

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ALEXANDRE FONTANA BERTO

O inconsciente na relação processual:
reflexões acerca da efetividade do devido processo legal

Doutorado em Direito

São Paulo

2021

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ALEXANDRE FONTANA BERTO

O inconsciente na relação processual:
reflexões acerca da efetividade do devido processo legal

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito, na subárea Filosofia do Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Nathaly Campitelli Roque.

São Paulo

2021

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Berto, Alexandre Fontana

O inconsciente na relação processual: reflexões
acerca da efetividade do devido processo legal /
Alexandre Fontana Berto. -- São Paulo: [s.n.],
2021.

168p ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Nathaly Campitelli Roque.
Tese (Doutorado)-- Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, (Mestrado Profissional) -- Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Inconsciente. 2. Interferência. 3.
Julgamentos. 4. Reposicionamento. I. Roque, Nathaly
Campitelli. II. Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito. III. Título.

CDD

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

ALEXANDRE FONTANA BERTO

O inconsciente na relação processual:
reflexões acerca da efetividade do devido processo legal

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para a obtenção do título de DOUTOR em Direito, na subárea Filosofia do Direito, sob a orientação da Profa. Dra. Nathaly Campitelli Roque.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Profa. Dra. Nathaly Campitelli Roque (Orientadora).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor (a) Doutor (a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Assinatura: _____

À Nara e Enrico, com amor.

AGRADECIMENTOS

À orientadora Professora Nathaly Campitelli Roque por encorajar, antes da concepção do trabalho, o desenvolvimento de tema tão complexo, por motivar-me nos momentos de abatimento, ordenar as reflexões nos instantes de euforia e esculpir os pensamentos quando a falta de lucidez se fez presente, especialmente pela fineza de tratamento e compromisso ímpar com o desenvolvimento do conhecimento jurídico.

Ao professor Luís Antônio Rossi que inspirou, impulsionou e auxiliou de forma essencial a superação de todos os obstáculos para que o objetivo fosse atingido, sem o qual este momento jamais seria alcançado.

Aos professores Victor Hugo Nazário Stuchi e Álvaro de Azevedo Gonzaga, pelas fundamentais contribuições.

À Dra. Carina Alamino Trida pelo apoio incondicional durante o desenvolvimento do trabalho, pela ajuda substancial durante as tarefas do cotidiano, pelo auxílio nas essenciais discussões em torno do tema e pela disponibilidade inigualável durante o curso.

Ao professor Franco Cossu Júnior pela indispensável ajuda para compreensão e desenvolvimento de temas sensíveis relacionados à pesquisa.

RESUMO

A elaboração da pesquisa teve por objetivo trazer à reflexão a forma como os fenômenos psíquicos inconscientes interferem na relação processual e destacar que o sistema jurídico e a ciência jurídica optam por desconsiderar a interferência da base inconsciente no direito. A constatação, pelas ciências da mente, da intensidade e importância do inconsciente na atividade humana e a detecção de que o direito possui, em sua essência, afetação humana na sua constituição, interpretação e transformação, faz com que não se possa desconsiderar a intensa relação entre o inconsciente e a atividade jurídica. Partindo-se das mais recorrentes teorias psicanalíticas sobre o inconsciente, optou-se, metodologicamente, por concentra-se no referencial teórico de Antonio Damásio e Jacques Lacan, especialmente para demonstração da hipótese segundo a qual, tanto para a neurociência quanto para a psicanálise, o inconsciente é constituído a partir de significantes e afetos posicionados nas memórias e circunstâncias anteriores à deflagração das respectivas condutas. A comparação da base inconsciente psicanalítica e neurocientífica com a relação jurídica processual fez com que se meditasse sobre lacunas nos principais aspectos das relações controvertidas e como o devido processo legal atual é profundamente afetado pelo inconsciente, seja em relação à delimitação da pretensão, na desenvolvimento da fase probatória e principalmente quanto ao resultados dos julgamentos que, constituídos atualmente na perspectiva simbólica, sofrem grande interferência inconsciente, sem que tais intercessões sejam objetivamente detectadas, fundamentadas e explicitadas pelo sistema de justiça. Os resultados obtidos com a pesquisa revelam que, não obstante a relação jurídica processual seja vigorosamente impactada por elementos inconscientes, não há, nas ciências jurídicas ou no próprio sistema jurídico, ferramentas capazes de traduzir a relevância desta interferência, o que repercute na falta de efetividade na obtenção da prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Inconsciente; Interferência; Julgamentos; Reposicionamento; Devido processo legal; Relação jurídica processual.

ABSTRACT

This research aimed to bring to the reflection of how unconscious psychic phenomena interfere in the procedural relationship and highlight that the legal system and legal science choose to disregard the interference of the unconscious basis in law. The verification, by the sciences of the mind, of the intensity and importance of the unconscious in human activity and the detection that the law has, in its essence, human affectation in its constitution, interpretation and transformation, makes it impossible to disregard the intense relationship between the unconscious and the legal activity. Starting from the most recurrent psychoanalytic theories about the unconscious, we chose, methodologically, to focus on the theoretical framework of Antonio Damásio and Jacques Lacan, specially to demonstrate the hypothesis according to which, both for neuroscience and for psychoanalysis, the unconscious is constituted from signifiers and affects positioned in memories and circumstances prior to the onset of their respective behaviors. The comparison of the psychoanalytical basis and neuroscience with the procedural legal relationship made us meditate on gaps in the main aspects of the controversial relationships and how the current due process of law is deeply affected by the unconscious, whether in relation to the delimitation of the claim, in the development of the evidential phase and mainly regarding of the results of the judgments that, currently constituted in the symbolic perspective, suffer great unconscious interference, without such intercessions being objectively detected, substantiated and explained by the justice system. The results obtained from the research reveal that, despite the procedural legal relationship being vigorously impacted by unconscious elements, there are no tools in the legal sciences or in the legal system itself capable of translating the relevance of this interference, which affects the lack of effectiveness in obtaining the jurisdictional benefit.

Keywords: Unconsciousness; Interference; Judgments; Repositioning; Due process of law; Procedural legal relations.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	INCONSCIENTE E ASPECTOS PSÍQUICOS	16
2.1	O inconsciente e as teorias freudianas	16
2.2	Lacan: o inconsciente, a linguagem e o sujeito	23
2.3	O inconsciente e a neurociência: abordagem a partir de António Damásio	28
2.4	O inconsciente: afeto, emoções e sentimentos	35
2.5	Reflexões do capítulo	40
3	O INCONSCIENTE E O SISTEMA JURÍDICO	42
3.1	O direito e a atividade humana como centro de sua concepção, aplicação e modificação	42
3.2	As ciências da mente e a ciência do direito	44
3.3	Sistema jurídico e sujeito de direitos	46
3.4	Origem e desenvolvimento da abordagem entre o inconsciente no direito: a relação entre direito e psicologia	50
3.5	Sujeito do inconsciente e o direito	55
3.6	Interlocução entre o sujeito de direitos e o sujeito do inconsciente	58
3.7	Pensar o humano em sua integralidade	61
3.8	Reflexões do capítulo	64
4	INCONSCIENTE NA RELAÇÃO PROCESSUAL	65
4.1	Aspectos gerais	65
4.2	Elementos identificáveis objetivamente pelo sistema jurídico	66
4.3	O inconsciente e a delimitação da pretensão	70
4.4	Os métodos alternativos de solução de conflitos e o inconsciente	72
4.5	A produção de provas (o inconsciente e os conceitos de Michele Taruffo)	77
4.6	Teoria das decisões judiciais e o inconsciente	82
4.7	O realismo jurídico	86
4.8	Insuficiência da fundamentação para a abordagem do inconsciente	89
4.9	Reflexões do capítulo	94
5	O JUIZ REAL E O JUIZ IMAGINÁRIO	95
5.1	O juiz imaginário	95
5.2	O ordenamento jurídico como integrante da base inconsciente do julgamento	97
5.3	O juiz real	98
5.4	O julgamento e os sentimentos na teoria damasiana	101
5.5	Os afetos inconscientes em Adrian Johnston e Sydney E. Pulver	102
5.6	A subjetividade no julgamento	104
5.7	O inconsciente e a imparcialidade	107
5.8	Técnicas e métodos adequados para a abordagem do inconsciente	109
5.9	O autoconhecimento do julgador nas relações intersubjetivas	110
5.10	O julgador e o julgamento como ato de compreensão	111
5.11	Reflexões do capítulo	115

6	O INCONSCIENTE NO JULGAMENTO	117
6.1	Os elementos que formam e fundamentam a decisão judicial	117
6.2	Os componentes inconscientes do julgamento	118
6.3	A linguagem do inconsciente e a linguagem do direito	121
6.4	A igualdade e a singularidade	129
6.5	O inconsciente e o sentimento da justiça	131
6.6	A interpretação inconsciente baseada na consideração do sentimento de justiça	136
6.7	Reflexões do capítulo	138
7	O DEVIDO PROCESSO LEGAL IDEAL A PARTIR DA CONSTATAÇÃO DO INCONSCIENTE	140
7.1	O devido processo legal redimensionado sob a perspectiva inconsciente	140
7.2	A identidade física do juiz	142
7.3	A manifestação dos atores processuais, o contraditório e o inconsciente	144
7.4	O inconsciente na produção probatória	146
7.5	O direito de se aproximar da base inconsciente estratificada nas razões de decidir	147
7.6	A inafastabilidade da jurisdição e o inconsciente	148
7.7	A interpretação inconsciente como corolário do direito de acesso à justiça	151
7.8	Os objetivos do devido processo legal e a humanização do processo	152
7.9	Reflexões do capítulo	154
8	CONCLUSÕES	156
	REFERÊNCIAS	162

1 INTRODUÇÃO

O interesse pela forma como o inconsciente afeta as relações jurídicas despertou-se gradativamente à medida que foi possível perceber que o desenvolvimento das relações jurídicas expõe elementos que vão além dos que, em uma visão jurídica tradicional, poderiam ser objetivamente identificáveis.

É altamente intrigante o questionamento em torno da extensão e dos limites da atividade humana no direito, especialmente quando se depara com a premissa de que tal atividade seria exclusivamente racional, que o sistema jurídico satisfaria plenamente seus pressupostos, que o desenvolvimento da relação jurídica processual e seus desdobramentos seriam imunes a afetações inconscientes.

A separação promovida entre a ciência jurídica – sob a perspectiva dogmática – e as ciências da mente, especialmente aquelas voltadas à investigação inconsciente, faz pensar que se o direito se supõe pleno e inatingível por aspectos inconscientes, as demais ciências caminham no sentido de desvendar a interferência inconsciente nas atividades humanas.

Essa discrepância aguçou a pesquisa para que as principais dúvidas em torno do impacto do inconsciente no direito fossem minimizadas, não obstante as naturais dificuldades em lidar com tema que as próprias ciências da mente reconhecem de difícil acesso.

Os principais contornos da relação processual, nessa dimensão, são analisados pela dogmática jurídica dentro das fronteiras do sistema jurídico e raramente as abordagens superam os limites da concepção normativa e racional do direito, inclusive nos campos da interpretação e da argumentação jurídica.

A curiosidade que aguçou a realização desta pesquisa foi a de conhecer em que grau e extensão os sentimentos e as emoções poderiam efetivamente afetar a relação processual, especialmente a partir de reflexões envolvendo o devido processo legal.

Não obstante a atividade jurídica tradicional trabalhe com o consenso de que o direito labora com aspectos sistêmicos eminentemente conscientes e controláveis, a forte presença de tais elementos durante o fenômeno jurídico seduz e atrai a necessidade de pensar e responder à questão: “de que maneira o inconsciente afeta o devido processo legal?”

Desta primeira e principal pergunta certamente sobressaem outras. Por exemplo, em que medida os sentimentos estão presentes na decisão judicial e como a ciência jurídica se aparelha para lidar com a forte influência inconsciente? A pretensão das partes está indissociavelmente ligada ao direito material? Durante a colheita de provas, o julgador é afetado por elementos

inconscientes? Para respondê-las, revelou-se imperativo mostrar a incursão pelas ciências da mente e a abordagem do inconsciente.

Inicialmente, veio a percepção de que o conceito de inconsciente se modificou ao longo do tempo. Freud o mencionou inicialmente nos *Estudos sobre a histeria* (1895), aplicando-o, contudo, como uma qualidade psíquica e, posteriormente, aplica o termo em sentido substantivo, momento a partir do qual se cunhou a expressão inconsciente freudiano.

Sem a pretensão de identificar nos textos psicanalíticos ou neurocientíficos que versam sobre o inconsciente – e que geram intensos debates nos campos científicos – pontos axiológicos decorrentes de comparação entre as teorias, o desenrolar da pesquisa buscará concentrar-se no pressuposto de que o inconsciente, em suas variadas formas de composição, decorre de acontecimentos e de elementos presentes nos processo psíquicos que influenciam fortemente nas atitudes e pensamentos, sem que o indivíduo tenha controle e plena cognição sobre os fatores que causaram e guiaram tais atitudes.

Sabendo-se que a expressão inconsciente é plurívoca e permite critérios de investigação científicos que podem partir da psicanálise ou da neurociência, oportuno lembrar que, para a psicanálise, em definição genérica, o inconsciente decorre de todos os processos mentais ocorridos sem que o sujeito se dê conta disso, ao passo que, para a neurociência, a ideia de consciente – e que reflexamente explica o que seria a inconsciência – está relacionada, grosso modo, à presença de uma experiência mental integrada consorciada à subjetividade.

Percebe-se que o inconsciente que fundou a ciência psicanalítica durante o século XX, sofreu profundas alterações a partir daí e que também constitui elemento-chave nos estudos neurocientíficos.

Embora partam de bases epistemológicas diversas, as teorias da mente reconhecem a existência e a importância do inconsciente para a compreensão das atividades mentais.

O objetivo desta pesquisa não é ingressar na discussão psicanalítica ou neurocientífica a respeito do inconsciente, mas chamar atenção ao fato de que aspectos inconscientes são desprezados pela ordem jurídica embora influenciem a decisão judicial.

No campo da teoria psicanalítica são encontradas diversas formas de investigar o objeto: entrevistas, pesquisas de campo, construção de caso clínico ou por meio de leituras de textos. No campo jurídico, os métodos de pesquisa normalmente estão concentrados na análise de textos.

O método aplicado ao trabalho decorre da interpretação de textos de obras psicanalíticas e neurocientíficas com foco no inconsciente para dele extrair as consequências jurídicas adiante pontuadas. Os textos jurídicos aplicados são aqueles voltados à decisão judicial com o propósito

de extrair uma abordagem voltada à análise do julgamento e seus aspectos inconscientes.

Para obter os resultados pretendidos com esta pesquisa, adota-se como referência principal a leitura de textos a respeito da teoria de Jacques Lacan, além das obras de António Damásio e outras também relevantes para a psicanálise e a neurociência, com ênfase nos conceitos fundamentais relacionados ao inconsciente, especialmente a estruturação do inconsciente na linguagem, a constituição do sujeito e a relação do inconsciente com as experiências mentais integradas.

A estruturação do inconsciente na psicanálise revela que, tanto em Freud quanto em Jacques Lacan, há consenso quanto à presença de uma instância inacessível composta e integrada por elementos que, a despeito de desconhecidos, influenciam a atividade humana.

O paradigma da existência do inconsciente é igualmente notado em António Damásio que exorta diversos trabalhos científicos utilizando tecnologias avançadas, mas que não trazem uma conclusão objetiva acerca da formação de aspectos inconscientes – psicanaliticamente falando se aproximam do sujeito do inconsciente –, o que pressupõe certo consenso nas chamadas ciências da mente quanto à presença e inacessibilidade da plataforma mental inconsciente.

Em textos psicanalíticos que versam sobre o inconsciente, há referências à necessidade de se estabelecer critérios para delimitar o objeto da pesquisa quando o tema em foco é inconsciente, o que recomenda a escolha de um período da produção textual objeto da investigação e o lugar que os textos ocupam em relação ao contexto da obra. Um deles, por exemplo, é ler o inconsciente lacaniano buscando traçar aproximações com a constituição do sujeito na perspectiva de abordagem da estrutura imaginária, simbólica e real. Para a leitura e a interpretação da teoria lacaniana, dada a extensão e a complexidade da obra, a pesquisa adotou como referencial teórico a obra de Michele Roman Faria e outros pensadores referenciados ao longo da obra, que auxiliam a compreensão de sentido e a organização da obra de Jacques Lacan.

Nesta tese, no entanto, não haverá, em sua maioria, a abordagem direta e específica de uma obra ou alguns dos seminários. As citações aos seminários lacanianos, na maior parte do trabalho, serão feitas apenas indiretamente, sem a pretensão de interpretar a obra lacaniana em si, diante da necessidade de focar a pesquisa aos elementos inconscientes da decisão judicial. Busca-se apenas observar elementos fundamentais de ambas as teorias que permitam chegar à conclusão de que o inconsciente está presente na atividade humana e, como tal, influencia diretamente o ambiente jurídico.

A metodologia aplicada ao trabalho levará em conta a análise de textos como estratégia

de pesquisa e, diante da extensão das obras psicanalíticas e neurocientíficas abordadas, o trabalho se restringirá a textos fundamentais das obras de Jacques Lacan e António Damásio para neles identificar os pontos de convergência em relação ao inconsciente e, desse consenso, propor interpretações possíveis em torno dos impactos do inconsciente no fenômeno jurídico.

Ressalta-se, por oportuno, que a pesquisa, em alguns momentos, refere-se à obra de Sigmund Freud e assim o faz porque a origem da teoria psicanalítica passa, necessariamente, pela abordagem do pensamento freudiano, inclusive a forte presença na origem da compreensão realizada por Jacques Lacan (que iniciou os escritos sobre o imaginário a partir da abordagem equivocada que se fazia da obra freudiana).

A partir da estruturação do inconsciente, a pesquisa se lançará na análise das estruturas do devido processo legal, iniciando-se pelo sistema jurídico, com a abordagem da atividade humana na concepção, aplicação e modificação, os sujeitos de direito e do inconsciente, principalmente com a compreensão de que o direito é essencialmente humano.

Em seguida, a pesquisa caminhará para demonstrar que, no desenvolvimento da relação processual, existem elementos objetivamente identificáveis e outros que, ao contrário, sofrem forte influência inconsciente, a exemplo da delimitação da pretensão, na produção de provas e na observação de que a fundamentação presente na relação é francamente escassa para a abordagem completa da influência inconsciente nas questões jurídicas em geral.

Surgiu, então, na linha de análise da relação processual, a necessidade de pensar a figura do juiz, singularmente sob a perspectiva lacaniana entre o real e o imaginário. Da mesma forma que Jacques Lacan pensou o desenvolvimento da psicanálise segundo aspectos imaginários (insuficientes para a verdadeira compreensão do inconsciente psicanalítico conforme as bases freudianas) e na necessidade de uma abordagem real (que implica compreender o sujeito do inconsciente e sua estrutura com a realidade), o cenário jurídico também aponta para a existência de juízos imaginários baseados na suposição de que o sistema jurídico seja completo e suficientemente racional (dimensão simbólica) e na necessária ponderação à luz da constatação de que o inconsciente afeta a conformação do direito em seus mais profundos alicerces na medida em que a constituição humana autêntica, na dimensão real, não é exclusivamente simbólica.

Da constatação quanto aos juízos imaginários e reais adveio a necessidade de pensar sobre o julgamento em si, partindo-se dos elementos que formam e fundamentam a decisão, passando pela linguagem que permeia a decisão, a meditação sobre a singularidade e a igualdade, chegando-se à dúvida sobre o inconsciente e o sentimento de justiça.

Diante de questionamentos de envergadura, passou-se a questionar se a interpretação

jurídica poderia sofrer alterações a partir da constatação do inconsciente, especialmente ao se questionar se o sentimento de justiça afeta, em certo sentido, a tecitura da relação jurídica processual.

Os questionamentos e as dúvidas surgidas neste cenário levaram à necessidade de se investigar as bases do devido processo legal a partir da constatação de que o inconsciente atua fortemente nos arcabouços do direito e, sendo o processo o palco em que direito e realidade se tocam mais profundamente, analisar os principais elementos do *due process of law* se revelou fundamental.

Por fim, a abordagem humana do direito, com foco na estrutura inconsciente que o influencia, revela haver espaços consideráveis para perceber que a atenção quanto a esses aspectos pode reconfigurar as principais disposições do devido processo legal e, com isso, demonstrar que a observância de elementos inconscientes pode contribuir para a evolução das pesquisas jurídicas em geral.

2 INCONSCIENTE E ASPECTOS PSÍQUICOS

2.1 O inconsciente e as teorias freudianas

O inconsciente, para a psicanálise, inicia-se fundamentalmente em Freud. O desenvolvimento das teorias freudianas e sua relação com o inconsciente tem seu marco inicial em 1895 a partir de estudos sobre conteúdos mentais (representações) fora do campo da consciência e relacionados com os sintomas, evidenciando-se marcante presença de conteúdos sexuais relacionados aos sintomas e aos discursos histéricos, além da aplicação do método catártico como possível terapia. Valioso lembrar que a teorização freudiana acerca do mental e do inconsciente não se inaugura com os Estudos tão somente, mas é um processo já em andamento desde 1891, com o texto sobre as *Afásias*, passando pelo *Projeto para uma Psicologia Científica*, abandonado pelo próprio autor em 1895.

Em seguida, Freud publicou um estudo cujos principais aspectos são a estruturação do inconsciente. Em 1900, veio *A interpretação dos sonhos*, estudo através do qual enunciou que o sonho é a realização de um desejo e que as leis fundamentais do sonho estão na condensação e no deslocamento, trazendo mais fortemente a ideia de que para interpretá-lo, é necessário sair do sonho a fim de realizar seu relato.

Constatou que os sintomas neuróticos obedecem a mesma lógica da formação dos sonhos em relação ao funcionamento da subjetividade: a) processo primário baseado no princípio do prazer; b) processo secundário, dominado pelo consciente que recalca os desejos que atuam no plano primário.

Em 1905 publicou *Psicopatologia da vida cotidiana* e, no mesmo ano, *Três ensaios da teoria da sexualidade*. Aqui Freud analisa os chistes e sua relação com o inconsciente, avança no conceito de pulsão (impulsão do sujeito à satisfação inconsciente) e a repressão que a recalca, fazendo com que a pulsão se satisfaça no sintoma.

Em 1915 foram publicados artigos sobre metapsicologia (*As pulsões e seus destinos, o inconsciente, o recalque*), trabalhos que promoveram a unificação teórica entre inconsciente/pulsão com os jogos de linguagem. A pulsão, nesse sentido, seria sempre parcial e teria uma representação na linguagem do inconsciente. Há na pulsão algo que não se expressa em linguagem.

De acordo com o dicionário etimológico de Antonio Geraldo da Cunha¹, o adjetivo ‘inconsciente’ data de 1873, derivado do latim *inconsciousus*: “antes de Freud, o termo foi empregado por filósofos, psicólogos, psiquiatras, escritores, entre outros, com conotações diversas entre si”.

Confira-se, nesse sentido, a concepção de inconsciente individual apresentada por Helio Honda e que, segundo este, nas palavras de Jean Laplanche:

O inconsciente é individual; para ser escandaloso, eu diria que ele está na cabeça de cada *indivíduo*. O inconsciente é essa parte de sua história subtraída não só [...] ao tecido das significações convencionais, mas subtraída também a toda intenção de comunicação [...]. Somente a metodologia inventada por Freud – e não uma metodologia pretensamente orientada para o significante – que alia indissolavelmente livres associações e situação analítica, permite reabrir parcialmente, de um modo precário, de um modo sempre rediscutido, um inconsciente sempre prestes e pronto a se fechar de novo à comunicação, pois que esse fechamento é inerente à própria essência de sua constituição².

Francisco Rafael Barbosa Caselli, por sua vez, observa:

A leitura apresentada a seguir se inclina em direção a um delineamento bastante específico construído pelo texto freudiano: sua apresentação do inconsciente como instância psíquica no interior da qual habitam as representações recalcadas que buscam caminho até o sistema consciente. Esta perspectiva se caracteriza primeiramente por uma polarização entre o pensamento consciente e o pensamento inconsciente. Entrelaçada a esta polarização, e paradoxalmente, o inconsciente é proposto como máquina textual de uma escrita cifrada, a ser traduzida pelo trabalho de interpretação. Nesta perspectiva, o inconsciente pode ser lido, literalmente, como texto psíquico. Esta conceituação, no entanto, é marcada pelo paradigma da representação, no qual a linguagem comparece como o instrumento de expressão do pensamento, o que implica em situar o inconsciente freudiano dentro do modelo de uma *filosofia do sujeito*. Por fim, procuramos destacar o papel atribuído pelo texto freudiano à linguagem no processo de formação dos produtos psíquicos³.

A noção de inconsciente da qual parte o estudo, apesar de sua visão geral, busca harmonizar a interpretação entre as ciências do cérebro e a psicanálise. Neste sentido, Slavoj Žižek elucida que em nenhum lugar a “lacuna que faz a separação entre o inconsciente das ciências do cérebro e o inconsciente freudiano é mais claramente perceptível do que a propósito

¹ CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010, p. 354.

² HONDA, Helio. O estatuto conceitual do inconsciente em Freud e algumas de suas implicações para a prática psicanalítica. **Ágora**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 41-57, abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982013000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 dez. 2019.

³ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 51.

do estatuto das emoções”⁴.

Na Primeira Tópica do aparelho psíquico, Freud enuncia a presença do inconsciente (Ics), pré-consciente (Pcs) e consciente (Cs) na dinâmica do aparelho psíquico. Utiliza a expressão “aparelho psíquico” para designar uma organização psíquica dividida em sistemas ou instâncias psíquicas, cada qual com funções específicas, interligadas entre si. Esses três elementos básicos formam os fundamentos para a compreensão.

Em 1920, Freud, em *Além do princípio do prazer*, vê que a pulsão de morte se manifesta no sentimento de culpa (repetição). A partir da pulsão de morte e da repetição, revê sua teoria e propõe uma nova divisão das instâncias psíquicas, denominada segunda tópica.

Na segunda tópica, Freud traz os conceitos de Id (pulsões e representações reprimidas localizadas na instância exclusivamente inconsciente), Ego e Superego, como instâncias psíquicas. O acesso às manifestações do inconsciente ocorre, por exemplo, através de atos falhos e sonhos. As tópicas não são excludentes. O sistema consciente busca receber informações provenientes dos impulsos externos ou internos. O sistema pré-consciente trabalha como uma espécie de filtro da matéria que poderia avançar ao consciente e sua característica principal: a de que seus conteúdos podem ser recuperados por atos voluntários. O inconsciente, segmento mais arcaico do aparelho psíquico, contém pulsões (representação das pulsões), “protofantasias” e pode emergir ao consciente sob forma disfarçada, como sonhos ou sintomas. O inconsciente opera conforme as leis do “processo primário”, ou seja, a linguagem primitiva do inconsciente.

Além das pulsões do Id, o sistema inconsciente também trabalha nos níveis do Ego e do Superego. O inconsciente contém a maior parte das pulsões, urgências e instintos. Daí porque motivam grande parte das ações, sentimentos e palavras. Para Freud, a inconsciência somente pode ser provada indiretamente, como nos sonhos, atos falhos e certos tipos de esquecimentos chamados repressão. Processos mentais inconscientes tentam, insistentemente, ingressar na instância psíquica consciente. Memórias indesejáveis disfarçadas dependeriam dessa roupagem para “enganar” um “guardião” entre o pré-consciente e o consciente, memórias essas que, na maioria das vezes, por serem fruto de comportamentos punidos ou interditados, geram repressão.

Freud fala em outros processos inconscientes além da repressão, na origem de outros processos em dotação filogenética (material herdado dos ancestrais), conceito similar ao de

⁴ ZIZEK, Slavoj. **A visão em pralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 307.

inconsciente coletivo. As forças que habitam o inconsciente lutam para se tornar conscientes e por isso não ficam inativas. Ideias inconscientes podem motivar pessoas (formação reativa).

“Id”, segundo Freud, é uma região psíquica absolutamente inconsciente localizada no núcleo da personalidade. Busca reduzir tensões através da busca do prazer. O recém-nascido é uma demonstração do “Id”. Como não tem contato direto com a realidade, é ilógico, sustenta ideias incompatíveis e não possui moralidade. É a parte mais primitiva da psique. O “Id” contém pulsões, como Eros (pulsão da vida), Thanatos (pulsão de morte), sexo e agressão. Quer a satisfação imediata e a qualquer custo, desejo esse que configura característica do processo primário.

O “Id” não muda ao longo da vida. Não é influenciado por experiências de aprendizado. Enfim, as principais características do “Id” são primitivas, caóticas, inacessíveis à consciência, imutáveis, amorais, ilógicas, desorganizadas e movidas por energia (manifestada por pulsões básicas descarregadas no princípio do prazer). As combinações dessas pulsões motivam as ações das pessoas. As pulsões de vida são alimentadas pela libido. As pulsões de morte não foram nomeadas por Freud. Aliás, Freud retoma velhas questões, ideias e postura do projeto iniciado 1895, na configuração da noção de impulso de morte.

As energias do “Id” também alimentam o Ego e o Superego. A satisfação das necessidades corporais tem direta relação com o “Id”, como quando o corpo está com sede, fome ou necessidades sexuais, pois, para reduzir o estado de tensão, o “Id” tende a reduzir e a aumentar o prazer. É o aspecto original da personalidade, pois está enraizado na biologia do indivíduo, não resulta da experiência social e não se modifica.

Freud o compara a um caldeirão fervendo que contém urgências e desejos poderosos e primitivos. Busca um meio de expressão que é a satisfação imediata e completa. Funciona através de processos primários de pensamento, os quais são insuficientes para garantir a sobrevivência (limitam-se a operações reflexas, experiências fantasiosas e realizações alucinatórias de desejo); a sobrevivência dependerá de processos secundários de pensamento que permitem o contato com o mundo externo e se realizam através do ego.

O ego, ou o “eu”, é a região da mente em contato com a realidade. Emerge do “Id” durante a infância. Funciona segundo o princípio da realidade, que tenta se sobrepor ao princípio do prazer. Como é o único setor em contato com a realidade, torna-se o tomador de decisões ou o ramo executivo da personalidade. É parcialmente consciente, parcialmente pré-consciente e parcialmente inconsciente. Pode tomar decisões em relação às quais a pessoa não está plenamente consciente.

Enquanto realiza suas funções cognitivas e intelectuais, o Ego precisa considerar as

demandas do Id e do Superego (reservatório dos valores morais), além de se servir ao mundo externo. Para isso, precisa usar a repressão e outros mecanismos de defesa para se proteger. O “eu” é sempre um território de batalha entre os seus impulsos e os ideais do superego. Freud argumenta que o “eu” não é senhor em sua morada. Está sempre em conflito. As pessoas se alienam dessa estrutura subjetiva. As grandes estratégias de defesa desse conflito seriam: 1) alienação; 2) imputar culpa a outro; a função não é frear o impulso do Id, mas imprimir caminhos racionais para atender aos desejos; decide quando e como as funções do Id serão satisfeitas. Define o tempo, o modo e o lugar para satisfação das pulsões.

Para Freud, o Ego se diferencia do “Id” quando o bebê começa a se diferenciar do mundo ao seu redor. O Id não é impactado por essa realidade, mas o Ego continuará desenvolvendo estratégias para satisfazer a busca irrealista pelo prazer. O Ego normalmente controla o Id. O ego, mestre da racionalidade, é prático e racional e busca evitar o sofrimento desnecessário, inclusive aceitar condições adversas.

O Superego representa os aspectos morais da personalidade e é baseado em princípios morais ou idealistas. Ainda que se desenvolva a partir do Ego, não tem relação com o mundo externo e possui dois subsistemas: 1) consciência; 2) Ego ideal. Freud não distinguiu claramente essas duas instâncias, mas, de forma geral, embora, do ponto de vista psicanalítico a questão seja mais complexa, é possível dizer que a consciência é a instância que diz o que a pessoa não deve fazer, enquanto o Ego ideal diz o que a pessoa deve fazer.

O Superego age para controlar os impulsos sexuais e agressivos através do processo da repressão. Não produz repressões por si mesmo, mas solicita que o Ego o faça. É uma instância que age a partir de três procedimentos: 1) observação – quase o sinônimo do que se chama de consciência; 2) além de comparar, também julga (pessoas habitualmente julgam e comparam); 3) punição (porque se aprende como uma consciência auto observadora e judicativa; segundo Freud, os sujeitos são carrascos de si mesmos, aplicam punições que levam a um enigma da psicanálise, o sentimento de culpa). A culpa, por sua vez, surge quando o Ego age em desacordo com os padrões morais do superego; a culpa é uma função da consciência. O Superego não está preocupado com a felicidade do Ego, mas busca de forma irrealista a perfeição; desconsidera as dificuldades do ego; é parecido com o Id na medida em que é irrealista.

O “Id”, o Ego e o Superego não se organizam da mesma forma em todas as personalidades, mas variam conforme cada pessoa. Segundo Wagner Siqueira Bernardes, nas

palavras de Freud: “O Ego não é senhor em sua própria casa”⁵.

A experiência de Freud fez com que se refletisse sobre a personalidade humana a partir de um ponto de vista biológico ou evolucionário. Seus estudos implicavam a evolução das sociedades pré-históricas. O passado evolucionário faz com que exista uma grande similaridade entre as pessoas, entretanto, as experiências individuais da infância modelam o ser humano de forma única, o que explica a diferença nas personalidades.

Em 1930, Freud publicou *Mal-estar na civilização*. No texto, afirma que a civilização é o lugar do superEu, na medida em que exige a renúncia pulsional. Embora as ideias quanto ao mal-estar que assoma o sujeito em decorrência da culpa já estivessem presentes no pensamento freudiano, foi a partir dessa obra que ficou clara a representação de certa infelicidade interior como resultado de uma incriminação do sujeito a si próprio.

O texto procura evidenciar que sem civilização, o homem, criatura frágil, não sobrevive; com a civilização e seus freios aos impulsos mais primitivos, o homem sente mal-estar por não poder realizá-los. Além disso, impulsos como o da agressividade e da sexualidade são irredutíveis ao controle civilizatório (incluindo a moral, os sistemas jurídicos e os imperativos éticos).

Em 1938, trouxe *A clivagem do Ego no processo de defesa* e, através dele, enunciou que o sujeito se divide frente a castração, o que produz uma fenda incurável.

A relevância do texto é conhecer a forte presença do superEu coletivo, ou seja, os processos psíquicos são identificados mais facilmente na massa do que seriam no indivíduo:

Outro ponto de concordância é que o supereu da cultura, em um todo como o do indivíduo, impõe severas exigências ideais, das quais o não cumprimento é punido por meio de “angústia da consciência moral”. Sim, e aqui ainda se produz o fato notável de que os processos psíquicos da massa nos são mais familiares e acessíveis à consciência do que o poderiam ser no indivíduo. Nesse último, só mesmo a agressividade do supereu em caso de tensão se faz audível como censura, enquanto as próprias exigências muitas vezes se mantêm inconscientes e em segundo plano. Se se as leva ao conhecimento consciente, revela-se que elas coincidem com os preceitos do supereu da respectiva cultura. Nesse ponto, os dois processos, o de desenvolvimento cultural da multidão e do próprio indivíduo, via de regra são, por assim dizer, colados ao outro. Desse modo, quanto à sua atuação, numerosas manifestações e propriedades do supereu podem ser mais facilmente encontradas na comunidade cultural do que no indivíduo⁶.

⁵ BERNARDES, Wagner Siqueira. O legado de Freud. **Reverso**, Belo Horizonte, v.28, n. 53, p. 29-31, set. 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-73952006000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 12 out. 2019.

⁶ FREUD, Sigmund (1930). **O mal-estar na civilização**. Tradução e notas e Saulo Krieger. São Paulo: Cienbook, 2020, p. 91-92.

Freud propôs três principais concepções possíveis para o termo inconsciente quando elucidou os aspectos principais da primeira tópica. Na concepção descritiva, aparece o inconsciente como latente, na identificação do consciente com o panorama psíquico. Na concepção dinâmica, o inconsciente surge como a parte recalcada da consciência, posicionada entre o pré-consciente e o consciente⁷.

A significação sistemática, por sua vez, aborda o inconsciente como categoria psíquica, sujeito a ordenações e regulações próprias e específicas, absolutamente diversas das que regem a consciência, conforme explica Antonio Quinet:

Spaltung, que significa divisão, clivagem, fenda, esquize é a própria característica do sujeito do inconsciente, pois sua definição inclui a castração. Ela coloca por terra todo e qualquer ideal de harmonia em que o sujeito seja inteiro (ou esteja inteiro) em alguma situação.

Lacan toma as duas pontas, do início e do final, da obra de Freud e, unindo-as com o conceito de *Spaltung*, mostra que a divisão do sujeito do significante corresponde à divisão do sujeito em relação à realidade da castração. Divisão que se encontra desde o início, com a descoberta do inconsciente, até o final, quando Freud postula a incurabilidade da fenda do sujeito. Quanto ao inconsciente, Lacan o vincula com o conceito de repetição para além do princípio do prazer a fim de demonstrar a insistência da cadeia do significante e a articulação do inconsciente com o gozo apreendida a partir de sua característica de *Zwang*⁸.

Segundo Francisco Rafael Barbosa Caselli,

[...] desde Freud, fala-se da invenção ou descoberta d'O inconsciente, o qual passou a ter o valor substantivo de uma instância ou lugar psíquico cujos elementos funcionam de maneira dinâmica e segundo leis específicas, em uma autonomia absoluta em relação à consciência⁹.

Para o autor, ainda, a proposta freudiana do inconsciente “introduz uma alterização do pensamento e da identificação do Eu com o registro da consciência”. Sigmund Freud traria a proposta de “inconsciente como uma instância regida por outro tipo de pensamento, estranho ao eu, um pensamento que pensa sem mim, pensa enquanto durmo, por exemplo”¹⁰.

A vastidão da teoria freudiana e a necessidade de se estabelecer critérios para a pesquisa recomendam a observação de que a referência a Sigmund Freud lançada neste trabalho

⁷ FREUD, Sigmund. Algumas observações sobre o conceito de inconsciente na psicanálise (1912). In: **Obras completas**: Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia relatado em autobiografia (“O Caso Schreber”), artigos sobre técnica e outros textos (1911-1913). São Paulo: Companhia das Letras, 2011, v. 10.

