

O DISCURSO MORALISTA NO JUDICIÁRIO: UMA LEITURA A PARTIR DA INTERSECÇÃO ENTRE O DIREITO E A PSICANÁLISE

THE MORALISTIC DISCOURSE IN THE JUDICIARY: AN INTERPRETATION FROM AN INTERSECTION BETWEEN LAW AND PSYCHOANALYSIS

JEANINE NICOLAZZI PHILIPPI*
MACELL CUNHA LEITÃO**

RESUMO: A partir de uma pesquisa bibliográfica – que privilegia a intersecção entre a Teoria do Direito e a Psicanálise – o presente artigo tem como objetivo analisar as consequências do discurso moralista no Judiciário. O texto parte da compreensão freudiana da civilização cujo primeiro requisito é a formulação de um estatuto legal, para o qual todos contribuem com a renúncia à plena satisfação pulsional, que faculta a transformação do poder individual – associado à força bruta – em direito. As leis têm por dever cancelar essa renúncia da qual depende a nossa própria humanidade. Nas sociedades atuais, o indispensável trabalho da civilização cede aos imperativos de gozo que determinam a sua revogação. A destituição progressiva da função do limite reduz a vida à forma elementar do circuito das satisfações e a política a uma relação social organizada não mais por um poder simbólico, mas real, fundado na força, colocando a necessidade

ABSTRACT: *Based on a bibliographical research – that privileges the intersection between the Theory of Law and Psychoanalysis – the following article aims to analyze the consequences of the moralistic discourse in the Judiciary. The text starts from the Freudian understanding of civilization whose first requirement is the formulation of a legal status, to which all of these contribute to the renunciation of full drive satisfaction, that enables the transformation of individual power – associated with raw force – in the legal field. Laws have the duty of cancelling this renunciation upon which our own humanity depends. In modern societies, the indispensable work of civilization yields to the imperatives of enjoyment that determine its revocation. The progressive removal of the boundary function reduces life to the elementary form of the circuit of satisfactions and politics to a social relation organized no longer by a symbolic but*

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC).
E-mail: jeaninenicolazzip@gmail.com.

** Aluno do Curso de Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI).
E-mail: macellbr@hotmail.com.

das leis – validadas pelas formações culturais – entre parênteses. A expansão incontida da economia exige, além da flexibilização do direito, um trabalho contínuo de interpretação das normas positivadas que permite a reconstrução das ordens jurídicas em vigor através das decisões judiciais. Neste novo modelo normativo – que amplia consideravelmente a discricionariedade do Judiciário – o jusmoralismo surge como um discurso legitimador das sucessivas redefinições do direito posto. Apresentado como superação da política, o moralismo que impregna o Judiciário oculta a corrosão da capacidade de participação dos sujeitos nas decisões que afetam a sua existência, em um tempo que libera os “devoradores mais fortes” para a caça – sem restrições – das suas “presas naturais”.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria do direito. Direito e psicanálise. Judiciário. Jusmoralismo.

real power founded on force, placing the need for laws – validated by cultural formations – in parenthesis. The uncontrolled expansion of the economy requires, in addition to the flexibilization of law, a continuous work of interpretation of the positive norms that allows the reconstruction of the legal orders in force through judicial decisions. In this new normative model – which considerably increases judicial discretion – jusmoralism emerges as a legitimating discourse of successive redefinitions of the law. Presented as an overcoming of politics, the moralism that permeates the Judiciary hides the corrosion of the subjects’ capacity for participation in the decisions that affect their existence, in a time that frees the “strongest devourers” for the – unrestricted – hunting of their “natural prey”.

KEYWORDS: Theory of law. Law and psychoanalysis. Judiciary. Jusmoralism.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A função do limite para a condição humana. 3 Os impasses atuais da subjetividade. 4 Os riscos do discurso moralista no Judiciário. 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A situação constitutiva da filosofia nos leva ao questionamento que lhe é próprio e não a qualquer discurso que possa responder a essa indagação. Como, então, determinar as condições de possibilidade desse tipo de reflexão? Trata-se, antes de tudo, de uma ação na qual buscamos alguma coisa – o saber – mas, ao mesmo tempo, uma experiência na qual colocamos em dúvida *a priori* a possibilidade de encontrar a resposta definitiva para aquilo que “causa” o movimento do pensamento. Questionar implica, portanto, em consentir que, na procura pelo saber, está dada e mantida a sua falta. Por isso, podemos dizer: o ser daquele que questiona é desejo que perdura a despeito da falta de objeto.¹

Considerando os atributos desse “extravio”, Platão observava no *Banquete*:

1 JURANVILLE, 1987, p. 15-16.

Eros é fundamentalmente uma falta [...] Nenhum dos deuses poderia filosofar, pois a filosofia já é seu apanágio. O mesmo se pode dizer dos ignorantes, nenhum dos quais deseja a filosofia, porque o mal da ignorância é tornar contentes consigo mesmos os que, não sendo bons nem sábios, cuidam que o são [...] Ninguém deseja senão o de que se julga privado.²

Quando tomamos a falta como referência, imprimimos um movimento crítico ao pensamento que permite expor outras fronteiras de enunciação, nas quais a segurança monótona das supostas representações da verdade cede espaço para uma reflexão desestabilizadora, articulada à ética do bem-dizer que evoca a responsabilidade do sujeito em relação àquilo que ele enuncia como também a sua implicação nos enunciados que acolhe como seus. A possibilidade dessa escrita inspirou, neste trabalho, uma análise – a partir da intersecção do direito com a psicanálise – do jusmoralismo que impregna o Judiciário como um discurso legitimador da reconstrução das ordens normativas estatais a partir das decisões judiciais.

