

## A TOGA NO DIVÃ: UMA LEITURA FREUDIANA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO

### THE TOGA IN THE DIVAN: A FREUDIAN READING OF CONTEMPORARY LAW

GABRIEL HELLER<sup>1</sup>

LUIS CARLOS MARTINS ALVES JR.<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente artigo parte do conceito freudiano de ilusão como erro derivado de desejos humanos que prevalecem sobre a realidade para analisar a construção de dogmas que, embora não demonstráveis, têm por objetivo caracterizar o Direito como uma verdadeira ciência, a exemplo da certeza, da uniformidade e da racionalidade. Com suporte em pesquisa documental e doutrinária, notadamente na obra de Jerome Frank, através do método hipotético-indutivo, traçam-se relações entre os pensamentos jurídico e psicanalítico a fim de evidenciar que o edifício jurídico pós-iluminista fundou-se em bases frágeis, promessas que, uma vez descumpridas, geraram frustrações nos operadores do Direito e nos cidadãos em geral, resultando em hostilidade. Tal hostilidade é descrita em função da noção freudiana de mal-estar na cultura. Nessa trilha, identificam-se as reações da esfera jurídico-política ao desencontro entre as promessas do Direito e suas efetivas realizações, transferindo-se o enfoque para a prática judiciária brasileira sob a égide da Constituição de 1988, em especial no Supremo Tribunal Federal. Argumenta-se que, no lugar de assumir e expor as restrições da arte do Direito, a Corte Suprema arrogou-se em competências ilimitadas formal e materialmente, tendo subjacente uma compreensão de que a prática jurídica é capaz de sanear a política nacional, proporcionar felicidade aos indivíduos e fazer avançar a História. O descompasso em face das efetivas possibilidades do Direito é compreendido, assim, como nova fonte de ilusões, frustrações e mal-estar no Direito.

353

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito e Psicanálise; Ilusões; Mal-estar na cultura; Realismo jurídico; Poder Judiciário.

<sup>1</sup> Mestre em Direito (Centro Universitário de Brasília - Uniceub). Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). Advogado.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Professor Titular de Direito Constitucional (Uniceub). Procurador da Fazenda Nacional. Procurador-Geral da Agência Nacional de Águas (ANA).



**ABSTRACT:** This article lays on the Freudian concept of illusion as an error derived from human desires that prevail over reality to analyze the construction of dogmas that, although not demonstrable, aim to characterize Law as an actual science, such as certainty, uniformity and rationality. Based on documental and doctrinal research, especially on Jerome Frank's works, using the hypothetical-inductive method, relationships between legal and psychoanalytic thoughts are drawn in order to show that the post-Enlightenment legal building was founded on fragile bases, promises that, since unkept, have generated frustrations among legal operators and citizens in general, resulting in hostility. Such hostility is described in terms of the Freudian notion of malaise in culture. In this trail, the reactions of the legal-political sphere to the mismatch between the promises of Law and their effective achievements are identified, shifting the focus to the Brazilian judicial practice under the 1988 Constitution, especially in the Supreme Federal Court. It is argued that, in lieu of assuming and exposing the limitations of the art of Law, the Supreme Court arrogated itself in unrestricted powers, formally and materially, underlying the conception that legal practice is capable of cleansing national politics, providing happiness and making history move forward. The discrepancy regarding the actual possibilities of Law is thus understood as a new source of illusions, frustrations, and malaise in Law.

**KEYWORDS:** Law and Psychoanalysis; Illusions; Malaise in culture; Legal realism; Judicial branch.

## INTRODUÇÃO

Concluir que estudos jurídicos ou sociais não podem ser “ciências” não nos entrega ao desespero. Aos que demandam que vejamos a ciência como o Olimpo e todo o resto como indigno de respeito, digamos, com Tourtoulon, “não há necessidade de se jogar aos cachorros tudo o que não for digno do altar dos deuses” (Jerome Frank)

A despeito de algumas tentativas de se conferir caráter transcendental ao fenômeno jurídico, a construção do Direito é, essencialmente, obra da ação humana, fruto de impulsos e desejos, conscientes e inconscientes, que buscam lidar com as contingências das mais diversas sociedades e permitir o convívio pacífico entre seus membros. Ainda que se parta dessa premissa, as relações entre Direito e Psicanálise não são, à primeira vista, óbvias, sequer intuitivas, afinal, as leis, os litígios e a administração da justiça existem desde tempos imemoriais, tendo dispensado, ao menos até os albores do século XX, qualquer influxo das teorias desenvolvidas por Sigmund Freud e seus discípulos.

Uma incursão à Viena das décadas de 1910 e 1920 pode, contudo, tornar um pouco mais palpável essa interface. Entre os partícipes dos “encontros de quarta-feira” promovidos por Freud, estava o jovem Hans Kelsen, que, em 1911, se tornaria membro da Sociedade Psicanalítica de Viena, na qual ministraria, dez anos mais tarde, palestra intitulada *O conceito de Estado e a psicologia das massas de Freud*, posteriormente publicada na revista *Imago*, editada pelo pai da psicanálise (JABLONER, 1998, p. 382-384)<sup>3</sup>.

Do outro lado do Atlântico, em 1930, um dos maiores expoentes do realismo jurídico estadunidense, Jerome Frank, lançava o polêmico *Law and the modern mind*. Influenciado de forma determinante por Freud e Jean Piaget, o autor norte-americano legou um verdadeiro libelo contra as ilusões vividas e vendidas pelos juristas, os quais infantilmente atribuiriam ao Direito a certeza e a segurança que lhes foram um dia ofertadas por seus pais<sup>4</sup>. Ainda que a tese de Frank tenha sido, desde sua publicação, duramente criticada justamente pela fragilidade da articulação com a Psicanálise (MARONEY, 2011, p. 674-676), sua contribuição para a abertura do Direito a outros ramos do conhecimento e para pesquisas jurídicas não estritamente normativistas parece indubitável.

No campo psicanalítico contemporâneo, entendendo a interdisciplinaridade como seu destino, Birman (2016, p. 57-60) destaca a necessidade de se desconstruir a psicanálise como “mera psicologia”, no sentido de se retomar criticamente o discurso freudiano sobre cultura e sociedade. De seu turno, embora alerte que a política e o Estado não são centrais na obra de Freud, Domenico Hur (2011, p. 113) reconhece que a Psicanálise rompeu o *setting* clínico e se preocupou com questões sociais.

Nessa senda, o presente trabalho dedica-se inicialmente a analisar o teor ilusório do pensamento jurídico pós-iluminista que, atribuindo caráter científico ao Direito, predominou no mundo ocidental entre o fim do século XVIII e meados do século XX. Para tanto, seguindo a acepção psicanalítica, emprega-se o termo ilusão como erro derivado de desejos humanos, desejos esses que prevalecem sobre a realidade (FREUD, 2014a, p. 267-268).

A seguir, abordam-se algumas das consequências da consolidação das ilusões racionalistas no âmbito sociojurídico, particularmente em função das frustrações decorrentes da não realização daqueles desejos originários, as quais, quando extrapolam o grau de inconformidade, convertem-se em hostilidade à cultura. Aqui, toma-se igualmente de Freud (2014a, p. 233) o conceito de cultura, entendida

<sup>3</sup> De acordo com Jabloner, a teoria freudiana forneceu importantes subsídios ao aspecto crítico-ideológico da *Teoria Pura do Direito* de Kelsen, bem como aos conceitos de democracia e paz internacional por ele desenvolvidos. A publicação de Kelsen na *Imago* também é abordada em MERQUIOR, 2014, p. 205.

