolatar uma decisão, evadindo-se, ainda que de forma tentada, do puro voluntarismo, de forma a torna-la mais

³⁵ SCAVINO, Dardo. *La filosofía actual*: pensar sin certezas. Buenos Aires: Paidós, 1999, p. 18.

³⁶ Idem, p. 8

³⁷ Os sentidos dos textos, no entanto, embora construídos como conteúdo de atos de consciência do ser cognoscente (subjetivo, pessoal), encontram-se condicionados pelas vivências do sujeito, sendo estas determinadas pelas categorias de uma língua (coletivo, social). É isso que faz com que as interpretações se aproximem e que o mundo “pareça” uno para todos que vivem na mesma comunidade linguística. (CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica*). In: *O Constructivismo Lógico-Semântico*. vol.1. São Paulo: Noeses, 2014, p. 30).

³⁸ DEVLIN, Patrick Arthur. *Judges and Lawmakers*. London: *Modern Law Review*, 39, 1976, p. 3.

³⁹ LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980, p. 31.

⁴⁰ Idem, p. 30.

⁴¹ O termo “ilusão” é utilizado por Tércio Sampaio Ferraz Jr. na apresentação da obra citada de Niklas Luhmann, quando aponta que a legitimação pelo procedimento, especialmente o procedimento judiciário, é uma técnica de neutralização da decisão contra decepções inevitáveis, já que as partes, ao concordarem previamente com as regras do processo e com a possibilidade de aceitação da decisão judicial que será prolatada, admitem, ainda que de forma mediata a decepção de ter contra si decisão que não lhe atende os interesses imediatos, mas que aceita, globalmente, os termos sob os quais foi tomada a decisão. (LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980, p. 5).

aceitável. Passa-se assim de um critério formal – o brocardo “a lei me fez fazer assim”⁴² para a teoria dos valores – a moral impõe um imperativo categórico, até o que se tem atualmente, apelando-se para as ciências sociais – as consequências práticas da decisão seriam mais injustas do que a própria ausência de julgamento.

Até este ponto, demonstrou-se que o atingimento de uma verdade absoluta ou ontológica é impossível, pelo menos se levada em conta o que se sabe, até o presente momento, sobre o processo de conhecimento humano, o que seria comum a todos que se propõem a investigar fatos na busca de uma verdade. Entretanto, para os fins deste trabalho, necessário ainda investigar as limitações – ou pulsões – que viciam o próprio acesso ao conhecimento por parte dos juízes.

Nesse sentido, Richard Posner assevera que sempre que o juiz se vê diante de um caso, ele deveria lembrar-se de suas próprias limitações, limitações que todos os juízes possuem, que são as limitações de conhecimento da lei, limitações ao seu conhecimento do caso em questão, as limitações do contexto do mundo real no qual o caso está inserido e as limitações ou distorções do seu modo de pensar que resultam em vieses que todos os juízes trazem para o julgamento. Além dessas limitações, há ainda os pressupostos⁴³, que seriam as expectativas, formadas pela experiência e temperamento que todos os juízes possuem. Isso faz com que os mesmos juízes leiam as mesmas petições, ouçam as mesmas sustentações orais e, mesmo assim, reajam de maneiras significativamente diversas, seja por conta de diferentes pressupostos ou por conta de sopesamento diferente das provas. Nesse contexto, Posner adverte que o juiz deve estar ciente de seus pressupostos para que não seja demasiadamente influenciado por eles.⁴⁴

De fato, os vieses e pressupostos são limitações ao próprio conhecimento do caso pelo juiz. Entretanto, neste trabalho, tais restrições não são objeto de investigação, mas sim, as paixões pulsionais do inconsciente que levam o juiz a adotar uma postura ideológica em relação ao Direito a partir de um juízo de valor de como este deveria ser, o que será analisado mais adiante. No momento, o que importa contrastar é que há elementos – do inconsciente – que ainda não foram completamente internalizados na doutrina e que não dizem respeito aos limites do conhecimento do ser humano de maneira geral ou do juiz em particular, muito embora essas pulsões possam ser introduzidas na decisão por argumentos objetivamente válidos, mas que dissimulam ímpetos de agressão ao Direito. É o caso, por exemplo, de se criticar a postura formalista do juiz e sua substituição por uma atuação para além do silogismo, utilizando-se, para tanto, do argumento de que o juiz deve ter uma atitude mais voltada à análise das consequências de suas próprias decisões.