Como esclarece José Martinho,

a intersecção não é interlocução, diálogo com eventual finalidade de obter um consenso ou uma solução para o velho diferendo entre Direito e Psicanálise. O 'e' que liga os dois termos [...] também não é sinônimos de cópula, ou de conexão, com os consecutivos efeitos de anexação ou de divisão. Convém entender 'Intersecção' como um real lógico ou que apenas encontra a sua consistência a partir da lógica simbólica. O termo é de uso na teoria dos conjuntos. Diz-se que 'Intersecção' dos conjuntos A e B (A...B) é o conjunto que contem todos os elementos que pertencem a A e B. Representemo-la através de um diagrama de Euler ou de Vann: basta mudar de letras para obtermos a 'Intersecção Direito e Psicanálise': D...P. Os elementos comuns a D e a P são os termos que pertencem aos dois conjuntos e apenas a estes. Por exemplo, 'lei' e 'culpa' são significantes que encontramos tanto no Direito como na Psicanálise [...] Lacan chama de 'letra' ao significante que advém objeto para o sujeito, por exemplo, o objeto da sua leitura. O sujeito encontra, então, na letra um suplemento do Gozo que lhe faltava. O primeiro encontro falhado com o Gozo obriga-me a falar agora da consistência lógica da perda. Na aritmética, a positividade de uma perda equivale ao zero, não como nada, mas como número. Na lógica

2 PLATÃO, 1961, p. 57 e 63.

simbólica ela equivale ao conjunto vazio e escreve-se \emptyset . Por definição, o conjunto vazio é um subconjunto de todo conjunto, dito de outro modo, cada conjunto inclui o conjunto vazio. A Intersecção de D com \emptyset é o conjunto vazio; e a de P com \emptyset *mutatis-mutandis*. É dizer que existe uma Intersecção entre os dois conjuntos que não concerne os elementos, mas a parte vazia.³

Lacan, no *Seminário 20*, lembra aos juristas que o direito trata de “repartir, distribuir, retribuir, o que diz respeito ao gozo”, isto é, preservar a casa vazia – a falta – onde o jogo humano é lançado.⁴ Hoje, no entanto, essa “retribuição” recua e o direito deixa de operar como um sistema de regras *a priori* – uma função terceira indispensável ao convívio humano – para assumir, de forma cada vez mais explícita, a chancela dos imperativos de gozo. Analisaremos essa mutação – silenciada nas teorias contemporâneas do direito – destacando a destituição das normas comuns, reconhecidas e partilhadas, por decisões – amparadas em redes de atores – que reescrevem o direito posto sem tomar como referência projetos ou ideais partilhados revelando-se, assim, como força que depõe a possibilidade de redefinição das formas de mediação simbólica indispensáveis ao convívio humano.

2 A FUNÇÃO DO LIMITE PARA A CONDIÇÃO HUMANA

A vida humana em comum – escreve Freud – torna-se possível no momento em que a maioria dos indivíduos se reúne sob um poder, expresso na forma de direito, que se opõe à influência de um, ou de poucos, condenada como força bruta.⁵ A justiça, compreendida como a garantia de que a lei, uma vez criada, não será violada em proveito de um membro da comunidade, constitui, portanto, a primeira exigência de uma civilização. Esse requisito fundamental para as formações sociais sempre foi relativizado. Desde os primórdios, as comunidades humanas comportam forças desiguais; nelas – observamos sem dificuldade – as leis são feitas por

3 MARTINHO, 2009, p. 178-179.

4 LACAN, 1985, p. 10-11.

5 FREUD, 1987b, p. 115-116.

e para os mais fortes que deixam pouco espaço para a expressão dos direitos daqueles que não comungam o mesmo status social. De um modo geral, aqueles que detêm o poder procuram colocar-se acima da lei, restituindo o caminho da ferocidade fragilmente contida.⁶

A despeito dos esforços até hoje empreendidos não modificamos muito nossos ideais éticos e estéticos. Embora tenhamos conseguido controlar, através da legalidade instituída, alguns dos nossos excessos mais grosseiros, não fomos capazes de conter as manifestações mais sutis e refinadas da agressividade que nos marca de forma indelével. Insistimos em repudiar o fato de que não somos criaturas gentis que desejam apenas ser amadas e que, no máximo, defendem-se quando atacadas, mas seres cujos dotes pulsionais comportam uma poderosa carga agressiva.⁷ Consequentemente, para nós, o próximo é “alguém que nos tenta a satisfazer sobre ele nossa agressividade, a explorar sua capacidade de trabalho sem compensação, utilizá-lo sexualmente sem o seu consentimento, apoderar-se de suas posses, humilhá-lo, causar-lhe sofrimento, torturá-lo e matá-lo.” Em circunstâncias favoráveis, a agressividade se manifesta espontaneamente “e revela o homem como uma besta selvagem, a quem a consideração para com a própria espécie é algo estranho”.⁸

Em função desses “atributos” humanos, um ininterrupto trabalho da cultura exige de todos – e de cada recém chegado – a renúncia à plena satisfação pulsional, ou seja, a transformação individual e coletiva das tendências mortíferas cujo êxito depende da tutela de uma dupla legalidade: a primeira remete à dimensão da palavra que constitui a nossa humanidade; a segunda – sujeita às flutuações do tempo e das civilizações – coloca a questão dos discursos que ordenam os laços sociais.⁹ A partir dessa divisa podemos formular, então, a distinção entre a Lei e as leis. Escrita em maiúsculo, por seu caráter fundacional, a Lei – que não se situa na história e tampouco tem autoria – é um operador simbólico cuja

6 FREUD, 1987c, p. 248.

7 FREUD, 1987b, p. 117 e 134.

8 Idem, p. 133.

9 LEBRUN, 2007, p. 108.

antecedência radical faculta a impressão, na cultura, das leis que articulam o sentido, sempre inacabado, das formas de vida comum.¹⁰ Do texto das leis, no entanto, a Lei sempre escapará... Seus signos – que aprendemos na forma de vestígios – nos informam apenas sobre uma casa vazia onde o jogo que nos constitui como humanos é lançado.