⁸ QUINET, Antonio. **A descoberta do inconsciente**: do desejo ao sintoma. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 27-28.

⁹ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 53.

¹⁰ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 62.

tem por objetivo apontar que a origem das teorias psicanalíticas que versam sobre o inconsciente está fundamentalmente presente na teoria freudiana, a qual, por sua vez, está na base da teoria psicanalítica, cuja observação será relevante para a compreensão do elo entre o julgamento judicial e o inconsciente.

2.2 Lacan: o inconsciente, a linguagem e o sujeito

Jacques Lacan promoveu um retorno ao sentido que Sigmund Freud atribuiu ao inconsciente, estruturando-o como linguagem e desenvolvendo a distinção entre o Eu e o sujeito. Para isso, Jacques Lacan, além da volta a Sigmund Freud, recorreu também à linguística e à matemática para demonstrar a formação do sujeito do inconsciente.

A teoria lacaniana está contida em publicações originadas dos 26 seminários ministrados entre os anos de 1953 a 1979, divididos e publicados em dois volumes: *Escritos* (1966) e *Outros Escritos* (2001).

Para Francisco Rafael Barbosa Caselli¹¹, é possível identificar na obra lacaniana três principais períodos distintos. O primeiro deles, em que houve a primazia do simbólico advindo de textos de Sigmund Freud para formular a noção de inconsciente estruturado como linguagem. O segundo, por meio do qual formulou as ideias de real, simbólico e imaginário, e a terceira fase, chamada de o “último Lacan”, período no qual analisou os nós e a topologia como via e escritura de investigação do real.

Michele Roman Faria coloca, em contraponto, a ideia de que a obra de Jacques Lacan passou por períodos em que houve maior ênfase ao imaginário, depois maior preocupação com o simbólico e, finalmente, maior atenção ao real, até chegar na teoria que reuniu os três elementos (teoria dos nós):

E ainda que tenha iniciado dando ênfase ao imaginário, passando então a um trabalho que deu destaque o simbólico, e depois à investigação que deixou no centro o real, até chegar, finalmente, à teoria que reuniu real, simbólico e imaginário, Lacan nunca deixou de articular cada um dos seus três aos outros dois, em todo esse percurso.

Não há um Lacan do Imaginário sendo uma articulação com o simbólico e o real nem um Lacan do simbólico sem um esforço de pensá-lo a partir do imaginário e do real; e muito menos um Lacan do real que não considerasse suas relações com o simbólico e o simbólico imaginário.

Para Lacan, não há hierarquia, evolução ou ruptura de um ao outro. O imaginário jamais foi considerado menos importante ou de menor valor que o símbolo, assim como o real nunca foi tratado com mais relevante que o simbólico ou o imaginário. Muito

¹¹ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 53.

antes de afirmar, com a teoria dos nós, que os três deveriam ser considerados equivalentes ele já procurava desconstruir essa leitura: Não creio que haja dois tempos no que ensinei algum dia, um tempo que estaria centrado no estádio do espelho e no imaginário e, depois disso, no momento de nossa história que é demarcado pelo “Relatório de Roma”, na descoberta que eu teria feito, subitamente, do significante. [...] Não é de hoje que o interjogo dos dois registros (imaginário e simbólico) tem sido intimamente traçado por mim (Lacan, 1962/2005, p. 39).

A visão implementada por Michele Roman Faria sobre a obra lacaniana é relevante por considerar que não há hierarquia ou graus diferentes de importância entre o simbólico, real e imaginário, especialmente quando, referindo-se expressamente ao texto lacaniano, a autora salienta a função do significante na constituição do sujeito.

Importante assinalar que o retorno à Sigmund Freud promovido por Jacques Lacan visou ao mesmo tempo proteger a interpretação freudiana, no sentido que Jacques Lacan visualizava, e complementá-la em conceitos elementares que forjaram a teoria psicanalítica.

A ilustração trazida por Antonio Quinet ajuda compreender que o *ich* encontrado nos termos freudianos se refere, em alguns textos, ao Eu e, em outros, ao sujeito. “O eu da consciência se sobrepõe ao sujeito, barrando-o e escamoteando-o”¹²:

$$\left[\begin{array}{c} \text{Eu} \\ \hline \text{S} \end{array} \right]$$

Ao se referir ao inconsciente e sua aproximação do sujeito na teoria lacaniana, Antonio Quinet explica que se refere concomitantemente ao sujeito e ao desejo, porque Jacques Lacan escreve sujeito dividido com um S barrado, riscado, para indicar que o sujeito equivale a um significante riscado dentro da cadeia de significantes do inconsciente, deixando claro que não existe significante que designe o sujeito. A barra, diz, significa negação, o vazio de sua negatividade.

Importante ressaltar o esclarecimento de Antonio Quinet no sentido de que o significante é solidário da tese do inconsciente estruturado como uma linguagem. Jacques Lacan valeu-se da teoria de Ferdinand de Saussure (que toma qualquer palavra e a designa por seu signo linguístico¹³) para encontrar a fonte do significante.

Segundo Luiz Carlos Brant, Jacques Lacan, ao fazer uma releitura radical da obra freudiana, introduz o termo sujeito na psicanálise e, assim, torna possível operar com a hipótese

¹² QUINET, Antonio. **A descoberta do inconsciente**: do desejo ao sintoma. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 28.

¹³ QUINET, Antonio. **A descoberta do inconsciente**: do desejo ao sintoma. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

do inconsciente sem aniquilar sua dimensão fundamental de não sabido (*insu, Unbewusste*). Em Jacques Lacan, o sujeito precisa descobrir a que “Outro” ele se dirige verdadeiramente ainda que não saiba¹⁴. Esse Outro é o sujeito do inconsciente em sua excentricidade de si para si mesmo:

É somente nos últimos anos do século XIX e nos primeiros do século XX que o império da consciência sofre uma ruptura com o surgimento do conceito freudiano do inconsciente, provocando assim uma clivagem na teoria cartesiana da subjetividade. A partir da psicanálise, a subjetividade deixa de ser entendida como um todo unitário, identificado com a consciência e sob o domínio da razão, para figurar como uma realidade dividida em dois grandes sistemas: o inconsciente e o consciente e dominada por uma luta interna em relação à qual a razão é apenas um efeito de superfície. Assim, a psicanálise opera um descentramento da consciência como lugar privilegiado do conhecimento e da verdade. A subjetividade, identificada com a consciência, segundo a concepção de Descartes, devia se fazer clara e distinta para que a razão fizesse seu aparecimento. Nesta pretensa transparência, nada do particular era permitido, pois seria visto como perturbação da ordem. Tal perturbação modificava o pensamento tornando-o inadequado à realidade objetiva que pretendia representar. A partir da psicanálise que sustenta a importância da relação do homem com o seu desejo, o cogito não é mais o lugar da verdade, mas o lugar de seu desconhecimento¹⁵.

Para Jacques Lacan, esse outro que impõe uma fala ao sujeito é o Outro – lugar onde se situa a cadeia de significante. Esse Outro é a ordem do inconsciente, ordem simbólica, que se distingue do outro que é o semelhante. É a partir do Outro, entendido como lugar do simbólico, de certa maneira externo ao sujeito, que se pode entender a diferença entre o sujeito e o indivíduo. Esse Outro é a ordem simbólica constituída pela linguagem e composta de elementos significantes formadores do inconsciente. O Outro é ainda a lei do desejo, razão pela qual toda relação com “um” outro é relação ao Outro, o que significa dizer que ela é regulada pela ordem do inconsciente.

Francisco Rafael Caselli observa:

Por fim, é preciso ressaltar que se Lacan forjou seu conceito de inconsciente em um *retorno a Freud*, isto não significa necessariamente que haja equivalência entre o conceito de inconsciente em ambas perspectivas. O salto é significativo. Não apenas do ponto de vista conceitual, mas também do que Lacan faz avançar no paradigma da linguagem em termos de formalização da estrutura. O conceito de inconsciente em Freud, mesmo quando enunciado como composto por palavras, responde sempre à alguma forma de ontologia, nem que seja a ontologia de um puro pensamento inconsciente. O inconsciente *insiste* como substância em Freud, podemos afirmar, ao passo que em Lacan, a insistência é da bateria de significantes que só produz quando

¹⁴ BRANT, Luiz Carlos. O indivíduo, o sujeito e a epidemiologia. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, 2001, v. 6, p. 221-231. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232001000100018&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2020.

¹⁵ BRANT, Luiz Carlos. O indivíduo, o sujeito e a epidemiologia. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, 2001, v. 6, p. 221-231. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232001000100018&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2020, p. 223.

ordenada no discurso. Tal distinção nos reporta à afirmação de Lacan em “Posição do inconsciente” (1964) na qual propõe que “os psicanalistas fazem parte do inconsciente, posto que constituem seu destinatário (LACAN, 1964/1998, p. 848). Portanto, diferentemente de Freud, a questão introduzida pelo texto de Lacan no que se refere ao inconsciente no campo psicanalítico pode ser disposta do seguinte modo: sem analista, haveria inconsciente?”¹⁶

Vladimir Safatle observa que, a partir de 1953, Jacques Lacan se filia ao estruturalismo e seu objetivo é demonstrar que o verdadeiro objeto das ciências humanas se distancia do homem enquanto centro intencional da ação e produção de sentido, mas filia-se às estruturas sociais que lhe determinam, chegando a afirmar que o sujeito é uma construção ideológica (Althusser), uma ilusão metafísica (Foucault), já que, em última instância, não seria agente, mas apenas suporte das estruturas que agem em seu lugar¹⁷.

Mais adiante, Vladimir Safatle avalia:

O que interessa a Lacan é exatamente tal noção de inconsciente como sistema de regras, normas e leis que determinam a forma geral do pensável. Ela estará presente na famosa afirmação: “o inconsciente é estruturado como linguagem, o que, no fundo, pode ser simplesmente traduzido como: *o inconsciente é a linguagem* (enquanto ordem que organiza previamente o campo de toda experiência possível)”¹⁸.

Por fim, prossegue explicando o que é conhecido por “conteúdos mentais inconscientes:

Por isso, o que normalmente chamamos de “conteúdos mentais inconscientes” deve ser compreendido como conteúdos mentais pré-conscientes, ou seja, conteúdos mentais momentaneamente fora do acesso da consciência, esquecidos, mas que podem ser reintegrados através de processos de memorização e de simbolização. [...] É compreensível a ambivalência de Freud, pois se na consciência rege o princípio da realidade e sua lógica racional, no inconsciente vige o princípio do prazer, que não obedece ao princípio da não contradição e segue pressupostos semelhantes aos da sofística e da ficção.

Nesse sentido, Lacan pode falar da constituição paranoica da própria gênese do Eu, pois se trata de mostrar como a autonomia e a individualidade, atributos essenciais à noção moderna do Eu, são apenas figuras do desconhecimento em relação a uma dependência construtiva do outro. Acreditamos que nosso Eu é o centro de nossa autonomia e autoidentidade. No entanto, sua gênese demonstra como, nas palavras de Rimbaud, “Eu é um outro”. Daí a noção, central em Lacan, de que a verdadeira função do Eu não está ligada à síntese psíquica ou à síntese das representações, mas ao desconhecimento de sua própria gênese e à projeção de esquemas mentais no mundo¹⁹.

Nesse contexto, ganha ênfase a conclusão de Michele Roman Faria:

¹⁶ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 132.

¹⁷ SAFATLE, Vladimir. **Introdução a Jacques Lacan**. São Paulo: Autêntica, 2017.

¹⁸ SAFATLE, Vladimir. **Introdução a Jacques Lacan**. São Paulo: Autêntica, 2017, p. 47.

¹⁹ SAFATLE, Vladimir. **Introdução a Jacques Lacan**. São Paulo: Autêntica, 2017, p. 34-48.

O próprio Lacan não deixará de recomendar a leitura de seus escritos afirmando inclusive, sobre seus textos, que eles “se tornam mais claros com os anos” (Lacan, 1964-65/inédito, 02/12/64).

Essa será também sua posição como leitor de Freud, insistindo desde muito cedo na importância de considerar o conjunto, de não ignorar o que antecede e o que se segue a um texto, para melhor compreendê-lo: “Ouve-se fulano ou sicrano dizer que se propõe aqui uma teoria que não coincide com o que se pode ler em tal ou qual texto de Freud. Eu poderia facilmente responder que, na verdade, antes de se chegar a um texto, é preciso entender o conjunto” (Lacan, 1954- 55/1985, p. 313). Para Lacan, o texto de Freud exigia a consideração do conjunto.

Objetam-me, da maneira mais pertinente, devo dizê-lo, que quanto mais a gente se aproxima do texto, menos se consegue compreendê-lo. É justamente por isso que preciso fazer viver um texto pelo que segue e pelo que precede. É sempre pelo que segue que é preciso compreender um texto (Lacan, 1955-56/1988, p. 173).

É o que Lacan cobrará também daqueles que o acompanhavam: Usam como objeção o que eu disse em tal data ulterior, como se tivesse inventado sozinho, contra o que eu disse inicialmente – e que, claro, pode ser entendido como parcial, sobretudo se o isolamos em seu contexto (1967-68/inédito, 21/12/68).

Considerar o contexto, entender o conjunto, situar cada seminário a partir do que o antecede e do que sucede, observando o fio que une de uma ponta à outra a sua investigação teórica e clínica é, portanto, seguir indicação do próprio Lacan também quando se trata da leitura de sua obra²⁰.

A relevância da obra de Jacques Lacan para a pesquisa é demonstrar que, para além de Freud e da descoberta do inconsciente, as teorias lacanianas contribuíram para a construção da ideia de imaginário (que se aproxima da função do dogmatismo no direito), do simbólico (que, para o direito, ganha relevância na descoberta de que o comportamento humano depende da consideração da construção do sujeito do inconsciente a partir de uma cadeia de significantes, além da consideração de que o inconsciente é estruturado como uma linguagem) e, finalmente, para se considerar que a apreensão da realidade está consubstanciada na presença do inconsciente e na maneira como se manifesta.

Constatada a relação próxima entre as teorias freudiana e lacaniana, e que a distinção entre ambas se consubstancia prioritariamente na posição da linguagem – pois enquanto Sigmund Freud pensou a representação dos conteúdos psíquicos como decorrentes de um aprisionamento do inconsciente em uma *interioridade ontológica substancial*, Jacques Lacan, a partir da noção de linguagem introduzida com as contribuições de Ferdinand de Saussure, Roman Jakobson e Claude Lévi-Strauss, analisou o inconsciente a partir da constituição do sujeito segundo a cadeia de significantes e sua estruturação na linguagem²¹.

²⁰ FARIA, Michele Roman. **Real, simbólico e imaginário no ensino de Lacan**. São Paulo: Toro, 2019, p. 37-38.

²¹ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem: uma leitura de Freud a Lacan**. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 133.

2.3 O inconsciente e a neurociência: abordagem a partir de António Damásio

A evolução das ciências da mente encontra notável importância para a pesquisa na medida em que, atualmente, é possível abordar a consciência/inconsciência a partir de dados e de elementos científicos detectáveis objetivamente.

A obra de António Damásio chama atenção pela abordagem do inconsciente na perspectiva da detecção da influência de emoções e de sentimentos na atividade mental humana. Ao publicar *Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos* (2004), Antonio Damásio considera as emoções, os sentimentos e a relação corpo-mente-cérebro. A publicação de *O mistério da consciência* (2015) relaciona os sentimentos e as emoções à consciência, enquanto em *A estranha ordem das coisas: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura* (2018), nota-se a interferência da regulação biológica na construção dos sentimentos e da consciência.

Antonio Damásio²² refere-se à origem da expressão consciência – o que reflexamente provoca meditação em torno da inconsciência – lembrando que os deuses da antiguidade falam dos heróis dos poemas homéricos à luz da consciência moral (Athenas reteve o braço de Aquiles impedindo-o de matar Agamenon na *Ilíada*). Pontua que, na etimologia, a expressão é utilizada, no latim, desde o século XII e advém de *con* e *scientia*, que sugere a reunião de conhecimentos. Na língua inglesa, as expressões *consciousness* e *conscious* aparecem na primeira metade do século XVII (após a morte de Shakespeare), observando que, no inglês médio, consciência normalmente é expressado por *inwit* (funde a noção de interior *in* com a de mente *wit*). No alemão, nota-se a distinção entre as expressões consciência (*Benusstsein*) e consciência moral (*Gewissen*).

Nas chamadas línguas românicas, a expressão por vezes é utilizada para expressar uma pessoa em estado de coma, além de servir na significação de noção (*connaissance* em francês equivale a conhecimento em português, pontuando que existe um *self* e conhecimento a ele atribuído), referindo-se, ainda, à utilização da expressão consciente para designar *com* (inclusão) e *sciente* (fatos).

Essa realidade se revela quando Antonio Damásio afirma que as emoções, em todas as suas vertentes, refinadas ou não, sutis ou não, impactam os seres humanos e guardam relação com os sentimentos por ela engendrados. E complementa ser por intermédio destes sentimentos,

²² DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 189.

que são privados, voltados para dentro, que as emoções, que são públicas, voltadas para fora, iniciam seu impacto sobre a mente; mas o impacto integral e duradouro dos sentimentos requer a consciência, pois somente em conjunção com o advento de um sentido do *self* os sentimentos tornam-se conhecidos pelo indivíduo que os tem²³.

Quando se fala em emoções e sentimentos, normalmente reflete-se sobre a relação dessas sensações à plataforma inconsciente da mente. Em linhas gerais, e segundo uma noção primária, supõe-se que sentimentos e emoções são desdobramentos naturais do inconsciente e que, nessa dimensão, são tratados igualmente e a partir da ideia de que são incontroláveis.

Antonio Damásio, no entanto, trata do inconsciente de uma maneira cientificamente nova e relevante²⁴, notadamente a partir da constatação de que sentimentos e emoções podem se posicionar no hemisfério consciente quando relacionados à formação da experiência mental e principalmente na construção da subjetividade. Sentimentos e emoções não são componentes absolutamente alheios à consciência, mas, antes, são fundamentais para formar a consciência, o que, de saída, já afasta a ideia subjacente de que a formação humana e, por conseguinte, do próprio direito, seria absolutamente racional pelo simples fato de ser consciente.

É como se a antiga concepção de que o cérebro humano pudesse se comportar da mesma forma que um computador, que ao receber uma informação a decodifica e envia uma resposta, passasse por uma transformação na qual se observa um papel relevante das percepções e sensações.

Mesmo os atos e atitudes puramente conscientes sofrem interferência de emoções e de sentimentos na formação da experiência mental e na ativação da subjetividade.

Oportuno salientar, que a subjetividade, segundo Adrian Johnston²⁵, vem acompanhada de uma cadeia de afetos, emoções biológicas e sociais, desempenhando um papel pontual na passagem da consciência central para o chamado *self* autobiográfico, este último esclarecido a seguir.

O ressignificado da consciência/inconsciência em Antonio Damásio requer, primeiro, sua abordagem sobre os componentes cruciais da consciência: 1) as experiências mentais integradas; e 2) a subjetividade.

Antes de abordá-las especificamente, Antonio Damásio observa que o universo do conhecimento, passado e coerente, só se materializa para seu possuidor quando a mente estiver

²³ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 39.

²⁴ Embora outras obras de Damásio tenham servido como referência, duas principais foram utilizadas como base da pesquisa, escritas em 2015 e 2018, respectivamente: *O mistério da consciência e a Estranha ordem das coisas*.

²⁵ JOHNSTON, Adrian; MALABOU, Catherine. **Self and emotional life**: philosophy, psychoanalysis and neuroscience. New York: Columbia University Press, 2013, p. 32.

consciente, capaz de examinar seu conteúdo. As imagens correspondentes a eventos do mundo (integradas por narrativas e imagens do passado reconstituídas) ensejam a subjetividade consistente na criação de uma perspectiva para essas imagens, perspectiva essa acompanhada de sentimentos²⁶.

Na medida em que a consciência nasce de experiências mentais integradas, lidas sob a lupa da subjetividade (que é acompanhada por sentimentos), importante ressaltar que, em dado momento das atividades humanas, a consciência se perde de maneira a impossibilitar a constatação de que não se está à frente dos respectivos atos.

Antonio Damásio identifica três principais espécies de consciência: central, ampliada e moral. É importante diferenciá-las porquanto dessa diferenciação advém a necessária distinção da expressão consciência para o escopo do trabalho.

A consciência central constitui o nascimento da própria consciência com a atribuição de sentido do *self* no ato de conhecer. Centraliza-se no processo de obter padrão mental e neural para o objeto, o organismo e a relação entre ambos. O quadro destacado por António Damásio enlaça a consciência central ao *self*:

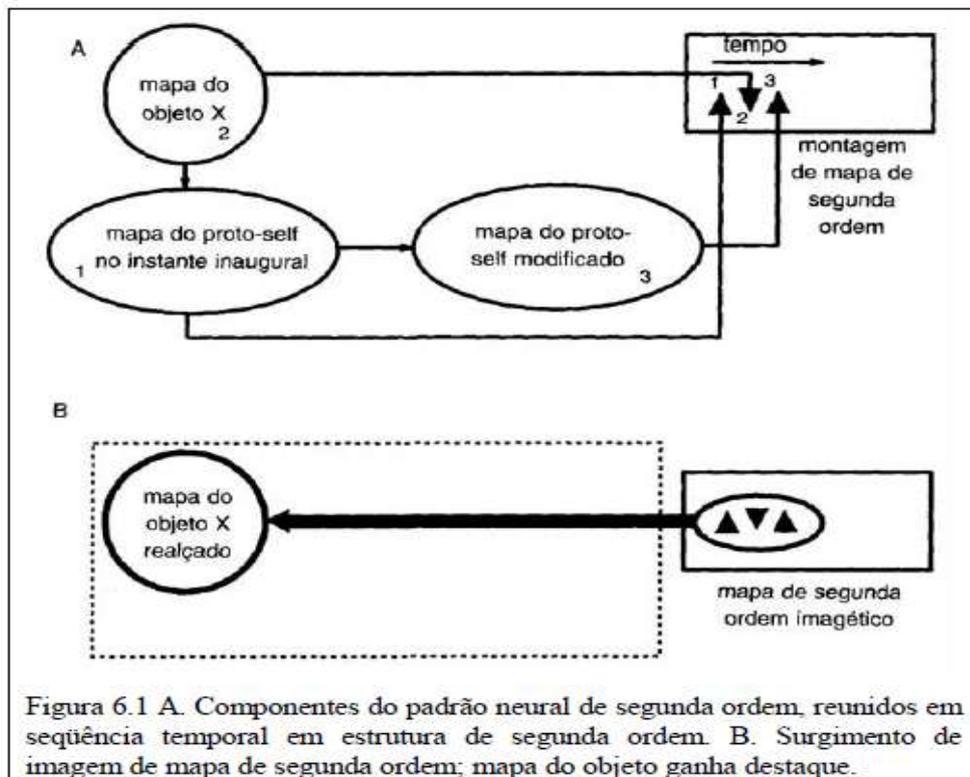
Quadro 1 - Tabela Self (Damásio)

TABELA 6.1 TIPOS DE SELF
<p>SELF AUTOBIOGRÁFICO: O <i>self</i> autobiográfico baseia-se na memória autobiográfica que é constituída por memórias implícitas de múltiplos exemplos de experiência individual do passado e do futuro antevisto. Os aspectos invariáveis da biografia de um indivíduo formam a base da memória autobiográfica. A memória autobiográfica cresce continuamente com a experiência de vida, mas pode ser parcialmente remodelada para refletir novas experiências. Conjuntos de memórias que descrevem a identidade e a pessoa podem ser reativados como um padrão neural e explicitar-se como imagens sempre que necessário. Cada memória reativada opera como um “algo a ser conhecido” e gera seu próprio pulso de consciência central. O resultado é o <i>self</i> autobiográfico do qual somos conscientes.</p> <p>SELF CENTRAL: O <i>self</i> central é inerente ao relato não verbal de segunda ordem que ocorre toda vez que um objeto modifica o proto-<i>self</i>. O <i>self</i> central pode ser acionado por qualquer objeto. O mecanismo de produção do <i>self</i> central sofre mudanças mínimas no decorrer de toda a vida. Somos conscientes do <i>self</i> central.</p> <p>CONSCIÊNCIA</p> <p>PROTO-SELF: O proto-<i>self</i> é um conjunto interligado e temporariamente coerente de padrões neurais que representam o estado do organismo, a cada momento em vários níveis do cérebro. Não somos conscientes do proto-<i>self</i>.</p>

Fonte: DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas:** as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 144.

²⁶ DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas:** as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 167.

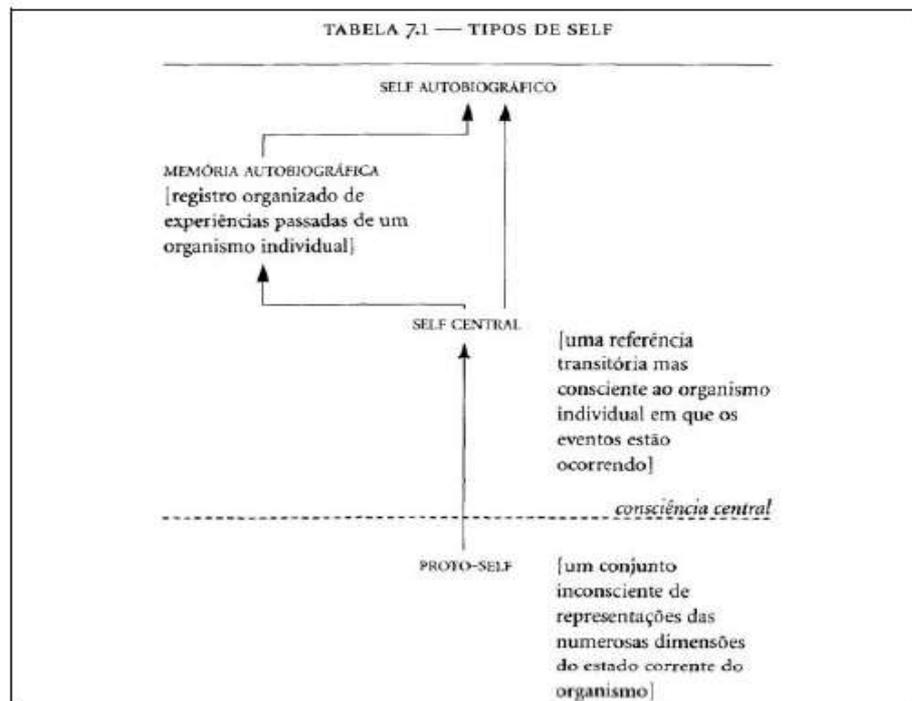
Figura 1 - Componentes do padrão neural



Fonte: DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 147.

No que tange à consciência ampliada, necessário ponderar que as memórias autobiográficas são relevantes, uma vez que cada uma gera um pulso de consciência central, um sentido do *self* no ato de conhecer:

Imagem 2 – Tipos de *self*



Fonte: DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 164.

Igualmente importante lembrar que a memória operacional é a capacidade de reter informações (imagens) para que possam ser usadas de forma inteligente. Quando determinado objeto é conhecido, pulsos da consciência central são desencadeados para o objeto alvo, momento em que um conjunto de memórias autobiográficas são reativadas, de maneira que a consciência ampliada aciona a ressonância do passado e do futuro, atraindo a completude entre a consciência central e a ampliada (aproxima o *self* central e o autobiográfico).

Por este padrão é possível assentir que a ideia de inconsciência não é exatamente aquela decorrente da falta de consciência central, mas a necessidade de constatar que a maioria dos atos humanos aciona, ainda que não se possa identificar objetivamente essa condição, a atuação do *self* autobiográfico.

Para Antonio Damásio, os elementos da biografia ativados para formar o *self* autobiográfico são a identidade, a individualidade e a personalidade. A personalidade inclui traços como o temperamento (formado por elementos já consolidados por ocasião do nascimento) e outros forjados por fatores de desenvolvimento através de interações com aspectos físicos, humanos e culturais.

Ressalta Antonio Damásio que o mundo do inconsciente psicanalítico tem suas raízes nos sistemas neurais que sustentam a memória autobiográfica; e a psicanálise geralmente é vista

como um meio de enxergar a memória autobiográfica através de uma emaranhada rede de conexões psicológicas. Sigmund Freud já salientava as raízes neurais do inconsciente psicanalítico. Inevitavelmente, porém, destaca o neurocientista, esse mundo também se relaciona com as conexões anteriormente descritas²⁷.

Um ponto que merece bastante atenção está na consignação de que o inconsciente (no sentido restrito com que o termo ficou gravado na cultura) é apenas uma parte de vastos processos e de conteúdos inconscientes, desconhecidos da consciência central ou ampliada, sobretudo²⁸: 1) todas as imagens que passam despercebidas à atenção; 2) todos os padrões mentais que nunca se tornaram imagens; 3) todas as disposições adquiridas pela experiência que se encontram dormentes; 4) todas as remodelações discretas dessas disposições e suas conexões em novas redes; 5) toda sabedoria e *know-how* oculta que a natureza incorporou em disposições homeostáticas inatas.

É importante abordar, nesse cenário, as emoções e os sentimentos. Antonio Damásio traz como exemplos de emoções universais o medo, a raiva, a tristeza, a repugnância, a surpresa e a alegria. Sentimentos, em regra, são interpretações dessas emoções. Durante a maior parte do tempo, as pessoas não experimentam emoções universais, secundárias ou sociais, mas sentimentos de fundo, que, embora não estejam com atenção em primeiro plano por parte do indivíduo, são importantes para definir estados mentais como a postura do corpo, a velocidade e a configuração dos sentimentos, a intensidade da voz, a prosódia da fala e geram, normalmente, estados variáveis de energia, como fadiga, bem-estar, mal-estar, tensão, descontração, arrebatamento, desinteresse, interesse, estabilidade, equilíbrio e harmonia. Os impulsos se expressam por meio de emoções de fundo, o que desperta sentimentos relacionados à motivação e aos humores²⁹. Assim, os sentimentos de fundo e a consciência central estão intimamente vinculados.

Perceber a distinção dos tipos de consciência é relevante porque não se coloca em dúvida o fato de que os atores responsáveis pelo julgamento tenham consciência central eficaz (do contrário não existiria um sistema formalmente lógico e teoricamente coerente).

Talvez o que falte seja uma consciência ampliada para perceber que os aspectos subjacentes à construção da decisão e suas consequências são permeadas por elementos não

²⁷ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 186.

²⁸ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

²⁹ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 230.

identificáveis objetivamente e essa face influencia toda a linha de formação do julgamento.

Ao explicar o que são sentimentos, Antonio Damásio os menciona como experiências mentais por definição conscientes – e usa como critério o fato de as pessoas terem conhecimento direto deles –, distinguindo-os, porém, de outras experiências mentais em função dos seguintes aspectos: 1) seu conteúdo sempre se refere ao corpo do organismo no qual surgem; 2) como resultado dessas condições específicas – a representação no interior – são imbuídos de uma característica especial chamada *valência*, que traduz a condição da vida em termos mentais, momento a momento (avalia a condição como boa, ruim ou intermediária)³⁰.

Partindo dos pressupostos e das percepções de Antonio Damásio, o que se observa é que suas ideias acabam afetando a neurociência na medida em que se compreende a influência dos afetos, emoções e de todo um processo cognitivo no funcionamento do cérebro.

Conforme menciona Adrian Johnston, as abordagens de Damásio acerca da existência de uma conexão entre emoção e consciência, apresentam três consequências essenciais: 1) coloca a questão dos afetos como centro da abordagem neurocientífica da subjetividade; 2) articula o problema dos tipos neurais de auto e hetero-afecção e 3) desafia a abordagem tradicional desconstrutiva para tais questões ao permitir o surgimento de uma nova definição do corpo.^{31 32}

Enfim, a obra de Antonio Damásio contribui exponencialmente para relacionar os estados mentais (consciente/inconsciente) aos afetos, sentimentos e emoções, posição que não se dissocia peremptoriamente das teorias psicanalíticas referentes à presença de uma composição inacessível das instâncias psíquicas.

Por maiores que sejam os avanços tecnológicos e científicos que municiam a neurociência de aparatos não acessíveis quando a psicanálise iniciou seu percurso, certo é que, mesmo as pesquisas de vanguarda reconhecem a presença de um conjunto de elementos inconscientes cuja decifração somente pode ser aproximada através de interpretações que, como aponta Jacques Lacan, são estruturadas como linguagem.

³⁰ DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 121.

³¹ No original: “This has many consequences for the present discussion. First, it places the issue of affects at the center of the neuroscientific approach to subjectivity. Second, it helps to articulate the problem of neural kinds of auto- and heteroaffection. Third, it challenges the traditional deconstructive approach to these same issues in allowing the emergence of a new definition of the body”.

³² JOHNSTON, Adrian; MALABOU, Catherine. **Self and emotional life**: philosophy, psychoanalysis and neuroscience. New York: Columbia University Press, 2013, p. 31.

2.4 O inconsciente: afeto, emoções e sentimentos

Interessante notar que, ao lado da presença do inconsciente na atividade psíquica humana iniciada com a interpretação dos sonhos e que avançou junto com Sigmund Freud e Jacques Lacan em diversos ramos da atividade científica, a neurociência constata a existência e a interferência de fenômenos não observáveis objetivamente na base e no desenvolvimento do pensamento humano.

Esse panorama faz pensar que se há uma plataforma inconsciente, *a priori*, inacessível e não explicável por bases lógicas, os afetos humanos podem interferir na formação desse pensamento.

No artigo *O Inconsciente*, especificamente no capítulo *Emoções inconscientes*, Sigmund Freud declara que faz parte da natureza de uma emoção que estejamos cientes dela, isto é, que ela se torne conhecida pela consciência. Assim, a possibilidade do atributo da inconsciência seria completamente excluída no tocante às emoções, aos sentimentos e aos afetos³³.

Carlos Pinto Correa ressalta:

Freud tenta sua primeira classificação das neuroses, levando em conta a forma pela qual um sujeito se comporta com relação aos seus afetos. Em 1894 escreveu a Fliess: “Há ainda centenas de lacunas grandes e pequenas nas questões das neuroses, mas estou me aproximando de um contorno e de algumas perspectivas gerais. Conheço três mecanismos: o da transformação dos afetos (histeria conversiva), o deslocamento do afeto (ideias obsessivas) e a troca de afetos (neurose de angústia e melancolia)”. No ano seguinte (1895), a noção de afeto assume grande importância nos “Estudos sobre a Histeria”, quando na psicoterapia da histeria é descoberto o valor da ab-reação. O desenvolvimento ulterior do conceito de afeto vai ilustrar a diretriz assumida por Freud em *Os Chistes e sua relação com o Inconsciente* de “tratar do conceito de energia à maneira dos filósofos” (1905). Em 1915, no estudo sobre a repressão trata do afeto relacionando a representação com o *quantum*, e em 1927, em “Inibição, Sintoma e Angústia”, volta à perspectiva econômica do “*quantum* de afeto” relacionado à situação arcaica da urgência vital. Nesse trabalho, a angústia é um afeto que ocupa uma posição excepcional entre os estados afetivos pois, será que conseguiremos compreender o que diferencia tal impressão (*Empfindung*) de outros afetos de desprazer, tensão, dor, luto? Mas a questão pode ser mais bem definida. “A angústia é a reação ao perigo. E não podemos nos impedir de pensar que é graças à sua ligação com a essência do perigo que o afeto de angústia deve seu poder de conquistar uma posição excepcional na economia psíquica”. Mas é também nesse texto que Freud se livra da questão da inferência de processos inconscientes a partir da consciência. Destituída a origem consciente, valoriza a inferência regressiva (*Zuruckerschliessen*), enfatizada sobretudo na natureza dos processos inconscientes. Em oposição à qualidade dos elementos conscientes, temos os processos essencialmente dependentes de uma determinação quantitativa.

Ficou em Freud a noção de afeto fora da referência de consciente. Mas o próprio Freud pergunta: “É legítimo falar de afeto inconsciente?” Ele se recusa a estabelecer um paralelo com o afeto dito inconsciente (sentimento de culpabilidade do inconsciente,

³³ FREUD, Sigmund. (1915). O inconsciente. In: FREUD, Sigmund. **Escritos sobre a psicologia do inconsciente**. Rio de Janeiro: Imago, 2006, v. 2, p. 203.

por exemplo) e as representações inconscientes. Laplanche e Pontalis (1968) lembram que uma diferença notável existe entre a representação inconsciente e o sentimento inconsciente, e citam Freud: “A representação inconsciente, uma vez recalçada, permanece no sistema Ics como formação real, tanto que o afeto inconsciente não corresponde senão a um rudimento que é somente um advir, a se desenvolver”.

Na verdade, é como Lacan ensinou em 1962. O afeto está sempre ligado àquilo que nos constitui como sujeitos desejantes em nossa relação com o outro semelhante, com o grande Outro, como lugar do significante e da representação do objeto. A manifestação literária do afeto tocando todos estes pontos é como se tocasse o Real, que o poeta toma como se fosse a própria vida. Esta é a matéria-prima fundamental da poesia. Escolhemos um fragmento ilustrativo³⁴.

Se, conforme observado, Antonio Damásio menciona que sentimentos acompanham lembranças, raciocínio, julgamentos, decisões e planejamentos, além de interferir na relação entre afeto e razão, é possível concluir que, no liame sensível que separa a plataforma consciente da inconsciente, os sentimentos e as emoções atuam de forma fundamental.

Na análise de Fabrício da Costa Trotta, ao apresentar a ideia de afeto como um processo unificado que compreende todos e cada um dos sentimentos, Antonio Damásio se baseia na filosofia de Espinoza. Para ele, os alicerces da mente, sedimentada nos sentimentos de prazer e dor, irão permear a vida humana em todas as experiências vividas pelos indivíduos. Segundo Espinoza, em suas obras e definições, um afeto negativo, que poderia ser tido como irracional ou incontrolável, requer um um afeto positivo, que o sobrepõe e que fora desencadeado pela razão³⁵.

Nessa perspectiva, é possível perceber o antagonismo entre a razão e a emoção, observado por Antonio Damásio ao afirmar que o contraste entre afeto e razão advém de uma concepção restrita do que são sentimentos e emoções, e que tende a considerá-los negativos e capazes de se destacar ante os fatos e raciocínios. Essa concepção deixa de entender que nem todos os sentimentos são perturbadores e que, na verdade, a construção emocional e os processos criativos são extremamente beneficiados pelos sentimentos.