Para ilustrarmos essa sucessão de abordagens – do juiz formalista, passando para o juiz moralista e por fim o que se pode chamar de *juiz empírico-pragmático* – ilustramos o que vem sendo registrado pelo Ministro Roberto Barroso em alguns votos. Para o magistrado,⁴⁵ vivemos em um segundo giro do direito. O primeiro se iniciou no período pós Segunda Guerra Mundial e se caracterizou pelo reconhecimento da forma normativa das constituições, particularmente, no catálogo de direitos fundamentais, o que aproximou o direito da moral. O segundo giro seria atual e se caracterizaria pela aproximação do direito à ciência, o que impõe ao juiz que não se contente exclusivamente com o plano sintático e formal da lei, mas para além de ponderar valores, pode e deve ser pragmático, avaliando quais os efeitos práticos de sua decisão, inclusive por meio de análise empírica de dados.

Moral e pragmatismo abrem possibilidade de abertura para a argumentação judicial, e, por consequência, ampliam a margem de subjetividade da decisão judicial.

Os limites entre a Moral e o Direito não são campos cômodos na doutrina. Pelo contrário, a própria filosofia do Direito, pelo menos desde o primeiro escrito sobre o tema,⁴⁶ a tragédia “Antígona”, de Sófocles, já é registrada a ambivalência entre a moral, ou a justiça, em sua acepção mais ampla no campo do Direito, e o Direito positivo, disputando, cada qual pelo critério de validade jurídica prevalente. É da mesma peça que se extrai a dicotomia entre o direito escrito e o espírito da lei, aspecto registrado por Richard Claverhouse Jebb com a frase “Creonte está certo

⁴² Richard Posner aponta a frase do inglês “law made me do it” como aquela que melhor descreveria a postura formalista do juiz que vê o direito como um simples repositório de textos, sendo a única atividade do profissional do direito aplicar a lógica interna desse corpo de leis. O Direito como visto da perspectiva formalista é um compêndio de textos, como a Bíblia, e a tarefa do juiz. (POSNER, Richard Allen. **Reflections on judging**. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 4-5).

⁴³ Em livre tradução da palavra inglesa “priors”.

⁴⁴ POSNER, Richard Allen. **Reflections on judging**. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 129-130.

⁴⁵ HC 152752, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-127 DIVULG 26-06-2018 PUBLIC 27-06-2018.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25.

na letra, mas errado no espírito. Antígona está certa no espírito, mas errada na letra”.⁴⁷ No plano de fundo, é nítido na obra de Sófocles a busca do ser humano pela defesa de uma ordem superior como critério prioritário na solução de um conflito e, para além disso, o esforço argumentativo de convencer a outra parte acerca da objetividade e universalidade de sua própria tese.

Essa atitude, quando aplicada no contexto da argumentação judicial, não está infensa a críticas. Segundo Richard Posner, a figura do juiz moralista se fundamenta na hipótese de que seria possível a construção de respostas corretas em qualquer situação, ou critérios objetivos que possam ser aplicados em todo e qualquer sistema jurídico, atitude da qual discorda na medida em que a defesa de princípios universais seria demasiadamente abstrata e subjetiva, além disso, não seria o propósito necessário do direito dar efetividade a preceitos morais.⁴⁸ Deve-se ponderar, contudo, que, se não é possível construir verdades absolutas e objetivas sobre todos os fatos, mas mesmo assim há doutrina que entende nesse sentido, o que se tem é, ao final, a imposição, via doutrina legal, de impulsos pessoais que pretendem alterar o sistema normativo.