Antes de qualquer experiência, dedução individual ou prática coletiva, algo se organiza neste campo delimitando as linhas de força iniciais da narrativa de cada um cujo argumento desenrola-se a partir das representações do Outro – o próximo, o estranho, o impossível – que operam como metáforas substitutivas da nossa subjetividade, contadas em três tempos: a alienação, a separação e a travessia da fantasia.¹¹

No começo da aventura que nos constitui como sujeitos, o Outro é percebido como o próximo capaz de saciar todas as demandas. Por essa onipotência imaginária, somos acolhidos com a promessa de um gozo total – a mais arcaica das nossas tentações. O idílio que alimenta essa alienação tem, no entanto, sua contrapartida. O Outro idealizado como provedor de uma satisfação absoluta é também aquele que se sacia inteiramente conosco. Assim, uma separação se faz necessária. O estatuto da nossa humanidade é conferido quando a palavra atua como navalha simbólica rompendo o vínculo que mantínhamos com o Outro – tomado como o nosso primeiro objeto de amor. Esse “corte” inscreve, em cada um, a dimensão da falta delimitando – no mesmo movimento – o traçado dos interditos e das permissões que irão compor o nosso percurso desejanse.

Mas o confronto com o vazio, que grava a Lei, causa vertigem... Basta sua formulação para iniciarmos uma aposta de tudo ou nada em busca daquilo que, no momento da separação, imaginamos ter perdido e cuja posse plena atribuímos ao Outro – o estranho mestre que ordena: Goza! Sob o impacto desse imperativo – que vige sem significar – sentimos o constrangimento de uma injunção irresistível que nos impele a violar as fronteiras estabelecidas para

10 ALTOÉ, 2007.

11 LACAN, 1988, p. 25.

experimentarmos a homeostase encontrada sempre depressa demais pelo vivente.¹²

O humano não se esgota, contudo, na ânsia desse encontro. Além da sedução dessa armadilha, temos a possibilidade de uma travessia no sentido do impossível onde o Outro pode ser reconhecido como efeito de um discurso que tem como aporte o real do qual emergimos como resposta. Não há nada no Outro e essa ausência é nossa parceira inseparável. O centro dos sistemas simbólico e político, argumenta Dany-Robert Dufour, tem a estrutura de uma ficção a partir da qual os interlocutores podem se dedicar “quase pacificamente, a sua inesgotável vocação de falar que modela todas as suas outras atividades”.¹³

O nosso desejo é tributário da falta de alguma coisa que encontramos ao perdê-la, ou seja, ao substituí-la por um significante. Esse “intervalo”, que faculta o acesso ao universo das representações, distingue um obstáculo interposto à pulsão para que ela não esgote seu movimento de retorno à forma original de satisfação “a qual, uma vez impedida, impulsiona a psique em busca das mais diversas formas substitutivas de satisfação, até encontrar seu destino na morte. Entre a interdição inicial e a satisfação final, o universo humano foi – e segue sendo criado.”¹⁴

A Lei, que impõe subterfúgios à satisfação pulsional, é um ente simples. Lidamos com ela como um sistema de elementos – os significantes – nunca completo ou acabado na medida em que cada uma das suas partes específicas é símbolo de uma falta. Toda relação que mantemos – com parceiros ou objetos – decorre, portanto, da nossa implicação em uma perda fundamental.¹⁵ A “casa vazia” instala um limite ao mesmo tempo em que demanda um trabalho – sempre renovado – de preservação da referência da própria humanidade. O nosso comprometimento com esse extravio não obedece, contudo, a uma ordem imutável...

12 LACAN, 1997, p. 798-799 e 802.

13 DUFOUR, 2005, p. 30.

14 KEHL, 1992, p. 261.

15 MELMAN, 2008, p. 89 e 117.

3 OS IMPASSES ATUAIS DA SUBJETIVIDADE

Nas sociedades atuais, a possibilidade de ordenar o campo do gozo, inscrevendo-o na linguagem, perde força, pois as apostas já não estão sendo feitas na “casa vazia”, mas naquilo que promete preenchê-la completamente. Para Jean-Pierre Lebrun, três forças consideráveis atuam no sentido de transformar esse “roteiro imaginário” em um percurso real: o discurso da ciência – que redefine os deslocamentos dos limites nos termos da supressão do lugar do impossível; a deriva democrática – que configura o mundo como um campo lógico no qual tudo é possível e nos convoca como servos do gozo em uma captura perigosa; e o liberalismo econômico desenfreado – que fixa a desregulamentação, necessária à expansão da economia em escala planetária, como marco emancipatório dos indivíduos em relação às “regras alienadas” do jogo social.¹⁶

Nesse “novo domínio”, o indispensável trabalho de chancelar o vazio – que nos mantém a uma devida distância em relação ao absoluto – cede espaço aos imperativos do gozo para os quais reivindicamos o *status* de um direito fundamental. Desatentos, não percebemos que as normas comuns reconhecidas, as balizas e os ideais implicitamente compartilhados vão sendo substituídos por um *self-service* normativo amparado em redes de atores que recomeçam, a cada momento, a operação de ajuste das suas relações recíprocas.¹⁷