<sup>4</sup> Para uma crítica, a nosso ver, acertada, sobre a confusão feita por Frank e outros realistas entre comportamentos tidos por infantis e emoções tipicamente humanas, cf. MARONEY, 2011, p. 665-666.

como o conjunto das instituições criadas pelos indivíduos para regulamentar as relações entre si e a distribuição dos bens.

O empréstimo da Psicanálise não se dá à toa: em *O mal-estar na civilização*, tendo apresentado sua definição de cultura, o pensador austríaco refere-se à substituição do poder individual pelo poder coletivo, consubstanciado no Direito, como passo cultural decisivo, seguido pela exigência cultural da justiça. Esta, por sua vez, é concebida como a garantia de que a ordem legal posta não será violada em prol de um indivíduo, associando-se, assim, a justiça à isonomia, à igualdade perante a lei (FREUD, 2014b, p. 56-57). O desenvolvimento do Direito revela-se, portanto, reflexo e parte do desenvolvimento cultural, que toma diferentes formas conforme o povo e as influências que o cercam.

Na segunda parte do artigo, enfocando-se a realidade jurídica brasileira, argumenta-se que o *mal-estar* decorrente das ilusões frustradas ao longo do século XX culminou, nas primeiras décadas do século XXI, em uma nova onda de ilusões. Marcada pela expansão das fronteiras do Direito – em forma e conteúdo – e do Poder Judiciário, mas usando de ferramental retórico-argumentativo semelhante ao do Direito pós-iluminista, essa nova onda funda-se numa profissão de fé e solapa as próprias bases da vida jurídico-estatal.

## 2. O DIREITO COMO ILUSÃO

Conquanto a quantidade e a variedade das “escolas” ou “correntes” jurídicas impeçam que se fale – em qualquer época – em um Direito uno e monolítico, é possível afirmar, sem desprezar os perigos das generalizações, que o Direito pós-iluminista é caracterizado por alguns dogmas que se firmaram na tradição ocidental. Assim, a racionalidade, a uniformidade e a certeza assumiram a condição de caracteres da ordem jurídica, à qual incumbiria a proteção e a promoção dos “direitos do homem” – “naturais”, mas finalmente proclamados em diferentes documentos escritos.

Quando os juristas, enquanto intelectuais ou políticos, propõem-se a combater um dado sistema, o limiar entre a predominância do desejo e a prevalência da realidade é frequentemente indiscernível, e a diferença deve ser buscada em elementos de distorção do contexto analisado e de idealização da transformação advogada. Nesse sentido, passa-se a examinar o caráter ilusório da “ciência” do Direito legada pelo Iluminismo nos continentes europeu e americano: como desejos se converteram em promessas irrealizáveis, o ideal de racionalismo sucumbiu à racionalização, e a hostilidade à cultura jurídica posta ameaçou pôr a perder os avanços conquistados.

### 2.1. Entre desejos e promessas

Em *O futuro de uma ilusão*, Freud (2014a, p. 276) intenta demonstrar como a ciência deveria assumir o protagonismo na busca dos indivíduos por felicidade, substituindo a religião, que já teria fracassado em suas tentativas de consolá-los e

conciliá-los com a vida. Em *O mal-estar na civilização*, publicado três anos mais tarde, assevera categoricamente que “a intenção de que o homem seja feliz não se acha no plano da ‘Criação’” (FREUD, 2014b, p. 30). A religião seria um resquício de “infantilismo”, e a ciência, a via para conduzir o humano ao encontro da “vida hostil”, por meio de uma “educação para a realidade” (FREUD, 2014a, p. 292).

Bebendo da fonte psicanalítica, Jerome Frank (2009, p. 19) argumenta que a teoria jurídica infantilmente alçou o Direito ao posto de substituto da figura paterna na concessão de amparo e segurança – aquilo que Freud (2014b, p. 25) atribuiria à religião. As faculdades e os tribunais seriam, por sua vez, responsáveis pela perpetuação de um autoengano dos juristas, que se alastraria para os demais cidadãos, clientes dos serviços judiciais.

Ao tratar da doutrina segundo a qual o juiz não cria Direito, Frank (2009, p. 40) a classifica como um “mito”, uma afirmação falsa sem que se tenha consciência de sua falsidade, que envolve, portanto, autoengano. Tratar-se-ia, pois, de uma ilusão, a qual não se confunde com a mentira, em que presentes a consciência da falsidade e a intenção de enganar, tampouco com a ficção, na qual ausente o intuito de ludibriar.

Visando a avanços inegáveis como a igualdade perante a lei e a liberdade em face de déspotas *ainda não esclarecidos*, o pensamento iluminista escancarou a necessidade de que o Direito, para compor litígios e pacificar a sociedade, não fosse apenas volição autoritária. Curiosamente, o chiste do realismo jurídico estadunidense de que o Direito é aquilo que o juiz come no café da manhã (GODOY, 2013, p. 19) encontra sua origem remota e sua primeira refutação no clássico iluminista *Dos delitos e das penas*: em uma invectiva contra a interpretação judicial das leis e o recurso a um suposto “espírito da lei”, Beccaria (2019, p. 46) afirma que este não passaria “da boa ou da má lógica de um juiz, de uma digestão fácil ou difícil”.

Decorrência da doutrina de separação de Poderes que passou a vicejar naquela quadra, o desejo de vedação da interpretação aos juízes chegou ao Brasil dos oitocentos. Identificando o ato de interpretar com “estabelecer o Direito”, Pimenta Bueno (2002, p. 130-132) comete-o “essencial e exclusivamente ao Poder Legislativo”, como consequência e exigência dos princípios constitucionais vigentes; os Poderes Executivo e Judiciário seriam, então, meros “executores ou aplicadores” da lei.

Na França, berço da ilusão, a história do *Code Napoléon* fornece pistas para se desvendar a afirmação do dogma. Seu artigo 4º estabelecia que o juiz não poderia recusar-se a julgar em razão de silêncio, obscuridade ou insuficiência da lei, sob pena de ser processado por denegar a justiça<sup>5</sup>, o que, à primeira vista, bastaria para se reconhecer a inexorabilidade da interpretação pelo juiz. Para guiar o magistrado e possibilitar a adequada aplicação do dispositivo, o artigo 9º trazia uma abertura

<sup>5</sup> “Article 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice”.

ao juízo de equidade, à lei natural e ao costume; porém, eliminado do texto definitivo por obra do Conselho de Estado, deixou o artigo 4º sujeito à hermenêutica oposta àquela pensada por seus autores<sup>6</sup>. Consolidava-se assim, pelas mãos da chamada Escola da Exegese, o dogma da “interpretação passiva e mecânica” dos textos legais (BOBBIO, 2006, p. 73-78).

Uma tal restrição da atividade jurisdicional não apenas se prestava a dar os contornos da divisão de competências, como era instrumental para outro desejo convertido em promessa: a certeza jurídica, que garantiria aos cidadãos, associados por meio do fictício contrato social, um “critério seguro de conduta (...), conhecendo antecipadamente, com exatidão, as consequências de seu comportamento” (BOBBIO, 2006, p. 79-80). A insistência nesse postulado até, pelo menos, meados do século XX gerou a ilusão de que o Direito seria “coisa existente e definitivamente estabelecida” (VILLEY, 2003, p. 430), esperança a que nenhum texto de lei poderia almejar.

As promessas de definitividade enquanto permanência e de certeza aliada a previsibilidade, levadas ao extremo, obscurecem o fato de que o Direito, construção cultural, caminha com a História, em uma espécie de mutualismo determinado pelas circunstâncias passadas e presentes e determinante – embora não *determinista* – para as futuras. Se a cultura é o “acervo dos bens materiais e espirituais acumulados pela espécie humana através do tempo, mediante um processo intencional ou não de realização de valores” (REALE, 2005, p. 3), os hábitos e as instituições jurídico-políticas são antes “composições históricas” do que “coleções fortuitas” ou, como sugeriria o dogma pós-iluminista, “unidades racionais” (OAKESHOTT, 2018, p. 39).