A prática jurisprudencial brasileira permitiu a constatação, por parte da doutrina, de que, ao invés de os princípios jurídicos, construídos a partir de máximas morais, garantirem objetividade e racionalidade ao sistema, em verdade, permitiram um excesso de subjetivismo das decisões judiciais com a conseqüente banalização e mesmo erosão da força normativa da Constituição, como já destacado por Marcelo Neves, já citado neste trabalho. Esse excesso de subjetivismo, em certos casos, pode esconder exatamente uma pulsão de erosão do Direito. Nesse sentido, a tentativa de objetivação é utilizada como simulacro ao motor da pulsão que seria justamente corrigir e modificar a ordem jurídica, porque simplesmente aquilo que está posto não está de acordo com a meta pulsional de destruir o direito e impor uma nova jurídica diversa e mais consentânea com os anseios pessoais do aplicador da lei.

As possibilidades de abertura do sistema não se esgotam na moral. A título de exemplo, Posner, tendo como pressuposto o pragmatismo jurídico, altamente influenciado pelo pragmatismo de William James, ressalta a necessidade da superação da figura do juiz formalista e a insuficiência da teoria do Direito para justificar a decisão judicial. Nesse sentido, Posner defende o arquétipo do juiz realista ou pragmático, entendido como aquele que avalia as conseqüências específicas e sistêmicas da decisão, devendo assim enfrentar não apenas a complexidade interna do Direito, mas também as complexidades externas, buscando dados científicos e empíricos na argumentação jurídica.⁴⁹ Assim, o pensamento posneriano está ancorado no ceticismo ético-jurídico e defende que a economia e mais amplamente a sociologia têm uma grande contribuição na construção da decisão judicial, negando, por outro lado, a possibilidade da teoria moral propor respostas objetivas nessa atividade.⁵⁰

Destacados neste título alguns elementos de correção do Direito – sejam morais, sejam econômicos – passamos para uma breve análise sobre como a ideologia pode ser inserida na decisão judicial como forma de satisfação pulsional.

4 Ideologia como instrumento pulsional

O exercício da função jurisdicional – que inclui a atividade interpretativa – coincide com as inúmeras correntes de pensamento que, através de um longo processo histórico, consolidaram as bases metodológicas e teóricas do positivismo jurídico. Após longa análise desse processo histórico, Bobbio distingue três formas de analisar o direito sob o prisma do positivismo jurídico: como método para o estudo do direito, como teoria do direito e como ideologia do direito. Como método do estudo do direito, o positivismo, tal qual as ciências naturais, propõe um estudo avalorativo do direito, detendo-se ao ordenamento jurídico tal qual posto. Como teoria do direito, o positivismo jurídico se assenta no estudo do conceito de direito, da norma jurídica e do ordenamento jurídico, sob os axiomas da conceituação do direito indissociável do conceito de Estado e da unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico, sendo estes últimos um dos maiores alvos dos críticos contra o positivismo jurídico. Por fim, como ideologia, há uma distinção entre o que se convencionou chamar de versão moderada e versão extremada do positivismo. Para esta, o direito é um fim em si mesmo, cabendo ao intérprete tão somente replicar ou reproduzir o comando legal. Por outro lado, para a corrente moderada, o direito é um instrumento, não um fim

⁴⁷ JEBB, Richard Claverhouse, Sir. **Essays and addresses**. Cambridge: University Press, 1907, p. 31-32. No original: “Creon is right in the letter and wrong in the spirit; Antigone is right in the spirit and wrong in the letter.”

⁴⁸ POSNER, Richard Allen. **The problematics of moral and legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 97-98.

⁴⁹ POSNER, Richard Allen. **Reflections on judging**. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 108-120.

⁵⁰ POSNER, Richard Allen. **The problematics of moral and legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 12.

em si mesmo, que se vergará conforme o momento histórico ou as necessidades de uma sociedade, de forma que se pode eventualmente optar por valores como a ordem ou segurança jurídica como um valor supremo. Em suma, no contexto ideológico do positivismo, há a distinção entre o direito tal qual ele é e o direito tal qual o intérprete entende que ele deveria ser ou deveria seguir por um juízo de valor, não estando sujeito a um juízo de verdadeiro ou falso, mas de justo ou injusto.⁵¹