Sem referências, promessas, projetos ou utopias, a vida se reduz à forma elementar do circuito das satisfações e a política a um tipo de relação social organizada não por um poder simbólico, mas real – fundado e estabelecido na própria força. Quando a narrativa sobre as fronteiras humanas confundem-se com a exclusão do lugar do impossível, a crença – cada vez mais consistente – na existência do objeto absoluto transforma a falta constitutiva em privação a ser superada. Premido pela captura daquilo que escapa, o “homem novo”, observa Charles Melman, passa a identificar-se com aquilo que todos perseguem e, por isso, “não há nada de espantoso em que ele se exponha – tanto em sua vida privada quanto no mercado de

16 JEBRUN, 2007, p. 110.

17 MELMAN, 2008, p. 64.

trabalho – a ser tratado como objeto de gozo”.¹⁸ Individualidades ocupadas em se proteger da perda que o outro poderia lhes impor e em construir muros para neutralizar o risco de uma subtração de gozo, apostam na rotina, na redução da capacidade reflexiva, no tédio, nas drogas... No avesso dessa “satisfação edulcorada”, o *laissez-faire* dos devoradores mais fortes em busca das suas presas naturais é alçado ao patamar de um direito fundamental. Soluções obscenas e ferozes que expõem duas vertentes da “sociabilidade” contemporânea: “*vanitas e feritas*, ou seja, de um lado os débeis e de outro os canalhas”.¹⁹ Nessa peculiaridade das subjetividades – e dos laços sociais – da atualidade, Jean-Pierre Lebrun identifica traços perversos da nossa cultura.²⁰ No sentido psicanalítico do termo, perversão indica a recusa – no domínio preciso da relação com o outro – em admitir a impossibilidade de um gozo absoluto. Isso não quer dizer que as sociedades atuais inscrevam os sujeitos em uma estrutura perversa; mas que a conversão do gozo em ideal, coloca entre parênteses a necessidade da Lei que deve ser chancelada pelas formações culturais.

Da aposta em um gozo perfeito, sem limite – já alertava Freud no *Futuro de uma ilusão* – todos somos vítima na medida em que ela consiste, justamente, em um método natural e particularmente eficaz de nos destruir “fria, cruel e incansavelmente, através das mesmas coisas que ocasionam a nossa satisfação”.²¹ Por isso, toda formação social tem por função – e não por acaso – barrar o gozo absoluto²² e legar, para as sucessivas gerações – através das suas normas fundamentais –, a irredutibilidade da renúncia à plena satisfação pulsional que dá corpo e fundamento à condição humana.

Hoje, no entanto, adverte Giorgio Agamben, todas as sociedades – democráticas ou totalitárias, conservadoras ou progressistas – enfrentam uma crise de legitimidade em que a lei – significando

18 MELMAN, 2008, p. 54-55 e 181.

19 FINGERMAN, 2005, p. 80.

20 LEBRUN, 2007, p. 65-66, 132 e 161.

21 FREUD, 1987a, p. 26.

22 LACAN, 2003, p. 364.

este termo o inteiro texto da tradição no seu aspecto regulador – vigora como o puro nada da revelação, ou seja, afirma a si mesma, não está ausente, mas é inexequível.²³ Precisamos, portanto, recolocar a questão sobre a função do direito em um mundo no qual

o mercado, ao preconizar um comércio liberado de toda proibição e promover o investimento, submergiu, assim, como uma religião conquistadora, o mundo inteiro até seus inexpugnáveis confins, a ponto de seus mais graves e mais visíveis inconvenientes (destruição da natureza, aumento das desigualdades, surgimento de um quarto mundo...) nem mesmo serem percebidos sob a boa palavra incessantemente propagada (multiplicação miraculosa das riquezas).²⁴

4 OS RISCOS DO DISCURSO MORALISTA NO JUDICIÁRIO

Lacan, no Seminário 20, lembra aos juristas que o direito trata do gozo, uma relação que pode ser esclarecida a partir da compreensão do instituto do usufruto cujo sentido indica “que podemos gozar de nossos meios, mas que não devemos enxovalhá-los [...]. É nisso mesmo que está a essência do direito: repartir, distribuir, retribuir o que diz respeito ao gozo”.²⁵ A operação que permite essa retribuição recua sob o impacto dos apelos “vitais” da concorrência na cena política contemporânea que fixam a desregulamentação necessária à expansão econômica desenfreada como marco definitivo de emancipação dos indivíduos em relação às regras alienadas do jogo social. Contra as amarras legais do Estado legislador, o direito segue a evolução dos costumes deixando de operar como um sistema de regras *a priori* – uma função terceira indispensável à mediação do convívio humano –, para constituir-se como um conjunto de normas de “textura aberta” – uma espécie de *self-service* normativo – apto a acolher a rede urdida de apetites e ganhos ilimitados que captura o nosso gozo e vela pela sua realização. Essa legalidade – que não

23 AGAMBEN, 2004, p. 59.

24 DUFOUR, 2005, p. 79.

25 LACAN, 1985, p. 10-11.

é fácil de ser revelada e tampouco abandonada em virtude de suas incidências subjetivas peculiares – precisa, portanto, ser seriamente analisada.