Importante, nesse contexto, retornar à psicanálise e à neurociência para lembrar de que afetos, sentimentos e emoções podem estar situados na plataforma dita consciente das atividades psíquicas (do ponto de vista científico, é impossível localizar exatamente onde se inicia ou termina a atividade inconsciente/consciente) e, mesmo assim, exercer sobre a conjuntura jurídica influência sem que estejam propriamente cientes seus respectivos atores e interlocutores.

³⁴ CORREA, Carlos Pinto. **O afeto no tempo**: estudos de psicanálise. Belo Horizonte, n. 28, p. 61-76. 2005. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-34372005000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 jul. 2020.

³⁵ TROTTA, Fabrício da Costa. **O afeto entre a psicanálise e as neurociências**. Tese (Doutorado em Psicologia). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, 2015, p. 56.

Dessa forma, aspectos relevantes como o medo, a raiva, a vingança e outros sentimentos ou emoções, ainda que alojados na dimensão consciente (podem ser constatadas posteriormente a sua instituição, embora a origem dos sentimentos seja algo a ser explicado), podem afetar o julgamento.

Nesse contexto, Antonio Damásio ressalta que as emoções podem ser divididas em primárias e secundárias.³⁶

As chamadas emoções primárias, ou inatas, pré-organizadas, são aquelas desenvolvidas em um processo básico, através do qual se desencadeia uma ligação de circuitos neurais do sistema límbico – o principal deles é a amígdala. Nesse contexto, os seres reagem emocionalmente a certos estímulos do mundo exterior através de respostas cognitivas, inicialmente de forma inconsciente, automática e até autoprotetiva. Nessa fase, segundo Antonio Damásio, ainda que se tratem de emoções primárias (em regra, inconscientes), é possível encontrar, ao menos em seres humanos, a presença de ações conscientes, no que ele chama de uma “estratégia de proteção ampliada”. É como se o inconsciente fosse responsável pela primeira reação, inata, e o consciente, a partir da experiência adquirida com a mesma situação em um momento anterior, pudesse antecipar e traçar estratégias de resposta e antecipação à tal estímulo.

Antonio Damásio destaca ainda as emoções secundárias, ou seja, as respostas emocionais que permeiam a vida dos indivíduos. Elas são construídas ao longo das experiências de cada um e ocorrem por meio da ligação entre as emoções primárias e as diversas categorias de objetos e vivências acumuladas. Durante esse processo, relata o neurocientista, são observadas reações viscerais, músculo-esqueléticas e cerebrais, ou seja, uma total afetação dos sistemas fisiológicos humanos pelo impacto das emoções.

Apesar de o processo emocional, no caso das emoções secundárias, iniciar-se por deliberações e atividades conscientes, o inconsciente também tem sua representação:

Em um nível não consciente, redes no córtex pré-frontal reagem automática e involuntariamente aos sinais resultantes do processamento das imagens acima descritas. Essa resposta pré-frontal provém de representações dispositivas que incorporam conhecimentos relativos à forma como determinados tipos de situações têm sido habitualmente combinados com certas respostas emocionais na sua experiência individual. Em outras palavras, provém de representações dispositivas adquiridas e não inatas, embora, conforme referi anteriormente, as disposições adquiridas sejam obtidas sob a influência das inatas. Aquilo que as disposições adquiridas incorporam é a sua experiência única dessas relações ao longo da vida. Essa experiência pode variar muito ou pouco em comparação com a de outras pessoas; mas é só sua. Apesar de as relações entre tipo de situação e emoção serem em grande

³⁶ DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes: razão, emoção e o cérebro humano**. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

medida semelhantes entre diferentes indivíduos, a experiência pessoal e única personaliza o processo para cada indivíduo. Em resumo: disposições pré-frontais adquiridas, necessárias para as emoções secundárias, são distintas das disposições inatas, aquelas necessárias para as emoções primárias³⁷.

Manifesta a relação entre emoções inatas e adquiridas, entre o consciente e o inconsciente. Ou seja, as emoções são o resultado da integração entre um processo de entendimento e análise mental dos fatos e as reações corporais e emocionais produzidas pelo próprio cérebro.

Nesse cenário de reações conscientes e inconscientes, Antonio Damásio aborda a perspectiva dos sentimentos, afirmando inicialmente que nem todos os sentimentos estão relacionados à emoção ou delas são originários, dividindo-os assim em sentimentos emocionais e sentimentos de fundo (*background*). Importante salientar que sentimento e emoção, por si só, partem de premissas distintas. Enquanto os sentimentos seriam representados pelas alterações neurais e hormonais, as emoções seriam o resultado da formação das imagens mentais.

As emoções geram alterações no corpo que vão se tornando perceptíveis à medida que as vivenciamos, e é através dessa experiência ocorrida enquanto pensamos sobre determinados conteúdos que surgem os sentimentos; ou seja, a essência do sentimento de uma emoção nada mais é do que a experiência das alterações corporais em justaposição com as imagens mentais formadas. Esses seriam os sentimentos emocionais.

Quanto aos chamados sentimentos de fundo, para Antonio Damásio, seriam aqueles afetados pelo estado corporal, e não pelos estados emocionais. Nesse caso, os sentimentos mais amplos, aqueles que revelam estados agradáveis ou desagradáveis, nem demasiado positivos, nem demasiado negativos, e que por não serem mais restritos e se localizarem “entre as emoções”, englobam a maior parte dos sentimentos que permeiam nosso cotidiano e que, muitas vezes, passam despercebidos. Essa “neutralidade” dos sentimentos de fundo justificaria o fato de que eles não respondem pelas reações acentuadas de raiva, cólera ou felicidade que acabam refletindo os sentimentos emocionais.

Segundo o autor, além do circuito do corpo, formado pelas emoções e pelos sentimentos, existe um circuito paralelo, chamado de “como se”. Nesse mecanismo, há orientação a sentir “como se” estivesse experimentando as fases do estado emocional, como em uma adaptação ao ambiente em que se vive. Assim, a existência conjunta desses mecanismos – circuitos do corpo e circuito “como se” – constitui importante, embora não exclusiva, vertente para os processos

³⁷ DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes: razão, emoção e o cérebro humano**. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 133.

de raciocínio e de tomada de decisões³⁸.

O que se pode ponderar, por meio do estudo da neurociência e das abordagens das obras de Antonio Damásio, é que o afeto, as emoções e os sentimentos são intrínsecos à formação das experiências mentais integradas e da subjetividade dos seres humanos, e estão presentes desde as primeiras – e mais inatas – até as mais elaboradas respostas pessoais no meio em que se vive. Uma vez demonstrado que suas influências podem ser encontradas tanto no consciente quanto no inconsciente, não há como afastar seu impacto na tomada de decisões.

Com base nessa perspectiva, Francisco J. Lima reflete:

Na esteira de Hume está Damásio ao propor a tese do primado das emoções nos processos decisórios. Decidir não será uma questão tão-somente de saber ou julgar, mas, sobretudo, de sentir.

No seu prisma, “a emoção e os sentimentos constituem a base daquilo que os seres humanos têm descrito há milênios como alma ou espírito humano”.

São questionáveis, portanto, todas as correntes de pensamento científico e filosófico que excluem as emoções e os sentimentos do tratamento dos sistemas cognitivos, equivocadamente, buscam justificar suas teorias a partir do postulado da razão pura³⁹.

Portanto, pensando a partir do ponto de vista dos estudos das emoções e dos sentimentos e as contribuições trazidas pela neurociência, é incontestável a importância de se estudar o consciente e o inconsciente a fim de se compreender o quão influenciável pode ser o processo decisório e o quanto o direito pode receber interferências nem sempre identificáveis.

Nesse ponto é importante exortar o pensamento de Adrian Johnston em relação à atuação do sujeito na conexão cérebro-linguagem-emoção, e a divergência entre a sua interpretação daquela proposta por Slavo Zizek relativamente à interconexão entre as teorias lacaniana e damasiana.

Jairo de Almeida Gama exorta a posição intermediária adotada por Adrian Johnston entre Jacques Lacan e Antonio Damásio, e explica:

Enquanto Zizek é estritamente lacaniano, Johnston articula Lacan com as teses neurobiológicas da emoção. É importante ressaltar que Lacan não é unívoco na sua teorização da vida afetiva; no início dos seminários, ele ressalta a natureza intrincada do emocional e do linguístico, e só posteriormente vai assumindo uma posição teórica cada vez mais unidirecional, considerando o afeto apenas como um epifenômeno mobilizado pela cadeia significante. O que Johnston aponta é que Lacan, ao criticar o excessivo valor dado à expressão afetiva na teoria e prática psicanalítica de sua época, acaba por cair no polo oposto, excedendo na ênfase do aspecto linguístico-representacional. Johnston tentará revisar a ideia freudo-lacaniana de uma repartição

³⁸ DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes: razão, emoção e o cérebro humano**. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

³⁹ LIMA, Francisco J. **A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de Antônio Damásio**. Intuitiu, Porto Alegre, v. 7, n. 2. p. 236-247, 2014, p. 240.

radical entre afeto e representação (energia x estrutura ou significante x afeto), em concordância com neurocientistas que investigam as emoções (LeDOUX, 1996; Panksepp, 1998; DAMÁSIO, 1999).

Se para Lacan pensamos onde não se pensa, para Johnston, além disso, sentimos onde o eu não sente. Ele vai tentar mostrar que o recalque não opera apenas sobre as representações ideacionais ou linguísticas, mas que existem uma fratura e uma articulação imperfeita entre a estrutura afetiva biológica e simbolicamente constituída e a cadeia significante. Existem afetos inconscientes de origem biológica; entretanto, esses afetos não seriam acessíveis de maneira direta e inequívoca pelo indivíduo autoconsciente; seriam mediados e modulados, muitas vezes constituídos, por configurações “intelectuais, linguísticas e representacionais” (JOHNSTON, 2010, p. 77). Portanto, ele não defende um acesso subjetivo ao sentimento biológico bruto; ao contrário, propõe que a vida afetiva envolve mediações linguísticas que complicam o processo⁴⁰.

A articulação entre o pensamento de Adrian Johnston, as teorias psicanalíticas desenvolvidas por Jacques Lacan e os conceitos neurocientíficos fomentados por Antonio Damásio confirmam que a tênue separação entre consciente e inconsciente é marcada fundamentalmente pela atuação de afetos que, a depender de sua intensidade, origem ou consequências, guiam a decisão humana por elementos não acessíveis ou perceptíveis.

2.5 Reflexões do capítulo

O inconsciente teve como seu principal expoente Sigmund Freud que identificou nas duas tópicas a interferência desses aspectos na atividade psíquica humana. Jacques Lacan, complementando a teoria, trouxe a estruturação do sujeito na linguagem. Antonio Damásio acrescenta que as emoções e os sentimentos influenciam a interpretação de imagens mentais integradas com a presença da subjetividade. Slavo Zizek contesta a possibilidade de conjugação entre a psicanálise lacaniana e a teoria damasiana, visão essa destoante de Adrian Johnston que admite a harmonia entre as teorias neurocientíficas de Antonio Damásio e a teoria lacaniana.

Na psicanálise, o inconsciente está em uma área inacessível ao conhecimento. Sigmund Freud inicialmente tentou compreendê-lo ao desenvolver suas teorias e chegou ao ponto de admiti-lo a partir dos sonhos, chistes e outras formas de manifestação, incluindo neste rol o elemento sociológico. Jacques Lacan acrescentou o inconsciente na constituição do sujeito e na concepção do simbólico, real e imaginário.

A neurociência, diante dos recursos científicos que permitem a leitura de campos cerebrais antes inacessíveis, trabalha com hipóteses biológicas e, para tanto, justifica a presença

⁴⁰ GAMA, Jairo de Almeida. Subjetividade e afeto em Zizek e Johnston: controvérsias em torno da relação psicanálise-neurociências. Rio de Janeiro, **Physis**, 2016, v. 26, n. 1, p. 137-156. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000100137&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 fev. 2020, p. 147.

de um sujeito a partir de uma leitura dos afetos (origem e consequências), especialmente sentimentos e emoções. Sem desconsiderar que o inconsciente estaria em um universo oculto – o que Sigmund Freud, Jacques Lacan e outros tentaram desvendar com os recursos que possuíam – a neurociência interpreta as conexões cerebrais para explicar a forma como o pensamento se desenvolve.

Tanto a psicanálise quanto a neurociência reconhecem o inconsciente. Talvez destoem da forma de manifestação e de controle da inconsciência. Para a psicanálise, o inconsciente se manifesta através dos sonhos, chistes e outras formas de manifestação. Na teoria lacaniana, a constituição do sujeito a partir da cadeia de significantes possui relevância ímpar. Na neurociência, a forma de manifestação do inconsciente se dá através das experiências mentais identificadas em padrões neurais estudados por métodos diversos. Mas se há divergência na maneira pela qual se interpreta a manifestação inconsciente, há certo consenso de que elementos de origem irracionais influenciam as decisões, os atos e as manifestações humanas com ampla relevância para a decisão judicial.

Quando Antonio Damásio fala que a psicanálise aborda essencialmente a memória autobiográfica – o que, em seu sentir, não pode ser visto com exclusividade na medida em que a memória autobiográfica deve se identificar com outros elementos – reconhece que dados presentes na memória afetam o psiquismo e não podem ser identificados por outros métodos que não sejam a transferência dessas memórias para o plano clínico – psicanaliticamente falando⁴¹. Mas Antonio Damásio também afirma que o inconsciente revela-se por aspectos não identificados pela consciência central, especialmente: 1) todas as imagens para as quais não é possível se atentar; 2) todos os padrões mentais que nunca se tornaram imagens; 3) experiências adquiridas ainda dormentes; 4) remodelações destas disposições; 5) elementos ocultos inseridos pela natureza em disposições homeostáticas inatas.

⁴¹ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 153.

3 O INCONSCIENTE E O SISTEMA JURÍDICO

3.1 O direito e a atividade humana como centro de sua concepção, aplicação e modificação

A atividade humana no direito é, por um lado, fundamental para a construção do próprio direito e, por humana, de outro, se revela precária e inacabada. A constatação de que a formação do direito parte de bases humanas permeadas por afetos, sentimentos, emoções e elementos não observáveis objetivamente, mantidas em espectro recôndito, traz a noção de uma lacuna científica que impacta na análise do próprio direito porquanto constituído a partir de estruturas inconscientes.

O sistema jurídico visa organizar a sociedade, mantendo vivo o contrato social, sem o qual as relações descambariam para o caos. Essa organização é extraordinariamente relevante e difícil em razão das características decorrentes da necessidade de manutenção de estados democráticos.

Segundo relata José Afrânio Vilela⁴², Vilanova exorta que efetividade e validade jurídicas têm como ponto de encontro o homem com sua projeção comunitária e existência intersubjetiva. Enfatiza que, embora a experiência dite o direito como objeto dual (a natureza ordenada casualmente a sociedade ordenada normativamente, invocando Kelsen para informar que os fenômenos relacionados à conduta real contêm paralelos às normas, mas a validade requer a contrapartida na eficácia para subsistir como qualidade do direito positivo), *o homem mesmo é um ponto de encontro de várias capas de objetividade*. Neste sentido, Lourival Vilanova destaca:

Ora, é impossível uma teoria do Direito sem uma teoria do homem (v. Legaz y Lacambra, em seu ainda atualíssimo livro, *Kelsen, Estudio Crítico de la Teoría Pura del Derecho e del Estado de la Escuela de Viena*, págs. 307-355, publicado no ano de 1933). No final, a conduta juridicamente regrada é um corte abstrato de uma projeção objetiva que submerge suas raízes na estrutura total do homem. Não existe, de um lado, o homem; de outro, o saber científico, a moral, o Direito, a arte, a religião, a relação de matéria e forma. Como sempre, matéria e forma são conceptualmente separáveis, mas dialeticamente inter-relacionadas na composição do ser integral do homem. Sem esse *quantum de* ontologia, a teoria do Direito fica no ar, sem apoio na realidade⁴³.

⁴² Lourival Vilanova *apud* José Afrânio Vilela. VILELA, José Afrânio. O pensamento jurídico de Lourival Vilanova. **Revista Estudos Filosóficos** n. 14, 2015. DFIME – UFSJ – São João Del Rei. MG. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art19%20rev14.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

⁴³ VILELA, José Afrânio. O pensamento jurídico de Lourival Vilanova. **Revista Estudos Filosóficos** n. 14, 2015. DFIME – UFSJ – São João Del Rei. MG. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art19%20rev14.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

Reinhod Zippelius salienta que a natureza humana está na base do direito:

A mais importante entre as realidades que estão na base do direito e da ordem estadual é o ser humano. Esta ideia encontrou a sua redação talvez mais impressionante pela mão de Thomas Hobbes (*De cive*, 1642, Prefácio): é “a partir dos elementos de que se forma uma coisa que ela também melhor se reconhece”. [...] Da mesma maneira, na investigação do direito do Estado e das obrigações dos cidadãos, o Estado não tem, é certo, de ser desagregado, mas tem de ser examinado como se estivesse desagregado, isto é, temos de reconhecer bem como é a natureza humana, até que ponto está apta ou não para a formação de um Estado e como é que os homens se têm de juntar se quiserem constituir uma unidade⁴⁴.

Mais adiante, após advertir sobre o fato de que se as predisposições de conduta biologicamente prefixadas no homem não se juntarem para formar programas completos e rígidos de conduta, o autor afirma que podem deixar espaços livres carentes de um complemento através de instituições comportamentais de criação cultural (o que pode afetar uma convivência ordenada possível em sociedades complexas)⁴⁵.

O direito constitui-se, aplica-se e desenvolve-se através de relações humanas intersubjetivas. Não há como dissociá-lo de uma série de desencadeamentos humanos deles decorrentes. O sistema jurídico não é autônomo, mas alimentado por ações humanas que compõem a base de sua formação. Hannah Arendt expressa que a *vida ativa* pressupõe atos de labor, trabalho e ação, enquanto a vida no *espírito* exige pensar, querer e julgar⁴⁶. Mesmo os atos políticos que resultam em textos normativos que ficarão disponíveis como combustíveis na construção da norma decorrem de ações humanas, legítimas ou ilegítimas, democráticas ou não.

Estando o agir humano na raiz do direito, não há como supor que a racionalidade lógica do sistema seria capaz de neutralizar interferências inconscientes presentes no fenômeno jurídico. E se não há como desconsiderar o humano no contexto do direito e do sistema jurídico, é preciso considerá-lo – o humano – em sua inteireza. Há uma imprecisa ideia de que o sistema jurídico estaria construído segundo padrões exclusivamente racionais. O direito sobrevive a partir de uma presunção de racionalidade.

A presença do humano em todas as esferas jurídicas revela que a visão do direito, sob o viés humano, exige que se cruze a linha específica da racionalidade para compreender que aspectos pré-conscientes e inconscientes são extremamente relevantes.

⁴⁴ ZIPPELIUS, Reinhod. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 92-93.

⁴⁵ ZIPPELIUS, Reinhod. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁶ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Há um descompasso entre aquilo que o sistema idealiza do ser humano e o que realmente é. O sistema jurídico veio se adaptando às necessidades da manutenção mínima de sociabilidade, o que reduziu involuntariamente o cenário jurídico a métodos de manutenção da estabilidade, freando as possibilidades de investigação do humano em sua completude, exatamente por conta da ilação de que o sistema resolveria o problema da aplicação do direito por si só e independentemente da singularidade humana.

3.2 As ciências da mente e a ciência do direito

Em razão da possibilidade heterogênea de utilização do termo sistema no direito e visando evitar equívocos interpretativos, esclarece-se que a expressão “sistema jurídico”, nesta tese, pressupõe o sistema de normas postas, construídas para dar corpo e forma a uma organização judicial surgida no universo jurídico da cultura ocidental de modo particular a partir do surgimento do Estado moderno.

O ponto de contato entre o sistema jurídico e as ciências da mente está no fato de que estas últimas passaram a abordar o humano em perspectiva singular, analisando a subjetividade do sujeito, enquanto o sistema trabalha na linha de minimizar a individualidade em nome de ordenação social, de onde se mostra interessante abordar a diversificação entre o sistema jurídico e as ciências da mente.

A primeira das ciências da mente que ganhou expressão científica foi a psicologia e, posteriormente, a psicanálise.

A dicotomia entre o sistema jurídico e a psicanálise relativamente ao sujeito pode ser explicada por meio da comparação no desenvolvimento de ambas a partir do século XIX. Quando Sigmund Freud publica seus estudos em 1895, aproxima a psicanálise de uma ciência da natureza. A transição entre o século XVIII (com o renascimento, a razão se tornou fundamento do conhecimento e não se falava em singularidade, mas em universalização do pensamento) e o século XIX (surgimento da subjetividade e a satisfação individual dos interesses) fez com que a teoria psicanalítica se posicionasse como herdeira do *cogito* cartesiano e se tornasse pioneira na maneira de abordar o sujeito. O passo dado pela psicanálise foi fazer aparecer um sujeito não unívoco.

Essa tendência não foi acompanhada pelo direito. Mario G. Losano⁴⁷ explica que no século XIX, a teoria pura do direito preconizou a noção de validade derivada da norma fundamental, através da construção de uma teoria jurídica que excluía o mundo real, já que explicava o direito pelo direito. A teoria explica a estrutura do direito, mas não sua origem ou função. Enfatiza que, expirado o período em que o direito se baseou fortemente em sistemas totalitários como o nacional-socialismo alemão, os juristas alemães retornaram à jurisprudência dos interesses, enriquecendo-a com os valores que a sustentavam. Ainda assim, no século XX, o pensamento sistemático tradicional conserva sua validade na aplicação do direito à maioria dos casos concretos, subsumível às normas estatuídas pelo legislador, com o acréscimo de referência aos princípios que ajudavam na solução de casos-limites.

Enquanto a psicanálise começou a trabalhar com a ideia de sujeito de maneira individualizada – o que pode ser notado a partir da noção freudiana de pulsão ou da visão de Jacques Lacan sobre a linguagem –, o direito e o sistema jurídico continuaram a operar com a noção de universalidade, sem observar a singularidade do sujeito.

O sistema opera para substituir a consciência do sujeito pela implantação de fórmulas e métodos que, desde o século XX, com forte inspiração do direito romano-germânico, forçam a aplicação de maneiras de julgamentos a partir do decisionismo.

Tercio Sampaio Ferraz Junior⁴⁸ adverte, sob o ângulo pragmático, que o discurso da norma e o discurso judicial se ligam pelo caráter decisório. Logo em seguida, esclarece como o discurso normativo “deixa em aberto novas questões, referentes à sua capacidade de decidir conflitos, à sua ligação com o discurso judicial” para concluir que o direito moderno visa precipuamente instituir uma correlação funcional de questões e de solução de questões.

O direito não consegue reconhecer que a psicanálise opera um descentramento da consciência como lugar privilegiado do conhecimento e da verdade, pois não identifica no inconsciente nem o conhecimento nem a verdade.

Necessário apontar a importância e as consequências teóricas e metodológicas de uma aproximação entre o direito e a teoria do sujeito na perspectiva psicanalítica, pois além do plano do conhecimento ou da teorização, deve-se considerar que, incorporando a noção de sujeito ao seu referencial sistêmico, o direito poderá rever a sua clássica divisão de indivíduos no campo da realidade social.

⁴⁷ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. v. 3. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

⁴⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

Sim, pois se os “sujeitos jurídicos” não são absolutos, inteiros ou intactos, mas divididos, atravessados por um outro sujeito que eles desconhecem (sujeito do inconsciente) e que lhes impõem uma fala que é vivida pelo sujeito consciente como estranha, lacunar e sem sentido, o processo de aplicação do direito não pode ser reduzido a um conjunto de significados determinado pela ordem da cultura.

Embora direito e psicanálise tenham marcos epistemológicos distintos e o diálogo entre esses discursos possua limites evidentes, não se pretende impor ao direito a necessidade de recorrer a métodos psicanalíticos relativamente aos julgamentos, mas alertar para o fato de que a existência de conceitos fundamentais do inconsciente pode trazer reflexões sobre o discurso jurídico e permitir a ressignificação dos julgamentos a partir da visão humana integral e da observância de que a racionalidade bradada pelo dogmatismo jurídico é meramente imaginária.

3.3 Sistema jurídico e sujeito de direitos

O sistema jurídico, na visão dogmática, enxerga o humano como um ente presumivelmente racional, cuja conduta é pautada por *standards* que regulam seu modo de pensar e de agir. A estrutura constitucional brasileira coloca, desde o início do texto (artigo 1º), a dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem constitucional, passando a abordar, no artigo 5º, o substrato de como o humano, na perspectiva do sujeito de direitos, deve ser tratado pelo Estado de direito e de como esse sujeito deve se portar diante da ordem posta.

No plano infraconstitucional, as codificações interpretam o humano como um receptáculo de orientações pré-constituídas com o escopo de guiar sua conduta em busca de uma coexistência social minimamente civilizada.

Constituído para estabelecer mecanismos de controle de condutas na perspectiva de reger os comportamentos para que não se distingam do modelo estatuído sistematicamente, o sistema jurídico, além de visar à manutenção de eixos de *decidibilidade* preconizados no próprio sistema, possui, em sua gênese, uma base humana que sofre a interferência de fenômenos psíquicos indetectáveis objetivamente.

O sujeito, para o sistema jurídico, deve funcionar como peça de uma engrenagem. O destinatário da norma não deve questionar seus pressupostos. O aplicador também não deve colocar em dúvida as premissas (exceto se o próprio sistema expungir a norma pelo controle de constitucionalidade). O sistema é feito para operar sob o viés da racionalidade jurídica e sistêmica dentro da noção de completude e segurança.

O sujeito de direito, na visão sistêmica, está entrelaçado à noção de pessoa. Basta ver

o conteúdo dos artigos 1º, 2º e 6º do Código Civil para dimensionar que a noção sistêmica abraça a pessoa como ente capaz de direitos e deveres na ordem civil, iniciando-se com o nascimento e encerrando-se com a morte, linha essa repercutida no Código de Processo Civil, que confere capacidade processual a toda pessoa que se encontrar no exercício de seus direitos (artigo 70).

Pensar o sujeito de direito a partir da noção sistêmica pressupõe vê-lo segundo uma padronização de métodos originários do próprio sistema. Trata-se de uma padronização que passa pela aplicação do texto normativo até a criação da norma ao caso concreto. Diante disso, são concebidas formas de uniformização comportamental para que o sujeito a obedeça segundo uma uniformidade previsível, evitando a exacerbação da subjetividade e a instituição de maneiras de agir, interpretar e aplicar o direito fora dos padrões antevistos pelo ordenamento.

Estes eixos adotam por base a necessidade de o direito fundamentalmente adotar métodos de solução de conflitos – a maioria deles individuais – sob a perspectiva da celeridade e que a manutenção dessa padronização é essencial para a manutenção da vida social.

Com o fenômeno social pós-moderno que eclode no crescimento da litigiosidade nas relações pessoais^{49 50}, o sistema se afasta da singularidade do sujeito presente nas relações jurídicas e adota métodos padronizadores de solução das pendências individuais, o que impõem formas jurídicas de resolução de demandas em perspectiva “macro”, a exemplo da elevação da jurisprudência como tentativa de salvaguarda à minimização do excessivo número de processos.

A finalidade sistêmica de padronização incutida recepciona outros métodos que confirmam a tendência de afastar a singularidade das relações jurídicas para alcançar, cada vez mais, formas de resolução a partir de padrões universais.

⁴⁹ PUGLIESI. Márcio. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁰ Márcio Pugliesi coloca com precisão os impactos do contexto social pós-moderno nas ações humanas e enaltece a superficialidade com que o sujeito encara – e é encarado – na pós-modernidade: As situações sociais comportam muito de espetáculo e jogo de cena, os atores entreveem e constroem suas políticas. A análise das ações individuais e das situações em que se desenvolvem permite afastar simulacros, falsas aparências, vez que não há qualquer lei fixa que ordene as situações: a mentira, o logro, a ilusão – são figuras presentes nos conflitos sociais. Uma das primeiras formas de ilusão consiste na avaliação que o sujeito faz sobre suas próprias condições de agir em situação. E se o coletivo é lugar dos conflitos entre os atores, a correta apreciação da ação possível a empreender é requisito para se conseguir decisões conducentes a uma política ótima em face de tais conflitos. Isto é, se as relações sociais trazem, consigo, a ilusão, a correta avaliação da situação e dos meios para a ação conduzirá a decisões sobre o modo de agir mais adequadas. E é bom lembrar: as ações humanas são impregnadas de semelhanças e aparências. Como o homem se tornou mercadoria, aparentar êxito garante vantagens estratégicas. Agir como se a vantagem permaneça sempre ao lado do ator traz preponderância.

Por mais que o sistema tente afastar a subjetivação das relações jurídicas e legar ao complexo normativo a função de substituir a vontade individual dos sujeitos envolvidos, o centro do sistema não abandona o sujeito que integra a relação jurídica material e processual em variadas dimensões.

O sistema, nesse panorama, ceifa a singularidade do sujeito; alijando-a elimina, a reboque, um cabedal de elementos que, se considerados, poderiam permitir uma análise da decisão segundo fundamentos verdadeiros.

A maneira sistêmica que afasta a singularidade atrai um viés de superficialidade, de vez que o protagonismo das relações deve, segundo a perspectiva sistêmica (objetiva), se posicionar a partir de uma intervenção (sistêmica) impessoal.

A hegemonia da aplicação sistêmica segundo a perspectiva dogmática que atua na linha de implantação de formas de decidibilidade parte da premissa de que todas as decisões judiciais são pautadas na racionalidade, privilegiando a noção de que apenas o sujeito de direitos – em qualquer das três dimensões – estaria a povoar a realidade.

Para Hans Kelsen⁵¹, sujeito jurídico é aquele que possui um dever jurídico, uma pretensão ou titularidade jurídica. Diz que o homem é sujeito jurídico a partir da conotação de possuir direitos e deveres, a partir da noção de que a conduta humana mais importa do que propriamente a personalidade individual de cada qual⁵².

O sujeito de direitos, segundo o pensamento kelseniano, encontra-se em torno da atribuição de se determinar, de ter uma vontade e ser livre para se autoatribuir determinada conduta. A visão kelseniana faz com que a reflexão em relação ao sujeito dentro da ciência jurídica limite-se ao questionamento sobre a ideia de sujeito a partir da noção de direitos e deveres – o que o coloca na perspectiva de mera ficção jurídica.

Nesse contexto, a padronização sistêmica implica na leitura do sujeito a partir da perspectiva moderna e, de forma subsequente, pós-moderna (superficial).

O conhecimento científico tradicional coloca o sujeito neutro como ente capaz de analisar o objeto através de um processo primário que desconsidera as emoções, os sentimentos, os afetos e o psiquismo dos sujeitos envolvidos.

Considerando que o sujeito é objeto das positividades e que estas trabalham segundo posição de integrante do sistema que julga com ele, a partir dele e para sua manutenção, os

⁵¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 188.

⁵² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 191-193.

aspectos inconscientes do sujeito estão reprimidos dentro do próprio sujeito que, sem caminhos jurídicos para exteriorizá-los, os mantêm ocultos e submersos.

Na medida em que o fenômeno jurídico não pode se reduzir a um operacionalismo ou decisionismo, e considerando que o discurso pragmático, conforme o pensamento de Tercio Sampaio Ferraz Junior⁵³, está centrado na racionalidade retórica, o direito é, no fundo, apenas a representação de formas retóricas, o que implica em deixar para trás a essência humana (que não é exclusivamente decisionista ou operacionista), incluindo os delineamentos inconscientes do próprio sujeito.

Esse panorama faz o sistema jurídico, a despeito de fortemente influenciado por elementos do sistema mental (ditos inconscientes), desconsiderá-los na influência exercida ao destinatário da norma (jurisdicionado), e nem mesmo considerá-los na formação do sujeito responsável pelo julgamento, pois a imperatividade sistêmica desconsidera a singularidade do sujeito.

Sob esse aspecto, relevante exortar a crítica de Costas Douzinas, reproduzida por Paulo Bueno, ao preconizar que o ser humano, sujeito de direitos, é visto como eixo principal do sistema jurídico:

Para Kelsen, o sujeito jurídico, em vez de ser o centro da lei, é um construto jurídico secundário, um espaço lógico ou *point de capiton*, que ajuda a aproximar e a combinar uma série de normas e regras de comportamento. O sujeito é o portador de direitos e deveres, uma personificação de normas. Conforme observa Kelsen, a “pessoa jurídica não é um ser humano, mas uma combinação personalizada de regras jurídicas”⁵⁴.

Ao mesmo tempo em que o humano está na base dogmática da formação, interpretação e transformação do direito (dentro do panorama operacional do direito), o sistema jurídico o coloca como destinatário desse sistema. O humano é, simultaneamente, criador e criatura do direito.

Embora peça fundamental na gênese de mecanismos que instituem o sistema jurídico e receptor das orientações que permeiam o sistema jurídico, o humano rege-se por uma significação parcial porquanto o insere em contexto que presume uma racionalidade segmentada dada a incompletude natural da ciência jurídica e do próprio sistema jurídico em relação à compreensão humana.

⁵³ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 233.

⁵⁴ BUENO, Paulo. Sujeito do inconsciente e sujeito de direito: ponto de conjunção ou de disjunção na interlocução da psicanálise com a saúde mental? **Stylus** (Rio J.), Rio de Janeiro, n. 33, p. 217-225, nov. 2016. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-157X2016000200017&lng=pt&nrm=iso. Acessos em: 10 set. 2020.

É necessário pensar o sujeito de direitos a partir da impossibilidade biológica e psicanalítica de separá-lo do sujeito natural que o habita.

3.4 Origem e desenvolvimento da abordagem entre o inconsciente no direito: a relação entre direito e psicologia

Os estudos da relação entre direito e psicanálise não são tão recentes quanto se imagina.

Fernando de Jesus⁵⁵ aborda os antecedentes da psicologia jurídica e aponta, com acuidade, diversos autores que relacionam o surgimento e o desenvolvimento do direito a partir de relações com a psicologia, especialmente no âmbito da criminologia e do direito penal (Lombroso). Entre as referências utilizadas, aparecem dois pontos específicos da obra de Sigmund Freud em que pontua a possibilidade de a psicologia ser aplicada praticamente ao campo do direito, inclusive diante de sua importância para a interpretação jurídica (conferência dirigida a juízes na Áustria em 1906) e das ideias apresentadas por J. B. Watson, em 1913, ao enfatizar que juristas e psicólogos possuiriam interesses comuns.

Ainda na obra de Fernando de Jesus⁵⁶, observa-se que o século XIX não só foi marcado pelo interesse e reconhecimento da importância da relação entre psicologia e direito, mas também marcou, ao seu final, uma diminuição no interesse pela psicologia jurídica, através de um processo de independência pelo qual passava o direito.

Interessante notar que Piero Calamandrei, publicou *O processo como jogo*, cujas principais constatações se revelam atualíssimas, especialmente ao exortar os aspectos psicológicos do processo:

Ao contrário, o legislador, antes que a técnica jurídica, deve conhecer a psicologia e a economia de seu povo: e em especial não pode intitular-se jurista puro o advogado que constantemente deve ser lembrado de que todo ser humano é uma pessoa, isto é, um mundo moral único e original, que frente às leis se comporta segundo suas afeições e seus interesses de maneira imprevisível e muitas vezes desconcertante.

Para que a demanda proposta pelo autor possa ser acolhida é preciso que se vá filtrando pela mente do juiz, que se consiga fazer entender por ele e persuadi-lo. Por conseguinte, o êxito depende da interferência destas psicologias individuais e da força de convencimento com que as razões, feitas valer pelo demandante, consigam suscitar ressonâncias e simpatias na consciência do julgador.

O embate de espadas se substitui, com a chegada da civilização, pela polêmica dos argumentos; mas há ainda, neste contraste, a sanha de um ataque. A razão se dará a quem melhor saiba raciocinar: se ao final o juiz concede a vitória a quem melhor consiga persuadi-lo com seus argumentos, pode se dizer que o processo de brutal choque de ímpetos bélicos tornou-se um jogo sutil de raciocínios engenhosos.

Cada competidor, antes de dar um passo, deve tratar de prever – estudando atentamente, não só a situação jurídica, mas também a psicologia do adversário e do juiz – com que reações responderá o antagonista a seu movimento.

⁵⁵ JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça**. Goiânia: AB, 2010.

⁵⁶ JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça**. Goiânia: AB, 2010.

Por isso, a advocacia é uma arte em que o conhecimento acadêmico das leis serve muito pouco se não vem acompanhado da intuição psicológica, condição necessária para se conhecer os homens e os múltiplos expedientes e manobras por meio dos quais eles tratam de dobrar as leis a seus reais objetivos⁵⁷.

Entre os pontos de maior relevância no texto de Piero Calamandrei sobressai a exortação de que o comportamento das partes faz com que se leve em conta os riscos na adoção de certa linha de conduta, especialmente quanto à conveniência de arrostá-las ou não. Para além da interpretação de deveres jurídicos propriamente ditos, a avaliação subjetiva de comportamentos da parte, aponta Calamandrei, “inconscientemente se presta às influências sentimentais, às sugestões da simpatia, aos desvios da política, aos imperativos da religião”, colocação que, de forma emblemática, deixa claro que as razões objetivas da causa são substituídas por certas predileções subjetivas não identificadas no plano pragmático.

A partir do início do século XX, no entanto, se estabelece uma relação definitiva entre psicologia e direito, por meio de estudos e publicações de obras que abordaram a psicopatologia judicial e a psicologia jurídica⁵⁸. Como uma vertente desses estudos, surge nas décadas de 1950 e 1960 a Psicologia do Testemunho, momento em que os psicólogos puderam ampliar ainda mais os métodos investigativos nos sistemas de interrogatório.

Lídia Reis de Almeida Prado⁵⁹, a partir de 1990, construiu uma importante referência na abordagem entre o juiz e a emoção, e o fez buscando enfatizar a importância da *anima* na decisão judicial, baseando seus estudos nas afirmações de Jung e aferrando-se à análise da “produção da norma individual pelo magistrado”.