## 2.2. Racionalismo e racionalização

Da Revolução Francesa de 1789, costuma-se recordar mais do lema “liberdade, igualdade e fraternidade” do que do Terror de Robespierre; mais da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão do que do subsequente imperialismo napoleônico que pôs toda a Europa em guerra. Com semelhante incompletude se analisa o “Século das Luzes”, a “Era da Razão”, epítetos do conjunto intelectual e institucional produzido, predominantemente, no século XVIII.

---

<sup>6</sup> Trecho do famoso discurso preliminar sobre o projeto de Código Civil, de Portalis (1801), é ilustrativo do pensamento que guiara a redação original do *codex*. Em tradução livre: “Um Código, por mais completo que possa parecer, não está efetivamente concluído, pois mil questões inesperadas aparecem diante do magistrado. Porque as leis, uma vez redigidas, permanecem tais como foram escritas; os homens, ao contrário, jamais descansam; (...). Muitas coisas são, portanto, necessariamente deixadas ao império do costume, à discussão dos homens instruídos, à arbitragem dos juízes”. Disponível em [classiques.uqac.ca/collection\\_documents/portalis/discours\\_1er\\_code\\_civil/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf). Acesso em 22 jul. 2020.

A despeito de evidentes avanços proporcionados pelos gênios da Ilustração, é neste momento histórico que se põem os alicerces da ilusão de que a razão passara a ser o guia de homens e instituições e de que as ciências conduziriam a humanidade inevitavelmente ao *progresso*. Inserido nesse contexto, o Direito foi convertido, num passe de mágica, em “ciência”<sup>7</sup>, e as declarações de direitos, em instrumento para emancipação de indivíduos e promoção de sua felicidade.

Em uma simplificação grosseira, a História ocidental dos dois últimos milênios se divide em Idade Média, em que a Igreja Católica predominou enquanto instituição política; Idade Moderna, na qual os Estados Nacionais europeus foram forjados, com uma presença institucional ainda determinante da Igreja – ainda que não só a de Roma; e Idade Contemporânea, em que a separação entre Estado e religião pronuncia-se como verdadeiro projeto político. O combate contra a Igreja pelo poder estatal confunde-se progressivamente com a luta pelas mentes e pelos corações, isto é, contra as crenças religiosas: a fé no “Reino de Deus” era um obstáculo à “Era da Razão”<sup>8</sup>.

Para se adequar aos novos tempos, o Direito deixou de ser a arte dialética por meio da qual se atribui, em uma disputa, a cada um o que é seu, sejam créditos e débitos, sejam funções públicas e competências; era agora uma das ciências e tinha de prometer aquilo que nunca poderia entregar: verdades e demonstrações lógico-rationais (VILLEY, 2003, p. 219). Embora rompendo com a religião no discurso, os filósofos dos séculos XVII e XVIII, de fato, secularizaram e deram invólucro científico à doutrina judaico-cristã para criar o que se convencionou chamar de direitos humanos (VILLEY, 2007, p. 137-142).

A prática de conferir aos desejos e às decisões tomadas a partir destes um revestimento lógico, para fazer-nos parecer, a nós mesmos e aos outros, mais racionais do que efetivamente somos, foi chamada por Frank (2009, p. 32) de “racionalização”. Nessa toada, as pretensões de certeza e estabilidade deveriam, para o *mainstream* jurídico dos séculos XVIII e XIX, advir da “razão”; mas, na medida em que o Direito não é demonstrativo como as ciências naturais e exatas, o instrumento de concretude que adotou foi, paradoxalmente, a abstração terminológica (FRANK, 2009, p. 103).

A lição oferecida por Aristóteles (1992, p. 18) logo no início de sua *Ética Nicomaqueia* não foi apreendida pelos legistas modernos: “não se pode aspirar à mesma precisão em todas as discussões, da mesma forma que não se pode atingi-la em todas as profissões”. O caminho que essa classe instruída encontrou para

<sup>7</sup> O Direito tem, precipuamente, funções de ordenação e resolução, ao passo que as ciências têm funções compreensivas e explicativas. Por isso se entende que o Direito é arte e técnica – que, para atingir suas finalidades, se vale das ciências, mas nestas não se enquadram e com estas não se confundem.

<sup>8</sup> Como lembra Merquior (2014, p. 76), com apoio em Paul Hazard, “o Iluminismo foi basicamente uma tentativa de substituir a religião, a ordem e o classicismo pela razão, pelo progresso e pela ciência”.

lidar com o problema da incerteza e da imprevisibilidade do Direito foi negá-lo através de uma “magia verbalizada” (FRANK, 1950, p. 47).

Se era razão, o Direito não poderia ser cultura e ideologia, uma fantasia renitente incapaz de fazer frente à simples constatação de Ricoeur (2013, p. 87-88) de que as “ciências humanas” ou “sociais” (*moral sciences*) não satisfazem o critério positivo de cientificidade, porque não são capazes de falar de um lugar não ideológico e porque suas “verdades” são sempre de um grau inferior às da ciência propriamente dita<sup>9</sup>. Embora eminentemente intelectual, a *iuris prudentia* jamais será atividade estritamente científica, por ser, antes, “discernimento”, “sabedoria prática” – a *phrónesis* de Aristóteles –, dependendo de forma determinante do operador, o que, por sua vez, impede que seja alheia a emoções e comportamentos pessoais (FRANK, 1948, p. 935).

Arena da racionalização por excelência, a atividade interpretativa recebeu particular atenção da erudição moderna. Se, já no *cinquecento* francês, pensadores como Duarenus e Donellus falavam em uma certeza do Direito relativa, porque restrita aos peritos, dispensando-se a interpretação daquilo que não é duvidoso (LOPES, 2010, p. 41), a teoria jurídica das três centúrias seguintes levou ao extremo o brocardo *clara non sunt interpretanda*. À ideia de que ao juiz não cabe interpretar a lei, somou-se uma racionalização justificadora da aplicação de enunciados normativos sem interpretação: a ilusão de eliminação da subjetividade.

Oblitera-se, com isso, a realidade de que apenas por meio da interpretação, por mínima que seja, obtém-se uma conclusão “consensada, que torna o caso claro”: *in claris cessat interpretatio, i.e.*, o processo dinâmico de interpretação cessa com a clareza, o que não se confunde com não se interpretar o que seria, *ab initio*, claro (MARANHÃO, 2012, p. 108). Longe de representar, na prática, uma rejeição das *trevas* em que o homem supostamente vivia há séculos – e que ilusoriamente chegaria ao fim –, essa hostilidade à cultura constituiu uma negação das bases que a Antiguidade Clássica legara à seara jurídica, notadamente a concepção de que o intérprete continua o trabalho do legislador (VILLEY, 2003, p. 443).

A “religião da ciência”, difundida de forma decisiva no século XIX, criou falsas esperanças por onde passou (FRANK, 1950, p. 218), e o Direito – teoria e prática – foi tão sua vítima quanto algoz dos novos *crentes*. Como alertou o grande profeta dessa *fé*, o impulso à liberdade pode ser tanto revolta contra uma injustiça presente quanto fundamento da hostilidade (FREUD, 2014b, p. 57-58), e, ao contrário do que pensava Freud (2014a, p. 278), os homens instruídos, quando frustrados, não devem ser menos temidos do que as massas ignorantes.