Os alicerces da ordem jurídica – como sabemos – não suportaram as pressões decorrentes da redefinição das fronteiras políticas do mundo economicamente globalizado, onde o monopólio estatal da legislação está sendo progressivamente suplantado pela capacidade normativa de várias organizações multilaterais, grupos econômicos nacionais, empresas multinacionais com poder decisório, que condicionam a direção dos negócios públicos e a produção do direito no âmbito dos Estados nacionais.²⁶ Para que tenham a sua eficácia garantida, as complexas operações de integração dos micro-sistemas legais exigem do Estado a implantação de uma série de regras e procedimentos destituídos dos critérios jurídicos convencionais – como a generalidade, a universalidade e a abstração. Essa determinação abre, por sua vez, espaço para um trabalho interpretativo contínuo de comunicação e de crítica ideológica das regras do passado que permite, no presente, uma espécie de reconstrução da ordem jurídica em vigor. Celebrado como expressão do dever do direito de seguir os costumes, a composição desse novo modelo normativo habilita o aplicador do direito a produzir juízos que podem extrapolar os limites impostos pelos textos legais, transformando – de modo significativo – a esfera de ação pública do judiciário que passa a operar como instância privilegiada para o ajuste de detalhes necessários à incorporação das normas produzidas a partir de instâncias decisórias do mercado.²⁷

O processo de adaptação do judiciário às novas demandas da economia, a qual governa anonimamente a nossa forma de sociabilidade, tem exigido desde mudanças institucionais profundas – cujo eixo central pode ser percebido na coincidência entre documentos “técnicos” de agências financeiras internacionais sobre a prestação jurisdicional na América Latina e as reformas do judiciário promovidas no Brasil nas últimas décadas – até mesmo uma mudança na compreensão que a própria comunidade jurídica

26 FARIA, 1999, p. 14-15.

27 FARIA, 1998, p. 131.

possui sobre o papel dos juízes na interpretação do direito positivo. Como sói acontecer na história das ideias jurídicas, ao tempo em que estas transformações na racionalidade jurídica atendem às novas composições nas relações de força na sociedade,²⁸ elas devem *parecer* – para sua própria eficácia – meras decorrências das evoluções científicas e legislativas, garantindo, aos juristas, a posição privilegiada de técnico neutro e despolitizado das normas jurídicas.

Diante desta repetição, não deveria causar espécie que, após o fim das guerras mundiais e face à revelação dos horrores cometidos, os eternos fiadores do progresso e do humanismo – sem qualquer questionamento profundo sobre os procedimentos jurídicos e os dispositivos políticos que permitiram que seres humanos fossem integralmente privados de seus direitos e prerrogativas²⁹ – tenham identificado, na promulgação de Constituições “garantistas” ou “compromissórias”, com seus extensos catálogos de direitos inalienáveis, a instituição de uma *nova cultura jurídica*³⁰ capaz de garantir os direitos fundamentais e humanos que, finalmente, todos estariam aptos a pretender.

Para os entusiastas da nova ordem jurídica, a positivação dos “direitos naturais” na Constituição exige uma revisão da teoria, da ideologia e da metodologia jurídicas para além dos limites supostamente estreitos do positivismo jurídico rumo aos denominados “pós-positivismo”, “neoconstitucionalismo” ou, simplesmente, “jismoralismo”.³¹ As tentativas de explicar as “inovações” apresentadas por esta nova cultura jurídica em relação ao adversário

28 NEUMANN, 2013, p. 445ss.; TIGAR; LEVY, 1978, p. 299.

29 AGAMBEN, 2002, p. 167.

30 SANCHÍS, 2009, p. 123.

31 As nomenclaturas “pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo” são objeto de constantes disputas e desentendimentos entre autores e detratores desta nova cultura jurídica, mesmo quando tentam apresentar um levantamento sobre o estado atual do debate (POZZOLO, 2006, p. 78; COMANDUCCI, 2009, p. 75; DIMOULIS, 2006, p. 47ss.; CADERMARTORI; DUARTE, 2009, p. 29). Considerando que ambas as perspectivas pressupõem uma crítica ao positivismo jurídico com base na conexão entre direito e moral, optamos pela expressão jismoralismo (DIMOULIS, 2011, p. 87). Sobre a distinção entre positivismo como método, teoria e ideologia, ver BOBBIO, 2006, p. 133-4.

teórico a ser combatido, o positivismo jurídico, são as mais variadas possíveis. Em meio ao notório ecletismo teórico destas perspectivas, três aspectos nos parecem mais importantes para o argumento aqui desenvolvido.

Em primeiro lugar, o problema da legitimidade. Para os jusmoralistas, a busca por objetividade científica do positivismo jurídico no século XX equiparou o direito à lei, o que serviu para afastá-lo da “filosofia e de discussões como legitimidade e justiça [...]”. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade.³² Na verdade, se a busca por objetividade for entendida no sentido kelseniano, a proposta do autor austríaco parte da separação entre ciência jurídica e aplicação do direito.³³ O ato de conhecimento realizado pela primeira, de fato, deveria ser o mais exato possível, limitando-se a apresentar as possibilidades de interpretação de determinada norma jurídica na formulação de uma moldura hermenêutica. Por sua vez, a criação e a aplicação do direito realizadas pelas autoridades jurídicas, por consistirem em atos de vontade, não estavam restritas a tais postulados metodológicos.