José Renato Nalini pontua a relevância dos estudos da autora e destaca: “para julgar um ser humano, o juiz precisa ser cada vez mais humano”, em clara evidência à importância dos estudos da psicologia e da sua relação com o direito⁶⁰.

Essa interdisciplinaridade entre as áreas psicologia/psicanálise, direito e a própria filosofia não pode ser ignorada, visto que se faz presente desde os estudos iniciados ainda no século XIX. A amplitude dos entendimentos de cada área se revela extremamente significativa para se limitar somente à sua própria disciplina:

⁵⁷ CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. In: CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. v. III. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003, p. 226-233.

⁵⁸ JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça**. Goiânia: AB, 2010, p. 41-42.

⁵⁹ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica judicial. Campinas, SP: Millennium, 2008, p. 4.

⁶⁰ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica judicial. Campinas, SP: Millennium, 2008, p. XI

Lídia Reis de Almeida Prado resolveu o teorema. Há certas questões tão fundamentais, tão essenciais à subsistência da civilização, que não podem estar confiadas a um encarceramento disciplinar. O tema problemático do provimento dos cargos de juiz – única função estatal extraída do sufrágio popular – precisa merecer a contribuição de outros pensares para manter sua vitalidade⁶¹.

No entendimento de Lídia Reis de Almeida Prado⁶², a interdisciplinaridade pode ser considerada um sistema de “superação”, uma vez que assim, não mais se separaria o saber técnico da sua aplicação ao mundo real, promovendo um encontro entre distintos pontos de vista.

Essa interdisciplinaridade tem possibilitado o avanço dos estudos no entendimento da influência das emoções no sistema jurídico e pode ser bem observada em vários núcleos de estudo que permeiam os ambientes acadêmicos.

A Universidade Federal do Paraná criou, em 2001, o Núcleo de Direito e Psicanálise (NDP), centro que desenvolve pesquisas atrelando obras literárias a aspectos psicanalíticos, buscando “articular” os estudos nessas duas áreas, além dos aprofundamentos multidisciplinares na Filosofia. Referido programa de estudos tem divulgados suas contribuições e pesquisas através de Congressos, conferências e jornadas de direito e Psicanálise, além da compilação de seus estudos em títulos como *Direito e Psicanálise: intersecções* a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus (2006), sob a coordenação do professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho.

Já na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em 2009, foi instituído o Núcleo de Estudos sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS), grupo de estudos cadastrado no CNPq coordenado pelos professores Noel Struchiner e Ivar Hannikainen, cujo enfoque de estudos se dá na abordagem dos aspectos cognitivos e emocionais presentes nos juízes quando da tomada de decisões.

No início, o grupo de estudo inicialmente denominado NERD, abordava questões principais que perpassavam o universo das relações entre direito e moral, jusnaturalismo e positivismo, sempre enfocando a teoria analítica do direito⁶³.

Para aprofundar seus estudos, o NERD se reúne a outro núcleo de estudos da PUC-RJ, formado pelos departamentos de filosofia, direito e administração, também coordenado por

⁶¹ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica judicial. Campinas, SP: Millennium, 2008, p. XI.

⁶² PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica judicial. Campinas, SP: Millennium, 2008, p. XI.

⁶³ STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In: Novas fronteiras da teoria do direito*: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2014, p. 9.

Noel Struchiner: *Ética e Realidade Atual (ERA)*. Desse intercâmbio de pesquisas e de entendimentos, o NERD passou a se chamar NERDS, trazendo para seu universo uma abordagem integrada com os “Sentimentos Morais”.

Na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, em 2015, foi criado o Grupo de Estudos em Direito, Psicologia e Neurociência (DIPSIN)), liderado pelo professor Sérgio Nojiri. Dentre seus principais objetivos estão, através das contradições da psicologia e da neurociência, responder aos incessantes questionamentos propostos pela prática jurídica no tocante ao comportamento dos indivíduos, ao controle emocional e suas escolhas, buscando através de pesquisas relacionar o consciente, o inconsciente e o direito:

Esta pessoa é responsável por seu comportamento? Qual era o seu estado mental no momento do ato? Quais são os efeitos da dependência química no controle das ações? Do que esta pessoa se lembra? Quais os efeitos da emoção na memória, no comportamento e na motivação de escolhas? Como um dano no cérebro pode alterar a personalidade de alguém?

Métodos tradicionais de aplicação do direito como o da subsunção do fato à norma ou mais recentes como da ponderação (ou proporcionalidade) são, a nosso ver, incapazes ou insuficientes para responder completamente as perguntas acima. Nós, a Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, cientes dos desenvolvimentos técnicos e teóricos nas interfaces entre as áreas da psicologia, da neurociência e do direito, fundamos um grupo de estudos para, com base na solução de conflitos, além de produzir uma pesquisa interdisciplinar que pense soluções para o moroso e desigual sistema de justiça brasileiro⁶⁴.

Com o objetivo de revelar o que se esconde por trás da tomada de decisão, em uma abordagem que também parte do entendimento dos processos cerebrais, destacam-se as contribuições de Daniel Kahneman, cujos estudos conduzem à compreensão de que nossas decisões se dão por meio de impressões, intuições e na existência de duas formas de pensar: o pensamento rápido (que inclui as atividades ligadas à percepção, à memória e à intuição), e o pensamento devagar (que cuida de uma solução mais trabalhosa e pensada)⁶⁵.

Nesses estudos, Daniel Kahneman⁶⁶ apresenta a conclusão de que “somos inclinados a superestimar quanto compreendemos sobre o mundo e subestimar o papel do acaso nos eventos”. Nesse ponto, é necessário reconhecer a existência do inconsciente e sua interferência nos atos cotidianos e nas tomadas de decisão.

Os estudos realizados por Juarez Freitas⁶⁷ são relevantes na tentativa de “desocultar”,

⁶⁴ NOJIRI, Sérgio (org.). *O direito e sua interfaces com a psicologia e a neurociência*. Curitiba: Appris, 2019, p. 5-6.

⁶⁵ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 18.

⁶⁶ KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar*: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011, p. 19.

⁶⁷ FREITAS, Juarez. A mente do exegeta: por uma hermenêutica jurídica de ponta. In: BAVARESCO, Agemir; LIMA, Francisco Jozivan Guedes de (org.). *Direito & justiça*: Festschrift em homenagem a Thadeu Weber. Porto Alegre: Fi, 2016, p. 381-409.

como ele mesmo afirma, as opções prévias, explícitas ou não, e as falhas cognitivas apresentadas nas argumentações jurídicas que inviabilizam, em alguns casos, o exercício da racionalidade e da justiça.

Nesse aspecto, Juarez Freitas, sem se filiar à negação à racionalidade jurídica, apresenta soluções para se entender e lidar com o cognitivo e com as manifestações inconscientes:

Assim, em vez de negar racionalidade à decisão jurídica, sugiro que o intérprete tenha ferramentas para resistir às “deliberações” forjadas pelos preconceitos implícitos e explícitos, que derivam das áreas cerebrais primitivas. E sugiro que, a partir do melhor entendimento prático da mente e do cérebro, sejam produzidos anteparos reflexivos contra as falhas cognitivas [...]⁶⁸

Somados aos vários grupos de estudos e às obras dedicadas a abordar a relação entre emoção e ciência, destacam-se também teses e dissertações de envergadura, entre as quais a de Eduardo José da Fonseca Costa⁶⁹, orientada por Nelson Nery Junior, que apresenta o modelo normativo algorítmico de reengenharia precaucional anti-enviesante. Nele, encontraram-se alterações sistêmicas que reestruturariam o sistema de proteção à imparcialidade dos tomadores de decisão. Ademais, em seu caráter precaucional, busca-se evitar que os chamados vieses cognitivos possam afetar a imparcialidade.

Segundo a tese, inobstante a justiça tenha preceitos legais que venham a preservar os julgamentos apontando causas de impedimento dos juízes, existem vieses que não podem ser mitigados por medidas legais. Nesse aspecto é latente o papel dos vieses cognitivos, do aspecto subjetivo e da importância como o próprio autor narra de que se caminhe em direção ao ideal de imparcialidade total, através do desenvolvimento de “linhas de pesquisas em tecnologia comportamental”.

É fundamental lembrar de que as pesquisas de Tercio Sampaio Ferraz Junior⁷⁰ acerca do direito e vingança apresentam relevância ímpar nas reflexões em torno da atuação de elementos de vingança e que, indiretamente, trata das perspectivas inconscientes na maneira como o direito é influenciado pela vingança.

Importante exortar recente publicação de Rodrigo D’Orio Dantas sobre a

⁶⁸ FREITAS, Juarez. A mente do exegeta: por uma hermenêutica jurídica de ponta. *In*: BAVARESCO, Agemir; LIMA, Francisco Jozivan Guedes de (org.). **Direito & justiça**: Festschrift em homenagem a Thadeu Weber. Porto Alegre: Fi, 2016, p. 383, 384.

⁶⁹ COSTA, Eduardo José da F. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

⁷⁰ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

imparcialidade dos juízes. O texto se revela extremamente relevante ao indicar a presença de um estado natural de parcialidade do julgador (relações vinculares afetivas que podem implicar em pré-julgamentos e outras situações peculiares) e de um estado mínimo de imparcialidade

Assim, a conclusão decorre da premissa da existência de um Estado Natural de Parcialidade – que não é *locus* adequado para o proferimento de uma decisão jurisdicional –, uma vez que para atingir o Estado Mínimo de Imparcialidade, é necessário um processo psíquico no qual o julgador seja capaz de praticar um verdadeiro desapego a fim de que, embora não seja neutro, torne-se, ao menos para o ato, capaz para proferir uma decisão imparcial⁷¹.

Se, de um lado, nota-se que a aproximação entre direito e psicologia não seja nova, percebe-se, por outro, que as principais características dos estudos e das análises relacionando direito e psicologia estão atreladas: 1) aspectos abordados no âmbito da psicologia jurídica; 2) elementos entrelaçados ao direito de família, com ênfase à abordagem sobre os afetos; 3) ao processo decisório, quando pesquisas realizadas no cenário externo, como a análise dos julgamentos morais e internamente com a avaliação de interferências nos julgamentos judiciais.

As principais diferenças entre as análises relativas à aproximação entre direito e psicanálise com a presente pesquisa decorre do fato de que aqui se perquire os caminhos de aspectos inconscientes na base da decisão judicial, ao passo que a maioria dos estudos exorta a constatação de aspectos psicológicos ou psicanalíticos, sem, porém, ater-se especificamente ao inconsciente.

3.5 Sujeito do inconsciente e o direito

Pensar em analisar os fenômenos mentais inconscientes dentro do sistema jurídico atrai a necessidade de pensar sobre a relação entre o sujeito de direito e o sujeito do inconsciente. O sistema normalmente insere o sujeito de direito segundo a visão superficial, omitindo-se, em regra, elementos inconscientes responsáveis pela sua formação.

Francisco Rafael Barbosa Caselli exorta que o desenvolvimento da obra lacaniana⁷² adota, em dado momento, a noção sugerida por Claude Lévi-Strauss de que o inconsciente não se identifica com qualquer noção de profundidade; o inconsciente está vazio e, por isso, se reduz a uma função simbólica. Essa constatação pavimentou o caminho para que Jacques Lacan buscasse em Ferdinand de Saussure os elementos para formalizar a teoria do significante e seu

⁷¹ DANTAS, Rodrigo D’Orío. **A imparcialidade no divã**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

⁷² CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 98.

inconsciente estruturado como linguagem. Ao focar o discurso no eixo sincrônico da fala, Ferdinand de Saussure excluiu o desejo e o sujeito, atendo-se ao nível do enunciado, como, por exemplo, a hipótese em que o chiste tenta escamotear um texto que se produz em outro nível discursivo. O autor adverte que Jacques Lacan irá nomear esse segundo nível discursivo como “o discurso do Outro”, de onde extrai a fórmula segundo a qual “o inconsciente é o discurso do Outro” porque define o “Outro” enquanto lugar de absoluta alteridade com os significantes⁷³.

A obra de Jacques Lacan sofreu grande influência de Roman Jakobson, que destacou dois polos de linguagem: metafórico e metonímico. Jacques Lacan, referindo-se às leis do inconsciente, menciona que este e a linguagem tem uma estrutura análoga porque essas leis organizam a estrutura da linguagem em causa no inconsciente. Nesse sentido, observa Francisco Rafael Barbosa Caselli⁷⁴, Roman Jakobson “entregou” à Jacques Lacan figuras de estilo que concorrem na formação dos sonhos. Amparado nesse fundamento, Jacques Lacan, em *A instância da letra no inconsciente* formula duas questões fundamentais para a estrutura do inconsciente: 1) fórmulas algorítmicas, da metáfora e da metonímia; 2) retomada do trabalho de deformação do sonho para identificar a condensação à metáfora e ao deslocamento à metonímia.

A partir daí, Jacques Lacan assinala que o inconsciente é estruturado como linguagem por ser esta a condição imposta pelo significante. Na medida em que os sonhos seguem a lei dos significantes, as demais formulações do inconsciente caminham na mesma trilha, como no caso dos chistes, dos atos falhos e dos sintomas.

Essa constatação, porém, pode ser analisada conforme o conceito de real. Francisco Rafael Barbosa Caselli⁷⁵ observa que, para dar conta do que não pode ser reduzido ao significante, Jacques Lacan introduz o conceito de real, diante da constatação de que embora o inconsciente possua a mesma estrutura da linguagem, ainda está presente em sua constituição a *hiância*, o irreduzível do sintoma e o real da estrutura, ressaltando que a introdução do real com limite da palavra e da imagem não implica em ineficácia da última, mas apenas dimensiona o seu alcance.

Ao manter a partilha entre significante e significado, Jacques Lacan menciona que a

⁷³ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 108.

⁷⁴ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014, p. 113.

⁷⁵ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

função do sujeito é atravessada, cindida, permeada por uma gama enorme de significantes⁷⁶.

A neurociência não utiliza a expressão sujeito do inconsciente, mas reconhece a existência de elementos desconhecidos e inacessíveis à consciência que podem equivaler à função do sujeito do inconsciente psicanalítico.

Importante, aqui, retornar à Antonio Damásio quando aborda a existência da consciência central e menciona o sentido do *self* no ato de estabelecer uma relação entre o organismo e o objeto. Antonio Damásio⁷⁷ observa, ainda, que a consciência pode ser explicada pela linguagem. Ao abordar a consciência ampliada, analisa que as memórias autobiográficas geram um pulso de consciência central que é alimentada por uma memória operacional. A vinculação entre a consciência central e ampliada, entre o *self* central e o autobiográfico é completa. Na formação do *self* autobiográfico estão presentes a identidade, a individualidade e a personalidade (que contém traços de temperamento e outros fatores moldados no desenvolvimento decorrente de aspectos físicos, humanos e culturais).

Para António Damásio⁷⁸, o inconsciente tem raízes nos sistemas neurais que sustentam a memória autobiográfica e a rede de conexões psíquicas relacionadas a outros tipos de conexões. O inconsciente, no sentido restrito, posiciona-se entre uma vasta quantidade de processos e de conteúdos desconhecidos da consciência central e da consciência ampliada.

Na medida em que, conforme salienta Antonio Damásio, os sentimentos são experiências de certos aspectos do estado da vida dentro do organismo, aspectos esses que podem ser homeostáticos ou provocados e também influenciam a memória autobiográfica e ampliada – com reflexos no *self* central autobiográfico e central – é possível encontrar, na neurociência, um espectro recôndito composto por elementos inacessíveis (influenciados pelos afetos), que influenciam o comportamento humano em geral, o que pode ser comparado ao sujeito psicanalítico.

Essa instância psíquica inacessível presente na psicanálise e na neurociência é indiscutivelmente algo que o direito não trabalha especificamente e, considerando como se dá essa estruturação ou a forma como essa estrutura é constituída, importa saber como o direito pode lidar com essa plataforma: ignorando-a por completo – como faz atualmente – ou, trabalhando para que suas influências no campo jurídico sejam ao menos consideradas.

⁷⁶ CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

⁷⁷ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 153.

⁷⁸ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

3.6 Interlocução entre o sujeito de direitos e o sujeito do inconsciente

Pensar que a ciência jurídica possa interpretar o sujeito – receptor ou editor – dentro de uma completude capaz de abordar todos os aspectos da realidade humana pode ser essencial para trazer novas luzes à forma de encarar o sujeito no direito.

Analisar o sujeito apenas dentro de um discurso analítico e retórico importa suprimir temas e problemas de investigação essenciais para a pesquisa, o que pode resultar, como de fato resulta, em uma ruptura entre o sujeito de direito e o sujeito do inconsciente.

O corte estabelecido pelos métodos tradicionais de aplicação do direito no sentido de investigar apenas a conduta (partindo-se de sua ocorrência) o texto normativo na perspectiva suas consequências práticas, sem pensar com profundidade a constituição inconsciente do destinatário da prestação jurisdicional (jurisdicionado) e do próprio julgador (emissor do julgamento) importa, em certo sentido, desprezar a condição humana na base do direito e a necessidade de pensar o humano em sua completude (sobretudo inconsciente).

Em Tercio Sampaio Ferraz Junior⁷⁹ encontra-se uma visão sobre sistema jurídico que, a despeito de seu objetivo de explicar o discurso da ciência do direito, elenca a perspectiva de compreender a ciência do direito como um “sistema” de conhecimentos sobre a “realidade jurídica”. Ele menciona três concepções sobre a ciência do direito (o termo ciência é heterogêneo; as modernas disputas sobre ciência estão ligadas à metodologia e há debates sobre a existência ou não de uma ciência exclusiva do direito), de onde decorrem duas preocupações constantes: (a) definir cada um dos “ramos” como parte de uma “ciência” unitária do direito; (b) distinguir a “ciência do direito” de outras com as quais mantém relações de subsidiariedade, a exemplo da criminologia, da psicologia forense e das sociologia criminal, atribuindo-se a estas últimas a expressão ciência *dogmática* do direito, para distingui-la de outras ciências como a psicologia, a sociologia ou a história.

Nesse particular, as lições de Tercio Sampaio Ferraz Junior são relevantes. Segundo ele, comumente se afirma que a ciência do direito advém de conhecimentos sistemáticos, metodologicamente obtidos e confirmados, uma enunciação identificada no século XIX que con-

⁷⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

duziu o jurista a pensar apenas na visão das relações lógico-formais, deixando de lado o conteúdo empírico ou axiológico. A ciência do direito tem, nesse sentido, por tarefa, interpretar textos e situações a eles referidas, tendo em vista uma finalidade prática⁸⁰.

E quando constata que a fonte humana (ligada ao sujeito) é a base do próprio direito, as subjetividades e as singularidades devem ser consideradas. Para isso, no entanto, é fundamental compreender que nos processos de constituição do sujeito advém descrições de diversos campos. Em que sentido se posiciona o sujeito e seus aspectos inconscientes que decidem em meio a um ambiente pragmático baseado em uma racionalidade retórica?

Na medida em que o sistema adota a visão de superficialidade, o que reflete na desconsideração de aspectos que constituem o sujeito (inconscientes) – colocando o sujeito em plano periférico – investigar os aspectos inconscientes do fenômeno jurídico é uma maneira de afastar a superficialidade e encarar o sujeito com maior grau de completude.

Para objetivamente detectar fatos e adequá-los à ordem jurídica, o julgador deve priorizar formas que permitam privilegiar a consciência. Para tanto, plausível que o julgador reconheça que a atividade empreendida no ato de julgar inclui elementos objetivamente identificáveis, porém também inclui a base subjetiva afetada por reações psíquicas que não podem ser objetivamente discerníveis.

O simples fato de o juiz ter que se colocar no contexto dos fatos já é suficiente para provocar uma relação (pensamento, resposta emotiva, sentimento específico), o que faz com que o sujeito do inconsciente passe a atuar naquela relação.

Importante, nesse sentido, exortar a posição de Franco Cossu Júnior:

Em nossas constantes ações quotidianas, a vida psíquica estaria de tal forma imiscuída em suas relações com o mundo externo e as pressões internas, que muito dificilmente teríamos condição de precisar o quanto de nossas motivações foi de fato determinado por decisões conscientes, ou em que grau nossas ações diárias possuem o registro do inconsciente ou do consciente. Frequentemente, os derivados dessa dinâmica representacional inconsciente aparecem camuflados em nossa consciência e a continuidade apontada por nós estaria mais precisamente aí, em forma de ação⁸¹.

⁸⁰ Tercio Sampaio Ferraz Junior aponta: A finalidade prática domina a tarefa interpretativa; esta se distingue das demais semelhantes atividades humanas, na medida em que a intenção básica do jurista não é *simplesmente* compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador, isto é, estabelecer-lhe o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance pondo-o em presença dos dados atuais de um problema; A ciência do direito diz-se, além de interpretativa, também *normativa*.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 201.

⁸¹ COSSU JUNIOR, Franco. **Realidade psíquica e inconsciente em Freud e em Bérqson**: considerações a partir de uma teoria da ação. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009, p. 139.

A sociedade e o direito são feitos de classificações, como se o humano fosse uniforme a ponto de se amoldar analiticamente a tipificações. Observando-se a ideia de que o ser humano não é linear, o direito e a sociedade sempre estarão atrelados à uma espécie de ficção.

Haveria uma dicotomia na medida em que o sistema está apegado a uma fórmula de justiça baseada em uma mente racional (Kant), enquanto as emoções e os sentimentos estão relacionados à ideia de justiça (o comportamento de determinadas pessoas diante de uma situação injusta descortinaria uma emoção).

A noção de justiça/injustiça para o órgão julgador não está nos contornos daquela relação jurídica em si, mas decorre da formação de um sentimento que é a utilização daquela relação como paradigma para transformar a sociedade por meio do exemplo dela advindo.

Se há movimentos imperceptíveis (conscientes ou inconscientes), pergunta-se: quais movimentos afetam diretamente a jurisdição (narcisismo, movimentos pós-modernos relacionados à celeridade?). Esses movimentos não sentidos acabam afetando o direito que reage apenas intuitivamente e não consegue detectar, por exemplo, que, nas suas estruturas, há exponenciais manifestações inconscientes, como aquelas obtidas dentro das próprias Cortes de justiça.

A distribuição da justiça é essencialmente singular, parametrizada pela influência do poder, mas essa singularidade permanece oculta diante da ausência de reflexões em torno da atuação do sujeito do inconsciente nas mais variadas formas de manifestação pessoal, mascaradas que estão por supostos ícones de bom senso e de ponderação.

Cria-se um ambiente de *pseudo* racionalidade e se estabelece uma ilusão de que o sistema jurídico, mais recentemente azeitado por um viés jurisprudencial teoricamente guiado por objetividades decorrentes da obrigatoriedade dos precedentes, represente um centro de objetividade quando, no fundo, não passa de reflexos de manifestações subjetivas mascaradas inconscientemente.

A ciência jurídica, por colocar as disciplinas propedêuticas em campo periférico e adotar a linha dogmática como uma categoria superior centrada em uma racionalidade pensada sistematicamente sem a consciência das influências de aspectos imperceptíveis, embarca na visão padronizada de um direito meramente quimérico.

Essa visão é revelada por constantes omissões do direito quanto aos principais problemas sociais, a constante preponderância do poder – em seus aspectos mais nocivos – em relação à tomada de decisões, a instauração de cenário bélico nos Tribunais, especialmente no Supremo Tribunal Federal.

Para romper a quimera referida, inicialmente, é fundamental identificar as mazelas do

homem do qual o direito nasce, diagnosticar no profundo de seu ser os aspectos imperceptíveis que geram opiniões incrivelmente contrárias à concreção de ideais de justiça e instauração de um modelo jurisdicional capaz de, verdadeiramente, compreender a essência humana.

Considerando que o direito não lê o inconsciente senão por métodos dogmáticos, imprescindível refletir sobre o fato de o direito ser uma ciência humana; por ser humana, se constrói e se desenvolve a partir de atos humanos naturalmente envolvidos em aspectos mentais; uma vez equivocada a ideia de que os atos humanos consistentes em julgamentos têm bases exclusivamente racionais, tem-se, por dedução, que os atos que escapam à percepção eminentemente consciente (análise do sujeito de direitos) estão posicionados no campo inconsciente; essa plataforma inconsciente permeada pelo sujeito do inconsciente, embora não abordada pelo direito, impacta fortemente as decisões judiciais.

3.7 Pensar o humano em sua integralidade

A subjetividade causa ao direito uma certa angústia diante da perspectiva de que este seria puramente racional e de que a racionalidade gera dados objetivos à prova de interpretações subjetivas. A visão dogmática pondera que decisões subjetivas atrairiam um imperativo de insegurança porquanto desatinado da concepção de que justiça decorre da igualdade (formal).

Essa mesma subjetividade, que, para o direito, é vista com grandes reservas, apresenta-se, para a psicanálise e para a neurociência, como algo essencial, pois somente é possível obter consciência com a presença da subjetividade (na psicanálise com o sujeito do inconsciente e na teoria damasiana com a subjetividade como elemento integrante da consciência). O objeto da ciência jurídica não pode ser apenas a norma, mas deve ser o sujeito em sua completude, o que conduz à necessidade de pensar o sujeito em sua integralidade, incluindo o sujeito do inconsciente.

O direito cuida das emoções apenas do ponto de vista dogmático, quando, por exemplo, no direito penal, considera como circunstância atenuante do crime aquele cometido por violenta emoção, ou, nas relações familiares, quando disciplina a alienação parental ou trabalha com situações específicas em ações de modificação de guarda ou divórcio, dentre outras. Descuida, porém, do inconsciente em sua essência, na constituição, interpretação e transformação do direito.

Se o direito funciona para a sociedade como um expediente de manutenção de anseios e ideais que a esta contempla como valores absolutos, o dogmatismo tende a não observar o inconsciente por focar essencialmente a decidibilidade de conflitos no contexto de um

panorama que tem como valor supremo a manutenção de anseios e interesses distantes dos genuinamente humanos.

A ciência, em princípio, coloca nas mãos da psicanálise a tarefa de estudar e de compreender o sujeito do inconsciente. E mesmo quando se olha para fatos jurídicos específicos, reina certa desconfiança sob o olhar psicanalítico. O direito, nesse sentido, fecha os olhos ao inconsciente e considera a psicanálise apenas lateralmente.

O que é o direito senão uma maneira de compreensão humana? É justamente essa compreensão que é deixada de lado em nome de uma teórica construção racional. Delega-se ao sistema uma função de autossuficiência, como se o próprio sistema, retroalimentando-se, seja capaz de funcionar automaticamente, imaginando-se imperativo, justo e célere, ainda que, para realizar essas tarefas, deixe de lado uma fração considerável da essência humana recrudescida nos porões da inconsciência.

A neurociência aponta que, normalmente, nos estados homeostáticos, as pessoas não se preocupam com questões outras senão a manutenção da sobrevivência. Enquanto Sigmund Freud⁸², em *Totem e tabu*, ensina que, a partir da interpretação dos sonhos, é possível perceber a influência do inconsciente na individualidade humana, tanto que conseguiu identificar a relação entre as neuroses e os aspectos recônditos da atividade psíquica, padrão esse que desperta, segundo ele, o interesse da filosofia, da sociologia, da pedagogia e de outras ciências, Antonio Damásio explica que a evolução biológica do homem, a relação entre mente, consciência e sentimentos coloca o humano, ordinariamente, como ator de um roteiro pré-estabelecido e em relação ao qual não há condições de se alterar o desfecho.

Tendo a ciência evoluído de Sigmund Freud à Antonio Damásio na descoberta das atividades psíquicas extraordinariamente ativas e influenciadoras da atividade humana, e tendo o direito permanecido em estado letárgico frente a essas evoluções em nome de uma suposta racionalidade sistêmica, talvez o caminho seja implantar uma espécie de engenharia reversa no sistema de justiça. Decompondo-o descobrir-se-á que as peças vão sendo desmontadas até se chegar na natureza humana, constituída, em grande parte, por aspectos imperceptíveis nascidos nas profundezas do inconsciente.

É sabido que a ciência ainda não conseguiu identificar completamente as barreiras e os limites entre a consciência e a inconsciência (embora existam avanços significativos na neurociência), mas não se pode desprezar que descobertas importantes foram construídas a

⁸² FREUD, Sigmund. *Totem e tabu*, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). In: **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Edição *standard* brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, v. 11.

partir do século XX.

Deixar de pensar o direito na perspectiva de compreender aspectos inconscientes na base de sua formação equivale a desconsiderar que o objetivo do direito é compreender e direcionar o ser humano a maneiras mais civilizadas de lidar com seus dramas pessoais e instituir um modo de convivência baseado em valores verdadeiramente pacíficos.

O sistema jurídico é constituído através da inserção do sujeito de direitos segundo uma conotação superficial, objetivando estabelecer padrões de decidibilidade guiados por uma racionalidade retórica. Essa perspectiva afasta qualquer possibilidade de tratar o sujeito em sua essência, considerando os aspectos decorrentes do sujeito do inconsciente. Ao desconsiderar o sujeito inconsciente o sistema fica penso e instaura uma lacuna. Ao agir assim, desconsidera parte importante do próprio sujeito, tornando-o incompleto; e a incompletude do sistema, por consequência, atrai formas jurídicas de solução de problemas igualmente lacunosas.

Claro exemplo de que a superficialidade sistêmica pode trazer situações indesejadas está na constatação de que o sujeito presente na relação jurídica pode reagir de forma inconsciente e extrapolar as raias da relação jurídica para adotar padrões de decisão que vão muito além do próprio sistema, sem que o sistema o identifique objetivamente, inclusive a ponto de atuar para influenciar o órgão acusador a adotar medidas sem as quais, por força do princípio do dispositivo, ele possa adotar de ofício.

É preciso pensar a ressignificação do sujeito para deixá-lo na perspectiva superficial e abordar sua essência com a representação do inconsciente. Talvez seja possível testar sistematicamente como seria alterar deliberadamente o estado inconsciente, de maneira a aumentar as formas experienciais de autoconhecimento do sujeito.

A identificação de que elementos inconscientes influenciam a formação do sujeito, a constatação de que o sistema, por si só, é incapaz de identificar todos os contornos do sujeito e de que é impossível afastar a singularidade deste nas relações jurídicas, poderá trazer uma forma equilibrada de atuação sistêmica mantenedora de certa ordem, mas ao mesmo tempo permear a identificação de que esse sistema não pode desprezar o sujeito e sua constituição.

Constatar a dicotomia entre o sistema jurídico e o sujeito do inconsciente permite a abertura de novas possibilidades de investigação do campo jurídico, alargando as perspectivas de se conhecer o sujeito do inconsciente e sua relação com o direito, ou seja, é fundamental pensar o humano em sua integridade naquilo que toca com o direito.

3.8 Reflexões do capítulo

Partindo-se da premissa de que a concepção do direito é o ser humano dentro das mais variadas maneiras de criação e que esse nascimento inclui a atuação inconsciente, é possível inferir que a ciência jurídica coloque no centro da atividade científica a abordagem da essência humana, adotando como pressuposto a ideia de que as decisões são tomadas sob a perspectiva de uma racionalidade retórica.

O olhar direcionado ao sujeito é o de que se trata de um ente desprovido de elementos inconscientes que o afetam, influenciam, identificam sua subjetividade e podem conduzir à percepção e à interpretação de acordo com elementos não identificáveis.

As ciências da mente preconizam a existência de um sujeito do inconsciente que influencia decisivamente a tomada de decisões, seja através da formação de uma base afetiva constantemente consultada até mesmo para atitudes teoricamente controladas, seja através de elementos presentes na composição do sujeito.

A dicotomia entre essas dimensões faz com que se reflita a necessidade de o direito avaliar integralmente o ser humano que está no centro de suas atividades principais, de maneira que não apenas a visão sistêmica de um sujeito de direitos seja considerada, mas primordialmente a presença completa do ser humano, o que colocará a ciência jurídica mais próxima da perspectiva de humanização.

4 INCONSCIENTE NA RELAÇÃO PROCESSUAL

4.1 Aspectos gerais

Pensa-se a relação processual, desde sua autonomia em relação ao direito material, como um método para se alcançar a solução de conflitos individuais e a manutenção da civilidade através de fórmulas subservientes à aplicação dogmática do direito.

As principais características do sistema processual brasileiro são, em linhas gerais, aquelas que orientam os medulares estandartes do processo nos sistemas romano-germânicos, baseado nos elementos da ação a partir de peças processuais fundadas em fatos e circunstâncias vistas por um corte iniciado com a narrativa de fatos e a subsunção jurídica sob o viés dogmático.

No caso brasileiro, essa tendência é assomada por peculiaridades decorrentes do congestionamento sistêmico, o que implicou na escolha do caminho pela positivação de medidas de universalização (precedentes obrigatórios) e estímulo à conciliação/mediação, tudo, repita-se, sem se desprender do pressuposto de que a pretensão (genuína), a forma de sua manifestação (através de peças processuais), as partes e principalmente o julgamento decorrem da forma utilitarista de pensar o direito.

As particularidades da pós-modernidade implicaram em intensa judicialização das relações públicas e privadas, fazendo o Poder Judiciário ocupar, na contemporaneidade, um protagonismo inédito nas relações sociais.

A isso se soma a instabilidade aguda quanto aos métodos e os efeitos em relação aos precedentes judiciais e sua aplicação. A falta de critérios para se estabelecer precedentes expõe a carência de reflexão sobre a forma como se constituem, principalmente os verbetes que traduzem atualmente padrões para a distribuição do direito “no atacado”. A forma contemporânea de exteriorização do direito incorpora uma forma de pensamento que expressa devoção à velocidade processual em detrimento de reflexões humanas completas.

O acréscimo no volume de demandas acelerou a implantação de métodos tecnológicos voltados à resolução de conflitos individuais ao mesmo tempo em que os critérios adotados por esses sistemas são manifestamente frágeis.

O ambiente no qual o direito se pronuncia, onde a voz das partes e dos responsáveis pela condução da relação processual ganha vida, tornou-se inconscientemente prostrado a maneiras de pensar o direito na concepção da decidibilidade.

A reflexão em torno do inconsciente no sistema jurídico aconselha que se pense na

relação processual sob uma perspectiva mais profunda.

Sendo a manifestação do direito basicamente pronunciada através de peças processuais que estampam formas e métodos ciosos em reconstruir fatos e aplicar-lhes fundamentos jurídicos através de uma atividade mental não investigada a fundo, velando e zelando para que o arcabouço jurídico aterrisse em uma base fática construída fundamentalmente na linguagem (pragmática), impossível não imaginar as interferências do inconsciente nesta relação.

Naturalmente não é possível pressupor todos os elos do processo que implicam em alguma manifestação inconsciente. Possível, no entanto, antever de que maneira os principais alicerces da relação processual são atingidos inconscientemente pela atividade humana que permeia a relação, desde o seu nascedouro até o momento em que se colhe o desfecho, pensado como a transformação, através do processo, daquela relação material, instalada na perspectiva de que o palco para a realização do direito material é a relação processual, possa exigir reflexão em torno de uma completude humana que inclui não apenas uma visão fundamentada na perspectiva positivista.

O encadeamento de atos processuais se notabiliza por uma atuação superficial, cativa aos grilhões das positivities que penetram a relação processual e fazem-na se prostrar às tendências pragmáticas aparentes.

Penetrar na estrutura do processo para desvendar como elementos inconscientes afetam e transformam a estrutura da relação e refletir a maneira como a constatação desse inconsciente pode se revelar produtiva é o que se propõe o presente capítulo.

4.2 Elementos identificáveis objetivamente pelo sistema jurídico

Sob o olhar da concepção lógico-descritiva, a colocação da pretensão das partes nas peças processuais, o exercício probatório em busca de uma verdade superficial, a tomada de decisões, metodologicamente adaptada ao sistema jurisdicional, faz com que no processo se busque precipuamente identificar os fatos, jungi-los às regras do ordenamento e adequá-las dentro do eixo jurídico-processual que se prende nesta perspectiva.

Fatos e circunstâncias mapeadas nas alegações das partes e nas provas inserem-se, na perspectiva lógico-descritiva, entre os mais importantes aspectos a serem observados, especialmente diante da necessidade de subsumir fatos ao texto normativo.

O ordenamento jurídico, nesse contexto, põe-se à disposição das partes e do julgador no momento em que realiza a tarefa de subsumir os fatos ao texto normativo, franqueando uma

plêiade de comportamentos previamente previstos com o propósito de mensurar as consequências da conduta, tudo de acordo com uma tarefa padronizada na qual o ordenamento jurídico presume o desfecho jurídico adequado para determinada atitude, confiando ao aplicador a tarefa de incorporá-lo ao caso concreto conforme suas especificidades.

Esses elementos constituem uma base estruturalmente identificável objetivamente aos atores do processo e àqueles que acessarem a decisão.

Ainda que a tarefa de interpretar o texto normativo e a ele subsumir os fatos possa conter certa subjetividade, os elementos estão postos, no plano material, de acordo com o ordenamento substantivo e, na esfera processual, pelas regras processuais objetivamente postas. Todos esses elementos ganham corpo e são expostos no momento de se fundamentar as decisões, sempre pautada na observância da lógica e sua adequação à hipótese normativa.

Apesar de todas as esperadas dificuldades ao se abordar questões com tão alto grau de complexidade – na verdade são questões inerentes à condição humana – as escolhas não se limitam a dados e elementos objetivamente identificáveis no ordenamento jurídico e no ambiente processual. As mais elementares maneiras de pronunciamento das partes, julgadores e auxiliares da justiça, entretanto, são também permeadas e dirigidas por elementos inconscientes não identificáveis objetivamente.

Sempre que se trabalha com processo há a impressão de que a relação processual seja marcada pelos elementos que o integram concretamente, mais tarde adaptada à forma de solução de conflitos usualmente conhecida por aplicação do direito.

Para a ciência processual, apenas os aspectos aparentes desta relação normalmente são relevantes, de maneira que alguns conteúdos escondidos na relação permanecem esquecidos, entre os quais, a influência de aspectos inconscientes da decisão judicial.

Enxergar o processo como relação jurídica identificada a partir de aspectos objetivamente identificáveis, desprezando aqueles que estão nos interstícios das pessoas que integram esta relação jurídica, exprime a aplicação do direito de forma superficial, conduta essa recorrente nas relações jurídicas cuja solução no cenário atual é buscada a partir de um superdimensionamento do decisionismo jurisprudencial decorrente de temas repetitivos, súmulas e precedentes.