---

<sup>9</sup> O filósofo francês a seguir argumenta que o cruzamento entre a teoria social das ideologias e a Psicanálise faz parte da tentativa de “reforço mútuo de várias disciplinas críticas” de compensar suas respectivas insuficiências epistemológicas (RICOEUR, 2013, p. 90).



### 2.3. O mal-estar no Direito

Os filósofos e juristas cujo pensamento forjou a teoria juspolítica moderna, de Rousseau a Bentham, de Beccaria a Kant, foram gênios na acepção mais restrita do termo. Seu legado, particularmente no que tange à liberdade e à autonomia dos indivíduos (MERQUIOR, 2014, p. 45-59), é lembrado, com justiça, de forma preponderantemente positiva. Nada obstante, independentemente de lhes ser imputável ou não, suas construções resultaram, no âmbito jurídico, em uma coletânea de ilusões que perduraram, pelo menos, até o início do século XX.

Sob influxo da Psicanálise, a tese de Jerome Frank (2009, p. 19) assevera que, pela incapacidade de tolerar a contingência, de lidar com o medo da mudança e do acaso, os indivíduos acreditaram nas promessas de infalibilidade, certeza, constância e uniformidade do Direito, parcial substituto para a idealizada figura paterna. Nessa toada, o autor classifica os juristas em “sinceros”, que enganam a si mesmos, e “antidemocráticos”, que, mesmo conhecendo a realidade, escondem-na dos demais cidadãos, tratando os magistrados ou como super-homens, ou como indivíduos cuja natureza humana não interfere no ato de julgar (FRANK, 1950, p. 146).

O público leigo seria, assim, enganado pelos operadores e teóricos, por meio de um ilusionismo racionalizador que, longe de ser inofensivo, conduziria, cedo ou tarde, à desconfiança em relação aos juízes, ao desrespeito por suas decisões e, mais além, a acusações de desonestidade, corrupção e usurpação de poderes (FRANK, 2009, p. 40) – sintomas do mal-estar na cultura. Apesar de ter publicado *Law and the modern mind* apenas três anos após Freud lançar *O futuro de uma ilusão*, escapa a Frank, em sua crítica, a chancela do pai da Psicanálise para o cientificismo exacerbado e ilimitadamente abrangente.

Se o grande equívoco do prócer do realismo jurídico estava em tratar emoções e medos comuns a virtualmente todos os indivíduos como infantilidades, o de Freud estava em substituir as promessas da religião por promessas da ciência. Em sua cruzada antirreligiosa, parece não ter se dado conta de que o trunfo das religiões sobre as ciências – ao menos daquelas que não pontificam a predestinação – está em não prometer a felicidade na Terra. Ao convidar o homem para o encontro com a *realidade*, Freud põe as vestes de sacerdote de uma fé que não só promete o que não pode cumprir, como também advoga a desilusão em vida.

Em outro giro, o grande mérito de Frank (1950, p. 219-221) foi recolocar o Direito entre as artes, rejeitando-lhe um caráter científico<sup>10</sup>, sem negar a importância, para a prática jurídica, dos produtos da ciência, bem como do que chamou de “espírito científico”, uma “serena paixão pela verificação”, calcada no ceticismo construtivo, o qual não se confunde com o “pessimismo que brota das falsas esperanças decorrentes do cientificismo”. Mais do que isso, identificou o Direito moderno

<sup>10</sup> Enfatiza-se a ideia do Direito como arte, e não como ciência, por se entender que envolve, em algum grau, vontade, criatividade, invenção, imaginação. Não à toa, *techné*, a palavra grega que originou a nossa “técnica”, foi traduzida para o latim como *ars*, ou seja, “arte”.

como corresponsável pela dívida oriunda das promessas não cumpridas, cujo preço seria cobrado assim por juristas das gerações seguintes como pelos cidadãos.

A reação teve início ainda em fins do século XIX, com o *Movimento do Direito Livre*, influenciado pela “corrente do irracionalismo, particularmente nas vestes de voluntarismo” (LARENZ, 2005, p. 78). Essa *contracultura* vicejou, inicialmente, reconhecendo que jurisdição envolve inexoravelmente, em algum grau, criação do Direito e rejeitando a equiparação entre processo de conhecimento e processo lógico-dedutivo ou técnica de subsunção mecânica; seus frutos, porém, caíram longe demais da árvore: a decisão judicial tornou-se um “querer”, uma aspiração baseada em um “sentir de valores” (LARENZ, 2005, p. 79-82). A censura positiva que a cultura deveria representar em face do voluntarismo judicial restava elidida à medida que a inconformidade tornava-se hostilidade à cultura, na forma descrita por Freud (2014a, p. 245; 2014b, p. 60), como reflexo da pressão que a cultura exerce em função das renúncias exigidas.

O realismo jurídico estadunidense acaba inserido nesse contexto: Merquior (2019, p. 114) atribui-lhe a criação de “boa margem de permissividade intelectual para os desmandos antijurídicos das ideologias de contestação”; de seu turno, Michel Villey (2003, p. 399) vê nessa corrente um “eco da *Escola do Direito Livre*” e, mais especificamente em Frank, a consolidação da fórmula de Holmes de que o Direito seria pouco ou nada mais do que a previsão de como os juízes virão a decidir. Porém, a maior invectiva do professor francês se dá contra o mal-estar gerado pelas irrealizáveis promessas feitas sob a forma de “direitos humanos”.

Após analisar a longa trajetória do pensamento jurídico-filosófico ocidental até chegar ao século XVII, Villey (2007, p. 149-160) destaca os trabalhos de Hobbes e Locke na construção moderna dos direitos humanos, denunciando a dissimulação de sua afirmação universal, na medida em que o primeiro teorizava a serviço da dinastia Stuart, e o segundo, da classe social que representava. Embora pareça escapar ao autor a contribuição – particularmente de Locke – para a formação das atuais sociedades liberais democráticas, seu estudo merece nota por identificar o caráter ideológico desses direitos, justificção de uma ordem que se buscava manter, o qual foi posteriormente conjugado a um caráter utópico<sup>11</sup>, com vista a uma ampliação objetiva sempre incompleta.

Antes que se lograsse a universalização – suficientemente difícil – de direitos mínimos, o leque de direitos foi alargado progressivamente. Adveio uma “superabundância” de ambiciosas promessas para “alimentar uma torrente de reivindicações impossíveis de serem atendidas”, seja porque contraditórias entre si, seja porque prometiam, ao fim e ao cabo, algo que o Direito jamais poderia dar: a felicidade terrena (VILLEY, 2003, p. 153-155). Constituíam-se mais uma fonte de desilusão, decepção e amargor; do confronto das promessas não concretizadas com

<sup>11</sup> Com base em Mannheim, Ricoeur (2013, p. 99) distingue as ideologias, que justificam e dissimulam a realidade, das utopias, que a enfrentam e a fazem explodir.

a exigência de renúncia que a cultura traz, emergia o mal-estar no Direito que os séculos XX e XXI teriam de enfrentar.

Para lidar com esse mal-estar, às normas seriam atribuídas novas naturezas, ao Judiciário, novos papéis. As ilusões não seriam evitadas; apenas tomariam novas formas.

### 3. AS ILUSÕES CONTEMPORÂNEAS E O DIREITO BRASILEIRO

A desconstrução do idealismo iluminista ganhou força no final do século XIX, não porque os autores mais recentes superavam seus antecessores intelectualmente, mas porque a realidade lhes tornara relativamente fácil refutar a fidedignidade das teses precedentes. *Relativamente* fácil, afinal, as ilusões haviam se tornado parte da cultura, e esta, enquanto valoração, comporta sempre tanto a tendência de permanência quanto a possibilidade de inovação (REALE, 2005, p. 4-5).