Ao contrário do que supõe a crítica jusmoralista, a perspectiva kelseniana de reforçar a distinção entre ciência e política não pretendia afastar o direito das discussões sobre legitimidade e justiça, mas exatamente permitir que os conflitos de interesse dentro da sociedade sejam tratados pelo que são – questões políticas –, impedindo que os juristas, sob o manto da legitimidade científica, conformassem o conteúdo do direito que deveriam conhecer.³⁴ Ao associar positivismo e nazismo, o flagrante equívoco histórico de Luis Roberto Barroso desvela, de maneira não proposital, os riscos das tendências jusmoralistas de legitimar a ordem jurídica vigente. Durante o nazismo, não apenas os juristas formalistas foram banidos de suas cátedras (dentre eles, Hans Kelsen), como um modelo

32 BARROSO, 2005, p. 4.

33 KELSEN, 2006, p. VIII, 81-83 e 390-391.

34 KELSEN, 2006, p. VIII.

jurisdicional centrado nas regras seria disfuncional para um regime que fazia constante apelo a valores e teleologias para atingir seus “fins”. O mesmo pode ser dito sobre a ditadura militar no Brasil que, não por acaso, encontrou sustentação jurídica no modelo axiológico de Miguel Reale.³⁵

Em segundo lugar, o problema da validade jurídica de normas consideradas injustas. Determinadas tendências jusmoralistas entendem que existe uma conexão necessária entre direito e moral, defendendo que “[a] positividade dos princípios, efetivamente, é aquilo que permite ao neoconstitucionalismo negar a distinção entre justiça e validade, reconhecendo ao direito uma tendência intrínseca à satisfação do ideal moral”.³⁶ Quer dizer, de acordo com os preceitos desta nova cultura jurídica, não apenas os legisladores devem levar em consideração os valores morais da sociedade para definir o conteúdo das leis positivas – como concordam todos os teóricos do direito –, mas os aplicadores do direito possuem o poder e o dever de negar aplicação às normas que não satisfaçam ao “critério moral”.

Tal formulação teórica, ensina Hart, não favorece nossas investigações teóricas e tampouco ajuda a esclarecer nossas deliberações, pois é pouco provável que a orientação de negar validade às leis moralmente iníquas possa fortalecer a “resistência ao mal diante das ameaças do poder organizado, ou a uma percepção mais clara do que está moralmente em jogo quando a obediência é exigida”.³⁷ Além do mais, as sociedades modernas em que vivemos emergem exatamente do colapso das fundações tradicionais que garantiam a existência de concepções morais comuns consolidadas. Em um ambiente de pluralidades de valores e de expectativas, legitimar que as autoridades jurídicas “corrijam” o direito positivado pelas instâncias democráticas em nome de critérios morais identificados por eles próprios equivale, mais uma vez, a estimular que decisões jurídicas substanciais sobre nossa forma de vida sejam tomadas

35 NEVES, 2013, p. 173-174; DIMOULIS, 2006, p. 58-59.

36 POZZOLO, 2006, p. 82.

37 HART, 2009, p. 271.

pelos juristas, reduzindo capacidade de participação dos sujeitos nas decisões que afetam a sua existência.

Em terceiro lugar, e com base nos dois pontos já mencionados, o jusmoralismo promove uma extensa discussão sobre os métodos de interpretação e aplicação do direito a partir, sobretudo, da polêmica em torno do conceito de princípios. Inaugurado por Ronald Dworkin em seu célebre ensaio de 1967, *O modelo de regras I*, a proposta inicial do autor consiste em limitar o poder de decisão dos intérpretes do direito sob o argumento de que – nos casos difíceis em que há indefinição ou ausência de regras – os juízes não operam com discricionariedade em sentido forte, pois recorrem aos *princípios jurídicos*, entendidos como padrões morais desenvolvidos ao longo do tempo pela comunidade jurídica.³⁸ Objeto de várias divergências e incompreensões sobre seu significado,³⁹ os princípios têm servido no contexto brasileiro para tornar ainda mais arbitrária a aplicação do direito, permitindo que o judiciário flexibilize o ordenamento jurídico, em um trabalho contínuo de interpretação das normas positivadas que permite a reconstrução das ordens jurídicas em vigor através das decisões judiciais.

Reforçar a suposta missão ética dos juristas – sem indicar os fundamentos desse “dever de justiça” e sem explicar os métodos que permitam encontrar a solução justa em cada caso⁴⁰ – corresponde a uma função apologética da teoria do direito, configurando um encobrimento moral do decisionismo judicial que retira a responsabilidade dos sujeitos pela ordem jurídica em vigor. De acordo com a intersecção entre o direito e a psicanálise elaborada por Ingeborg Maus, o avanço das teses jusmoralistas no exercício da jurisdição constitucional nos Estados Unidos e na Alemanha tem sido acompanhado por um culto cada vez maior à personalidade dos juízes.⁴¹ Esta crença em uma formação ética excepcional dos juristas termina, assim, por ratificar uma condição infantil em que

38 DWORKIN, 2012, p. 36-36, 52 e 64.

39 NEVES, 2013, p. 171ss; SILVA, 2003, p. 612ss.

40 DIMOULIS, 2006, p. 52-53 e 99.

41 MAUS, 2000, p. 186, 185 e 190.

os sujeitos passam a fazer exigências e reivindicações que não aparecem nem mesmo em seus próprios comportamentos eleitorais. Por essas razões, o judiciário não pode funcionar como administrador da moral pública:

A introdução de pontos de vista morais e de ‘valores’ na jurisprudência não só lhe confere maior grau de legitimação, imunizando suas decisões contra qualquer crítica, como também conduz a uma liberação da Justiça de qualquer vinculação legal que pudesse garantir sua sintonização com a vontade popular. Toda menção a um dos princípios “superiores” ao direito escrito leva – quando a Justiça os invoca – à suspensão das disposições normativas individuais e a se decidir o caso concreto de forma inusitada.⁴²