É preciso, porém, destacar que a ideia de uma objetividade genuína se revela, no fundo, uma maneira incompleta de pensar o direito, de vez que, sendo o direito essencialmente humano, as subjetividades estão intrinsecamente presentes na atividade jurídica e, sendo humano, contém, naturalmente, aspectos inconscientes que, a despeito de não identificáveis objetivamente, desempenham forte influência ao longo da relação processual.

O processo é feito de decisões, não apenas dos julgadores no momento em que proferem decisões interlocutórias, sentenças, acórdãos e outras formas de manifestação, como também pelas próprias partes e pelos auxiliares da justiça.

Apenas para reflexão, é possível pensar na decisão proferida pelo julgador como maneira de ponderar sobre a influência de aspectos inconscientes. É inegável que o itinerário de qualquer decisão se inicia com os primeiros contatos do julgador com a relação jurídica. É insuspeito que o juiz não principia o processo decisório apenas quando a marcha processual atinge a fase decisória. Ao contrário, o tempo que marca a fase decisória inicia seu trajeto com os primeiros contatos do julgador com as peças processuais trazidas na fase postulatória, no contato com as partes durante as audiências ou nas sucessivas manifestações lançadas ao longo do iter processual. Em todos esses momentos, as primeiras impressões e conclusões já vão tomando corpo na construção mental da decisão.

Quando os primeiros contatos com a relação processual começam a se concretizar, as predisposições anteriores iniciam um processo de adaptação da atividade mental do julgador às características.

Esse painel segue os mesmos padrões até a decisão final. Ao exteriorizar a decisão, o juiz não está vinculado a aspectos puramente objetivos. Mesmo nas ocasiões em que o julgador está alerta, atento e com todos os sentidos apostos para adotar uma decisão teoricamente baseada em elementos objetivos cravados pelo sistema, a simples composição da consciência – na teoria damasiana – exige a aplicação da subjetividade, seja na interpretação das provas, seja na interpretação jurídica, seja no momento de mensurar o grau e a força com que aplica sanções, seja, enfim, nas mais variadas formas de atuação do julgador.

Se, mesmo nas ocasiões em que a decisão é tomada através de um grau de atenção enorme (o que, em princípio, pressuporia estado de consciência pleno) a arquitetura mental coloca a subjetividade – e com isso atrai a presença de sentimentos e de emoções –, o que se dirá de outras situações nas quais componentes de inconsciência mais agudos tornam as decisões menos racionais?

A pressuposição de que o sistema seja puramente objetivo, com efeito, cede à constatação de que a relação processual possui atores e componentes humanos que trazem consigo uma intrincada e complexa rede de pensamentos, raciocínio, (in)conscientização, enfim, substâncias que se posicionam no campo das subjetividades.

A precaução do sistema quanto à redução dos subjetivismos repercutiu no processo de tal maneira que a objetividade bloqueou qualquer tentativa de se inferir em relações processuais aspectos que transcendem o limite da consciência.

A relação jurídica processual, nessa linha, reflete a concepção sistêmica de posicionar aspectos inconscientes a partir da premissa de que o inconsciente não teria qualquer influência na relação processual.

O inconsciente, para o processo, é visto superficialmente. Apenas em manifestações periféricas pontuais é abordado, como nas incursões em torno da prova oral (apenas uma parcela das teorias sobre a prova se debruça sobre a atuação do inconsciente), nas formas de pensar a alienação parental, em situações extraordinárias nas quais se discute a imputabilidade e em raras experiências teóricas através das quais se põe em foco a vingança sob a lupa de sua ligação com a justiça, avançando, um pouco mais, na teoria das decisões judiciais quando se pensa a aplicação dos vieses cognitivos.

Esse cenário processual é o reflexo de como o inconsciente é ignorado pela relação processual, o que permite pensar, na perspectiva contrária, como seria útil ao direito investigar o inconsciente nas profundezas da pretensão das partes, nos delineamentos do pensamento do julgador e nas formas de sua constituição.

É certo que a maneira como essa investigação possa se efetivar na prática, especialmente em relação à instituição de técnicas e de métodos que tornaria possível a análise, constituir-se-ia desafio de difícil transposição, notadamente diante da premente necessidade de se efetivar o princípio da celeridade processual. O contraponto às dificuldades, porém, está na constatação de que simplesmente deixar o inconsciente à deriva traz inconvenientes gravíssimos para o sistema.

A objetividade sistêmica é insuficiente para a reflexão em torno do inconsciente. As ciências da mente trabalham a subjetividade de maneira ímpar porquanto buscam compreender como aquele ente singular é permeado por elementos cindidos, sujeitos manifestamente desdobrados em escolhas inconscientes, desejos armazenados nos porões da inconsciência, trilhas verbais e não verbais que sobem ao pensamento quando se deparam com fatos e relatos construídos com amparo em uma memória autobiográfica, por um *self* autobiográfico.

As objetividades sistêmicas, inconciliáveis com as singularidades inconscientes, apresentam-se em um cenário de aparente conflito. Em princípio, não haveria como conciliar a cronologia da relação processual do século XXI e sua intensa velocidade com a visão intertemporal apresentada, por exemplo, pela psicanálise (Jacques Lacan diz que o tempo do inconsciente é lógico e não cronológico) ou mesmo pelas necessidades de se pensar neurocientificamente a relação corpo-cérebro.

Essa objetividade sistêmica, no entanto, não pode ser colocada em um pedestal tão alto que não permita à relação processual pensar e atuar na singularidade quando ela se mostra mais necessitada.

O que se pretende esclarecer é que a predileção por um sistema mais objetivo possível – o que arrasta a reboque o sistema processual e suas construções mais modernas – por vezes, sufoca a necessidade de pensar o singular, o indivíduo, o sujeito e, principalmente, as consequências em desprezar o inconsciente e a singularidade dos atores que atuam no processo, seja com o objetivo de manifestarem suas pretensões, proferirem decisões ou desempenharem o papel de auxiliares.

4.3 O inconsciente e a delimitação da pretensão

Persevera no sistema a ideia de que a base jurídica do direito material (e os mecanismos sistêmicos de preenchimento das lacunas) cria um cenário ideal de comportamento.

A base jurídica exteriorizada pela ordem positivada gera a pressuposição de que o desejo das pessoas (em sentido *lato*) normalmente é satisfeito através dos ideais presentes no ordenamento. Este panorama reflete na constituição e no desenvolvimento das relações processuais iniciadas através de peças processuais que narram fatos e fundamentos jurídicos.

A narrativa dos fatos segue ordinariamente uma perspectiva imaginária (na visão lacaniana e na perspectiva damasiana) porquanto estratificada na essência individual do “eu”, sem considerar o sujeito do inconsciente e sua constituição, que os afetos influenciam decisivamente as deliberações das pessoas e que, na identificação do inconsciente, é importante compreender a figura do “Outro” (psicanalítico) e dos elementos presentes na constituição do desejo. O elo da corrente constituída pelo “eu” (indivíduo), insista-se, constitui apenas uma das peças de uma imensa e complexa engrenagem.

O ideário positivista de que a satisfação do indivíduo estaria presente pura e simplesmente na obtenção do resultado almejado pelo sistema jurídico na perspectiva do direito material, se comparado à visão ampla e complexa de formação do sujeito, se revela apequenada, insuficiente para alcançar a verdadeira satisfação.

Basta lembrar de que a teoria lacaniana aborda, no grafo do desejo, elementos topológicos que identificam a demanda-desejo e suas relações com o sujeito, ao que se acrescenta o alicerce do pensamento damasiano para quem os sentimentos e as emoções são elementos integrantes do pensamento consciente (na perspectiva de sua constatação e não de sua instituição). Assim, se a teoria damasiana coloca que a consciência pressupõe a atuação de

sentimentos e emoções (sem os quais não haveria sequer consciência), há motivos ainda maiores para insistir que fenômenos inconscientes – que estariam em condutas incapazes de identificar a si próprio – estão no supedâneo das pretensões.

É importante refletir que todos esses aspectos – presentes nas teorias psicanalíticas e neurocientíficas – são depreciados pela ciência do direito que pressupõe a relação processual concebida de uma pretensão consubstanciada em raízes dogmáticas e baseadas em uma pressuposição de satisfação calcada puramente no indivíduo (imaginário na perspectiva lacaniana) cumpre o papel de manter a civilidade das relações interpessoais.

Esses pontos, embora apenas ilustrativos, podem representar a maneira pela qual o inconsciente atua no sistema e a relevância quanto à observância dessa influência para que, detectada sua presença, seja possível pensar em formas de se adaptar o sistema à percepção.

É o caso da delimitação da pretensão.

Por meio de uma visão superficial tem-se que o delineamento da pretensão seria aquela na qual a petição inicial e a contestação exteriorizam, *prima facie*, a intenção de obter uma condenação (no caso da parte autor) e do réu em bloquear possível condenação. As normas de direito processual sinalizam para os cuidados em se atrelar a decisão judicial aos estritos limites da postulação (Código de Processo Civil de 2015, arts. 490 e 492), proibindo decisões não adstritas ao pedido.

Na perspectiva da pragmática retórica, o inconsciente permanece fora desta estrutura e é abordado apenas reflexamente, visto que as experiências e práticas jurídicas repelem as eventuais tentativas de se descobrir elementos inconscientes na pretensão das partes.

A impossibilidade dessa identificação gera superficialidade sistêmica. As cores de um conflito individual ou coletivo podem estar marcadas por tonalidades que as peças processuais não identificam. Recorrendo-se, vez mais, às teorias lacaniana e damasianas, percebe-se que o pronunciamento em peças processuais pode esconder estruturas construídas sob a forma de uma linguagem, mas que no fundo representam outro modo de linguagem inacessível e inapreensível – porquanto inconsciente – que não pode ser traduzido em sentenças e palavras. É realmente difícil compreender e tentar trazer para a realidade presente desejos recalcados ou dissimulados em frases e comportamentos das partes.

Talvez não exista ainda maturidade científica necessária para se perquirir a exata divisão entre a corrente consciente e inconsciente no delineamento de uma pretensão. Há, porém, material científico que sobeja fundamentos a permitir ponderar que os aspectos inconscientes propulsionam e influenciam os atos e as manifestações humanas, de onde se conclui que o exercício de uma pretensão contém em seu âmago elementos inconscientes que devem ser

pensados e apenas por se estabelecer um raciocínio que considere a presença desses elementos – e não apenas uma pressuposto de objetividade – faz pensar que o direito precisa, sim, cuidar de aspectos inconscientes como método para avançar e atingir um ambiente jurídico-processual verdadeiramente vinculado à pessoa humana.

Na relação processual, a pretensão pode não estar consubstanciada apenas no reconhecimento do direito material antevisto pelo ordenamento, mas pode se basear na ideia central da figura do outro, na cadeia de significantes na constituição do sujeito (em uma perspectiva psicanalítica à luz da teoria lacaniana), pode também estar permeada por sentimentos e emoções presentes na concepção da subjetividade (segundo a teoria damasiana), o que, em princípio, estaria fora do espectro de atuação do direito, mas que, no fundo, pensando-se a figura do inconsciente e sua relação com o direito, pode representar avanços significativos no desenvolvimento da ciência jurídica.

4.4 Os métodos alternativos de solução de conflitos e o inconsciente

Louva-se a potencialização e o estímulo aos métodos alternativos de solução de conflitos, tanto por força das disposições do Código de Processo Civil, quanto por conta das normas que tratam da mediação, a exemplo da Lei n. 13.140/2015 e a Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça.

O pensamento em torno do inconsciente e sua marcante presença na pretensão das partes sugere que se pense esses métodos sob a lupa da interdisciplinaridade. Entre as teorias que circundam a mediação/conciliação e o tratamento na dimensão da interdisciplinaridade é possível destacar a análise na perspectiva antropológica fundada na teoria do multijuridismo desenvolvida por Etienne Le Roy. O autor direciona o direito para outros arranjos de regulação diversos do foco dogmático, baseado em fundamentos não hierarquizantes⁸³.

O presente trabalho sugere que, por uma linha interdisciplinar, possa-se, na atmosfera dos métodos alternativos de solução de conflitos, tratar dos elementos inconscientes desta associação.

No âmbito do direito de família, vê-se exemplos de aproximação entre as partes e o inconsciente. Bruna Waquim⁸⁴ trata da figura do acompanhamento terapêutico nas demandas

⁸³ VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A mediação em um campo de análise interdisciplinar: o aporte da teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3. n. 2, p. 1.113-1.162, 2017.

⁸⁴ WAQUIM, Bruna Barbieri. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) **Revista Brasileira de Direito de Família**. 2020. Disponível

de família e infância de juventude.

Refletindo sobre os métodos alternativos de solução de conflitos a partir da teoria damasiana, importante lembrar que a atividade mental das partes envolvidas funciona a partir das experiências mentais integradas, recorrentes, elementos constituintes do *self* autobiográfico e do *self* central.

Ao se incluir a subjetividade nesse cenário, abre-se a cena para o tema dos afetos, cujas raízes estão em sentimentos e emoções, muitas das quais centradas na memória, considerando, quanto a esse ponto, a orientação damasiana de que são infinitas as circunstâncias da memória (reais ou invocadas) que podem gerar sentimentos.

Por outro lado, nota-se no pensamento lacaniano que o outro, na escala que rege o desejo, possui uma importância fundamental na constituição do sujeito do inconsciente. Dentre os elementos que integram a cadeia de significantes na tentativa de iluminar a constituição do sujeito do inconsciente há intensa relevância da figura do outro, a ponto de permitir a lapidação do expoente segundo o qual o desejo do sujeito é o desejo de que o outro tenha os mesmos desejos do desejante.

Para Michele Roman Faria⁸⁵, é possível notar que entre os elementos que integram a constituição do sujeito do inconsciente se alojam alguns que prenunciam a falta de significante no outro. Conclui-se que não há significante que possa identificar o desejo do outro. A dificuldade em identificar o que o sujeito significa para o outro, faz com que o sujeito possa ser o objeto do desejo do outro ou o desejo da demanda do outro. Para a autora, quando se pensa que o determinismo psíquico vem do outro, se recorta aquele lugar e se sujeita a ele. Prossegue informando que o ponto principal está em pensar a função significante pela posição subjetiva que é inconsciente (a posição subjetiva em relação ao significante é inconsciente), o que a leva a propor que o trabalho da análise é esvaziar essa posição significante.

Os métodos alternativos possuem como principal foco a resolução do conflito. Considerando a tradição processual centrada no conceito *carneluttiano* de lide, o conflito é pensado segundo elementos dogmáticos. Em sua origem, porém, o conflito pode ter – e normalmente tem – raízes inconscientes, pois, tanto a teoria damasiana quanto a noção psicanalítica lacaniana produzem elementos para se pensar a origem do pensamento das partes envolvidas para muito além da dimensão conflituosa pensada dogmaticamente.

em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1591/Uma-nova-sa%C3%ADda-para-o-problema-da-aliena%C3%A7%C3%A3o-parental-%28e-ou. Acesso em: 12 dez. 2020>

⁸⁵ FARIA, Michele Roman. **Real, simbólico e imaginário no ensino de Lacan**. São Paulo: Toro, 2019.

Algumas dificuldades aparecem no manejo dos métodos alternativos segundo o pensamento lógico-sistemático que marca a ordem jurídica, quando comparado à maneira de refletir a singularidade psicanalítica/neurocientífica.

O Código de Processo Civil de 2015 e a prática jurídica permitem certa incursão a elementos inconscientes para métodos periféricos. Através do sistema processual, é possível provocar a atuação de psicólogos forenses, como auxiliares da justiça, em situações nas quais é necessário obter opinião técnico-científica, por exemplo, nas discussões familiares em torno da guarda de filhos, alienação parental e ações semelhantes. O pronunciamento desses profissionais normalmente está consubstanciado na psicologia cognitiva comportamental e reúne elementos normalmente afeitos à postura das partes, concluindo-se, na maioria dos casos, pela improcedência ou procedência da demanda.

A manifestação do inconsciente possui formas que podem ser vistas por métodos específicos, especialmente na clínica psicanalítica, o que traz certa dificuldade. A linguagem utilizada pelo direito e o corte substancial na conduta humana a partir das positivities estabelece fronteiras epistemológicas decorrentes da necessidade de pensar a natureza, as etapas e os limites do conhecimento.

Poder-se-á colher críticas no sentido de que o objeto da clínica psicanalítica ou de métodos neurocientíficos é o inconsciente, enquanto a ciência jurídica e o sistema jurídico não possuem – e não poderiam possuir – objeto de investigação de campos que somente a psicanálise teria base científica para questionar.

Mas se o inconsciente influencia o direito e, no caso mais específico dos métodos alternativos de resolução de conflitos, não se mostra razoável simplesmente promover uma separação que adote como critério a independência de objetos.

A articulação entre o inconsciente e os métodos alternativos de solução de conflitos passa pela reflexão de que o sistema jurídico não é aparelhado para investigar o inconsciente, mas este atua na constituição do sujeito e na sua relação com o outro, hipóteses marcantes e fundamentais para a atuação de quem desempenhará a função de terceiro na relação conflituosa.

Se, de um lado, não é tarefa simples tentar compreender os aspectos psicanalíticos/neurocientíficos relacionados ao desejo e aos afetos, por outro, a constatação de que a relação conflituosa objeto da análise está permeada por diversos aspectos inconscientes decorrentes da constituição do sujeito do inconsciente e da atuação de um campo subjetivo que inclui afetos e outros tantos elementos de natureza inconsciente, servirá fundamentalmente para se compreender que a base jurídica transmitida por uma ciência dogmática e a atuação sistêmica baseada em elementos positivados é manifestamente insuficiente para a compreensão daquela relação.

O pressuposto do qual se parte para considerar os métodos alternativos de solução de conflitos – a constrição dos critérios e a formação profissional de auxiliares credenciados segundo a perspectiva pragmática – se revela claramente insuficiente para enxergar os interstícios presentes na plataforma consciente e n’aquelas presentes nos elementos inconscientes.

Neste ponto retoma-se os fundamentos trazidos por Etienne Le Roy⁸⁶, que argumenta estar a mediação relacionada à juridicidade. Se a juridicidade não está preparada para considerar os aspectos inconscientes e se a mediação genuína – e não aquela relacionada especificamente à solução de conflitos – depende da abordagem de elementos posicionados na dimensão inconsciente (como a descoberta dos significantes presentes na cadeia que despertam a constituição do sujeito), a mediação por meios exclusivamente jurídicos pode configurar uma frustração.

Não há nas ciências contemporâneas outra forma de obter a linguagem do inconsciente a não ser através da psicanálise. A descoberta do desejo e dos significantes como origem de uma pretensão depositada em juízo tende a depender de uma abordagem psicanalítica para a qual a ciência jurídica não está preparada.

Daí a importância de se refletir sobre Etienne Le Roy e sua construção do pensamento em torno da separação entre a mediação e a estrutura judicializante.

As figuras de manifestação da linguagem são distintas, para não dizer inconciliáveis. O pronunciamento das pretensões em direito se consubstancia na pressuposição de que o nascedouro da aspiração é a ordem jurídica, ao passo que a linguagem do inconsciente é marcada por elementos não identificáveis cuja detecção é muito difícil aos olhos dos atores da relação processual.

Mas há um ponto em que esses mundos distintos se tocam: é a relação jurídica processual. O problema é que, na relação processual, a linguagem inconsciente é inacessível porque inapreensível. A despeito disso, a interferência inconsciente é bastante forte no delineamento.

Segundo Étienne Le Roy, em obra de Orlando Villas Boas Filho:

Para realizar a análise do que designa de tripé jurídico (*trípode juridique*), Étienne Le Roy parte de uma abordagem antropológica da obra *Flexible Droit* de Jean Carbonnier. Logo no primeiro capítulo da referida obra, em que são esboçadas as hipóteses fundamentais para uma sociologia teórica do direito, Carbonnier, depois de proceder a um breve exame do que denomina hipótese do pluralismo jurídico, propõe dois teoremas fundamentais para a sociologia jurídica. O primeiro consiste na

⁸⁶ VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A mediação em um campo de análise interdisciplinar: o aporte da teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3. n. 2, p. 1.113-1.162, 2017.

afirmação de que o direito seria maior do que suas fontes formais. O segundo sustenta que o direito seria menor que o conjunto das relações entre os homens. A esses dois teoremas, propostos por Carbonnier para fundamentar sua sociologia jurídica, Le Roy agrega um terceiro que, em seu entendimento, permitiria descentrar a análise de sua referência à experiência ocidental do direito. Esse terceiro teorema consiste na postulação de que a juridicidade é mais ampla que a concepção do direito desenvolvida nas sociedades ocidentais de modo a abarcá-la⁸⁷.

Aplicando-se os três eixos centrais ao presente estudo, tem-se que: (1) se o direito é maior que suas fontes formais, nada mais criterioso do que enxergar o direito a partir das pessoas que o constituem, o aplicam e o transformam, base na qual se deve incluir a avaliação inconsciente; (2) se o direito é menor que o conjunto de relações entre os homens, a abordagem do inconsciente é necessária, mesmo topologicamente situada fora do sistema jurídico, para que as relações humanas sejam compreendidas em sua integralidade; (3) se a concepção de juridicidade é mais ampla que a concepção de direito, é fundamental pensar que os elementos inconscientes que despertam a potencialização da juridicidade devem ser enfrentados justamente para minimizar suas interferências nocivas no mundo do direito.

Segundo a Lei n. 13.140/2015, art. 16, ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes podem se submeter à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

Isto significa que o julgador, diante da revelação de que os aspectos inconscientes presentes naquela relação jurídica processual são de tal ordem relevantes que recomendam um freio na atividade litigiosa (por vezes altamente bélica), pode tentar estabelecer maneiras ou técnicas para que o inconsciente, obedecidas as regras de confidencialidade, seja adequadamente abordado.

Quando se considera que o inconsciente atua fortemente na atividade humana percebe-se que os métodos consensuais de solução de conflitos possam a ampliar a visão e focar a atuação do inconsciente na identificação da pretensão, pois que a satisfação buscada sob a forma de disputas judiciais pode ter raiz no sujeito do inconsciente.

Logo, a amplificação do espectro de cognição em torno dos elementos que constituem a pretensão na perspectiva inconsciente, pode contribuir para o aprimoramento dos métodos de solução consensual de conflitos e reduzir a juridicidade.

⁸⁷ VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A mediação em um campo de análise interdisciplinar: o aporte da teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3. n. 2, p. 1.113-1.162, 2017, p.1.145.

4.5 A produção de provas (o inconsciente e os conceitos de Michele Taruffo)

O processo de decisão judicial se inicia desde os primeiros contatos do julgador com as peças processuais, quando o caso analisado deixa de ser mais um feito entre tantos e ganha sentido particular dentro do contexto em que se apresenta.

A questão que tem permeado intensos debates e levantado questionamentos reside na análise de como as provas e a sua apreciação amparam o processo decisório, inclusive no que tange à formação da convicção do julgador, se suas decisões se baseiam literalmente na previsão legal ou se, de alguma forma, as estruturas inconscientes podem influenciar no papel da tomada de decisões.

Ao se relegar o processo da formação das provas e da tomada de decisões ao campo da literalidade, sem qualquer traço de subjetividade por parte do julgador – como se este reproduzisse um algoritmo com decisões prontas e automatizadas, quase como um processo decidido à luz da alimentação de um sistema informatizado, que de maneira fria e automática, analisa dados e os compila em uma sentença ou veredito – despreza-se uma questão fundamental, que seria a análise das provas através do que se poderia chamar de construção do caso.

Para Michele Taruffo⁸⁸, referida construção apresentaria duas vertentes. De um lado, a análise do objeto da decisão através de etapas lógicas e semânticas; do outro, a ideia de que, para o juiz, a interpretação dos fatos se daria através de uma análise orientada para cada caso específico, e não apenas de forma isolada e puramente cognitiva, como esclarece:

Da un lato, diventa fondamentale l'idea della "costruzione del caso", che richiama l'attenzione sulla "costruzione" come attività complessa di elaborazione della fattispecie che è oggetto della decisione, attraverso una serie di passaggi logici e semantici; dall'altro lato emerge all'evidenza il fatto che l'interpretazione della legge non è – soprattutto per il giudice – un'attività isolata e puramente cognitiva, ma è un'analisi orientata soprattutto alla "applicazione" della norma al caso concreto⁸⁹.

Observa-se que o julgador age sobre os fatos e, baseado neles, profere decisões considerando o contexto em que foram produzidos, lançando mão, nessa toada, de um

⁸⁸ TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018.

⁸⁹ Tradução livre: "Por um lado, torna-se fundamental a ideia da "construção do caso", o que chama a atenção para a "construção" como uma atividade complexa de elaboração do caso que é objeto da decisão, por meio de uma série de passagens lógicas e semânticas; por outro lado, emerge a evidencia de que a interpretação da lei não é – sobretudo para o juiz – uma atividade isolada e puramente cognitiva, mas uma análise orientada sobretudo para a "aplicação" da lei ao caso concreto". TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018, p. 130.

raciocínio decisório que busca aprofundar o exame dos fatos e a aplicabilidade da norma. Para a proposta dessa pesquisa, é possível inserir elementos inconscientes na busca pela verdade.

Para chegar à referida análise, o tomador de decisões precisa avaliar no mínimo duas opções e escolher entre as possíveis que traga a alternativa mais viável. Estaria, então, entre dois caminhos: de um lado dialético entre fato e direito, e, por outro lado, como observador de que cada passo no processo pode levá-lo à uma decisão adequada ou não. Nessa perspectiva, não seria razoável ignorar a complexa atividade intelectual do juiz e que, conforme observa Michele Taruffo⁹⁰, não poderia se limitar à mera descrição de esquemas mentais, o que afasta a conotação de mero aplicador ou executor de normas.

É assente o entendimento de que o processo decisório passa por longa carga interpretativa sobre a atividade probatória, com a participação ativa e analítica do tomador da decisão. No seio desta atividade interpretativa está presente um elenco de atores inconscientes. O juízo de valor sobre a prova, nessa medida, não está afeita apenas à percepção objetiva dos elementos probatórios, mas se expande com o contato entre a atividade mental do juiz e o material presente no caderno processual.

O julgador, ao tomar ciência do processo ao qual lhe cabe analisar e decidir, se baseia em narrativas dos fatos pretéritos, afinal, o processo é uma tentativa de reconstituí-los, aproximando-os, na maneira do possível, à realidade.

Esses fatos surgem nos autos do processo na forma de entidades linguísticas, isto é, de narrativas que se referem a um evento pretérito. A partir desse contato, é necessário fazer a primeira reflexão sobre a valorização da prova, o que, em princípio, se imbricaria ao princípio do livre convencimento, mas que, no fundo, possui uma carga inconsciente relevante e incontroversa.

Segundo Michele Taruffo⁹¹, o livre convencimento do juízo não renega ou afasta a importância das provas, mas requer atenção a exceções no que diz respeito à regra geral, por meio da qual os juízes passam a valorar as provas segundo suas próprias convicções íntimas, de acordo com sua livre valoração. O passo a passo que conduziria o juiz na tomada de decisões estaria permeado por inferências, que partiriam de uma premissa para chegar à uma conclusão, a *ratio decidendi*. É o que explica Michele Taruffo:

⁹⁰ TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicana**: memoria del taller de derecho procesal. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, México, 2003, p. 04.

⁹¹ TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicana**: memoria del taller de derecho procesal. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, México, 2003, p. 89-90.

[...] todo razonamiento del juez en la valoración de las pruebas utiliza este esquema como un par de lentes para leer e interpretar lo que ocurre. Entonces, lo fundamental es comprender cómo funciona este mecanismo y cómo está hecho. La función de la inferencia consiste, en atribuir un grado de confirmación lógica a la hipótesis que se trata de confirmar o establecer su falsedad. Esta es la finalidad⁹².

Ainda que a doutrina processual e o senso comum possam entender que essas narrativas de fatos surgidas como provas em autos processuais atuaria como ferramentas persuasivas, cujo propósito seria criar, na mente do julgador, uma indução acerca de como os fatos teriam se desenrolado, o certo é que, para o juiz, a prova não teria uma função retórica, mas epistêmica, ou seja, é um instrumento de conhecimento do qual o próprio juiz se utiliza para chegar a uma descrição verdadeira dos fatos da causa⁹³.

Nesse contexto, sendo epistêmica a prova, as origens inconscientes influenciadoras no momento de sua produção e as consequências igualmente inconscientes no momento da apreciação da prova, especialmente aquelas afetivas, devem ser consideradas no âmbito da relação processual, pois somente a integral percepção humana nos fenômenos de produção e interpretação das provas servirá à conclusão de que o complexo probatório tem a verdade como elemento indutor e como alvo da atividade probatória.

Na medida em que a busca da verdade dos fatos se torna o cerne da questão decisória, verdadeira condição para a aplicação correta da norma, desconsiderar os aspectos inconscientes no momento de sua produção ou apreciação seria, de certa forma, desfocar objetivos da atividade probante.

A tomada de decisões frente a um fato, ponto crucial após a valoração das provas, instiga o julgador a fazer escolhas entre o padrão adequado e o padrão equivocado, e o faz essencialmente optando pela eleição de critérios de valores que não estão dispostos nas normas legais, mas em sua própria cultura, em seus conhecimentos jurídicos adquiridos, na chamada máxima de experiência.

Até na análise das provas produzidas no processo, no que tange a conclusões de terceiros – como é o caso das provas periciais – existe o poder analítico do juiz, pois cabe a ele, em face de, no mínimo dois caminhos, escolher, usando seu juízo pessoal, aceitar ou não o que lhe foi

⁹² Tradução livre: “Todo raciocínio do juiz na valoração das provas usa este esquema como um par de óculos para ler e interpretar o que acontece. Portanto, o fundamental é entender como funciona esse mecanismo e como ele é feito. A função da inferência consiste em atribuir um grau de confirmação lógica à hipótese que se está tentando de confirmar ou estabelecer sua falsidade. Este é sua finalidade”. TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicana:** memoria del taller de derecho procesal. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, México, 2003, p. 93.

⁹³ TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018.

apresentado pelo perito, valorando, novamente, as provas a ele demonstradas⁹⁴.

Para Michele Taruffo:

La respuesta a la primera pregunta que se refiere a cómo el juez debe comportarse con respecto a las pruebas en el transcurso del proceso, es decir, cómo debe de ejercer los poderes que posee, esto es bastante sencillo: aplicación íntegra de la regla de la contradicción.

Esta es la única regla fundamental. El juez debe ser capaz de usar sus poderes de instrucción, es decir actuar de oficio, según se lo permita la ley. Debe usar estos poderes y la única regla que tiene que cumplir es la de la defensa de las partes, es decir, tanto de poner a las partes en posibilidad de cuestionar sus decisiones, como de participar efectivamente en la asunción de las pruebas, o de discutir el resultado de las pruebas, si eventualmente contradice posteriores pruebas con respecto a las que el juez dispuso de oficio. Esta es la aplicación trivial de la regla de lo contradictorio⁹⁵.

A presença da subjetividade na tomada de decisões, no entanto, não pode ser confundida com o entendimento, muitas vezes adotado pelo senso comum, de que o julgador decide de forma a deixar de lado o que a norma prevê, como se única e exclusivamente fizesse uso de suas opiniões e conclusões sem qualquer amparo ou fundamento legal.

Na verdade, o que se procura demonstrar com o entendimento da existência da subjetividade, ainda que nem sempre reconhecida no processo decisório, é que mesmo atado aos procedimentos de um sistema jurídico previamente estabelecido, o julgador tem como essência o poder de interpretar os fatos e as provas a ele apresentados, buscando a verdade dos fatos e da aplicabilidade da norma, por meio de uma avaliação racional das evidências, determinando o valor informativo de cada uma delas, como condição para estabelecer qual é o resultado cognitivo que deriva da evidências a ele entregues.

Nesse sentido, conclui Michele Taruffo:

Dall'altro lato, pare evidente non solo che i legislatori come quello italiano adottano una prospettiva chiaramente *analitica* quando si occupano di vari aspetti del fenomeno probatorio, ma soprattutto che la valutazione razionale delle prove deve avere ad oggetto la determinazione del valore informativo che *ogni singola* prova manifesta,

⁹⁴ TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018.

⁹⁵ Tradução livre: “A resposta à primeira questão que se refere a como o juiz deve se comportar com relação às provas no curso do processo, ou seja, como deve exercer os poderes que possui, isto é bastante simples: aplicação integral da regra da contraditório. Esta é a única regra fundamental. O juiz deve ser capaz de exercer seus poderes de investigação, ou seja, agir de ofício, segundo o permitido em lei. Deve usar estes poderes e a única regra que tem que cumprir é a da defesa das partes, ou seja, tanto colocar as partes na possibilidade de questionar suas decisões, quanto participar efetivamente da suposição das provas, ou de discutir o resultado destas, se vierem a contradizer as provas posteriores em relação às que o juiz ordenou de ofício. Esta é a aplicação trivial da regra do contraditório”. TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicana**: memoria del taller de derecho procesal. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, México, 2003, p. 110.

poiché solo a questa condizione è possibile stabilire qual è il risultato conoscitivo che deriva dalle prove di cui si dispone⁹⁶.

Na conjugação entre as enunciações do inconsciente sobre a interpretação da prova se mostra relevante lembrar que a produção probatória mira a descoberta da verdade. O caminho em busca da verdade sobre a base fática explicitada na relação processual, no entanto, é atravessado por ditames integrantes da subjetividade do julgador, notadamente os inconscientes, de tal maneira que a construção da verdade, no plano processual, depende também da extensão e intensidade de aspectos inconscientes.

Supor que o julgador, durante a atividade probatória, possa se manter absolutamente imparcial em relação às percepções decorrentes da atividade probatória e se concentrar especificamente na fase decisória a intensidade do poder de decidir representa, de certa forma, desconsiderar as constatações psicanalíticas e neurocientíficas em torno da presença do inconsciente nas experiências sentidas pela atividade mental.

Quando Antonio Damásio propõe que a consciência está atrelada ao *self* autobiográfico e à memória autobiográfica, reconhece a presença da cadeia de significantes preconizada por Lacan (normalmente operada em termos de memória quando fala sobre o *objeto a* e o estágio do espelho).

Comparando tal pressuposto com os métodos presentes no sistema de apreciação de provas constata-se, *mutatis mutandis*, que o contato do julgador – e das memórias que o acompanham – com fatos, circunstâncias e sensações pretéritas pode inseri-lo no contexto reproduzido e atrair a interferência de aspectos inconscientes, de tal maneira que o quadro fático reproduzido nos autos do processo seja afetado inconscientemente por suas próprias memórias e a correlata presença inconsciente na reconstituição.

Se, para Michele Taruffo, o processo é a verdade conforme o consenso do julgador e se, para Antonio Damásio e Jacques Lacan, a memória e a constituição do sujeito são marcantes no momento em que a pessoa lida com fatos recentes (recorre a operações passadas para construir a versão desses fatos e eventual decisão daí tirada), a verdade que se estabelece no processo não deixa de ser uma verdade cujo atingimento decorreu também de aspectos

⁹⁶ Tradução livre: “Por outro lado, parece evidente não só que legisladores italianos adotem um ponto de vista claramente analítico quando tratam de vários aspectos do fenômeno probatório, mas sobretudo que a avaliação racional das provas deve ter por objeto a determinação do valor informativo que cada prova singular manifesta, pois somente sob essa condição é possível estabelecer qual é o resultado cognitivo que deriva das provas de que se dispõe”. TARUFFO, Michele. *Ermeneutica, prova e decisione*. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018, p. 137.

inconscientes. Pondera-se, nesse sentido, que a figura do inconsciente está flagrantemente presente no ato de produção e de interpretação das provas.

Na medida em que o inconsciente está presente na cadeia de significantes e na constituição do sujeito, na constituição da própria memória e do *self* autobiográfico, o corte que o ordenamento jurídico estabelece para estabelecer limites e interpretações em torno do movimento probatório deve ser repensado à luz do inconsciente porquanto presente na constituição da própria pessoa. Desprezar essa cadeia significativa e a origem das condutas pode, de certa forma, escamotear a verdade posta no processo em relação às pessoas cujas condutas estão sendo avaliadas.

4.6 Teoria das decisões judiciais e o inconsciente

O dogmatismo presente na ciência jurídica decorre da valoração dos textos normativos a partir de uma linha divisória calcada na validade normativa, linha essa que traz a suposição de que os comportamentos humanos sejam aquilatados conforme o ideal normativo estipulado no texto.

Os enunciados normativos, em regra, possuem linguagem dependente de uma tarefa suplementar conferida ao intérprete e norteadas pela decidibilidade de conflitos (dogmática hermenêutica). O objetivo é expressar-lhe o sentido no contexto e, assim, alcançar a *comunicação normativa*⁹⁷.

A teoria da interpretação, sob a perspectiva dogmática, coloca como um dos principais pontos de reflexão os métodos hermenêuticos, normalmente abordando as formas de interpretação (gramatical, lógica e sistemática; histórica, sociológica e evolutiva; teleológica ou axiológica; restritiva ou extensiva).

Entre as teorias analisadas sobre a interpretação jurídica sobressai a fórmula dogmática, nela incluídos os métodos que enxergam o direito do ponto de vista da *tecnologia* e a perspectiva utilitarista, de tal sorte que a linguagem observada nos enunciados e nas relações jurídicas é meramente superficial.

A aplicação do direito também é conduzida por uma visão dogmática. As tarefas de interpretar e aplicar o direito decorrem do desempenho de uma atividade prática realizada de forma automática.

⁹⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Pensa-se a relação jurídica na perspectiva binária. Infere-se a relação jurídica através de peças processuais, tomando-se como pressuposto o comportamento do jurisdicionado medido segundo padrões estipulados pelo sistema jurídico. O comportamento esperado do agente, nessa linha, não é um comportamento que considera aspectos inconscientes, entre eles os afetos e outros que interferem em sua postura.

A conduta imaginada não inclui, efetivamente, aspectos inconscientes que, embora presentes na atuação, são desconsiderados na medida em que o ideal preconizado pelo “dever ser” considera apenas um ideário pressuposto como se o comportamento estivesse afixado em padrões puramente racionais e, como tal, genuinamente conscientes.