Ideologia, portanto, tem um papel fundamental no processo de positivação do Direito, especialmente no Direito jurisprudencial, na medida em que significa um juízo de valor que o juiz faz a partir de sua própria observação do Direito positivo, o que pode não raras vezes levá-lo a corrigir a norma jurídica conforme sua própria ideologia. É exatamente nesse ponto em que a pulsão de morte ou destruição da cultura – e de suas instituições como o Direito – se confunde com a própria ideologia, o que permite levar à conclusão de que a argumentação judicial cumpria o papel de racionalizar ou objetivar determinada decisão como mera simulação, em que a dissimulação seria exatamente o que se pretende esconder: a destruição parcial do Direito positivo e a sucessiva substituição da norma posta por outra que melhor atenda ao juízo de valor que o magistrado imagina que o Direito deveria ser.

Relevante ainda tratar especificamente quanto ao papel da argumentação judicial, sendo ela mesma um fator de correção do Direito, e que, sob a pecha de apresentar um raciocínio pretensamente lógico e objetivo, permite utilizar dos outros meios de correção do Direito, tais quais os até então apresentados: a moral e a análise econômica do Direito. Em outras palavras: é possível que moral e análise econômica do Direito representem a própria ideologia do julgador e seu ímpeto ou pulsão de agredir as instituições jurídicas para desviá-las para outras que mais convenham à sua noção de mundo. Nesse sentido, a razão primordial que levaria um juiz a construir o sentido da norma que mais lhe convenha não é uma atitude decorrente de uma dúvida científica quanto à verdade, ou de uma penumbra entre a moral ou o Direito, ou ambivalência no sentido de um comando legal, mas sim uma atitude deliberada de destruir a cultura – o Direito – substituindo-o por aquilo que se deseja. Essa é a razão pela qual Freud assevera que é função da cultura estabelecer barreiras às pulsões de agressão dos seres humanos para suprimir as suas manifestações através de formações reativas.⁵²

5 Conclusão

A esta altura, pode-se dizer que ninguém aceitaria ser julgado sem que se soubesse previamente as regras que seriam aplicadas em dado julgamento. Nesse contexto, a decisão judicial nada foge a esse pensamento primário. A decisão judicial está constricta por regras de procedimento e de conteúdo previamente postas. Sem que haja o prévio conhecimento de tais regras, seria, pois, inimaginável que alguém as aceitasse. Conhecido e aceito o procedimento, aceita-se a decisão. Por outro lado, se aceitassem critérios puramente subjetivos ou aleatórios, como, por exemplo, o critério político ou por sorte, ou o que os juízes decidissem, seria desnecessário o Direito, na medida em que este já não mais se prestaria a ordenar condutas intersubjetivas, incidindo sobre a realidade social e implementando valores. Seria simplesmente se reconhecer um dado político ou sociológico em determinada cultura.

A abertura do Direito legislativo ao Direito jurisprudencial possibilita, além de maior flexibilidade das normas jurídicas ao caso concreto, a introdução de elementos de correção do Direito positivo por parte do juiz, inclusive a satisfação de pulsões de destruição, fruto do inconsciente e plasmados em ideologia, criando-se normas jurídicas carregadas de subjetividade, o que viola a própria noção de Direito como objeto cultural ou civilizacional.

Necessário, portanto, que se discrimine até que ponto as tentativas de correção do Direito são utilizadas como dissimulação de paixões pulsionais de agressão do Direito. Não se pretende, contudo, encapsular todas as formas de correção do Direito como pura satisfação das pulsões de destruição da cultura, mas a comunidade jurídica tem o dever de investigar, na argumentação jurídica, o que é pulsão e o que é permitido pela cultura.

Nesse sentido, o mal-estar na jurisprudência pode não ser exatamente a falta de critérios de objetivação para amparar a argumentação judicial, mas sim, a falta de renúncia pulsional incutida em todo o ser humano, inclusive, no juiz. Muito embora essa investigação ainda seja relativamente difícil na medida em que seria necessário perquirir elementos do inconsciente, é possível, ainda que com uma certa margem de erro, verificar no caso concreto, a partir da leitura dos votos e decisões, se o elemento objetivamente introduzido na argumentação foi retirado de

⁵¹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 235.