A flexibilização do direito operada pelo judiciário sob a égide do jusmoralismo não equivale necessariamente a um aumento da insegurança jurídica. Ou melhor, é preciso avaliar concreta e empiricamente: (in)segurança jurídica para quem? Concentrar poderes excessivos na cúpula do judiciário aumenta a arbitrariedade e o decisionismo das decisões e retira ainda mais o pouco poder de participação dos sujeitos nas decisões que afetam suas existências, o que viabiliza, por vezes, é preciso reconhecer, o avanço de pautas liberais associadas ao reconhecimento de direitos de minorias, contudo, a funcionalidade deste novo modelo normativo passa essencialmente por permitir e legitimar o ajuste de detalhes necessários à incorporação das normas produzidas a partir de instâncias sem controle popular. Recente pesquisa sobre a teoria e a prática dos direitos fundamentais constatou, por exemplo, que o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal de 1988 a 2012 – pensado originalmente para a proteção e garantia dos direitos fundamentais – é um grande instrumento para atender interesses corporativos.⁴³ Não se trata, com isso, de defender um retorno improvável ao positivismo jurídico próprio do Estado de direito liberal – que nunca se realizou no Brasil – mas de destacar as consequências perversas da deriva moralista no judiciário aclamada pela teoria jurídica contemporânea.

42 MAUS, 2010, p. 189.

43 COSTA; BENVINDO, 2014.

Com a modernidade, esclarece Charles Melman, aprendemos que o céu está vazio – não há nada no Outro – o que nos ajudou a compreender que as leis admitem distintos horizontes de escrita onde podemos trabalhar com respostas diferentes ao mal-estar da cultura.⁴⁴ O reconhecimento da “casa vazia” postulou, também, a manutenção da existência desse lugar. A compreensão da inexistência de uma instância que determina o nosso movimento no mundo não quer dizer que estejamos liberados de qualquer limite e que cada um pode dar a si mesmo a sua própria lei, mas que nós – seres de falta – somos os autores – e os fragilíssimos fiadores – da legalidade que orienta a vida comum. Em tempos ultraliberais, o entendimento de que a condição humana é marcada pelo impossível está sendo substituída, contudo, pelo imperativo de que tudo é possível, no mesmo movimento em que o lugar vazio do Outro vai sendo preenchido com novas edições de velhas transcendências que, no sentido oposto da liberdade anunciada, legitimam a legalidade férrea que nos convoca para além dos pactos estabelecidos.

Para nutrir-se, a economia globalizada necessita criar populações cada vez maiores de consumidores ávidos de um gozo perfeito e adicto.⁴⁵ Nesse processo, as apostas da vida, como visto, não estão mais ligadas aos valores simbólicos que, antes, desempenhavam a função de garantia, mas à capacidade de adaptação ao fluxo da circulação do capital e das mercadorias. Nessa “adequação” está implicada a dissolução progressiva dos marcos regulatórios – requisitada pelo mercado – que convoca os “homens liberais” a funcionar em um campo lógico no qual tudo é possível. Assim, desde que haja reivindicação, é legítimo que seja atendida e, como o direito deve acompanhar os costumes, ele aí está para atender todas as demandas. Batei e abrir-se-vos-á... mostra a lenda kafkiana do camponês entregue à potência de uma lei que não lhe impõe nada além da própria abertura.⁴⁶ Através dessa porta aberta escoam a rede urdida de apetites, ganhos e ganâncias desenfreados, capturando

44 MELMAN, 2008, p. 36.

45 MELMAN, 2008, p. 70 e 133.

46 KAFKA, 2005.

os sonhos de onipotência que, ao longo da história, embalaram a humanidade. A acolhida de todas as reivindicações – a confusão entre as funções da justiça com as do mercado – tem como corolário a supressão sistemática de direitos que dá forma a um espaço jurídico vazio onde tudo se torna possível.

Um exemplo ilustrativo deste cenário é a profusão indiscriminada de processos judiciais de adultos que têm exigido dos seus pais indenização por abandono afetivo.⁴⁷ Em decisão bastante comentada sobre a matéria, a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy Andrigui firma o entendimento de que a incorporação do cuidado como *valor jurídico objetivo* no ordenamento jurídico brasileiro – “não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88”⁴⁸ – possibilita aos filhos, cujos pais violaram o “núcleo mínimo de cuidados parentais”, pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

Em determinado momento do julgado, a Ministra Relatora afirma o seguinte:

Aqui, não obstante o desmazelo do pai em relação a sua filha, constado desde o reconhecimento da paternidade – apesar da evidente presunção de sua paternidade –, passando pela ausência quase que completa de contato com a filha e coroado com o evidente descompasso de tratamento outorgado aos filhos posteriores, a recorrida logrou superar essas vicissitudes e crescer com razoável aprumo, a ponto de conseguir inserção profissional, constituir família, ter filhos, enfim, conduzir sua vida apesar da negligência paterna.

Entretanto, mesmo assim, não se pode negar que tenha havido sofrimento, mágoa e tristeza, e que esses sentimentos ainda persistam, por ser considerada filha de segunda classe.

Esse sentimento íntimo que a recorrida levará, *ad perpetuam*, é perfeitamente apreensível e exsurge, inexoravelmente, das omissões do recorrente no exercício de seu dever de cuidado em relação à recorrida e também de suas ações, que privilegiaram parte de sua prole em detrimento dela, caracterizando o dano *in re ipsae* traduzindo-se,

47 A divergência de entendimentos acerca da matéria levou o Superior Tribunal de Justiça a debater em 2014 a possibilidade de promover uma uniformização da jurisprudência.