Por outro lado, a postura de quem aplica ou interpreta o direito considera o pressuposto de que a tarefa desempenhada pelo julgador está a salvo de qualquer outra interferência a não ser aquelas disciplinadas pelo princípio da legalidade e das regras processuais que, ao mesmo tempo, concedem certa discricionariedade na aplicação da norma e exigem um rigor sistêmico ao texto normativo e aos precedentes obrigatórios na visão dogmática processual contemporânea.

Possível perguntar qual o papel do inconsciente neste cenário e, mais, como o inconsciente afeta a dinâmica de interpretação do direito.

O julgador, em sistemas judiciários baseados na tradição romano-germânica, atua segundo padrões que não lhe permitem, em regra, identificar a singularidade do sujeito posicionado na relação jurídica. O julgador também não reconhece a si próprio como um sujeito que possui aspectos inconscientes e se constitui como um reproduzidor de situações jurídicas catalogadas no próprio sistema que, tanto através de previsões presentes nos textos normativos como através dos precedentes judiciais, substitui a vontade e as aspirações do sujeito (julgador) em nome da racionalidade sistêmica. Não deixa de ser um sujeito de direitos, embora posicionado na relação jurídica em função diversa das partes.

Para Jorge Eduardo D. Price⁹⁸, a dogmática está cumprindo a função de estabilizar as expectativas ao construir um sistema como referência legitimante. Diante disso, sem perceber, o julgador acaba sendo alvo de uma pragmática retórica⁹⁹ que atua francamente na formação do sujeito que julga. O problema, tanto do sujeito apontado como destinatário como daquele responsável pela aplicação, não está no sistema, mas na formação inconsciente do próprio sujeito e no desprezo do sistema em relação a essa composição.

⁹⁸ PRICE, Jorge Eduardo D. **La decisión judicial**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 240.

⁹⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

O julgador é acoplado ao sistema que o forma e a sujeição elimina a possibilidade dele, julgador, se autoidentificar como sujeito e expor elementos de sua própria subjetividade. Mesmo nas situações em que ao julgador é admitido emitir opiniões subjetivas – em determinado sentido – essas manifestações não perdem o enfoque da decidibilidade de conflitos individuais segundo uma racionalidade retórica. O contexto sistêmico atravessado por superficialidade decorrente de uma racionalidade retórica faz com que o inconsciente no sujeito passe despercebido.

Na teoria da decisão judicial verifica-se, tanto pelo sistema quanto pela ciência jurídica, a carência de análises voltadas à compreensão de aspectos inconscientes e sua repercussão nas decisões. Embora o sujeito de direitos carregue consigo naturalmente o sujeito inconsciente, o sistema negligencia sua presença, visto que a imensa maioria do pensamento jurídico dogmático prega a impossibilidade de distinção entre o sujeito de direito e o sujeito inconsciente.

Não há, para a visão positivista, formas de separar o sujeito inconsciente do sujeito de direito, esteja ele posicionado no terreno dos receptores da ordem jurídica, de aplicador ou de construtor da ordem, o que impõe um vácuo na interpretação da singularidade do sujeito.

Se, de um lado, não é possível desconsiderar que o enfrentamento do problema do sujeito inconsciente é tarefa árdua – tanto que nem mesmo a psicanálise ou a neurociência encontram vozes uníssonas em relação ao inconsciente e sua linguagem –, revela-se igualmente importante a asserção de que a interpretação do sujeito de direito sem a abordagem do sujeito inconsciente pode significar uma maneira aguda de se perpetrar a superficialidade jurídica.

O sistema aborda o sujeito de direito como o único que mereceria atenção do sistema. Pressupõe-se que o ordenamento, em regra, não deva estar jungido à subjetividade, mas apenas em situações excepcionais seria possível delegar a função singular ao sujeito.

Jorge Eduardo D. Price esclarece a influência da psicologia do *decisor*:

No cabe duda de que *la fisiología* de una decision judicial está tan inficionada por La psicología del decisor que resulta a menudo indiscernible de que modo ella ha influído em La selección normativa, em La seleccion fáctica y em La selección conclusiva. Nótese, incluso, que empleo el verbo *seleccionar* para cada etapa, remarcando siempre el acto de la *elección* (*scelta, choice*) con todas sus resonancias *arbitrarias*. Pero, no obstante, valdrá siempre parafrasear la advertencia de Popper sobre el problema de La inducción, para distinguir em nuestro tema entre el *iter* psicológico y el lógico de una decisión judicial¹⁰⁰.

¹⁰⁰ Tradução livre: “Não há dúvida de que a *fisiologia* de uma decisão judicial é tão afetada pela psicologia do tomador de decisão que muitas vezes é indiscernível de que modo ela influenciou a seleção normativa, a seleção factual e a seleção conclusiva. Note, ainda, que utilizo o verbo *seleccionar* para cada etapa, sempre destacando o ato de escolha (*scelta, escolha*) com todas as suas ressonâncias arbitrárias. Mas, no entanto, sempre valerá a pena parafrasear a advertência de Popper sobre o problema da indução, para distinguir em nosso assunto entre o *iter*

É corrente a asserção de que as decisões judiciais são afetadas fortemente por aspectos inconscientes e de que o sistema jurídico, por relegar o sujeito de direitos ao patamar da superficialidade na perspectiva meramente pessoal, simplesmente desconsidera essa circunstância. É fato que a imensa maioria dos métodos e das teorias relacionadas à interpretação e à aplicação do direito desconsideraram o inconsciente.

No fenômeno da aplicação do direito, a atividade mental do julgador desempenha uma função que, como todas as outras atividades, contempla a necessidade de vivenciar uma experiência mental integrada pela subjetividade (na concepção neurológica exposta por Antonio Damásio), que recorre ao *self* autobiográfico e à memória autobiográfica como elementos fundamentais na interpretação de fatos e de circunstâncias da vida de uma pessoa.

Por outro lado, a teoria lacaniana, exposta através de diversos elementos, revela que o sujeito é constituído por elementos inconscientes que exercem grande influência na formação da personalidade e na tomada de decisões, dentre elas, as advindas das noções de real, simbólico e imaginário.

É razoável pensar que a interferência de aspectos inconscientes na plataforma genuinamente racional pressuposta pela ciência jurídica deva ser revisitada considerando alguns fatores, dentre os quais, destacamos: 1) o julgador, no momento do julgamento, não está integralmente imune aos aspectos que ensejaram a constituição de seu sujeito do inconsciente; 2) esses elementos podem influenciar o julgamento na medida em que a realidade processual construída pelo julgador, fruto de uma narrativa das partes e da concepção de uma narrativa própria do julgador (Para Antonio Damásio, o cérebro constrói narrativas que possam ser representadas por palavras, mas existem narrativas sem palavras construídas a partir do contato do indivíduo com o objeto), é moldada de acordo com as experiências inconscientes do julgador, inclusive suas predileções advindas de uma rede afetiva própria; 3) é possível que o direito se preocupe, epistemologicamente, com o inconsciente; é relevante, num primeiro momento, reconhecer a influência desses aspectos para, em seguida, refletir sobre quais seriam as técnicas e os procedimentos mais adequados à abordagem inconsciente pela ciência jurídica; 4) considerando que mesmo as atividades consideradas conscientes – e que pressupõem uma atividade jurídica puramente racional – não estão absolutamente isentas à interferência de aspectos relacionados à subjetividade do sujeito que, na perspectiva damasiana, inclui sentimentos e emoções, não se descarta que a plêiade de afetos humanos pode afetar a decisão

psicológico e o lógico de uma decisão judicial”. PRICE, Jorge Eduardo D. **La decisión judicial**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 462.

judicial.

4.7 O realismo jurídico

A reflexão em torno do inconsciente fez com que se buscasse compreender movimentos que tentam explicar o processo de análise de fatos, de provas e da própria formação da decisão judicial fundadas em aspectos heterodoxos, muitos dos quais focando suas abordagens no papel realizado pelos tomadores de decisão.

Entre esses estudos ganha destaque o realismo jurídico, que tem como escopo essencial analisar as decisões judiciais e os elementos internos dos responsáveis pela tomada de decisões.

Quando se aborda a existência do realismo jurídico, é importante assentar que, por vezes, esse movimento foi, equivocadamente, reduzido a uma resposta ao formalismo jurídico, por muito tempo presente e dominante no sistema de tomada de decisões. A amplitude dos estudos e dos entendimentos trazidos pelo realismo jurídico vai muito além, atuando, inclusive na aplicabilidade das normas e no próprio ensino do direito.

Conforme apontam Roberto Tagliari Cestari e Sérgio Nojiri¹⁰¹, há uma dificuldade em se entender o realismo como movimento, corrente, escola ou teoria. Diante disso, os autores acabam dividindo os estudos do realismo jurídico entre realismo histórico e realismo teórico. O primeiro teria se originado de duas correntes: de um lado, enquanto contraposição ao formalismo nos tribunais, nas universidades e o próprio conservadorismo político. Nessa perspectiva, relevante a análise trazida por Christopher Columbus Langdell de que o direito se converteria em uma ciência determinada ou no mínimo determinável, o que levaria o tomador de decisões a analisar os casos práticos deduzindo suas decisões daquilo contido nos próprios livros.

E neste aspecto esclarece Roberto Tagliari Cestari:

O que estava por trás do método de casos de Langdell era a ideia de que o Direito era uma ciência que possuía métodos rígidos para ser “praticada”. O Direito era, portanto, ciência determinada (ou, pelo menos, determinável). Assim, caberia ao jurista analisar os casos práticos e deduzir regras e princípios que seriam norteadores das decisões. Como se nota, “Duas premissas eram necessárias para Langdell: que o Direito fosse considerado uma ciência; e todo material dessa ciência fosse considerado como um contido nos livros” (FRANK, 1947, 9. 1304; GARVIN, 2003, p. 56)¹⁰²

¹⁰¹ CESTARI, Roberto Tagliari; NOJIRI, Sérgio. Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico. **XXIV Conpedi/UFS**, p. 142-166, 2015.

¹⁰² CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão judicial**: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2016, p. 45.

Nesse contexto, insurgiria uma crítica não somente ao formalismo imposto pelos tribunais, mas também àquele inculcido na formação dos estudantes de direito.

Roberto Cestari e Sergio Nojiri observam:

De certa forma, o nascimento do Realismo Jurídico, como movimento, muito se deveu aos acontecimentos políticos e sociais que permearam o ambiente acadêmico no final da década de 1920 e início da década e 1930. Pound e Llewellyn continuaram a trocar correspondências intensivamente por mais duas décadas. Essa história – que é pouco contada ao se tratar do Realismo Jurídico – mostra, portanto, como os acontecimentos do dia a dia influenciaram o surgimento, acidental, desse movimento¹⁰³.

Observa-se que o realismo jurídico considera o viés pessoal, as motivações e as próprias experiências do julgador que acabam por construir sua personalidade e, certamente, a forma como vê e julga. No que tange à segunda vertente de estudos, em uma perspectiva teórica, o realismo jurídico poderia ser apresentado como uma visão instrumental do direito, teoria da decisão judicial ou teoria do direito¹⁰⁴.

Para os autores, a primeira óptica da subdivisão descrita ensejaria compreender o direito como meio e não como fim, o que comportaria a ideia de pragmatismo consorciada à ideia de consequentialismo filosófico, que traria a responsabilidade ao agente ante as decisões por si tomadas. Já o realismo como teoria da decisão judicial buscaria entender o funcionamento da tomada de decisão, traçando sua sistematização através da (i) atenção e reação dos juízes aos fatos concretos do caso em questão e (ii) busca, consciente ou não, de argumentos jurídicos para sua fundamentação¹⁰⁵. Importante notar que o realismo judicial vai muito além de meras afirmações de que a decisão judicial poderia ser pautada “naquilo que o juiz teria tomado no café da manhã”. Trata-se de um estudo que perpassou décadas, diferentes pesquisadores, diversas análises, para se chegar ao entendimento de que o processo de tomada de decisões é deveras complexo. O realismo jurídico trabalha a ideia de que o direito é um fenômeno construído a partir das decisões judiciais e os efeitos a ela inerentes.

As teorias fomentadas pelos teóricos que herdaram as ideias do realismo trabalham atualmente através da análise da decisão por meio do estudo do processo dual (*dual process*) cognitivo (sistema indutivo e deliberativo) e vieses cognitivos. Em ambos, parte-se da ideia de

¹⁰³ CESTARI, Roberto Tagliari; NOJIRI, Sérgio. Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico. **XXIV Conpedi/UFS**, p. 142-166, 2015, p. 152.

¹⁰⁴ CESTARI, Roberto Tagliari; NOJIRI, Sérgio. Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico. **XXIV Conpedi/UFS**, p. 142-166, 2015, p. 152.

¹⁰⁵ CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão judicial**: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2016, p. 59.

que o processo de tomada de decisão se divide em dois sistemas independentes.

Valendo-se das regras heurísticas, Daniel Kahneman e Amos Tversky superaram os modelos racionais existentes e consideraram regras cognitivas inconscientemente tomadas pelos humanos para a tomada de decisões, decisões essas que reduzem tarefas complexas consistentes em atribuir probabilidades e estabelecer julgamentos simples¹⁰⁶.

Importante pesquisa desenvolvida por Juarez Freitas¹⁰⁷ baseada nas descobertas de Daniel Kahneman e Amos Tversky revela fatores dos quais decorrem desvios cognitivos que condicionam a decisão interpretativa, pesquisa essa que, analisando os vieses que comprometem a mente do intérprete (viés da confirmação, viés da falta de coerência, viés da aversão à perda, viés do *status quo*, viés do enquadramento, viés do otimismo excessivo e viés da preferência pelo presente), reconhece a existência de procedimentos não objetivamente identificáveis que influenciam a decisão do julgador. Segundo o autor, esses vieses auxiliariam positivamente na busca de respostas rápidas, mas não nas perguntas mais difíceis. Para ele, nos processos interpretativos, os vieses se apresentariam insidiosamente infiltrados.

Juarez Freitas constata a base estrutural referencial a Daniel Kahneman, especialmente no que tange à análise de desvios cognitivos decorrentes do pensamento automático e do controle racional, conforme se pronuncia abaixo:

Com o anelo de favorecer a identificação dos desvios cognitivos, recorro, com base na abordagem esclarecedora de Daniel Kahneman, à ficção de dois sistemas de pensamento: o sistema I (pensamento automático) e o sistema II (controle racional). O sistema I é aquele que opera automática e rapidamente, tomando a maior parte das decisões por impulso, sem maior senso de controle voluntário, enquanto o sistema II diz respeito àquelas áreas do cérebro mais novas, responsáveis pelo esforço de calcular, pela concentração, pelo monitoramento, pelo poder de veto e pelo controle das sugestões formuladas pelo sistema I. Isto é, o sistema II responde pela deliberada atenção regulatória, apesar de, com desafortunada assiduidade, revelar-se desidioso e confinado à lei do menor esforço. [...] Em outras palavras, o que pretendo enfatizar é que o sistema automático constitui verdadeira usina de enviesamentos, distorções e erros em cascata. Isto é, o sistema I manipula as informações, longe do abrigo seguro da prudência, incorrendo em inconsistências e ilusões de controle. Como adverte Daniel Kahneman, o sistema primitivo confunde facilidade cognitiva com verdade, abusa de heurísticas e simplifica demais, especialmente ao substituir questões difíceis por fáceis, bem como ao inventar causas e supostas coerências¹⁰⁸.

¹⁰⁶ COSTA, Eduardo José da F. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

¹⁰⁷ FREITAS, Juarez. A mente do exegeta: por uma hermenêutica jurídica de ponta. In: BAVARESCO, Agemir; LIMA, Francisco Jozivan Guedes de (org.). **Direito & justiça**: Festschrift em homenagem a Thadeu Weber. Porto Alegre: Fi, 2016, p. 399-400.

¹⁰⁸ FREITAS, Juarez. A mente do exegeta: por uma hermenêutica jurídica de ponta. In: BAVARESCO, Agemir; LIMA, Francisco Jozivan Guedes de (org.). **Direito & justiça**: Festschrift em homenagem a Thadeu Weber. Porto Alegre: Fi, 2016, p. 385-386.

A importância da abordagem sobre o realismo jurídico decorre da necessidade de se meditar até que ponto e em que sentido a presente pesquisa tocaria nas ideias advindas do realismo jurídico e as enunciações dela decorrentes.

Enquanto o realismo jurídico analisa as consequências das decisões judiciais – e por isso penetra em maneiras de vislumbrar caminhos os quais a atividade mental poderia trilhar na perspectiva cognitiva –, a pesquisa aborda o inconsciente em si a partir de um retrato psicanalítico e neurocientífico.

Para observar as diferenças aí presentes, verifica-se que para as teses decorrentes do realismo jurídico e, principalmente, a teoria das decisões a partir de vieses cognitivos, o inconsciente é abordado apenas reflexamente, ao passo que a tese aqui desenvolvida tem como pano de fundo exatamente o inconsciente e seus valores para o sistema jurídico.

As teses não são conflitantes. Antes, ao contrário, se compatibilizam porque ambas se dispõem a analisar o cerne das decisões judiciais segundo critérios que vão além dos positivados.

A iniciativa de enfatizar o realismo jurídico paralelamente à influência do inconsciente nas decisões judiciais é discernir quanto à existência de diversas teorias jurídicas que se dispuseram a abordar a temática do psicologismo nas decisões judiciais, firmando-se em linha evolutiva com o tema proposto neste trabalho, o que não afasta ou interfere na investigação em torno da influência inconsciente na decisão judicial.

4.8 Insuficiência da fundamentação para a abordagem do inconsciente

Uma das formas de que se vale o sistema jurídico para minimizar a subjetividade é a fundamentação das decisões judiciais, já que a atividade consistente em justificar, seja do ponto de vista dogmático voltado à aplicação da ordem jurídica à situação posta, seja a partir da necessidade de justificar a formação da convicção ou de justificar a aplicabilidade de certo precedente obrigatório.

A justificação da decisão judicial fica aquém das fronteiras fixadas pelo inconsciente. A cultura jurídica fez com que nenhuma espécie de justificação ou fundamentação tenha a audácia de abordar esses elementos. Tocar nesses pontos durante o exercício da pragmática é tarefa extraordinariamente espinhosa.

Isso significa que a imensa maioria dos elementos integrantes do inconsciente, apesar de influenciarem fortemente o processo judicial, acaba tomando um disfarce nos elementos

integrantes da base objetivamente identificável para que consigam justificar a tomada de decisão.

Se nos fenômenos envolvendo a tomada de decisão judicial diversos elementos apresentam-se em cena no que tange à formação ou à estruturação da decisão judicial, e se o inconsciente se apresenta fortemente influente na construção da decisão, há alguma forma de lidar com esses aspectos?

Há uma estreita ligação entre a fundamentação e a racionalidade, pois que a aplicação do direito dentro do sistema jurídico enuncia principalmente a interposição de normas sobre fatos concretos sob a perspectiva positivista.

Ao se partir da premissa de que o Estado de Direito exige que a atividade jurisdicional seja legitimada apenas quando a decisão estiver embasada em fundamentação adequada dos fatos e do direito considerada para formar a convicção (pressuposto do princípio da legalidade) – contexto no qual se insere a relevância do direito das partes em conhecerem os motivos que conduziram o raciocínio do julgador – a constatação de que a fundamentação da decisão, segundo a tradição germânica-romana, é insuficiente para detectar a existência de elementos inconscientes (considerando a natureza humana no direito e o desdobramento do inconsciente no nascimento, aplicação e transformação do direito), leva a concluir que as premissas da decisão obram em uma espécie de lacuna.

É recorrente o clamor por racionalidade nas decisões judiciais e a expectativa de que o sistema reduza a indeterminação do direito.

Mergulhando um pouco mais a fundo na decisão, tem-se que, para além de aspectos sistêmicos e racionais, existem outros elementos os quais o sistema não identifica e que enunciam a limitação da racionalidade para justificar as origens da decisão judicial.

As palavras de Rene Molina Garcia, apresentadas por Michele Taruffo e Jordi Nieva Fenoll, ajudam a entender o papel da racionalidade na própria ação humana:

El Derecho considera la acción humana gobernada por la razón, y se trata a las personas como agentes intencionales, no como una parte del universo casual. Un ser al que se le supone razones para obrar, es responsable en sentido jurídico porque es racional. El Derecho necesita presumir que los adultos son capaces de una racionalidad y responsabilidad mínima, porque si falta la racionalidad, entonces no estaríamos ante una acción, sino un movimiento, ante el cual el Derecho no tendría nada que decir. Cuando hablamos de acciones, hemos de presumir racionalidad en quienes las llevan cabo, mientras que los movimientos pertenecen a un mundo natural en la que la racionalidad no está presente. Si los hombres no son seres conscientes e intencionales que actúan

por razones que juegan un papel en su conducta, entonces los fundamentos para adquirir la racionalidad están equivocados¹⁰⁹.

Pode-se dizer que, na fundamentação, os aspectos não objetivamente identificáveis são desconsiderados, tanto que, conforme observa Marcelo Santini Brando¹¹⁰ “se os juízes às vezes não têm consciência daquilo que os leva a tomar certas decisões, então a justificação formalmente apresentada com roupagem jurídica não passará de racionalização *post hoc*”.

A linha abordada pela fundamentação é a mesma que foca o arcabouço processual desde o início, tanto na identificação da pretensão, quanto na manifestação das partes em peças processuais que adotam uma linha de corte a partir de aspectos dogmáticos, ou mesmo no ponto de contato do julgador com a prova, tudo para institucionalizar métodos objetivos de manutenção da civilidade e esgotar formalmente os conflitos individuais.

O ordenamento e o sistema processual se propõem a isto e cumprem este papel dentro do que estruturalmente se revela possível, de onde sobressai a utilização de técnica processual de justificação das decisões judiciais amparadas exatamente nos compartimentos do sistema jurídico. Não há como imaginar que, sendo o sistema costurado a partir da decidibilidade operacional, possa a fundamentação das decisões judiciais ir além do que está positivamente presente no sistema.

A incógnita é: se a atividade humana está presente ao longo da atividade jurisdicional, incluindo a perspectiva das partes, dos julgadores e de todos os que participam da relação processual, tem-se como corolário que o inconsciente atua de forma importante quanto à tomada de decisão, mas não aparece em nenhum capítulo da decisão judicial. Há uma lacuna. O inconsciente atua, influencia, por vezes assume a condição de protagonista na fase decisória, mas permanece em um refúgio inacessível.

Importante observar que a igualdade jurídica está em patamar distinto da singularidade

¹⁰⁹ Tradução livre: “O Direito considera a ação humana regida pela razão, e as pessoas são tratadas como agentes intencionais, não como parte do universo casual. Um ser que supostamente tem razões para agir é responsável no sentido jurídico porque é racional. O Direito precisa presumir que os adultos são capazes de uma racionalidade e responsabilidade mínimas, porque, se faltar racionalidade, então não estaríamos diante de uma ação, mas um movimento, em face do qual o Direito nada teria a dizer. Quando falamos em ações, devemos presumir a racionalidade de quem as executa, enquanto os movimentos pertencem a um mundo natural em que a racionalidade não está presente. Se os homens não são seres conscientes e intencionais que agem por razões que desempenham um papel em seu comportamento, então os fundamentos para adquirir racionalidade estão errados”. TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013, p. 50.

¹¹⁰ BRANDO, Marcelo Santini. **Como decidem os juízes?** Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, 2013, p. 94 -95.

psicanalítica. Ambos ocupam lugares distintos e por isso devem ser tratadas por fundamentos distintos. Os fundamentos jurídicos que esteiam uma decisão judicial, fincados no princípio da isonomia, devem permanecer com essa tessitura, o que não significa que os fundamentos de uma decisão judicial não possam avançar para pontos os quais a ciência jurídica jamais avançou e enfrentar em sua raiz as bases da essência humana que inclui considerar o inconsciente.

A forma como o direito interpreta a igualdade institui certa situação hipotética baseada na presunção de igualdade absoluta de todos os envolvidos na relação processual. Isto se dá por conta da configuração promovida pelo sistema jurídico em adestrar o sujeito de direito à civilidade. Sobredito panorama, porém, não avança à humanidade do sujeito, contentando-se em apreciá-lo na superfície.

Assim, os fundamentos do direito em relação ao humano são meramente simbólicos, fruto de uma concepção de igualdade formal que, ao permanecer na casca, tem em mira apenas a manutenção da sociabilidade. É desse contexto que decorre a pergunta: é para isso que serve o direito? A resposta: depende do ponto de vista.

Na perspectiva formal – e para a manutenção do sistema para uma juridicidade superficial – o direito consegue, em princípio, conter convulsões sociais. Mas, para o ideal humano em sua completude, o fundamento superficial é carente e os sintomas dessa carência são a sensação de insatisfação com o sistema de justiça e a institucionalização de iniquidades.

A figura do inconsciente altera a substância do direito, visto que sendo o direito aprioristicamente uma pretensão, a constatação de que na base desta pretensão existem elementos inconscientes altera a concepção do próprio direito.

O fundamento do direito, para o inconsciente, não está escrito nas leis que regulam a sequência de atos desde o nascimento até a morte. Para o inconsciente, o fundamento está em estertores sentimentais e emocionais que podem variar situações simples até o desejo de vingança. Situações existem, pois, que, para o sujeito do inconsciente, elementos inconscientes como a vingança estão na base e na forma de obtenção da justiça.

Justiça essa que, proclamada pelo sistema, desconsidera a justiça inconsciente presente no sujeito. A diversidade de fundamentos faz com que dois humanos sejam tratados. Um, aquele imaginado pelo sistema jurídico, outro aquele verdadeiro que possui em seus poros psicanalíticos uma base inconsciente extremamente atuante e extraordinariamente inconsequente.

A fundamentação da sentença, nesse sentido, se desdobra na interpretação de fatos e de fundamentos. Os fatos tratados na sentença, na verdade, são uma reconstrução mental de eventos passados. Conforme a teoria damasiana, essa reconstrução contém subjetividade

acompanhada de forte carga afetiva. Por aí já se percebe que os fundamentos fáticos de uma sentença estão permeados por elementos inconscientes, já que a reconstrução mental dos fatos não se desvencilha de componentes sentimentais e emocionais.

Significa dizer que a expectativa de que o sistema jurídico, por si só e pelo império do texto normativo, possa colocar freios em certas condutas, é insuficiente porque os fundamentos de certos comportamentos estão na base inconsciente, não aferível objetivamente pelo sistema atual.

As decisões judiciais possuem uma “caixa preta” composta por bases inconscientes as quais os fundamentos do direito e a fundamentação da sentença não são suficientes para revelá-la.

A arte de desvendar aspectos inconscientes pode ser aquela que permite detectar que um processo judicial é fruto de busca de interrupção de um sofrimento psíquico. Pode ser uma consequência, um sintoma.

A decisão judicial, afinal, é o encontro de duas plataformas distintas que contém bases inconscientes: a das partes e a do julgador, cuja simbiose se faz através dos fundamentos da decisão. Quando elementos inconscientes de ambos se defrontam, os efeitos podem ser imprevisíveis. Algo ainda mais assustador que a imprevisibilidade é a impossibilidade de se avaliar as causas e os efeitos da atuação inconsciente.

Não abordar o inconsciente presente na decisão judicial significa manter vulnerável o ideário buscado através daquela decisão, visto que tanto quem a prolata quanto quem a busca permaneceriam reféns do vazio.

O direito, em certo sentido, arvora-se de uma arrogância natural advinda da ideia de que o sistema jurídico é credenciado a resolver todas as questões, todos os problemas. Trata-se de uma arrogância ingênua porque não consegue perceber que, no fundo e na base do direito, está a pessoa humana que depende da compreensão integral. Manter-se neste pedestal designará, ao direito, a continuidade de uma figura imaginária decorrente da suposição de compreensão humana quando, na verdade, a visão que o direito carrega das pessoas é incompleta, o que se reflete na incompletude dos fundamentos do direito e das decisões judiciais.

A compreensão dos efeitos de eventual incompreensão do inconsciente para o direito talvez não possa ser expressado neste momento, pela necessidade de não deixar o pensar humano nas decisões judiciais ao acaso. A dificuldade em lidar com a proximidade entre o direito e o inconsciente está sobretudo na concepção de que a psicanálise e a neurociência possuem alicerces externos ao sistema jurídico e à ciência jurídica.

A fundamentação das decisões judiciais, no entanto, é o ponto de aproximação entre

ambos, diante da missão outorgada pela ciência jurídica e pelo próprio sistema para que o juiz, na decisão judicial, exteriorize, através da fundamentação, a relação interpessoal entre o posicionamento das partes e seus respectivos direitos com a posição do próprio julgador. Essa troca de sensações, de experiências e de informações, formatada em linguagem normalmente permeada através de códigos de comunicação exclusivamente jurídicos, é o momento em que se reserva ao julgador a oportunidade de manifestar as razões da missão em proferir o julgamento.

Esse movimento em busca do encontro do ideal de serenidade e manifestação do sentimento de justiça não pode permanecer inconscientemente através de um *iter* homeostático, mas, ao contrário, o prolator deve assumir a consciência de que a visão de sua atuação e do comportamento das partes merece reflexões que vão além da subsunção tradicional dos fatos e fundamentos ao ordenamento jurídico.

4.9 Reflexões do capítulo

O estudo da relação jurídica processual permite aferir que, além de uma primazia da aplicação dogmática do direito, o sistema processual: 1) não dispõe de ferramentas para identificar aspectos inconscientes; 2) as teorias que mais se aproximam do inconsciente prendem-se à interferência do inconsciente em relação a aspectos superficiais objetivamente identificáveis; 3) a mediação e a conciliação, diante da ausência de elementos para lidar com aspectos inconscientes, labora apenas na superficialidade dos verdadeiros problemas que assomam as relações, notadamente identificar, definir e distinguir desejo e pretensão; 4) a fundamentação das decisões é insuficiente para considerar a presença do inconsciente nas relações jurídicas, mas poderá ser uma das maneiras processuais para que a abordagem inconsciente se revele possível à atividade jurídica.

5 O JUIZ REAL E O JUIZ IMAGINÁRIO

5.1 O juiz imaginário

A Constituição Federal, ao assegurar o direito de acesso à jurisdição, institui o princípio da legalidade como norte para a aplicação do Direito, confere ao julgador a proibição ao *non liquet*, institui a estrutura jurisdicional pressuposta a regular as relações.

No plano infraconstitucional estão presentes técnicas que maximizam a noção de um sujeito universal e racional, baseando os objetivos em formas de suportabilidade da vida social, estabelecendo uma presunção de substituição de julgamentos reais, integrados por juízes humanos, por juízes e julgamentos imaginários.

Quando o ordenamento jurídico evidencia as diversas maneiras de se resolver um impasse, a forma como as pessoas devem ser comportar está, naturalmente, partindo de uma hipótese, a qual, quando positivada, integra o fenômeno imaginário da sociedade, que é transferido ao julgador ao realizar o ato de julgar.

Embora o direito isto reconheça, acaba por se conformar com a ideia de um julgamento e um juiz imaginário, fundado que está em hipóteses que partem de pressupostos irrealis, ou seja, a de que o julgador estaria absolutamente imune a afetos e outros tantos aspectos que influenciam sua decisão.

A ideia de um julgamento simbólico/irreal advinda da concepção de que a não percepção de aspectos inconscientes do julgador torna a decisão incompleta – no sentido de incompletude e não de que tenha havido vontade consciente de beneficiar uma das partes – confronta a noção de que os julgamentos alinhados à ordem jurídica representam, por si só, uma fidelidade absoluta ao devido processo legal e ao direito à obtenção da resposta jurisdicional adequada.

Sobre o tema, Antoine Garapon ressalta:

Aquele que julga nunca está completamente isento de juízos antecipados. Assim, paradoxalmente, é menos difícil para ele tomar uma decisão do que alterá-la! O julgamento judicial articula-se com base num juízo social prévio, na maior parte das vezes inconsciente. Essa é a razão pela qual o acto de bem julgar reclama, primeiro que tudo, não tanto uma progressão no sentido da decisão, mas antes uma regressão a esse juízo já existente, a esse pré-juízo, ou mesmo esse preconceito. A primeira exigência do acto de bem julgar consiste em formular esse juízo implícito que concorre com a operação consciente, para o substituir por uma deliberação. Tomada de consciência essa tanto mais difícil quanto remete o juiz para a sua própria finitude, senão mesmo para sua impotência¹¹¹.

¹¹¹ GARAPON, Antoine. **Bem julgar** – ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 317.

Na medida em que existe um mundo exterior e outro hemisfério interno (subjetivo) e, considerando que o direito labora com a interlocução entre esses dois universos, presumir que o devido processo legal e seus consectários esteja consubstanciado tão somente em fundamentos externos, desconsiderando as referências inconscientes, significa perfilhar uma noção de *due process of law* incompleta na medida em que abordará apenas o ambiente externo.

Em outros termos, a completude do devido processo legal exige que os aspectos inconscientes do julgador sejam considerados porque, do contrário, a análise judicial será sempre superficial e não permitirá que as substâncias recônditas sejam apreciadas.

A mesma ideia de o juiz imaginário advém da teoria damasiana ao abordar as narrativas. As relações processuais laboram com narrativas. São os fatos trazidos à lume por intermédio das peças processuais que permitem ao julgador construir mentalmente a narrativa que lhe é trazida. O grau com que sua subjetividade é inserida naquela relação dependerá da interferência dos elementos não controláveis pelo sujeito.

O imaginário, para Jacques Lacan¹¹², concentra-se no manejo imaginário da clínica, centrado na análise do “eu” e do psicanalista como centro da análise, a ponto de afirmar que esse equívoco seria um desvio e que o responsável por isso seria o manejo do imaginário como registro da ilusão de totalidade (define o “eu” como uma ilusão de que o humano seria esse eu e insiste no fato de que a análise não deveria se centrar no “eu”, mas no sujeito do inconsciente), de maneira que a noção corporal de “eu” não deveria se confundir com o sujeito; para isso retoma a teoria do espelho, transformando-a em um esquema (esquema óptico). Jacques Lacan insiste que a linguagem e seu registro imaginário exercem uma função importante (saber dos compromissos da rotina); ressalta, porém, que pensar no campo da linguagem pressupõe uma ilusão de que as palavras seriam capazes de apreender o real, quando, na verdade, as palavras pura e simplesmente não expressam os significantes do sujeito do inconsciente.

O mesmo acontece com o cenário jurídico na perspectiva dogmática. Supõe-se que o juiz está apto, através dos alicerces do processo – fincado na visão superficial do devido processo legal –, a proferir uma decisão manifestada na verdade, mas a eclosão de elementos psicanalíticos nos bastidores da relação jurídica faz com que, assim como no imaginário lacaniano, absorva-se apenas a linguagem superficial, que pode ser objetivamente exteriorizada, deixando-se, porém, de investigar os genuínos fundamentos humanos depositados nos estertores inconscientes do próprio juiz.

¹¹² FARIA, Michele Roman. **Real, simbólico e imaginário no ensino de Lacan**. São Paulo: Toro, 2019.

Além da visão imaginária do juiz quanto a si próprio, a atuação é também fantasiosa quando observados os fundamentos dos quais se parte para avaliar a demanda. O direito positivo estabelece um corte na aplicação do direito, ou seja, parte-se da ideia de que, se a regra jurídica estabeleceu um padrão de comportamento, a pessoa deve ser avaliada a partir deste corte em diante. Não se trabalha ou investiga o tempo na formação do sujeito e a cadeia de significantes que ensejou aquela avaliação.

É como se a vida do indivíduo se iniciasse a partir do corte positivista responsável pela avaliação da conduta. Pressupõe-se consciência plena, racionalidade integral e discernimento irrestrito na conduta do indivíduo. Deixa-se de lado, porém, o inconsciente na formação da pessoa.

O corte promovido pelas positividades, no entanto, peca por não considerar o sujeito em sua integralidade. Supõe-se, à luz da visão imaginária, que o comportamento nasce automaticamente e de forma plenamente racional no quadro temporal próximo ao desencadeamento da própria conduta, o que afasta a possibilidade de analisar e constatar os aspectos inconscientes no indivíduo.

5.2 O ordenamento jurídico como integrante da base inconsciente do julgamento

Ao incursionar pelas bases inconscientes do julgamento não se deseja alijar a ordem jurídica do sistema de julgamentos judiciais. O ordenamento é importante e exerce um papel fundamental para manter o referencial normativo que mantém a civilidade.

O objeto das ponderações não é criticar o ordenamento em si, mas o fato de o sistema jurídico e a ciência jurídica não observarem a influência inconsciente na origem e nos desdobramentos do sistema gera uma inconsistência altamente relevante.

O próprio ordenamento, porém, produz efeitos inconscientes no julgador. A constituição do sujeito considera a incidência da Lei. O papel por ela exercido torna o julgador recluso às possibilidades de se abrir a um procedimento capaz de averiguar a natureza do comportamento das pessoas. A ordem jurídica proclama que o julgador deve, ao proferir a decisão, promover um corte temporal e sopesar a conduta a partir da ocorrência dos fatos, sem, repita-se, atentar-se ao histórico que ensejou a constituição do sujeito.

As positividades e a pressão exercida pela sociedade pós-moderna não permitem ao julgador atentar-se aos pressupostos quanto à composição da pessoa – e de si próprio – porquanto o procedimento necessário para aferir esses tais componentes contrariaria os interesses de rapidez e de solução de conflitos no ritmo exigido pelas sociedades de consumo.

Significa que, entre os elementos inconscientes do julgamento, há um igualmente relevante consistente no papel desempenhado pela Lei junto ao julgador, o que reforça a ideia de que os julgamentos, em sua maioria, obedecem ao padrão imaginário, circunstâncias que trazem como corolário o alijamento da autoconsciência e da autodeterminação do julgador, com a castração da liberdade que deveria possuir como referência elementos de justiça e não de simples manutenção simbólica de métodos sistêmicos de resolução de conflitos.

5.3 O juiz real

Ao proferir a decisão judicial e buscar na mente os componentes através dos quais a forma de decidir é desenvolvida, o julgador utilizará uma gama quase inesgotável de subsídios, muitos dos quais alojados na memória autobiográfica, decorrentes de afetos ou posicionadas na área denominada pela neurociência de narrativa sem palavras (anterior à linguagem).