⁵² FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião**: o mal-estar na cultura e outros ensaios. Tradução de Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020, p. 341.

uma base sólida, dentro do contexto da cultura jurídica, ou se na verdade se trata de entendimento periférico, que não foi objeto, por sua vez, de análise e crítica séria por parte da doutrina especializada.

Por outro lado, não se pretendeu concluir com este trabalho que os elementos de correção do Direito são utilizados exclusivamente em nome de pulsões do inconsciente, sendo certo que a tentativa de construir um argumento judicial tanto mais objetivo, baseado em premissas que podem ser racionalizadas e debatidas, é mais adequada do que simplesmente não expor qualquer argumentação. Por outro lado, é isso o que se defende: esses elementos de correção podem ser meros simulacros formais de argumentação para dissimular pulsões, desejos e ímpetos que motivam o juiz na busca de modificar o Direito positivo, a partir de seus próprios juízos de valor, o que parece ser até certo ponto natural, mas, ao mesmo tempo, incompatível com uma noção de ordem.

Enfim, parafraseando o pensamento de Voltaire representado na clássica conclusão de Cândido,⁵³ após uma longa e tortuosa viagem pelo mundo, o juiz precisa cultivar mais seu próprio jardim e acompanhar menos o que se passa em Constantinopla – ou na doutrina do momento – e evoluir de um cínico “a lei me fez fazer isto” ou “o princípio me fez fazer isto” ou ainda “a economia me fez fazer isto” para um sincero “minha pulsão me fez fazer isto” e, a partir daí, iniciar um longo processo de introversão crítica a bem da cultura e do Direito.

Referências

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução: Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. Constructivismo lógico-semântico como método de trabalho na elaboração jurídica. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.); CARVALHO, Aurora Tomazini de (org.). **O constructivismo lógico-semântico**. São Paulo: Noeses, 2014. v. 1. p.13-40.

DEVLIN, Patrick Arthur. Judges and lawmakers. **Modern Law Review**, London, v.39, n. 1, p.1-16, Jan. 1976.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Tradução: João Baptista Machado. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

FREUD, Sigmund. **As pulsões e seus destinos**. Tradução: Pedro Heliodoro Tavares. São Paulo: Autêntica, 2020.

FREUD, Sigmund. **História de uma neurose infantil (O homem dos lobos), Além do princípio do prazer e outros textos (1917-1920)**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. (Obras Completas, 14).

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos (1930-1936)**. Tradução: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. (Obras Completas, 18).

FREUD, Sigmund. **Cultura, sociedade, religião**: o mal-estar na cultura e outros ensaios. Tradução: Maria Rita Salzano Moraes. São Paulo: Autêntica, 2020.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

JAMES, William. **Pragmatism a new name for some old ways of thinking**. New York: Dover Publications, 1922.

JEBB, Richard Claverhouse, Sir. **Essays and addresses**. Cambridge: University Press, 1907.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

⁵³ VOLTAIRE. **Cândido ou o otimismo**. Tradução, apresentação e notas de Miécio Táci. Rio de Janeiro: Ediouro, 1987, p. 135-137.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UNB, 1980.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

POSNER, Richard Allen. **Law, pragmatism and democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard Allen. **Reflections on judging**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

POSNER, Richard Allen. **The problematics of moral and legal theory**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SCAVINO, Dardo. **La filosofía actual**: pensar sin certezas. Buenos Aires: Paidós, 1999.

VOLTAIRE. **Cândido ou o otimismo**. Tradução, apresentação e notas: Miécio Táci. Rio de Janeiro: Ediouro, 1987.

Como citar:

BECHO, Renato Lopes; CAMPELO, Roberto Lima. Mal-estar na jurisprudência: entre pulsão, cultura, ideologia e direito. **Pensar – Revista de Ciências Jurídicas**, Fortaleza, v.28, n.4, p. 1-13, out./dez. 2023

Endereço para correspondência

Renato Lopes Becho
E-mail: renatobecho@uol.com.br

Roberto Lima Campelo
E-mail: robertolcampelo@gmail.com



Recebido em: 25.08.2022

Aceito em: 19.09.2023