48 BRASIL, 2012, p. 10.

assim, em causa eficiente à compensação.⁴⁹

Quer dizer, mesmo quando um filho recebe assistência material do pai e consegue superar as vicissitudes da vida – que deveria incluir, claro, sentimentos de ausência paterna e tratamento diferenciado dos filhos – o judiciário se considera autorizado a definir que o sentimento íntimo de mágoa e frustração derivado das ações e omissões parentais são causas eficientes para a compensação material. Não se trata aqui de discutir os deveres dos pais, mas o significado desta flexibilização da ordem jurídica por decisões judiciais que apelam a considerações morais para reconhecer “direitos” sem previsão legal.

O reconhecimento judicial do valor jurídico de cuidado implica que pais possam ter que pagar 50, 100, 150, 200 mil reais a filhos que, mesmo adultos, nutrem sentimento de abandono por infâncias que não corresponderam ao ideal estipulado no entendimento judicial da norma. O debate jurídico sobre o *quantum* de compensação devido nesses casos só não é mais absurdo do que supor que o direito possa produzir algum tipo de compensação por acontecimentos próprios da vida, perante os quais somente o sujeito pode e precisa *responder* (étimo do conceito de responsabilidade). Não cabe ao judiciário dar respostas a todos os tipos de problemas sociais, ainda mais quando um enfrentamento da questão demanda uma implicação subjetiva daqueles que se consideram vítimas da violação de seus direitos. Em situações como essa, reforçar a lógica de que o indivíduo “tem direito” a reparação pelo seu sofrimento prolonga a condição de infantilidade dos sujeitos, correspondendo ao que Charles Melman denomina de *direito de conforto* – em que o direito é visto como meio capaz de corrigir todas as insatisfações que podem encontrar expressão no nosso meio social.⁵⁰

49 BRASIL, 2012, p. 13.

50 MELMAN, 2008, p. 106.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À fantasia de gozar a qualquer preço – expressão indelével da liberdade das atuais “democracias” de mercado – Lacan associa o imperativo *Goza!*, uma insistência que não representa os ciclos de necessidade e satisfação, mas aponta um campo opaco marcado pela repetição das séries que comportam o retorno ao inanimado, ou seja, o ponto fora do traçado onde a via da existência toma o sentido da morte.⁵¹ Dessa lei de signos, de “capricho, arbitrária, de oráculo também desconhecemos a sua significação; por isso a marca da sua insensatez”.⁵²

No plano das relações político-jurídicas, a vida sob uma lei que vigora sem significar, argumenta Agamben, é aquela própria do estado de exceção que irrompe seus limites espaço-temporais e tende a coincidir, em toda parte com a estrutura permanente do mundo em que vivemos, anunciando como arauto sangrento o novo *nomos* da terra em relação ao qual a resistência e oposição se tornam cada vez mais difíceis.⁵³

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer – o poder soberano e a vida nua*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2002.

ALTOÉ, Sônia. *A Lei e as leis*. Rio de Janeiro: Revinter, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.159.242/*

51 LACAN, 1986, p. 126.

52 LACAN, 1988, p. 93.

53 AGAMBEN, 2002, p. 43-44.

SP (2009/0193701-9). Relatora: Nancy Andrigui, 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>>.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e argumentação neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?: O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. 2014. Disponível em: <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541>. Acesso em: 2015.

DIMOULIS, Dimitri. Crítica do neoconstitucionalismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 22, 2011.

_____. **Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DUFOUR, Dany-Robert. **A arte de reduzir as cabeças: sobre a nova servidão na sociedade ultraliberal**. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade – os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo (org). **Direito e Globalização econômica**. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

FINGERMANN, Dominique. O destino do mal: perversão e capitalismo. In: DIAS, Mauro Mendes; FINGERMANN, Dominique. **Por causa do Pior**. São Paulo: Iluminuras, 2005.

FREUD, Sigmund. **O Futuro de uma ilusão**. Rio de Janeiro: Imago, 1987a.

_____. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1987b.

_____. **Porque a guerra**. Rio de Janeiro: Imago, 1987c.

HART, Herbert. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

JURANVILLE, Alain. **Lacan e a filosofia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1987.

KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

KEHL, Maria Rita. A mulher e a lei. In: NOVAES, Adauto (org). **Ética**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 7ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LACAN, Jacques. **Escritos – Kant com Sade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **O seminário – a ética da psicanálise**. Livro 7. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

_____. **O seminário – mais ainda**. Livro 20. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.

_____. **O seminário – os escritos técnicos de Freud**. Livro 1. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986.

_____. **O seminário – os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Livro 11. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988.

_____. **Outros escritos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

LEBRUN, Jean Pierre. **La perversion ordinaire – vivre ensemble sans autrui**. Paris: Denoël, 2007.

MARTINHO, José. A “Intersecção Direito – Psicanálise”. In: COUTINHO, Jacinto Nelson (org). **Direito e Psicanálise – intersecções e interlocuções a partir de “O caçador de Pipas de Khaled Houssein**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, 58, nov. 2000.

MELMAN, Charles. **O homem sem gravidade**: gozar a qualquer preço. Entrevistas por Jean-Pierre Lebrun. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2008.

NEUMANN, Franz. **O Império do Direito**: Teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PLATÃO. **O banquete**. São Paulo. Editora Atena, 1961.

POZZOLO, Susanna. O neoconstitucionalismo como último desafio ao positivismo jurídico. In: DUARTE, Écio Oto; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy Editora, 2006.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2003.

TIGAR, Michael; LEVY, Madeleine. **O direito e a ascensão do capitalismo**. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

Recebido em 07/11/2016.

Aprovado em 06/06/2017.