A propósito, essa linha é exatamente o que a psicanálise também afirma, ou seja, representações inconscientes são representações-coisa sem a representação-palavra. Neste sentido, as neurociências reafirmam a descoberta de Sigmund Freud.

A relevância da compreensão desses importantes universos está no fato de que, ao contrário do ocorrido com o juiz imaginado pela ordem jurídica e pela dogmática, o juiz real apresenta-se diante dos dramas, angústias, sentimentos, emoções e outras disposições que afetam as pessoas, de modo que o julgador, apesar de posicionar-se na condição de decisor, também é afetado por esses núcleos.

A suposição de que o juiz conclamado pela ordem jurídica seja um ente blindado às afetações naturais decorrentes das demandas inconscientes cede lugar à constatação de que, muito ao contrário disso, o julgador é vinculado a esses elementos com forte influência na decisão judicial.

O direito, bem se sabe, é um campo de ficções e orbita entre as pré-disposições externas ao sujeito e aquelas que brotam internamente das predileções inconscientes. Esse contrabalanceamento entre a dimensão interna do sujeito e as camadas exteriores decorrentes dos códigos sociais apraz-se fundamental para que se possa revisitar a concepção de devido processo legal com a implantação da ideia de que uma nova concepção de *due process of law* inclui a abordagem inconsciente do direito, o que importará no redimensionamento da concepção de juiz natural (com a recapitulação da ideia de imparcialidade) e a ampliação do conceito do direito à prestação jurisdicional adequada (que incluirá a abordagem dos elementos não identificáveis objetivamente), tocando, ainda, no redimensionamento da fundamentação e na instituição de

novas técnicas processuais capazes de ensejar a ampliação da consciência de si e a forma de interpretação da relação. O julgador, ao adotar essa postura, pode, dentro das possibilidades, enxergar a influência do sujeito do inconsciente nas decisões judiciais, cuidando para que a superfície do arenoso terreno psicanalítico/neurocientífico responsável por adotar decisões, seja temperado pela constatação de aspectos alheios à consciência.

É sabido que a concepção de devido processo legal inclui as órbitas material e processual e que seu conceito depende das especificidades das circunstâncias envolvidas. Porém, para sintonizar esta tese à noção de devido processo legal é preciso vê-lo sob a ótica da ligação à ordem jurídica justa.

Por considerar que somente se obtém acesso a uma ordem jurídica justa, como corolário do devido processo legal, a cognição plena em torno das bases inconscientes que integram a decisão judicial, a abordagem desses pontos se revela fundamental para reorientar os princípios e as garantias antes descritas.

As decisões proferidas com amparo na visão ortodoxa do devido processo legal e que se posicionam entre aquelas que norteiam as decisões ditas “imaginárias” podem, sem dificuldades, ser consideradas decisões que não tendem ao primado de uma decisão plenamente consentânea à ordem jurídica justa.

Por outro lado, se a adequação e o acesso à justiça atuam em harmonia com a inafastabilidade da jurisdição, supor decisões que sejam proferidas sem o esgotamento pleno da atividade jurisdicional, incluindo as referências inconscientes, tende a se transformar em uma decisão inacabada porque abordaria, na perspectiva meramente formal, apenas a feição dogmática do direito e da decisão judicial.

Pensar na linha acima proposta significa que, para além da tutela judicial correspondente ao ingresso em juízo ou a uma resposta simplista à pretensão buscada – o que atenderia aos anseios de manutenção da civilidade – tratar de maneira adequada e eficiente o hemisfério inconsciente corresponde à efetiva prestação jurisdicional.

No desenvolvimento da obra psicanalítica, Jacques Lacan traz a abordagem em torno das dimensões imaginária, simbólica e real. Conforme explica Michele Roman Faria¹¹³, não há uma hierarquização entre os três referenciais, visto que eles se completam e estão presentes de maneira harmônica desde o início dos seminários lacanianos. Lembre-se de que o Real ganha

¹¹³ FARIA, Michele Roman. **Real, simbólico e imaginário no ensino de Lacan**. São Paulo: Toro, 2019.

mais destaque na fase final do trabalho lacaniano, exatamente por ser uma dimensão muito mais distante da linguagem ordinária.

É possível, porém, estabelecer um paralelo entre o desenvolvimento da obra lacaniana quanto à estrutura psíquica (imaginário, simbólico e real) com a atividade jurisdicional. O lugar comum entre ambos é a dificuldade de comunicação do inconsciente. Da mesma forma que, no campo psicanalítico, a transmissão de aspectos inconscientes para a realidade constitui tarefa altamente complexa – tanto que dentro da psicanálise há estudos em torno da figura do psicanalista durante essa tarefa – referida função, para o direito, revela-se tarefa ainda mais árdua.

A ideia de que o ordenamento jurídico e o sistema de justiça consigam, através de estruturas lógico-rationais, preencher o ideal de completude sistêmica, merece reflexão na medida em que se constata a interferência de elementos inconscientes nesse contexto. Daí poder-se comparar a pretensão sistêmica de completude com a visão imaginária das estruturas psíquicas idealizadas por Jacques Lacan, presentes que estão elementos identificadores do imaginário lacaniano e a pressuposição sistêmica de completude.

Considerando que as relações intersubjetivas estão, em sua maioria, baseadas em interesses e pretensões, passível de se ponderar que o simbólico, no direito, decorre da necessidade de aproximar a estrutura que integra o sujeito do inconsciente e a cadeia de significantes ao próprio direito, o que, por si só, denota que na atividade jurisdicional o julgador pode estar simbolicamente atrelado a diversas fontes influenciadoras da decisão que não propriamente aquelas presentes no esquema normativo de aplicação através da subsunção.

A reflexão em torno do devido processo legal – e sua insuficiência para detectar o inconsciente – está em que, de acordo com a teoria lacaniana, é impossível se aproximar do real (especialmente a base emocional e sentimental), de onde se conclui que as decisões nunca são capazes de apreender (no sentido de apreensão) a realidade.

As mesmas dificuldades em situar como o inconsciente trabalha na constituição do sujeito são transpostas para saber como o inconsciente labora ao constituir o julgamento. Igualmente, as contrariedades em descobrir com que linguagem o inconsciente se manifesta no indivíduo (“eu”) também estão presentes quando se questiona com que linguagem o inconsciente se manifesta quando a decisão judicial é proferida.

Eis, pois, o ponto de contato. Se em Jacques Lacan o real é inapreensível porque impossível de simbolizar (tanto que recorre à matemática e à topologia com o objetivo de tentar aproximar a descoberta do real através da banda de Moebius, *matemas*, grafos e outros elementos) e se o sujeito se constitui como efeito da inscrição do ser no campo da linguagem, na cancha jurídica se detecta essa mesma impossibilidade de obtenção de um julgamento real a partir da

constatação de que os elementos inconscientes, embora presentes no julgamento, são inalcançáveis pela linguagem ortodoxamente utilizada nas manifestações jurídicas, dado que não abordam, de forma completa, o inconsciente.

5.4 O julgamento e os sentimentos na teoria damasiana

Na medida em que o julgador ocupa uma posição no julgamento, ainda que teoricamente se busque afastar sua subjetividade, o simples fato de assistir os termos daquela relação jurídica já é suficiente para que: 1) esteja presente no ambiente processual alto grau de intensidade subjetiva do julgador; 2) se há subjetividade (no aspecto neurocientífico da teoria damasiana), os sentimentos estão necessariamente presentes no ato de julgamento.

Embora Damásio atribua aos sentimentos a importante função de contribuir para formar a consciência e, a partir daí, poder analisar como objetos específicos da mente consciente, é preciso separar a forma como os sentimentos são constatados e avaliados após se tornarem conscientes das situações nas quais eles se originam¹¹⁴.

Os sentimentos, por sua vez, podem ser provocados ou espontâneos. Ao transpor para o julgamento a impressão do julgador a respeito da relação narrada, dificilmente o juiz se desvencilhará da subjetividade que o compõe. O afastamento da subjetividade tão buscado pelo sistema jurídico é utópico, de vez que, mesmo na atividade consciente, o julgador acaba inserindo na apreciação as emoções e os sentimentos.

É preciso distinguir a constatação da existência dos sentimentos – o que faz Antonio Damásio supor que os sentimentos seriam conscientes – da origem e deflagração dos sentimentos na atividade de julgar.

Partindo-se do referencial damasiano, segundo o qual a origem dos sentimentos decorre da atividade subjetiva quando proporcionadas as experiências mentais integradas, tem-se que o resultado das emoções e dos sentimentos não pode ser controlado pelo julgador, nem mesmo expressado, por linguagem, no ato de comunicação que, em regra, é a sentença.

Em outros termos, embora os sentimentos/emoções possam ser constatados conscientemente após sua deflagração na atividade psíquica, o despertar desses sentimentos e, principalmente, o impacto trazido à atividade do julgador é incontrolável e injustificável através da dogmática jurídica.

¹¹⁴ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

5.5 Os afetos inconscientes em Adrian Johnston e Sydney E. Pulver

Confirmando a hipótese de que os julgamentos proferidos pelo método convencional são imaginários por não abordarem os elementos inconscientes, é possível citar as referências de Adrian Johnston quando questiona se os afetos são inconscientes ou não.

Adrian Johnston¹¹⁵, após analisar a teoria freudiana, destaca que Sigmund Freud distingue claramente, em 1915, entre, por um lado, afetos e emoções e, por outro, sentimentos.”

O primeiro (ou seja, Affekte e Gefühle) designa “processos de descarga” (presumivelmente descargas conduzidas por ideacional Affektbildungen com seu Affektbeträge econômico [cotas de afeto]), processos dos quais apenas uma parte parcial são conscientemente registrados – e isso na medida em que Sigmund Freud afirma claramente, a respeito de afetos e emoções, que apenas suas “manifestações finais [...] são percebidas como sentimentos [Empfindungen]”¹¹⁶.

Em seguida, ao citar Sydney Pulver, Adrian Johnston enfatiza:

With some justification, Pulver blames what he views as Freud's untenable dismissal of the concept of unconscious affects on a metapsychologically lax taking-for-granted of the everyday, folk-psychological association between the notions of “feeling” and “experience”; an association in which both notions connote awareness. This rare instance of complacency on Freud's part, Pulver implies, leads him to overlook various ways in which affects can be kept outside of the restricted sphere of conscious awareness (Pulver provides several clinical illustrations of these ways). Pulver's main concern is to argue for a distinction between two basic categories relevant to conceptualizing nonconscious affective life: “unconscious affects” and “potential affects”. He contrasts these categories thus: “Unconscious affects are those in which the affect is aroused and experienced, but kept from awareness through some defensive process. Potential affects are those affects which are particularly susceptible to arousal but have not yet been aroused”. In a sequel article entitled “Unconscious Versus Potential Affects”, he further clarifies and refines this distinction: “Stated simply, unconscious affects exist in an activated or aroused state outside of awareness. They may be either preconscious or dynamically unconscious. They are ‘activated’ because they exist experientially in a dynamically active state; that is, they have an effect upon motor or psychic activity at the moment under consideration. Potential affects on the other may

¹¹⁵ JOHNSTON, Adrian; MALABOU, Catherine. **Self and emotional life**: philosophy, psychoanalysis and neuroscience. New York: Columbia University Press, 2013, p. 112.

¹¹⁶ Freud manifestly draws a distinction, in 1915, between, on the one hand, affects and emotions and, on the other hand, feelings. The former (i.e., Affekte and Gefühle) are said to designate “processes of discharge” (presumably discharges driven by ideational Affektbildungen with their economic Affektbeträge [quotas of affect D, processes of which only a partial portion are consciously registered-and this insofar as Freud clearly states, regarding affects and emotions, that solely their “final manifestations [...] are perceived as feelings” [Empfindungen]. Tradução livre: “Freud traça manifestamente uma distinção, em 1915, entre, por um lado, afetos e emoções e, por outro, sentimentos. Os primeiros (ou seja, Affekte e Gefühle) designam “processos de descarga” (presumivelmente descargas impulsionadas por Affektbildungen ideacional com sua Affektbeträge econômica [cotas de afeto]), processos dos quais somente uma parte parcial é conscientemente registrada - e isso na medida em que Freud afirma claramente, sobre os afetos e emoções, que apenas suas “manifestações finais [...] são percebidas como sentimentos” [Empfindungen]”.

arise from a tional state in which the affect is not aroused and active, but is 'more than usual' to be so [...] Unconscious affects, then, are items of mental content. whereas potential affects, strictly speaking, are not affects at all, bur structural dispositions to produce affects^{117 118}

A relevância da análise reside no fato de que, para Sydney Pulver, o afeto refere-se a uma experiência mental complexa que contém uma variedade de conteúdos mentais, ou seja, vale-se de evidências clínicas para indicar que os afetos podem ser inconscientes:

For preconscious affects, the evidence we are looking for consists of situations in which the individual shows physiological, ideational and motor behaviour usually associated with a central feeling state, in which he indicates a lack of awareness of that feeling state, but in which he is able to report such awareness after an ordinary effort of attention¹¹⁹.

Em outra obra, ressalta:

Stated simply, unconscious affects exist in an activated or aroused state outside of awareness. They may be either preconscious or dynamically unconscious. They are 'activated' because they exist experientially in a dynamically active state; that is, they have an effect upon motor or psychic activity at the moment under consideration. Potential affects, on the other hand, may arise from a dispositional state in which the affect is not aroused and active, but is 'more ready than usual' to be so. We might better speak of affective potential than potential affects were it not that our primary interest is in the affect and the motivational effects of its readiness to be aroused. Unconscious affects, then, are items of mental content, whereas potential affects, strictly speaking, are not affects at all, but structural dispositions to produce affects¹²⁰.

¹¹⁷ JOHNSTON, Adrian; MALABOU, Catherine. **Self and emotional life**: philosophy, psychoanalysis and neuroscience. New York: Columbia University Press, 2013, p. 114.

¹¹⁸ Tradução livre: “Com alguma justificativa, Pulver culpa o que ele vê como a rejeição insustentável de Freud do conceito de afetos inconscientes em um pressuposto metapsicologicamente frouxo do cotidiano, em uma associação psicológica popular entre as noções de “sentimento” e “experiência”; uma associação em que ambas as noções conotam consciência. Esse raro exemplo de complacência da parte de Freud, sugere Pulver, leva-o a ignorar várias maneiras pelas quais os afetos podem ser mantidos fora da esfera restrita da consciência. A principal preocupação de Pulver é argumentar a favor de uma distinção entre duas categorias básicas relevantes para conceituar vida afetiva inconsciente: “afetos inconscientes” e “afetos potenciais”. Ele contrasta essas categorias assim: “Afetos inconscientes são aqueles em que o afeto é despertado e experiente, mas mantido longe da consciência por meio de algum processo defensivo. Afetos potenciais são aqueles que são particularmente suscetíveis à excitação, mas ainda não foram despertados.” Em um artigo subsequente intitulado “Inconsciente Versus Afetos Potenciais”, ele esclarece e refina essa distinção: “Dito de forma simples, os afetos inconscientes existem em um ou estado de excitação fora da consciência. Eles podem ser pré-conscientes ou dinamicamente inconscientes. Eles são “ativados” porque existem em um estado dinamicamente ativo; isto é, eles tem um efeito sobre a atividade motora ou psíquica no momento em consideração. Afetos potenciais por outro lado, podem surgir de um estado disposicional no qual o afeto não é despertado e ativo, mas é “mais do que o normal”. Afetos inconscientes, então, são itens de conteúdo mental. enquanto os afetos potenciais, estritamente falando, não são de fato afetos, mas disposições estruturais para produzir afetos”.

¹¹⁹ PULVER, Sydney E. (1971). **Can affects be unconscious?** The International Journal of Psychoanalysis, 52(4), p. 350. Em tradução livre: Para afetos pré-conscientes, a evidência que buscamos consiste em situações nas quais o indivíduo apresenta comportamento fisiológico, ideativo e motor, geralmente associado a um estado de sentimento central, que indica falta de consciência desse estado de sentimento, mas no qual capaz de relatar tal consciência após um esforço normal de atenção.

¹²⁰ PULVER, Sydney E. (1974). **Unconscious versus potential affects.** The Psychoanalytic Quarterly n. 43, p. 78. Em tradução livre: Dito de maneira simples, os afetos inconscientes existem em um estado ativado ou despertado fora da consciência. Eles podem ser pré-conscientes ou dinamicamente inconscientes. São “ativados”

Affects of which the individual is unaware may exert their behavioral effect in two different modes, as un-conscious affects or as potential affects. Unconscious affects are those which exist in an activated state outside of awareness. Potential affects are those which may arise from a dispositional state of the individual in which the affect is not aroused and active but is ‘more ready than usual’ to be so. Unconscious affects are items of mental content: as such, they are in the realm of subjective experience. Potential affects, on the other hand, are, strictly speaking, not affects at all but strictal dispositions to produce affects and, as structures, they are not in the realm of subjective experience. The relevance of this distinction is illiictrated with some examples of defense against affects¹²¹.

A constatação de que os afetos possuem uma base inconsciente importa na conclusão de que, ao julgar, o juiz, diante da narrativa e da ocorrência de fenômenos que atraem a subjetividade, naturalmente usa a base afetiva para compor os julgamentos, o que, no entanto, permanece, conforme enfatizam Adrian Johnston e Sydney Pulver, fora da consciência e, por reflexo, fora de qualquer possibilidade de estar presente nas raias do devido processo legal (no formato ortodoxo).

Na atividade consistente em proferir um julgamento, a gama de afetos presentes com a produção da narrativa pode ser enorme. Para muito além de elementos conscientes, os afetos podem despertar no julgador diversas reações psíquicas que influenciam a tomada de decisão.

Sim, pois, se os afetos sequer estão presentes na estrutura consciente – o que não os impedem de atuar fortemente na construção da decisão –, evidentemente não podem, por inconscientes, integrar a base objetiva das decisões judiciais.

5.6 A subjetividade no julgamento

A despeito de buscar os moldes processuais segundo elementos que maximizam a objetividade, há certos campos no processo nos quais o sistema permite uma maior elevação do grau

porque existem experiencialmente em um estado dinamicamente ativo; isto é, eles têm um efeito sobre a atividade motora ou psíquica no momento em consideração. Os afetos potenciais, por outro lado, podem surgir de um estado disposicional no qual o afeto não é despertado e ativo, mas está “mais pronto do que o normal” para estar. Poderíamos falar melhor de potencial afetivo do que de afetos potenciais, não fosse o fato de que nosso principal interesse é o afeto e os efeitos motivacionais de sua prontidão para ser despertado. Os afetos inconscientes, então, são itens de conteúdo mental, ao passo que os afetos potenciais, estritamente falando, não são afetos, mas disposições estruturais para produzir afetos.

¹²¹ PULVER, Sydney E. (1974). **Unconscious versus potential affects**. The Psychoanalytic Quarterly n. 43, p. 84. Em tradução livre: Os afetos dos quais o indivíduo não tem consciência podem exercer seu efeito comportamental de duas formas diferentes, como afetos inconscientes ou como afetos potenciais. Afetos inconscientes são aqueles que existem em um estado ativado fora da consciência. Afetos potenciais são aqueles que podem surgir de um estado disposicional do indivíduo no qual o afeto não é despertado e ativo, mas está “mais pronto do que o normal” para estar. Afetos inconscientes são itens de conteúdo mental: como tais, eles estão no reino da experiência subjetiva. Os efeitos potenciais, por outro lado, são, estritamente falando, não realmente afetos, mas disposições estritas para produzir afetos e, como estruturas, eles não estão no reino da experiência subjetiva. A relevância dessa distinção é ilustrada com alguns exemplos de defesa contra afetos.

de subjetividade. É possível listar alguns momentos, por exemplo, em situações nas quais o juiz julga conforme o estado do processo, aplica ou não a teoria dinâmica do ônus da prova, aprecia o preenchimento ou não dos requisitos para a concessão da tutela provisória, exerce o juízo de ponderação quando presente o conflito entre normas. Além disso, o estatuto substancial prevê diversas hipóteses nas quais o julgador exerce juízo a partir de critérios subjetivos, o que comumente se denomina utilização das cláusulas abertas.

Nos momentos em que o grau de subjetividade do julgador é elevado, a presença de componentes inconscientes ganha força. A subjetividade, empregada como um movimento de criação de imagens mentais, é acompanhada, na teoria damasiana, de sentimentos e de emoções, constatação também acompanhada pela teoria psicanalítica. É neste momento que o devido processo legal empregado na perspectiva formal se revela insuficiente.

A linguagem com que o devido processo legal trabalha é imaginária. Não é preparada para compreender o afeto presente na cadeia dos significantes e na constituição do sujeito. O juiz, no momento em que entra em contato com a narrativa construída através dos atos processuais, vale-se, para formar sua versão da narrativa, de elementos que integram a estrutura psíquica inconsciente. É possível se aproximar – e quando se diz aproximar se quer enfatizar que é impossível, pelos métodos científicos atuais, conhecer em sua inteireza as especificidades da cadeia inconsciente – dos elementos que constituem essa estrutura através de métodos psicanalíticos e os expostos na teoria damasiana na abordagem dos elementos que formam o *self*.

Fazendo esse paralelo, nota-se que, da mesma forma que em Ferdinand de Saussure os signos linguísticos observam apenas os significados, a dogmática jurídica opera, igualmente, através de signos linguísticos superficiais (imaginários), de modo que o direito – e o devido processo legal na atual perspectiva – não trabalham com os significantes.

É possível que o julgador, especialmente nos momentos em que o grau de subjetividade está elevado – porque assim admitido pelo ordenamento jurídico – construa a narrativa a partir dos significantes que formaram sua base emocional.

Citemos alguns exemplos. Imagine-se uma juíza grávida ao analisar uma acusação de violência doméstica que resultou na morte do nascituro. Um juiz que, quando criança, sofreu ferimentos que lhe causaram queimaduras ao analisar um pedido indenizatório baseado em acidentes que resultaram em ferimentos por fogo. É natural pensar que, nessas situações, a narrativa construída pelo julgador seja permeada por sentimentos e emoções gravadas na subjetividade e esses dados influenciem fortemente no julgamento.

O problema da discricionariedade, para além do que preconizam Ronald Dworkin e Herbert Lionel Adolphus Hart, não está na liberdade oferecida ao julgador em deixar de aplicar

o direito positivo, mas na identificação que de que, na base dos julgamentos, já há uma discricionariedade inconsciente disfarçada porquanto os alicerces das decisões judiciais são permeados por elementos inconscientes, elementos esses que, a despeito de influenciar o julgamento, não estão presentes na fundamentação e, como tal, alheios ao devido processo legal¹²².

Não obstante Ronald Dworkin mencionar que o recurso aos princípios possa frear a discricionariedade, esta já se consubstanciou pelo simples fato de que a decisão possui em seu âmago elementos inconscientes:

Dessa forma, Shapiro demonstra que Dworkin parte das premissas equivocadas ao tentar refutar a doutrina positivista e estabelecer uma teoria para a natureza do direito. Para Dworkin, o positivismo não é capaz de compreender um determinado momento do processo decisional no qual o juiz não decide de acordo a lei propriamente dita, mas se vê obrigado a obedecer um certo eixo de possibilidades. Para Dworkin, neste momento, o juiz deveria ainda estar inserido no direito e buscar a resposta em princípios jurídicos, ao contrário da discricionariedade positivista em que o julgador tem ampla liberdade de escolha¹²³.

O ponto que chama atenção na discricionariedade é a ampla liberdade de escolha atribuída ao julgador.

Ao mesmo tempo em que o positivismo, inconscientemente, torna o julgador recluso em razão da manifestação inconsciente da Lei, cria um paradoxo porque o sistema também não estabelece um método capaz de filtrar a influência inconsciente na decisão. É como se, de um lado, tentasse vedar a discricionariedade por uma via, mas deixasse a outra via plenamente aberta, sem qualquer espécie de controle, para as válvulas inconscientes que deixam o caminho aberto aos afetos e outros elementos imperceptíveis.

Diante disso, o sistema cria uma discricionariedade inconsciente que, sem qualquer controle, fora que está de qualquer base de critério ou apreciação, não é detectado pelo sistema jurídico e passa despercebido pela sentença, o que, a despeito de torná-lo um elemento importantíssimo das decisões judiciais, permanece à revelia do devido processo legal.

¹²² COSTA, Pedro D'Angelo. A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e a construção do conceito de discricionariedade. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 1, n. 1, Santa Catarina, 2015.

¹²³ COSTA, Eduardo José da F. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016, p. 20.

5.7 O inconsciente e a imparcialidade

A concepção das estruturas processuais dentro da visão ortodoxa especifica a imparcialidade à luz das disposições dos arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil, pressupondo que, ausentes as hipóteses ensejadoras da suspeição ou impedimento, o julgador estaria automaticamente investido da imparcialidade necessária a bem julgar.

Constatadas as influências inconscientes no ato de julgamento, a concepção de imparcialidade adota outras colunas diferentes das enumeradas pela ordem jurídica, especialmente ao observar a mutação da situação do julgador de acordo com as experiências mentais (Antonio Damásio¹²⁴ fala que, na busca por consciência, há variação do sujeito de acordo com sua posição na plateia ou no palco), e em relação à base afetiva que pode influenciar sua posição de expectador ou ator naquela relação.

Deste lugar se reforça a reflexão em torno do juiz real e do juiz imaginário. O juiz imaginário não sofre interferência de nenhum elo inconsciente da atividade, estando a salvo de qualquer outra intromissão a não ser aquelas listadas nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil de 2015 (e seus correspondentes nas demais codificações processuais). Já o juiz real está subjugado e inúmeros outros fatores que não especificamente os listados na ordem jurídica, incluindo aqueles que, sem previsão detalhada na ordem normativa, influenciam o julgador.

Adotando como referência a linha damasiana, são todas as oportunidades nas quais o julgador, ao descerrar a imagem mental da narrativa que lhe é apresentada na relação processual, insere-se naquela dimensão através de memórias autobiográficas que trazem à reboque interferências afetivas. Só por esse fato já se tem uma certa predileção do julgador para absorver os argumentos deduzidos pela parte que mais se aproximam da linha inconsciente (afetiva) a qual se filiou o julgador.

Por outro lado, se, de acordo com a cadeia de significantes responsável pela constituição do sujeito do inconsciente do julgador há estruturas que o identificam com aquela relação jurídica, haverá naturalmente, uma propensão à assimilação da enunciação adotada pela parte. Embora seja realmente difícil e muito sutil encontrar mecanismos para identificar e sanar essa modalidade de imparcialidade, apenas a inserção do juiz no campo da linguagem que lhe permita refletir em torno da figura que exerce naquela relação poderá minimizar os efeitos.

¹²⁴ DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

A autorreflexão, nesse quadrante, serviria também como uma forma de reduzir o grau de imparcialidade do julgador, senão para imprimir técnica positivista de afastamento do processo, ao menos para fazer com que a ideia e a concepção de imparcialidade seja afeiçoada à constatação de que elementos inconscientes podem influenciar decisivamente na compreensão do que seja imparcialidade do julgador.

Rodrigo D’Orio Dantas publicou trabalho de envergadura ímpar dedicado à investigação da parcialidade do juiz e do árbitro a partir de uma abordagem psicanalítica do inconsciente, da transferência, do Superego, da culpa e de outros relevantes fundamentos, concluindo que o dever de revelação do julgador recomendaria o exercício de um processo psíquico prévio como o exercício de um dever, que trataria as seguintes implicações:

Tendo em vista que a imparcialidade permeia e garante o próprio modelo democrático do processo, devendo ser seguido pelo julgador não apenas para o benefício das partes, mas, principalmente, do próprio Estado, em um primeiro ensaio afirmou-se que esse processo psíquico prévio consistiria em um dever do julgador.

Dever do exercício do processo psíquico prévio, a fim de se atingir o Estado Mínimo de Imparcialidade.

Dever de investimento psíquico, maior que o comum, para o proferimento das decisões.

Dever de se identificar os vínculos afetivos decorrentes da relação com os elementos do processo, a fim de mitigar o quanto do próprio julgador que estaria contido nas decisões se tomadas no Estado Natural de Parcialidade.

Dever de observar o comando de seu Superego para o caso a fim de distingui-lo do comando decorrente da norma jurídica adequada, ainda que esse processo potencialize seus sintomas, principalmente quanto ao sentimento de culpa consciente.

Dever de superar aquilo que pretende doutrinar aos demais operadores do direito.

Assim, a conclusão decorre da premissa da existência de um Estado Natural de Parcialidade – que não é *locus* adequado para o proferimento de uma decisão jurisdicional –, uma vez que para atingir o Estado Mínimo de Imparcialidade, é necessário um processo psíquico no qual o julgador seja capaz de praticar um verdadeiro desapego a fim de que, embora não seja neutro, torne-se, ao menos para o ato, capaz para proferir uma decisão imparcial.

Dessa forma, dentro da lógica formulada no primeiro ensaio citado, esse processo psíquico prévio implicaria em um dever aos julgadores.

Um dever decorrente da imparcialidade¹²⁵.

O inconsciente, nesses termos, faz com que o princípio da imparcialidade seja repensado, pois apenas uma autoconsciência do julgador no sentido de conhecer a si e tentar estabelecer mecanismos para que as bases inconscientes sejam filtradas poderá minimizar o impacto da quebra da imparcialidade.

¹²⁵ DANTAS, Rodrigo D’Orio. **A imparcialidade no divã**: por que os árbitros e juízes são naturalmente parciais? São Paulo: RT, 2021, p. 266-267.

5.8 Técnicas e métodos adequados para a abordagem do inconsciente

As maiores dificuldades na abordagem do inconsciente estão no estabelecimento de métodos que permitam a análise da linguagem do inconsciente.

É sabido que o método psicanalítico clínico adota a fala como meio de possível comunicação do inconsciente. A adoção desses mecanismos, que passa longe de atingir unanimidade científica, encontra, em seus contextos, dificuldades epistemológicas e empíricas. Se dentro das respectivas ciências há largas dificuldades em lidar com a linguagem do inconsciente, maiores são os desafios na ciência jurídica em trabalhar com esse ponto.

No campo jurídico há uma peculiaridade que merece ser estudada. A absoluta descon sideração das ciências jurídicas e do próprio sistema jurídico em torno do inconsciente, de forma que a abordagem encontra abertura plena para a adoção de técnicas e procedimentos próprios a tanto.

Os limites da cognição em relação à abordagem do inconsciente podem ser flexibiliza dos através de técnicas processuais que deem outra roupagem ao princípio do devido processo legal e seus consectários?

Para Ada Pellegrini Grinover:

Seja como for, certamente não é possível prever um procedimento especial adequado para cada tipo de conflito, até porque os conflitos estão em mutação constante numa sociedade complexa e em evolução. A solução, então, consiste na possibilidade de flexibilização ou adaptação do procedimento, para que este se possa efetivamente levar à solução aderente à especial natureza do conflito. (Ensaio sobre a processualidade, p. 38 [...]).

Seja como for, entendemos que a abertura à adaptabilidade do procedimento, prevista no CPC, representa ao menos um primeiro passo para o sistema brasileiro, de rígido que é – e continua sendo – se abra a uma maior flexibilização e adaptabilidade. Mas o que gostaríamos de ter visto, no novo Código, é o diálogo dos procedimentos. Mesmo entre nós, ao contrário, é flexível o procedimento seguido no juízo arbitral, em que as partes e o árbitro, de comum acordo, podem livremente dispor sobre ele. E, observe-se, nem por isto há entraves para a fluência do processo arbitral, nem atentados à segurança jurídica (argumentos utilizados para defender o princípio da legalidade do procedimento)¹²⁶.

Estudos centrados na teoria das decisões judiciais abordam a temática do tempo na decisão judicial, tanto para sopesar o momento em que a decisão é proferida (se antes ou depois

¹²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016, p. 40-41.

do café ou do almoço) quanto para medir a hipótese de pré-julgamento. Para além dessa abordagem – extremamente relevante, mas que não é o objeto deste estudo – é preciso pensar se a forma como os julgamentos são proferidos permitiria a adoção de técnicas que permitam uma maior afeição à análise inconsciente.

É possível refletir ainda sobre o acerto ou o desacerto da adoção de uma prática decisional única constituída por técnica binária (procedente/improcedente, condenar/absolver).

Adiante se abordará que, talvez de forma diversa de um julgamento único incapaz de abordar as questões do inconsciente, talvez fosse possível se estabelecer a análise através de um fluxo que considere esses aspectos, de modo a contribuir com a compreensão do sujeito em sua integridade.

5.9 O autoconhecimento do julgador nas relações intersubjetivas

As dificuldades naturais na instituição de técnicas capazes de aproximar o inconsciente do devido processo legal – ou de uma nova perspectiva de sua função – permitem, num primeiro plano, a proposição de técnica consistente em clarificar ao julgador da necessidade de autocompreensão.

Entre os efeitos inconscientes perpassados pela ordem jurídica está o aprisionamento do intérprete aos efeitos psicanalíticos da própria Lei, de maneira que inconscientemente se coloca o julgador diante de um quadro de castração da liberdade.

Quando se fala em liberdade, no contexto ora proposto, não se está preconizando a ideia de adesão ao direito alternativo. Fala-se em liberdade dentro dos canais previstos pelo próprio sistema jurídico.

Relembre-se aqui que Antonio Damásio¹²⁷ traz a subjetividade como um elemento importante na manutenção da consciência, o que pressupõe que somente se está no controle das atividades mentais quando se está ciente de que a integração entre os fatos da vida e o pensamento passam pela percepção ativa e lúcida de quem os avalia.

A subjetividade da qual fala a neurociência – e em certo sentido a psicanálise – difere da subjetividade invocada pelo sistema jurídico e pela ciência do direito. A subjetividade, no campo jurídico, é vista com grande reserva diante do temor de que a ampliação da liberdade

¹²⁷ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 254.

gere insegurança sistêmica, o que contrariaria a função do sistema nas sociedades pós-modernas e altamente complexas na resolução de conflitos e manutenção da civilidade.

O paradoxo instituído entre a necessária presença da subjetividade como componente da consciência e a resistência sistêmica/dogmática à presença de subjetivismos indica que uma forma de aproximação entre as duas referências é o autoconhecimento do próprio julgador no sentido de que elementos inconscientes influenciam o julgamento e que essa autoconsciência de si pode auxiliá-lo a minimizar os efeitos da inconsciência sobre a atividade jurídica.

Dieter Henrich explicita que os pensamentos deveriam ser fixados de modo a seguir as seguintes pressuposições:

[...] a mediação do sentido deve ocorrer por meio daquilo que a pessoa compreende a partir de si mesma e, assim por meio de si mesmo, a pressuposição da liberdade deve ser fundamentada, e não deve ter de se tornar contestado que o caminho da vida consciente é determinado por ambivalências e antinomias que nenhum conhecimento científico pode levar a desaparecer¹²⁸.

Durante a atividade jurisdicional, o julgador se prostra a inúmeras tarefas. Diante de uma relação processual que se apresenta através de narrativas e de construções de elementos inconscientes presentes não só nos fatos, mas também na maneira, a ordem jurídica influencia inconscientemente o julgador, é fundamental que a consciência não esteja adstrita apenas à noção neurocientífica de estar alerta. É possível que a consciência, nesse plano, seja a denominada consciência ampliada, estratificada na dimensão de conhecimentos sobre como e com que intensidade componentes inconscientes podem afetar a análise daquela relação.

Amplificar a consciência significa, entre outras tarefas, identificar a presença de sentimentos nos julgamentos e na necessidade de se ponderar em torno da inclusão do próprio julgador na cena em julgamento em decorrência da construção da narrativa.

5.10 O julgador e o julgamento como ato de compreensão

A concepção tradicional de julgamento proferido no momento processual subsequente ao encerramento da instrução pode não ser a técnica mais adequada para a inspiração e a análise de elementos inconscientes.

Na medida em que o julgador se sente seguro quanto à adoção da liberdade com a flexibilização da subjetividade, pode analisar o interior das partes e de si próprio – através da auto-

¹²⁸ HENRICH, Dieter. **Pensar e ser si mesmo**: preleções sobre a subjetividade. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

observação – e começar a enxergar o julgamento não apenas como um ato binário baseado na legalidade/ilegalidade, lícito/ilícito, mas compreender a relação conforme o fluxo estabelecido antes do corte dogmático preconizado pelo sistema jurídico.

A ideia de um julgamento que considere e que compreenda o julgador e as partes a partir da noção fluida decorre da necessidade de pensar que o ato de julgar não pode se concentrar em momentos distintos e recortados da relação jurídica processual, mas mirar a continuidade que visa observar a conduta das partes e do próprio julgador num contexto que vai além da comparação dogmática entre norma e fatos.

Aferir todas as sensações e sentidos daquela relação, imaginar e idealizar o comportamento ideal, investigar principalmente a origem (que muitas vezes pode estar na cadeia de significantes que integra o sujeito do inconsciente), permite alterar a noção de julgamentos temporalmente fixos e ditados conforme os padrões de metas impostos pelos órgãos de controle.

A tentativa deve ser no sentido de enxergar o ser humano como um todo. Se a tarefa do julgador é avaliar, por narrativas, o comportamento humano, o julgamento analisando o fluxo humano que antecede a narrativa em si buscará apreciar a experiência humana colocada naquela relação processual, o que, por vezes, não pode ser analisada em um ato único, isolado, condicionado às nuances dogmáticas baseadas na cognição superficial e imaginária do humano.

Quais são os estímulos colocados ao julgador quando profere o julgamento?

A motivação tem por objetivo um ato democrático e transparente de demonstrar de forma cristalina as razões que alicerçam a conclusão a que se chegou. Porém, sabido é que raciocínios que atravessam o pensamento podem ser obtidos através de sensações, ressentimentos ou outros afetos e não podem ser formulados sob a forma de linguagem jurídica, tampouco poderiam, dada a precariedade da fundamentação que escamoteia os aspectos inconscientes, ser objetivamente identificados. Nenhuma forma jurídica poderia dar-lhes significação. A única maneira é tentar, através da correta abordagem da origem e do desenvolvimento humano dentro de um fluxo.

A tarefa de convencer-se é se colocar na posição de quem narra. O que mais convence o juiz? Naquilo em relação ao qual o julgador está mais imerso, quando consegue enxergar o fluxo de si próprio e principalmente das partes que chegaram àquele ato de julgamento.

Talvez não seja possível alterar a estrutura da forma de obtenção das decisões – através de sentenças judiciais – porquanto inexistem, *a priori*, outras formas processuais de se obter o provimento jurisdicional.