De maneiras bastante distintas, o realismo jurídico e o positivismo traziam em comum uma rejeição ao reconhecimento de fins próprios do Direito, negando-lhe uma referência apriorística a valores (BOBBIO, 2006, p. 144). Se a Primeira Grande Guerra (1914-1918) já indicara o fracasso de “toda e qualquer retórica política fundada na pretensa existência de uma razão universal” (LYNCH, 2003), a ascensão do nazifascismo e a implementação de regimes perversos sob estruturas legais ensejaram o advento da tese de que o Direito, de alguma forma, permitirá ou contribuirá para a tragédia insuperável da Segunda Guerra (1939-1945).

A constatação de que as leis e as togas não haviam contido Hitler e Mussolini foi, a um só tempo, a desilusão definitiva com as promessas da cultura reinante e o ponto de partida para a ilusão vindoura: a de que um Direito diferentemente concebido, permeado de valores que seriam concretizados pelas cortes de justiça, seria capaz de evitar novos horrores de tal monta<sup>12</sup>. Com o auxílio do progressivo fortalecimento do Direito Comparado<sup>13</sup>, a nova ilusão espalhou-se pelos continentes, combinada à de que o Estado, por meio de suas normas e de seu aparato burocrático, poderia conduzir os indivíduos à felicidade.

No Brasil, essa conjunção de promessas consolidou-se no século XXI, com apoio na doutrina e em pronunciada mudança de postura do Poder Judiciário, destacadamente do Supremo Tribunal Federal (STF). Ao exercer sua competência de “tribunal constitucional”, como julgador exclusivo em sede de controle abstrato de constitucionalidade e definitivo no controle difuso, a Corte Suprema foi progressivamente moldando uma ordem jurídica em que interesses particulares,

<sup>12</sup> Barroso (2015, p. 26) atribui ao “pensamento constitucional tradicional” uma acomodação “a uma perspectiva historicista, puramente descritiva das instituições vigentes, incapaz de reagir ao poder autoritário e ao silêncio forçado das ruas”.

<sup>13</sup> Destaca-se, como marco inaugural dessa tendência comparatista, a realização, em 1900, do primeiro Congresso Internacional de Direito Comparado, na cidade de Paris.

direitos subjetivos e deveres constitucionais se confundiam para fins de inafastabilidade da jurisdição.

Ao supor a viabilidade de o Poder judicante tornar-se instrumento para saneamento da política e alcance da felicidade coletiva, nossos contemporâneos converteram-no em Poder onipotente por meio do emprego da magia verbalizada de que falava Jerome Frank. Porém, a frustração com a percepção de inexecutabilidade do empreendimento teria como destino uma nova onda de mal-estar no Direito.

### 3.1. O Poder onipotente

Sintetizando a situação do Estado ocidental da segunda metade do século XX em diante, Hesse (1998, p. 31-33) descreve como o desenvolvimento científico e industrial e a especialização proporcionaram cada vez mais rápidas transformações nas condições de vida e alteraram as tarefas do Estado. Os grupos sociais passaram a dirigir suas esperanças para o Estado governante e administrador, de modo que a discussão política deixou paulatinamente de se limitar a certas camadas e tornou-se objeto das massas, influentes ao menos pela via do sufrágio.

No Brasil, desde a Constituição de 1934, vem-se incluindo, entre as promessas estatais, uma gama de prestações positivas e de formas de atuação nas searas econômica e social. Embora a ausência de vontade política esteja sempre presente entre as causas para descumprimentos de enunciados constitucionais, frequentemente passa ao largo das críticas sua factibilidade e sua justiciabilidade.

Com efeito, duas leituras não necessariamente excludentes podem ser feitas acerca das renovadas frustrações na concretização das Leis Fundamentais que se sucederam no país: de um lado, uma patológica “insinceridade constitucional” que deve ser combatida na arena dos tribunais (BARROSO, 2015, p. 27-30)<sup>14</sup>; de outro, a compreensão de que a Constituição consubstancia, a par de um plexo de deveres e direitos subjetivos controláveis pelo Poder Judiciário, uma solução de compromisso político, que busca, antes de tudo, estabelecer a ordem fundamental sobre a qual se erigirá institucionalmente o corpo político-social, carecendo inexoravelmente de interposição legislativa e administrativa para efetivação.

Analisando o *judicial review* norte-americano, Alexander Bickel (1986, p. 16-17) cunhou, no início da década de 1960, a expressão “dificuldade contramajoritária” para referir-se ao fato de que, ao exercer a jurisdição constitucional em nome de um povo “abstrato”, uma minoria não eleita coarcta a vontade de representantes de um povo existente *hic et nunc*. Malgrado a persistência dessa dificuldade, outra de

<sup>14</sup> O autor define tal insinceridade como uma patologia em que a Constituição se torna “mistificação, instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não seriam honradas”, buscando-se o desvio e o disfarce, no lugar do caminho e da verdade.

maior monta se apresenta hodiernamente: a dificuldade onicompetente<sup>15</sup>, relacionada à extensão desmesurada do conceito de (anti)juridicidade para fins de incidência da competência jurisdicional.

Se, na *política da fé* descrita por Oakeshott (2018, p. 63), as instituições governamentais são tidas como meios “para se chegar à ‘verdade’, ou para excluir o ‘erro’ e fazer a ‘verdade’ prevalecer”, encontra-se seu paralelo na jurisdição constitucional na tese de que as cortes têm um papel de “vanguarda iluminista”, no sentido de que ao Poder Judiciário caberia “acender luzes na escuridão, submeter a vontade à razão” (BARROSO, 2018, p. 2209). Observe-se que as condições exigidas pela *política da fé* encaixam-se perfeitamente na *jurisdição iluminista*: requer-se “a convicção de que o poder necessário está disponível ou pode ser gerado e a convicção de que, ainda que não saibamos exatamente o que seja a perfeição, pelo menos conhecemos a estrada que conduz a ela” (OAKESHOTT, 2018, p. 62).

Nesse sentido, a função dita iluminista acaba representando, pela crença na emancipação pela jurisdição e pela autoatribuída onicompetência, uma exacerbação da dificuldade contramajoritária – que encontra fundamento e legitimidade na proteção de direitos fundamentais. Não se trata mais de apenas limitar os Poderes Legislativo e Executivo, mas sim de passar por cima de suas competências, tendo por trás, explícita ou implicitamente, uma alegada omissão para com “o avanço da História”.

Há, nisso, uma ansiedade ou intolerância para com a cultura contemporânea, legítima quando não descamba para hostilidade imperativa, que descarta o fato de que, ao longo da História, vivem-se “épocas tradicionalistas, ancoradas no passado, assim como épocas progressistas, projetadas no futuro” (REALE, 2005, p. 5)<sup>16</sup>. Como assevera peremptoriamente Oakeshott (2018, p. 115), “somente é possível encontrar na história uma única linha homogênea de desenvolvimento se a história for concebida como um boneco com o qual se pratica o ventriloquismo”.

O Direito – teoria ou prática – não é capaz de fazer “avançar a História” por uma série de razões: porque ele não é mero sujeito da História, mas também seu objeto; porque – como o Direito – a História tem um “traçado descontínuo, irregular e conflitante” (REALE, 2005, p. 33); porque nenhum dos dois é efetivamente *ciência*, a que se pode reconhecer traçado contínuo, operando em função de um acúmulo de comprovações positivas ou negativas. Tal qual o Direito, a História não é, nunca

<sup>15</sup> O termo “onicompetente”, tomado emprestado de Michael Oakeshott (2018), refere-se à vastidão virtualmente ilimitada das atividades e dos objetivos do governo defendido pelos representantes do que chama de *política da fé*.

<sup>16</sup> Destaque-se, porém, que o termo “progressista” é potencialmente enganoso, na medida em que “inovação” não é sinônimo de progresso; da mesma forma, deve-se tomar cuidado para não se confundir “tradicionalista” com “reacionário”. Como lembra Freud (2011, p. 45), “nunca se sabe aonde conduz esse caminho; primeiro cedemos nas palavras, e depois, pouco a pouco, também na coisa”.

foi e – infelizmente – nunca será “um fluxo contínuo na direção do bem e do aprimoramento da condição humana”<sup>17</sup>, premissa necessária ao reconhecimento do papel “iluminista”.

Para se robustecer o argumento em prol da *jurisdição da fé*, trazem-se exemplos em que o *bem* teria vencido o *atraso* (BARROSO, 2018, p. 2210), esquecendo-se que questões meritórias nem são parâmetros definidores de competência<sup>18</sup>, nem são, em muitos casos, *minimamente* consensuais<sup>19</sup>. Ainda, a dicotomia *razão judicial-vontade política* simplesmente não corresponde à realidade, já estando fartamente documentado na doutrina, a partir de casos concretos, como magistrados são movidos por fatores muito semelhantes, senão idênticos, aos dos representantes eleitos: ideologia, opinião pública, estratégia, normas, preferências pessoais, história de vida (MELLO, 2018; MELLO, 2015, *passim*) – além, é claro, daquele que influencia todos os demais: o imponderável inconsciente<sup>20</sup>.

De todo modo, movido pela paradoxal *fé iluminista* ou simplesmente pela conjugação de ativismo com supostas boas intenções, o Poder Judiciário contemporâneo vende ilusões que não poderá entregar e leva a sociedade a experimentar e riscos institucionais que só poderiam ser assumidos por representantes por ela escolhidos. Em acréscimo, traz para a jurisdição a desconfiança tipicamente destinada ao universo político-eleitoral, que redundando cedo ou tarde, em frustração e hostilidade tanto para os magistrados e demais operadores do Direito, que deste não conseguem extrair a realidade que desejam, quanto para o público leigo, que acreditou nas promessas dos primeiros.

Para tentar justificar o exercício da jurisdição onicompetente e dar colorido real a suas promessas, os juristas de hoje fazem uso do mesmo expediente utilizado séculos atrás: a racionalização. A “magia verbalizada” de que falava Frank não restou abandonada, mas foi um tanto repaginada.

<sup>17</sup> A construção está em BARROSO, 2018, p. 2208.

<sup>18</sup> No limite, pode-se reconhecer que questões meritórias relacionadas a matérias de complexidade técnica ímpar implicam para o órgão controlador um dever de deferência em relação ao controlado.

<sup>19</sup> Compare-se, por exemplo, o nível de consenso obtenível nos casos *Brown vs. Board of Education*, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos tomou sua primeira decisão contra a segregação racial, reparando um histórico de omissão judicial, e *Roe vs. Wade*, em que o Tribunal considerou inconstitucional lei que criminalizasse o aborto até o primeiro trimestre de gestação. Não é demais lembrar que, a despeito dos obstáculos institucionais à superação da segregação racial nos EUA, quando a Suprema Corte decidiu *Brown vs. Board of Education*, o país já contava com a “maioria nacional favorável à adoção de medidas contra a segregação racial” (MELLO, 2015, p. 299).

<sup>20</sup> Em seu estudo sobre as massas, Freud (2011, p. 19) lembra que “[p]or trás das causas confessas de nossos atos, há sem dúvida causas secretas que não confessamos, mas por trás dessas causas secretas há outras, bem mais secretas ainda, pois nós mesmos as ignoramos”.

### 3.2. O poder mágico das palavras

A fim de tornar o Judiciário o Poder onipotente, teóricos e operadores do Direito no Brasil se utilizaram basicamente de dois expedientes: alargaram o conceito de “direito” (subjetivo), de modo que a regra da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88) abarcasse os dissabores da vida cotidiana, e ampliaram a noção de (in)constitucionalidade, viabilizando que o controle de atos e normas pelo Supremo Tribunal Federal adquirisse contornos antes inimagináveis. Em não raras situações, os magistrados passaram a confundir leis supostamente ruins, insuficientes, anacrônicas ou inoportunas com leis inconstitucionais.

Observa-se esse último fenômeno precipuamente por meio do emprego da técnica da “interpretação conforme a Constituição”. Pensada como uma forma de a jurisdição constitucional manter vigente a lei, afastando específicas leituras que a tornariam inválida, sua aplicação não diferiria, na essência, de uma declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto, dado que ambas importam em redução de conteúdo (MENDES, 1990, p. 285-287). Porém, em julgamentos de natureza objetiva, vem ensejando, ao fim e ao cabo, um exótico *juízo de equidade abstrato*: no lugar de pontual e excepcionalmente se “corrigir” a lei para adequá-la ao caso concreto e evitar distorções intoleráveis, altera-se a lei em flagrante substituição, *i.e.*, usurpação dos demais Poderes. Ocorre assim precisamente o que Hesse (1998, p. 73) temia ao abordar tal técnica: a decisão não contém um *minus* em relação ao enunciado, mas um *aliud*, implicando sua deturpação para que signifique aquilo que os magistrados desejam.

Um caso recente pode ilustrar o argumento. Na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) n. 4275, o Procurador-Geral da República pugnou pela interpretação conforme a Constituição do art. 58 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/1973). Esse dispositivo prevê simplesmente que “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”. Por maioria, o STF julgou procedente a ADI para dar interpretação conforme a Constituição de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem “o direito à substituição de prenome e sexo” diretamente no registro civil, independentemente de autorização judicial, cirurgia de transgenitalização ou tratamentos hormonais.

Pouco esforço é necessário para se ver que a Corte Suprema estendeu sobremaneira o enunciado – que sequer versa sobre gênero sexual<sup>21</sup> – e, sem rodeios, criou a norma que bem entendeu, usando como pretexto uma técnica criada para reduzir o conteúdo do texto legal<sup>22</sup>. Subjacente à questão, está o “poder

<sup>21</sup> De seu turno, o art. 54 desse diploma, que versa sobre gênero, estabelece apenas que o assento do *nascimento* deverá conter o “sexo do registrando”. Contudo, tal dispositivo não é nem mesmo mencionado nos votos proferidos nesse julgamento.

<sup>22</sup> Não se desconhece a aceitação relativamente pacífica, no âmbito do STF, da decisão manipulativa com efeitos aditivos (sentença aditiva). Todavia, além de o acórdão expressamente adotar a “interpretação conforme”, entende-se absolutamente inaplicável a decisão aditiva ao caso em tela,

mágico” das palavras empregadas pelos julgadores, a racionalização em nome da pretensão de promover a felicidade por meio do Direito, em suma, a ilusão jurídica contemporânea.

A interpretação constitucional converte-se assim em mero artifício<sup>23</sup> para se decidir de qualquer forma, escancarando o caráter volitivo da deliberação, e não o racional que se propagandeia; nas palavras de Villey (2003, p. 392), é “como se a arte do direito consistisse em contornar as leis, sob a aparência de respeitá-las”. A pré-compreensão, que deveria ser tornada consciente, trazida à luz e fundamentada (HESSE, 1998, p. 62) como ponto de partida do processo hermenêutico, substitui completamente o iter interpretativo, a despeito de ser o elemento puramente pessoal do intérprete. Com isso, perde-se a necessária vinculação entre texto e norma ou texto e interpretação, em nome de um “avanço” pelo qual já se decidiu aprioristicamente.

Também contribuem de forma determinante para a onicompetência do Direito contemporâneo os princípios jurídicos. Espécie de norma dotada de particular vagueza e indeterminação, revela sua importância seja pelos conteúdos que carrega, “pautas gerais de valoração” (LARENZ, 2005, p. 316) ou “estados de coisas a serem promovidos ou conservados” (ÁVILA, 2016, p. 102), seja porque representam, a um só tempo, o compromisso possível entre forças políticas antagônicas no momento constituinte e a abertura que evita a petrificação da Lei Fundamental.

Contudo, a operação dos princípios mostrou-se progressivamente problemática nas últimas décadas, primeiramente porque a ponderação por meio da qual são aplicados, necessária em função de seu grau de indeterminação, vem sendo utilizada para dotá-los de conteúdos dúbios, muitas vezes contrários a regras expressas de mesma hierarquia normativa (ÁVILA, 2008, *passim*). Ainda, frequentemente despreza-se a “primazia do legislador na concretização da Constituição” (HESSE, 1998, p. 73), substituindo-se escolhas legítimas dos representantes do povo em nome de princípios, alguns dos quais sequer expressos na CF/88 e de impossível definição, como o da “vedação de retrocesso”. Este suposto princípio é um bom exemplo do poder que a jurisdição se arroga, tanto pela relatividade amiúde insuperável do conceito de retrocesso quanto pela naturalidade de que externalidades positivas e negativas decorram de opções

---

na medida em que se imporia o reconhecimento de que a Constituição Federal exige um determinado procedimento para a troca de nome e de sexo de um grupo de indivíduos, o que nos parece inconcebível.

<sup>23</sup> Clássica doutrina germânica fala em “propensão para pseudo-fundamentações por amor a um resultado tido por satisfatório” (ENGISCH, 2001, p. 107).



legislativas e administrativas, de modo que o retrocesso em uma seara pode significar progresso em outra<sup>24</sup>.

Os princípios prestam-se, assim, à exacerbação da *interpretação como artifício*, na medida em que sua aplicação por ponderação muitas vezes não passa de exercício retórico que leva ao emprego indevido da técnica da interpretação conforme a Constituição, de sorte que as normas possuam o conteúdo que o julgador deseja. A dialética como método já estava escanteada pela dominância da pré-compreensão na interpretação; a lógica, de seu turno, acaba por perder sua função residual de controle do impulso decisório<sup>25</sup>, abandonando-se a investigação típica da atividade judicial, a pesquisa que busca, ao final, conquistar “a adesão dos espectadores do pugilato” de ideias (VILLEY, 2003, p. 257) na tarefa de dar a cada um a parte que lhe cabe.

Como adverte Frank (2009, p. 68), palavras “mágicas” criam uma “satisfação alucinógena”, assim no emissor como no destinatário, e excessivo otimismo acaba por gerar “excessivo cinismo”. Por conseguinte, gradativamente, operadores do Direito e cidadãos percebem que a vontade impera nos julgamentos; que sequer os enunciados normativos comportam um mínimo de segurança e previsibilidade; que juízes desconsideram a jurisprudência pacífica e os precedentes vinculantes dos tribunais superiores; que estes não seguem seus próprios precedentes; que a dignidade e a felicidade prometidas a partir da *efetividade das normas constitucionais* não serão alcançadas. O mal-estar no Direito retorna, a hostilidade à cultura está novamente posta, e as cortes transformam-se em arenas de um *vale-tudo* judicial.

### 3.3. O Poder onipotente

Em sua análise da *política da fé*, Oakeshott (2018, p. 64) assinala que a “onipotência” da atividade de governar não implica necessariamente onipotência – e vice-versa. A primeira não se confunde com a segunda, mas, como lembra o pensador britânico, essa forma de pensar a política tipicamente mais acolhe o poder do que se sente constrangida por ele, e “nenhuma quantidade de poder jamais será considerada excessiva” (OAKESHOTT, 2018, p. 65).

Nesse sentido é que o Poder Judiciário brasileiro – em especial seu órgão de cúpula – vem assumindo que, a pretexto de concretizar a massa disforme de princípios e regras insculpidos na Constituição, pode lançar mão de todos os meios que as palavras comportem – novamente, a racionalização. Qualquer sugestão de autocontenção passa a ser facilmente tomada como omissão ou acomodação e,

<sup>24</sup> Imagine-se, à guisa de ilustração, uma norma de proteção ambiental que implica prejuízos à economia e, portanto, retrocesso social, ou seu contrário, uma norma que privilegia a geração de empregos à custa da proteção ambiental.

<sup>25</sup> Sobre a função da lógica como “auditora” ou “controladora” do labor do pensar, cf. FRANK, 1948, p. 950-951. No mesmo sentido, no Prefácio à sexta edição de seu *Law and the modern mind*, Frank faz um mea-culpa e reconhece os excessos de sua crítica à utilização da lógica no Direito em sua obra inaugural.

quando não incidentes limites externos – isto é, da sociedade ou dos demais Poderes – avança-se inercialmente num acúmulo desenfreado de competências.

Ilustra essa assertiva a decisão proferida pela 1ª Turma do STF na Petição 7174, na qual recebeu queixa-crime contra ex-parlamentar acusado de injúria e difamação por ofensas dirigidas a membros da classe artística em sessões no Plenário e na Comissão de Constituição e Justiça. Por meio da racionalização travestida de interpretação, a Corte Suprema fez letra morta da *regra* constitucional segundo a qual deputados e senadores são, *in verbis*, invioláveis *penalmente* por *quaisquer* de suas opiniões, palavras e votos.

Entendeu a maioria da Turma, vencido o Relator, que certas opiniões e palavras são estranhas ao desempenho da função parlamentar – como se o termo *quaisquer*, escolhido pelo constituinte, acomodasse alguma exceção à imunidade e como se houvesse alguma forma de delimitar o exercício verbal do mandato em discursos e atos praticados durante sessões do Congresso Nacional. É digno de nota, porque concerne diretamente à democracia, à liberdade e à separação de poderes, que a imunidade parlamentar esteve prevista em *todas* as Constituições brasileiras – de 1824 a 1988 –, mas apenas duas criaram exceções para possibilitar a responsabilização penal de congressistas por crimes contra a honra (calúnia, injúria e difamação): as Cartas ditatoriais de 1937 e de 1967 – e, no caso desta, apenas com o recrudescimento do autoritarismo promovido pela Emenda n. 1, de 1969<sup>26</sup>.

De forma mais ampla, sob o sugestivo título “o Supremo contra o processo constitucional”, Miguel Gualano de Godoy (2020, *passim*) retrata um “constitucionalismo abusivo interno promovido pelo próprio STF, que torce a Constituição a partir da interpretação que faz dela e das regras que regem o Tribunal”<sup>27</sup>; expõe, para tanto, uma série de evidências de que, em vez de guardar a Lei Maior, o STF a subverte em nome do poder individual de seus membros. Algumas dessas práticas consubstanciam efetivo *filibuster judicial*<sup>28</sup> que atenta contra a legitimidade do colegiado e revela hostilidade institucional e mal-estar entre seus próprios membros, a exemplo de pedidos de vista que perduram meses a fio, não submissão de liminares monocráticas à Turma ou ao Plenário e não inclusão em pauta de processo liberado pelo relator.

Igualmente na contramão de suas funções e demonstrando sua onipotência, a Suprema Corte promove reiteradamente a instabilidade jurídica que devia combater. Não há exemplo melhor do que as decisões proferidas nos anos 2000 acerca da possibilidade de execução antecipada da pena, que podem ser assim resumidas: até 2009, a Corte admitia pacificamente o cumprimento de sentença

<sup>26</sup> Com a Emenda n. 1/1969, a Carta passou a permitir, também, a punição de congressistas por opiniões que violassem a Lei de Segurança Nacional.

<sup>27</sup> O autor fala em “um processo constitucional inventado e decisões cautelares monocráticas que existem no ar, sem fundamento normativo” (GODOY, 2020, p. 14).

<sup>28</sup> *Filibuster* é o termo utilizado em ciência política para se referir aos atos praticados com vista a obstruir votações no Poder Legislativo e impedir a tomada de decisão pela maioria.

penal antes do trânsito em julgado; entre 2009 e 2015, passou a vedá-lo, ensejando, em 2011, alteração legislativa que tornava clara a proscrição do encarceramento antecipado<sup>29</sup>; em 2016, voltou a autorizar a execução penal provisória, tendo firmado tese com repercussão geral nesse sentido – o que, ao menos em termos formais, deveria ter encerrado a discussão; no mesmo ano, em sede de medida cautelar em ação declaratória de constitucionalidade (ADC), tal posição foi ratificada. Insurgindo-se contra o Plenário, diversos ministros vencidos passaram a proferir decisões monocráticas manifestamente opostas à posição colegiada. Por fim, em 2019, após duradoura renitência da Presidência em manter o processo fora de pauta, o Supremo retornou ao entendimento que vingara entre 2009 e 2015. Independentemente do acerto ou não da tese vencedora da última batalha, a insegurança jurídica já havia vencido a guerra.

Fica evidente, em relação ao Supremo Tribunal Federal, a ocorrência da crise de legitimação descrita por Oakeshott para a atividade governamental: arranjos que inicialmente promoviam dispersão de poder acabaram gerando instituições excessivamente “poderosas ou mesmo absolutas” que “continuam a reivindicar o reconhecimento e a lealdade que lhes correspondiam por seu caráter original” (OAKESHOTT, 2018, p. 141). Se todo indivíduo é virtual ou potencialmente um inimigo da cultura (FREUD, 2014a, p. 233-234), e se ao juiz não pode ser reconhecida uma natureza sobre-humana, não há por que deixar de reconhecer sua propensão a se voltar contra as instituições, quando estas representam óbice a seus desejos – conscientes ou inconscientes.

#### 4. CONCLUSÃO

A incerteza e a imprevisibilidade são inerentes ao Direito enquanto fenômeno social e cultural. Contudo, à *arte* jurídica cumpre atribuir a cada um o que lhe cabe, sejam bens e penas, sejam funções e competências, solucionando conflitos para fins de pacificação da coletividade, e, neste aspecto, estabilidade e uniformidade jogam um papel relevante.

Quando os tribunais se afastam desse desiderato e decidem de forma errática ou incoerente, produzem resultado oposto ao legitimamente esperado e geram desconfiança quanto ao seu funcionamento. Se, por um lado, a pretensão de certeza e previsibilidade não pode ser descartada da prática judicial, por outro, constitui verdadeiro *múnus* dos operadores e teóricos do Direito tornar sempre claros os limites dessa pretensão, evitando-se que se converta em ilusão e fonte de frustração.

Ainda maior cuidado deve ser tomado diante do alargamento dos fins do Direito e, por conseguinte, das competências das cortes de justiça, para abarcar um suposto e etéreo progresso e a promoção do *bem* com vista à realização dos

<sup>29</sup> O art. 283 do Código de Processo Penal foi alterado em 2011, sendo objeto de interpretação conforme na medida cautelar da ADC n. 43, que, em suma, declarou implicitamente a inconstitucionalidade do trecho que vedava a execução antecipada da pena. A decisão de mérito, proferida três anos depois, reformou esse entendimento.

indivíduos. Adote-se o conceito freudiano de felicidade, consistente na ausência de dor e na vivência do prazer, ou o aristotélico, que repousa em permanente prática de atividades conforme a virtude, mas depende de uma boa dose de ventura, nenhuma lista de direitos ou coletânea de provimentos judiciais será capaz de promovê-la.

Faz-se necessário, em conclusão, identificar na cultura, em seu sentido de freios sociais e institucionais aos impulsos e instintos dos indivíduos, até onde o Poder Judiciário pode ir – porque sua função é resolver conflitos, não promovê-los; lidar com a realidade, não criar ilusões que, cedo ou tarde, descambarão para o *mal-estar no Direito*.

## REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Brasileira de Direito Público*. Belo Horizonte, a. 6, n. 23, out./dez. 2008. Versão digital.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 24-50.

\_\_\_\_\_. Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 4. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.

BIRMAN, Joel. A leitura freudiana da política. *Psicologia Clínica*. Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, 2016, p. 55-68.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.



ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2001.

FRANK, Jerome. **Courts on Trial: myth and reality in American justice**. New Jersey: Princeton University Press, 1950.

\_\_\_\_\_. **Law and the modern mind**. New Brunswick/NJ: Transaction Publishers, 2009.

\_\_\_\_\_. Say it with music. **Harvard Law Review**. Boston, vol. LXI, n. 6, jun. 1948, p. 921-957.

FREUD, Sigmund. O futuro de uma ilusão (1927). In: FREUD, Sigmund. **Obras completas, volume 17**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014a, p. 231-301.

\_\_\_\_\_. O mal-estar na civilização (1930). In: FREUD, Sigmund. **Obras completas, volume 18**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014b, p. 13-122.

\_\_\_\_\_. Psicologia das massas e análise do Eu (1921). In: FREUD, Sigmund. **Obras completas, volume 15**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 13-113.

373

---

GODOY, Arnaldo Sampaio Moraes de. **Introdução ao realismo jurídico norte-americano**. 1. ed. Brasília: Edição do autor, 2013.

GODOY, Miguel Gualano de. O Supremo contra o processo constitucional: decisões monocráticas, transação da constitucionalidade e o silêncio do Plenário. **Revista Direito e Práxis**, *Ahead of print*, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em <https://www.e-ublicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/44292/33905>. Acesso em 31 jul. 2020.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

HUR, Domenico Uhng. Psicanálise e política: considerações sobre o Estado. **Revista Gestão & Políticas Públicas**. São Paulo, v. 1, n. 1, jun. 2011, p. 112-132.

JABLONER, Clemens. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. **European Journal of International Law**. Oxford University Press: Cambridge, v. 9, n. 2, 1998, p. 368-385.



LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2005.

LOPES, José Reinaldo Lima. **O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Estado e mal-estar no discurso de Sigmund Freud. **Revista Achegas**. Rio de Janeiro, n.3, jan. 2003. Disponível em <http://www.achegas.net/anteriores.html>. Acesso em 08 jan. 2020.

MARANHÃO, Juliano. **Positivismo jurídico lógico-inclusivo**. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

MARONEY, Terry A. The persistent cultural script of judicial dispassion. **California Law Review**. Berkeley, v. 99, n. 2, abr. 2011, p. 629-681.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**. Brasília, vol. 8, n. 2, ago. 2018, p. 688-718.

374

\_\_\_\_\_. **Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos**. São Paulo: Saraiva, 1990.

MERQUIOR, José Guilherme. **O argumento liberal**. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2019.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo: antigo e moderno**. 3. ed. São Paulo: É Realizações, 2014.

OAKESHOTT, Michael. **A política da fé e a política do ceticismo**. 1. ed. São Paulo: É Realizações, 2018.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. São Paulo: Editora 34, 2002.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discours préliminaire du premier projet de Code Civil** (1801). Disponível em [http://classiques.uqac.ca/collection\\_documents/portalis/discours\\_1er\\_code\\_civil/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](http://classiques.uqac.ca/collection_documents/portalis/discours_1er_code_civil/discours_1er_code_civil.pdf). Acesso em 22 jul. 2020.



REALE, Miguel. **Paradigmas da cultura contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e ideologias**. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