Isso não significa, porém, que o julgador não possa revisitar a maneira pela qual aplica o direito, investigando e interpretando a natureza e a essência humana das partes e de si próprio

para integrar a interpretação do ordenamento jurídico ao fluxo humano presente naquela relação processual e, com isso, obter um julgamento real que, embora não possa, por força das dificuldades que as próprias ciências da mente possuem em identificar o inconsciente, ao menos ter a percepção de que elementos e aspectos inconscientes podem ter motivado as atitudes humanas daquela relação. Esse aspecto, por si só, já é suficiente para um redesenho das experiências jurídicas consistentes na obtenção de um julgamento.

A ordem jurídica reconheceu a necessidade de refletir sobre o ato de julgar. A Lei n. 13.964/2019, cujo teor instituiu o juiz de garantias, a despeito de ter sua aplicabilidade suspensa por liminar proferida pelo ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, é o reconhecimento de que, assim como ocorre em alguns países europeus, o equilíbrio das ações penais depende da divisão de trabalhos entre juiz responsável pelas diligências e salvaguarda de direitos fundamentais, enquanto outro julgador fica responsável pelo julgamento.

Trata-se, com efeito, da certificação de que o ato de julgar concentrado na sentença proferida pelo mesmo juiz que conduziu a instrução deve ser visto com muitas reservas.

Para além da configuração de um ato de julgamento exclusivo e único lançado através da sentença cuja prolação vem pressionada pelas necessidades de obtenção de um julgamento célere e dogmático, é importante ressaltar que a decisão judicial assim concentrada destoa da noção de inconsciente que exige uma noção mais aprofundada dos afetos presentes na cadeia de significantes, inspirada na descoberta do sujeito do inconsciente.

O fluxo não estaria apenas na questão temporal, mas na necessidade de se conscientizar que o método dogmático de aplicação do direito lança um corte que impede a avaliação mais profunda do ser humano por trás do julgamento.

A utilização desse método permitiria quebrar a avaliação da conduta para uma fase anterior à conduta em si e aferir verdadeiramente o que está: 1) na teoria freudiana, analisar a conjugação entre as estruturas do inconsciente (*ego*, *Superego* e *id*); 2) na teoria damasiana, averiguar a construção da subjetividade através da análise dos afetos; 3) na teoria lacaniana, aferir a cadeia de significantes na constituição do sujeito.

Para isso é fundamental que o devido processo legal se adapte à ideia de que a sentença judicial como elemento final, único e temporalmente lançado ao cabo de uma demanda judicial – metodologia que se aplica também aos acórdãos proferidos pelas instâncias superiores – seja revisitada para se transformar o método do qual se valem os julgadores ao aplicar o direito a ponto de permitir uma avaliação para além do comportamento objetivo lançado à luz da aplicação dogmática do direito, fazendo com que a avaliação do comportamento das partes e do próprio julgador compreenda uma visão humana a partir de uma consciência ampliada.

A consideração de que o ato de julgar talvez mereça reflexão para ocorrer como uma construção que considere o objeto psicanalítico.

Nelson Silva Junior¹²⁹ reflete sobre as construções em psicanálise e a abertura para um passado imprevisível. O autor parte do último modelo de subjetividade na teoria freudiana (reformulado a partir das neuroses) e aborda suas consequências no domínio da técnica analítica propondo a substituição da noção de interpretação por construção, salientando que construção é um trabalho preliminar e, como tal, essencialmente fragmentário, comparando-a ao trabalho do analista e do arqueólogo (ambos devem reconstruir o passado através de indícios e restos).

O autor conclui que, sendo fragmentária e virtualmente interminável, a construção pode ou não ser adequada, visto que esta possibilidade pressupõe efeitos negativos (um ato falho, sentimento de culpa, necessidade masoquista de sofrimento) ou afirmativos. Ambos, porém, possuem como característica o fato de serem indiretos, independentes do Eu do analisando, isto é, a confirmação da propriedade de uma construção é sempre uma *reação do inconsciente*.

A referência teórica que aponta para uma indeterminação fragmentária da construção da verdade na perspectiva inconsciente se revela muito forte quando comparada ao método instituído pelo sistema jurídico e pela dogmática. Isto porque, a construção jurídica explicitada pelo sistema é cronológica, elaborada a partir da descrição de fatos e sua adequação ao ordenamento jurídico (o corte cronológico se dá a partir da conduta do sujeito, seu enquadramento no ideal normativo, reconstituído na relação jurídica processual a partir de relatos e interpretações fundamentadas na linha jurídico-dogmática decorrente de uma racionalidade retórica), enquanto a técnica psicanalítica relativa ao objeto psíquico não se funda em uma organização cronológica “de fatos e dados concretos, e sim de um produto de sentido”¹³⁰.

Nesse contexto, colaboram as reflexões de Nelson Silva Junior:

Diferentemente de tal historiografia material, a historicidade psicanalítica funda-se em sua *abertura iminente para um passado imprevisível*. A iminência de tal possibilidade nada mais é que a abertura para a transformabilidade imprevisível dos sentidos do cotidiano e do destino. O destino e o cotidiano podem, e devem, numa análise, estarem abertos a transformações imprevisíveis. Assim, podemos dizer que a alteração do outro em análise é uma possibilidade iminente, mas imprevisível e, nesse sentido, também indomável. Durante a situação analítica, a finalidade é *cuidar dessa abertura*, isto é, conservar aberta a possibilidade de uma passagem entre a realidade e as lembranças. Não podemos ter certezas de vir e cumprir ou de ter cumprido tal objetivo. Exigir certezas seria aqui perder de antemão a possibilidade de tal abertura¹³¹.

¹²⁹ SILVA JUNIOR, Nelson. **Fernando Pessoa e Freud**: diálogos inquietantes. São Paulo: Blucher, 2019.

¹³⁰ SILVA JUNIOR, Nelson. **Fernando Pessoa e Freud**: diálogos inquietantes. São Paulo: Blucher, 2019.

¹³¹ SILVA JUNIOR, Nelson. **Fernando Pessoa e Freud**: diálogos inquietantes. São Paulo: Blucher, 2019, p. 65.

A proposta sistemática de interpretação humana e a base positivista da fundamentação das decisões é incompleta por desconsiderar o *passado imprevisível* do sujeito e o fato de que a interpretação deste passado é fundamental para a descoberta integral e completa do humano em julgamento.

Porém, ao se considerar que o julgador também possui uma base subjetiva composta de sentimentos e de emoções que afetam sua experiência subjetiva com a realidade (Antonio Damásio) e que a maneira como o sujeito (julgado ou julgador) é constituído também é fundamental na interpretação ou na construção da realidade (daí a relevância da cadeia de significantes na constituição do sujeito lacaniano), não é possível desprezar a necessidade de se refletir sobre o fato de que a construção jurídica merece ser vista com a constatação do inconsciente.

E, se, como pontua Nelson Silva Junior, a construção da realidade impõe uma certa simbiose entre analisando e analista, é possível que julgado e julgador considerem que uma fundamentação adequada e integral das respectivas relações considere o passado e a construção subjetiva de ambos na avaliação daquela relação jurídica, o que poderia criar novas dimensões para uma fundamentação jurídica completa.

5.11 Reflexões do capítulo

As teorias positivistas não conseguem, dados seus pressupostos objetivos, aferir o estado inconsciente no direito, de maneira que se mostra importante reconciliar a subjetividade para permitir um outro olhar ao direito, mais especificamente para que este promova a intermediação entre a vontade interna do sujeito e os imperativos sociais.

Considerando que o simbólico, na teoria lacaniana, equipara o inconsciente a uma estrutura da linguagem (e com isso admite uma retroação à cadeia dos significantes), é possível pensar que o dogmatismo, por conta da superficialidade, não atinge à cadeia de significantes, o que estabelece um corte na avaliação das respectivas condutas, como se as pessoas houvessem de se comportar apenas a partir da determinação normativa, deixando de lado a constituição psíquica atrelada a significantes diversos dos que integram a ordem jurídica.

A concepção clássica de devido processo legal alcança apenas os dados postos objetivamente e não avança para a percepção do inconsciente, criando uma figura de julgamento próxima ao imaginário, pois que trata das estruturas subjetivas e objetivas como estruturas estanques e absolutamente separadas.

Entre as bases que impulsionam o julgador se posicionam os afetos que, presentes inconscientemente no julgamento, o influenciam e devem ser refletidos porque apenas assim se alcançará uma nova concepção do devido processo legal (em evolução para a aferição do inconsciente no ato de julgar).

A mitigação da dicotomia entre o juiz imaginário e o juiz real depende do aprimoramento do devido processo legal; o direito é um campo de ficções (imaginário), orbita entre o interno e o externo; é, acima de tudo, um sistema de comunicação; a harmonização entre o juiz real e o imaginário pode ocorrer com a comunicação capaz de mensurar as pulsões (internas) e aquilo que a sociedade tolera.

Considerando os contrapontos segundo os quais a linguagem dogmática do direito equivale ao imaginário e que a descoberta do mundo interno do juiz depende da análise de estruturas psíquicas de difícil acesso, a revisitação do devido processo legal pode permitir a percepção das origens do comportamento de forma integral, a partir da avaliação da cadeia de significantes na constituição do sujeito. Isso irá permitir que o julgador busque uma avaliação mais profunda das partes e, sobretudo, potencialize a consciência de si, hipótese que emprestará liberdade maior para investigar e averiguar a natureza humana presente nos julgamentos e permitiria a si próprio conhecer as bases que influenciam o julgamento.

Nessa ordem de ideias, o julgamento que considere o fluxo humano permitiria, *v.g.*, a adoção de metodologia que implicasse, ao longo da fase probatória, uma avaliação social-psicológica das partes através de equipe multidisciplinar (o que já é admitido pelo sistema jurídico brasileiro nas ações que versam sobre alienação parental). Permitiria, ainda, a autorreflexão do próprio julgador ao longo da atividade processual sobre a interferência de aspectos inconscientes, através do seu autoconhecimento, que poderá resultar numa potencialização da liberdade no sentido de redimensionar o método de aplicação do direito que considere a cadeia de significantes na constituição do sujeito (na perspectiva lacaniana) e a averiguar a construção da subjetividade através da análise dos afetos (na perspectiva damasiana).

6 O INCONSCIENTE NO JULGAMENTO

6.1 Os elementos que formam e fundamentam a decisão judicial

As mesmas dificuldades que atizam o dilema da aplicação da justiça e sua distinção com o direito estão presentes nas adversidades em implantar, dentro da ciência jurídica e do sistema jurídico, mecanismos para identificar o inconsciente e os métodos para permitir que sua linguagem seja objetivamente aplicada ao direito.

Dificuldades também existem quando se pensa as razões pelas quais ordinariamente não se aplica a filosofia jurídica à *práxis* ou mesmo as razões pelas quais a sociologia, a antropologia e outras ciências humanas permanecem, do ponto de vista prático, distantes do direito.

O Estado de Direito preconiza que os julgamentos das relações jurídicas sejam submetidos ao crivo do Poder Judiciário (CF/1988, art. 5º, XXXV), jungidos aos laços do princípio da legalidade (CF/1988, art. 5º, II), respeitados, naturalmente, os princípios e garantias que limitam o exercício dessa legalidade.

É possível destacar, entre os elementos que integram o julgamento, os que se posicionam na dimensão consciente (ordem jurídica, jurisprudência, memória operacional), tendentes a promover o império da vontade do Estado sobre a vontade das partes e impondo o arbítrio estatal sobre a atividade do julgador. Outros elementos, porém, podem ser fixados na esfera inconsciente, como os afetos na cadeia de significantes, os aspectos sociológicos/psicanalíticos e os julgamentos morais.

Entre as duas bases se instalam naturalmente as dificuldades de identificar na atividade psíquica o que seja consciente e o que não seja, tanto que as ciências da mente, apesar da especialização dos objetos, sugerem que a transição entre os hemisférios consciente e inconsciente depende de muitas variáveis.

Chama atenção o fato de que a densidade de decisões judiciais clama pela necessidade de um pronunciamento (proibição do *non liquet*) e o dispositivo lançado nas decisões, em regra, é binário (acolher/rechaçar as respectivas pretensões).

Do ponto de vista dos fundamentos conscientes, não é demais lembrar que a teoria geral do direito coloca entre as chamadas fontes do direito o ordenamento jurídico, a jurisprudência e outros mananciais que podem ser trabalhados na perspectiva objetiva.

6.2 Os componentes inconscientes do julgamento

Os elementos inconscientes, sem embargo das dificuldades em identificá-los e principalmente posicioná-los dentro de uma organização sistematizada pelo direito, são analisados nesta tese à luz das teorias damasiana e lacanianiana.

Antonio Damásio enfatiza que o indivíduo vê o mundo se descortinar diante dos olhos e assume um lugar. Exige-se uma plateia. A plateia do indivíduo é uma parte de si mesmo que exige uma autopreservação. É algo como um esconde-esconde secreto. Ora se está no palco, ora na plateia. Usa-se parte da mente como uma tela para impedir outra parte do que ocorre em outro lugar. A tela oculta o próprio corpo, seu íntimo, seu interior. A tela remove da mente os estados interiores do corpo, desvio de perspectiva que tem um custo e tende a impedir a percepção da possível origem e natureza do que se denomina *self*¹³².

Nas situações em que, conforme a metáfora damasiana, o julgador permanece na plateia, assistindo à relação processual e nela interferindo de maneira a reduzir o grau de subjetividade, os elementos com que trabalha são, em sua maioria, buscados na memória operacional. Quando, porém, o julgador, em decorrência de aspectos inconscientes, toma posição no próprio palco e transfere para as partes a base afetiva – incluindo os sentimentos presentes inconscientemente em sua base mental –, o grau de subjetividade aumenta de tal modo que o julgador se insere na relação processual e dificilmente consegue separar sua atuação como julgador imparcial e sua predisposição inconsciente como se houvesse transferido para si as angústias e o sentimento da própria parte.

Os fatores que podem inserir o inconsciente do julgador na relação processual são: 1) memórias autobiográficas que inconscientemente forcem a presença de fatores afetivos transmitidas através das narrativas e que reportam a eventos que colocam o julgador na cena da relação processual; é relevante, quanto a esse aspecto, lembrar que Antonio Damásio¹³³, ao tratar das recordações de sentimentos, menciona que a antevisão do futuro depende das memórias passadas; 2) identidade inconsciente entre as memórias subjetivas do julgador e a situação fática vivida pela parte, de forma que o julgador sinta-se inconscientemente impelido a tomar a decisão “protegendo” uma das partes em detrimento de outra, tudo, claro, manifestado de maneira inconsciente, o que pode ser justificado pela presença do sentimento de empatia

¹³² DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

¹³³ DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 166.

entre o julgador e a situação jurídica narrada.

Além disso, os estudos da relação psicanalítica presentes na base de constituição do sujeito denotam a forte presença do desejo de que o outro tenha os mesmos anseios que o indivíduo. A base inconsciente e a cadeia de significantes que operam na formação da personalidade do julgador podem nele gerar a propulsão inconsciente de que as partes tivessem o mesmo comportamento que o julgador teria na hipótese em julgamento.

Não é a postura ou o comportamento antevisto na ordem jurídica, mas aquele presente inconscientemente na atividade psicanalítica do julgador que ditará o tom do julgamento.

Quando o sujeito (julgador) entra em contato com o objeto (relação jurídica processual), a narrativa dos fatos pode trazer à lume situações inconscientemente presas a memórias passadas do julgador. Sob esse aspecto, relevante lembrar de que, para Antonio Damásio, “quando materiais recordados são entremeados com os perceptos que estão presentes no momento a estes, completamente enquadrados e personalizados, fornecem a ‘âncora’ necessária à perspectiva pessoal” e quando as características das imagens geram respostas emotivas capazes de produzir sentimentos¹³⁴.

O inconsciente pode desaguar no processo de subsunção de maneira imperceptível e, dessa forma, permanecer fora do controle do julgador. É sabida a orientação de que as decisões judiciais são consideradas escolhas do julgador em relação a determinadas alternativas.

A relação jurídica processual, como dito, constitui-se um objeto para a atividade mental. Sua essência é narrativa. A forma pela qual as partes se lançam a uma disputa judicial é primordialmente aquela consistente em reproduzir e comprovar fatos ocorridos no passado. Essa tarefa de reprodução para as balizas do processo consiste em transmitir uma narrativa de situações anteriores cujo objetivo é levar o julgador a interpretar aquela narrativa. Ao realizar essa tarefa, o julgador naturalmente construirá mentalmente sua própria narrativa (composta, de acordo com Antonio Damásio, de uma dimensão verbal e outra não verbal), cenário esse que inclui componentes genuinamente conscientes – dentro da perspectiva de controle – e outros que não podem ser controlados pelo julgador.

Para Antonio Damásio, o ser humano lida com acontecimentos alternando estados mentais que podem funcionar conforme o grau de interferência de afetos naquela relação. Ao construir a narrativa mental daquele objeto (relação jurídica processual), o julgador, embora não possa objetivamente expressar suas experiências subjetivas inconscientes, incluindo

¹³⁴ DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 177.

aquelas que não podem ser manifestada por linguagem (Antonio Damásio observa que o pensamento antecede a linguagem), não se descola do ambiente inacessível ao próprio controle (que pode ser interpretado de acordo com a psicanálise lacaniana como um dos elementos representativos da cadeia de significantes na edificação do sujeito do inconsciente)¹³⁵.

Trata-se, com efeito, de uma área inacessível e inapreensível, tanto para a neurociência quanto para a psicanálise. Nesse ponto, as teorias devem ser vistas como convergência, de vez que tanto para uma quanto para a outra é possível vislumbrar um fenômeno inacessível e incontrolável cuja ocorrência depende de uma série de variáveis – muitas das quais de origem afetiva – e que não podem ser traduzidas em linguagem.

Na base de dados utilizados na construção da decisão judicial existem aqueles dispostos como normas gerais, elementos decorrentes, por exemplo, de modelos de condutas e de precedentes judiciais. A interlocução entre esses elementos e os componentes fáticos, no entanto, são, necessariamente, associados à subjetividade do julgador que, diante de uma narrativa substanciada na relação processual, traz para dentro de sua atividade mental suas próprias impressões.

Observando-se a visão psicanalítica-lacaniana, é possível associar os elementos utilizados em uma decisão judicial assim como Jacques Lacan construiu a visão sobre o sujeito do inconsciente.

O sistema jurídico baseia-se na relação estruturalista fixada entre o indivíduo e a estrutura social através do sistema jurídico e não foca a relação entre o sujeito do inconsciente e o(s) indivíduo(s) que integra(m) a relação processual.

Antonio Damásio¹³⁶ afirma que os sentimentos e as emoções são fundamentais para a obtenção da consciência. Isso não significa que as causas das emoções e dos sentimentos estejam sob o controle do indivíduo. Afinal, os motivos que despertam emoções e conscientes são, em regra, incontroláveis, e o que permanece consciente, após a ocorrência das emoções ou a constatação dos sentimentos, é a percepção do ocorrido.

Antonio Damásio¹³⁷ ainda afirma que os sentimentos e as emoções decorrem de mudanças no estado da pessoa quando subjetivamente o sujeito entra em contato com o objeto.

¹³⁵ DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 166.

¹³⁶ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

¹³⁷ DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

Essa mudança, reafirme-se, é encontrada no momento em que aparece a subjetividade. Ocorrida essa mudança, o julgador transplanta para o caso concreto as emoções/sentimentos os quais ele já possui.

O sistema jurídico não freia esse movimento que, imperceptivelmente, é transplantado para a decisão sem que o sistema ou o próprio julgador percebam.

6.3 A linguagem do inconsciente e a linguagem do direito

A linguagem se presta a expressar o significado de determinado objeto. Somente é possível exercer plenamente o objetivo de comunicação quando se reproduz em palavras e sentenças o exato significado do objeto.

Importante observar que o discurso envolvendo o ambiente jurídico contempla uma série de comunicações inter-relacionadas, ou seja, há vários eixos comunicativos dentro do cenário jurídico. O primeiro deles é a relação entre a comunicação perpassada pela ordem jurídica até a recepção aos atores da relação processual.

A relação das pessoas à lei pode ser vista como um fenômeno de comunicação. A recepção das informações e a prostração ao *dever ser* é uma resposta comunicativa ao sistema. Esse fenômeno comunicacional entre o texto normativo e seu receptor – baseado em uma relação de sujeição – constitui o primeiro patamar comunicativo.

O segundo patamar comunicativo decorre da utilização prática do discurso. No ambiente da prática jurídica, a manifestação linguística das pessoas se faz através de peças processuais, como petições iniciais, contestações e recursos, manifestações essas que, em regra, adotam o objetivo de formar o convencimento do julgador em torno dos enunciados fáticos e jurídicos propostos.

A forma de pronunciamento através de peças processuais faz com que os métodos comunicativos não sejam naturais (exceto em situações como colheita de depoimentos em audiências, interrogatórios ou pronunciamento de testemunhas). As manifestações, em regra, são formalizadas em peças processuais normalmente alinhadas aos interesses dos indivíduos do processo relativamente à argumentação voltada a satisfazer os anseios correlatos.

O terceiro eixo de linguagem é aquela relativa entre a narrativa elaborada pelas partes e a construção da atividade mental do julgador. Por fim, o quarto núcleo diz respeito à comunicação da decisão judicial à parte, especificamente em relação à satisfação do direito pleiteado.

A análise desses eixos e a tendência à luz do posicionamento dogmático revela que o

sistema jurídico se incumba de preparar métodos de aplicação do direito segundo o princípio da legalidade, que o arcabouço processual cuida de levar a julgamento fatos e circunstâncias jurídicas conforme preconizam os regramentos processuais, que as decisões são proferidas segundo o dever de fundamentação presente nos respectivos estatutos, de maneira que a linguagem do direito, nessa perspectiva, é uma linguagem formalmente adequada à aspiração do ordenamento jurídico.

Steven Pinker¹³⁸ menciona que a ciência da linguagem seria muito enfadonha não fosse a predisposição das pessoas em encontrar palavras para expressar seus pensamentos. O pensamento, portanto, antecede a linguagem. E se o pensamento antecede a linguagem, imperioso atentar-se ao fato de que a composição do pensamento inclui as bases consciente e inconsciente. Nesse ponto há um fenômeno relevante na avaliação da linguagem: a ruptura do estreito limite entre a consciência e a inconsciência para se identificar a interferência da linguagem inconsciente em relação aos eixos descritos linhas acima.

A linguagem aplicada durante a fase consciente do sujeito, segundo enuncia Antonio Damásio, é a habilidade de organizar e de exteriorizar formas e imagens mentais, panorama que envolve diretamente a atuação dos sentimentos.

Na teoria psicanalítica, o sujeito do inconsciente se expressa através de manifestações singulares. Desde *A interpretação dos sonhos*, Sigmund Freud¹³⁹ sinaliza que o inconsciente se manifesta de forma não convencional, como os sonhos, os chistes e outros modos de comunicação não convencionais.

Entre os pontos que melhor identificam a teoria lacaniana está a aproximação entre a linguagem e a estruturação do inconsciente: “É a esse sistema da língua, à estrutura da língua, que Jacques Lacan propõe relacionar o funcionamento do inconsciente; e é pela linguagem, pelo discurso, que o inconsciente pode advir”.¹⁴⁰ Daí decorre o questionamento: a linguagem expressada inconscientemente – e que para a psicanálise possui grande valor – pode ser objeto de apreciação pelo direito?

Retornando aos principais eixos descritos no início desta seção, embora Jacques Lacan mencione que a Lei influencia o inconsciente – simbólico/estrutura da linguagem –, a ciência

¹³⁸ PINKER, Steven. **O instinto da linguagem**: como a mente cria a linguagem. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 555.

¹³⁹ FREUD, Sigmund. (1900). A interpretação dos sonhos. In: **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Edição *standard* brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1987. v. 5.

¹⁴⁰ TOREZAN, Zeila C. Facci; AGUIAR, Fernando. O sujeito da psicanálise: particularidades na contemporaneidade. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**, Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 28 set. 2020, p. 533.

jurídica não analisa a influência desse patamar em relação às partes e ao julgador. É como se dissesse que a lei está no inconsciente, mas o inconsciente não está na lei.

O direito é essencialmente lingüeiro. O anseio da ordem jurídica é que a mensagem perpassada por intermédio do sistema seja absorvida e se torne eficaz a ponto de guiar o comportamento das pessoas. A relação binária entre norma e comportamento, no entanto, deve ser interpretada conforme os mecanismos presentes na cadeia de significantes e na forma como os atores do processo constroem a subjetividade psicanalítica segundo as experiências mentais integradas.

O padrão mental do receptor da norma altera o seu significado conforme a construção singular de cada indivíduo. E é nesse contexto que se insere a interpretação jurídica que, embora tratada especificamente mais adiante, se abraça ao patamar da linguagem normativa.

A interpretação não deixa de ser um ato através do qual a linguagem está presente. Se, psicanaliticamente, a linguagem é a tradução daquilo que não é possível expressar, e se muitas vezes o que se pronuncia não é exatamente aquilo que se deseja pronunciar, as decisões judiciais, como ato de linguagem, são, na maioria das vezes, um ato de linguagem decorrente do simbólico (no sentido lacaniano).

A constatação de que narrativas pré-verbais exercem influência fundamental na conduta das partes e na orientação que guia o julgador, a premissa de que a linguagem jurídica seria universal e essencialmente lógica-analítica, de onde sobressairia o pressuposto de que as condutas são normalmente conscientes, merece aguda reflexão diante da verificação da existência do hemisfério psíquico que, antecedendo a linguagem, torna-se, *a priori*, inacessível à universalidade interpretativa semeada pela ordem jurídica.

Ao se inserir no contexto damasiano reflexões sobre a teoria lacaniana, notadamente em relação ao tópico no qual se constata uma espécie de limbo inconsciente não permeável pela linguagem, cabe lembrar: 1) enquanto Jacques Lacan, na descoberta dos sentidos para a constituição do sujeito, enfatiza o significante, a ciência jurídica enfatiza o significado (na perspectiva dogmática); 2) os aspectos cronológicos, para a dogmática jurídica, são vistos através de um corte decorrente dos atos no instante em que se amoldam à ordem jurídica; para a psicanálise, o tempo é lógico (e não cronológico) e retroage de acordo com a cadeia dos significantes; 3) na clínica psicanalítica lacaniana é possível alterar as técnicas utilizadas conforme o padrão do analisado, o que remete à possibilidade de o direito variar técnicas para alcançar o inconsciente; 4) se a psicanálise usa o método da associação livre a partir do desejo do inconsciente para compreender os significantes, o direito não poderia trabalhar com a análise de condutas sem investigar as origens.

Neste ponto entra a importância da discussão travada por Adrian Johnston¹⁴¹ entre as teorias de Jacques Lacan e Antonio Damásio porque se a psicanálise está correta e mostra que o inconsciente é inacessível a qualquer outra forma de linguagem a não ser aquelas buscadas por métodos psicanalíticos, a neurociência seria uma ciência destinada apenas à observação patológica de debilidades crônicas; já se se considerar a neurociência damasiana como correta, (a subjetividade ocuparia um campo fundamental no contato com o objeto, mas certos modos de atuação permaneceriam inacessíveis à linguagem), o acesso à linguagem do inconsciente se revela extraordinariamente difícil.

Johnston permanece com a visão intermediária. Por mais que Antonio Damásio insista em que os sentimentos e emoções operem na plataforma consciente – o que pode ser entendido em relação à constatação consciente dos efeitos dos sentimentos e emoções no indivíduo e não como uma causa consciente (controlável) de emoções e sentimentos –, a observação de que experiências mentais integradas despertam emoções – e, na teoria damasiana, a reboque, constituem sentimentos – e estas emoções e sentimentos, em espiral, afetam o comportamento humano sem que o sujeito detenha controle absoluto sobre seus atos, isto já bastaria para concluir que o fenômeno jurídico humano sempre estará permeado por um padrão, ainda que parcial, inconsciente.

Na medida em que o contato com os fatos reais da vida enseja, no despertar da subjetividade, uma plêiade enorme de reações emocionais – que despertam sentimentos –, por aí se percebe a insuficiência da narrativa verbal no direito.

Antonio Damásio explica que a maioria das imagens mentais formam uma narrativa ou parte delas, entremeadas por imagens do passado reconstituídas convocadas àquele momento (parte de objetos, ações ou eventos presentes em narrativas). A depender de cada indivíduo, pode perceber esquemas e abstrações com maior ou menor grau de clareza, o que o leva a construir imagens secundárias de movimentos de coisas no espaço, como se fosse um espelho. Esse conjunto de símbolos (causados pelos fatos em si e aqueles invocados na memória como em uma imagem secundária decorrente de um espelho) constitui uma trilha verbal que traduz objetos e ações em palavras e sentenças, conforme explica Antonio Damasio:

A trilha verbal é corresponsável pela característica narradora da mente humana e pode muito bem ser, para a maioria de nós, sua principal organizadora. De modos não verbais, quase cinemáticos, porém sem palavras, contamos incessantemente histórias a

¹⁴¹ JOHNSTON, Adrian; MALABOU, Catherine. **Self and emotional life**: philosophy, psychoanalysis and neuroscience. New York: Columbia University Press, 2013.

nós mesmos, em particular, e a outros. Chegamos até novos significados, superiores aos dos componentes separados da história, em virtude de tanta narração¹⁴².

Tanto na trilha verbal quanto na não verbal há elementos decorrentes do *self* autobiográfico e da memória autobiográfica, elementos forjados por aspectos emocionais/sentimentais incontrolláveis equidistantes da racionalidade. Significa que a linguagem de transferência dos padrões mentais para a realidade – panorama que inclui a realidade jurídica – sempre irá considerar a subjetividade e todos os elementos inconscientes que a integram.

O cenário jurídico-processual normalmente trabalha com o passado. Busca-se, nas relações processuais, reconstituir fatos e circunstâncias pretéritas, o que necessariamente importa em uma narrativa (verbal ou não verbal). Fases anteriores (correlacionadas à mediação) e subsequentes da relação processual (julgadas à fase decisória) importam na avaliação dessas narrativas e na colocação de uma nova narrativa, desta vez posta por quem se situa na condição de julgador daquela relação.

Percebe-se uma cadeia linguística marcada por elementos emocionais e sentimentais que vão desde a construção da narrativa por parte do litigante, caminha pela inserção dessa narrativa em peças jurídico-processuais que resultam em uma interpretação dominada por nova etapa de significação (igualmente construída por narrativas subjetivas do aplicador) e assim sucessivamente até que uma decisão final seja colhida e aquela relação jurídica seja solucionada.

Esse resultado é caracterizado por uma impressionante cadeia linguística dominada por elementos decorrentes de narrativas verbais e não verbais inconscientes – sentimentais e emocionais – e que são corporificados no ambiente jurídico-processual segundo uma linguagem meramente simbólica, resolvida, em seguida, por manifestações dogmáticas cuja linguagem assenta-se em uma base linguística manifestamente diversa daquela verdadeira, construída, repita-se, por narrativas verbais e não verbais reconditamente posicionadas nos porões da atividade psíquica humana.

A linguagem do direito é meramente simbólica na medida em que não consegue identificar a linguagem do inconsciente.

As dificuldades que brotam nas próprias ciências da mente – que geram debates como o exteriorizado por Zizek e Johnston relativamente à absoluta independência e autonomia do sistema neurológico humano – são capazes de permitir se imaginar que maiores ainda são os

¹⁴² DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 170.

obstáculos em transpor para a ciência jurídica algo que a neurociência e a psicanálise ainda hoje debatem¹⁴³.

A mesma dificuldade em encontrar como o inconsciente se comunica atormentou Jacques Lacan e Sigmund Freud. As narrativas (verbais e não verbais) expostas por Antonio Damásio podem ser equiparadas, para as finalidades desta pesquisa, à cadeia de significantes na constituição inconsciente do sujeito do inconsciente. Jacques Lacan exorta a impossibilidade de se encontrar o real. Ele observará que os mesmos impasses de formalização acerca do lugar do impossível que se impunham à abordagem do real pela psicanálise são também objeto de investigação matemática. Para Jacques Lacan, o real – no aspecto inconsciente – se revela inapreensível e impossível de simbolizar¹⁴⁴.

Consoando a teoria damasiana e a conotação dos sentimentos e emoções com a compreensão lacaniana da impossibilidade de apreensão do real, conclui-se que sentimentos e emoções, por não controláveis, desempenham função crucial dentro da atividade humana e, por conseguinte, na seara jurídica. Os meios mais aparentes de linguagem do inconsciente são, portanto, aqueles que despontam uma miragem emocional/sentimental que se consubstancia, no mundo jurídico, através do sentimento de justiça.

Há uma cadeia linguística no direito que se inicia na plataforma inconsciente (brota na narrativa verbal e não verbal damasiana, incluindo a base sentimental e emocional), constituída por elementos psicanalíticos identificáveis por Jacques Lacan (elementos da constituição do sujeito manifestados de maneira exemplificada no grafo do desejo) e que são, na superfície ou simbolicamente, transplantados para o mundo jurídico da retórica pragmática que se vale de uma linguagem particular dogmática voltada à solução técnica de conflitos.

Imperativo, pois, identificar essa cadeia linguística permeada por aspectos conscientes e inconscientes a fim de compreender a essência humana no direito e solucionar – ou ao menos contribuir para minimizar – os pontos de maior impasse dentro da difícil relação entre o sistema jurídico e a necessária compreensão das falibilidades humanas.

O direito é uma estrutura complexa que inclui diversos elementos. Da mesma forma que a teoria lacaniana interpreta o real, simbólico e imaginário como elementos que não devem se

¹⁴³ GAMA, Jairo de Almeida. Subjetividade e afeto em Zizek e Johnston: controvérsias em torno da relação psicanálise-neurociências. Rio de Janeiro, *Physis*, 2016, v. 26, n. 1, p. 137-156. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000100137&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 fev. 2020.

¹⁴⁴ FARIA, Michele Roman. **Real, simbólico e imaginário no ensino de Lacan**. São Paulo: Toro, 2019.

desvincular, o direito também depende da presença do inconsciente em sua estrutura e o inconsciente necessita do direito em sua constituição. Não é possível separá-los. Possível, no entanto, conciliá-los de maneira menos traumática. A utopia de que o ordenamento consegue superar anseios verdadeiros e satisfazer o ideal de justiça é marcado por uma presença estrutural meramente simbólica. Ela cumpre seu papel simbólico que é manter a convivência pacífica, já que a estrutura necessita desse patamar, mas é insuficiente para avançar.

Por se tratar de uma estrutura, o direito não convive bem com aquilo que não pode controlar e, tanto na teoria freudiana, como na lacaniana ou damasiana, o inconsciente é incontrolável e as formas científicas para sua apreensão são mínimas. Talvez por isso seja tão difícil aproximar o direito e o inconsciente: “como lidar com o inapreensível?”. O inconsciente se estrutura como uma linguagem, mas não é possível identificar o que ele deseja comunicar.

A linguagem, portanto, está posicionada dentro da estrutura do direito e nela se inclui uma plataforma cujos acessos podem ser exteriorizados por elementos objetivos (a exemplo do que ocorria na teoria de Ferdinand de Saussure), e uma plataforma oculta representada pelo inconsciente.

Um dos polos é a comunicação interna cerebral a partir da leitura do fato. Internamente há uma interconexão que permite identificar naquela relação fática elementos de linguagem porquanto comunica atos e fatos reais a uma narrativa identificada pelo cérebro. Nela já há subjetividade, recorrente aos campos do *self* autobiográfico e da memória autobiográfica. Um polo de linguagem ocorre quando se processa a interpretação desses fatos. Nela é possível identificar a influência de uma linguagem originária do ordenamento jurídico (como padrão de comportamento decorrente de uma influência comunicacional advinda do poder normativo – Althusser) e outra decorrente de uma base afetiva que acrescenta ao julgamento ou interpretação elementos não identificáveis objetivamente.

O outro polo de linguagem é a forma pela qual se exterioriza a decisão. Esse fenômeno contém lacunas decorrentes da impossibilidade/dificuldade de expressão de aspectos inconscientes. Trata-se de uma cadeia linguística, que não necessariamente obedece à sequência dos polos descritos, normalmente passa despercebida pela ordem jurídica que se concentra em uma linguagem calcada na ideia imaginária de que haveria apenas dois eixos comunicacionais: o da norma e o da sentença.

A teoria lacaniana trabalha com a inscrição do sujeito no campo da linguagem. Descobrir o sentido da linguagem do inconsciente é o enigma mais difícil das ciências da mente. Em um ambiente composto por diversos sujeitos – cada qual com sua própria subjetividade – é possível identificar momentos de fala e de enunciação de linguagem em que o significado é um

expoente do direito e isto já basta para uma resolução dogmática do conflito. Outros, porém, o significante e sua cadeia, estão presentes na relação, mas a linguagem é praticamente inacessível.

Da premissa de que o desejo desempenha papel fundamental na constituição do sujeito e que a experiência mental é integrada por algo que ultrapassa a si mesmo – talvez neste ponto esteja a principal interferência da inconsciência – é possível colher a conclusão de que esse algo que ultrapassa o “eu” do julgador e que está relacionado ao sujeito do inconsciente, não haverá um julgamento completo e imparcial quando desconsiderado o teor do elemento que permite essa “ultrapassagem”.

É fato que a busca por uma identificação da linguagem do inconsciente é tarefa extremamente difícil, por isso, corre-se o risco de a abordagem inconsciente do direito sofrer críticas que podem colocar a enunciação no campo da metafísica, por outro lado, há situações gritantes em que a figura inconsciente aparece muito fortemente em julgamentos e cujo reconhecimento da presença inconsciente pode despertar a ciência jurídica a considerar, com maior ênfase, a presença inconsciente.

Tudo na verdade depende daquilo a que o direito se propõe. Se os objetivos são dogmáticos/operacionais, a linguagem estará no significado. Se os objetivos são humanos, a linguagem levará em conta o significante. Mas o direito poderia ser menos operacional e mais humano? Qual a função do direito para além da operacionalidade? A resposta depende da inversão da pergunta. Se o que se busca do direito é uma análise humana, a resposta está no plano da cadeia de significantes; se a busca depende de uma resposta operacional, a resposta será meramente imaginária (no sentido laciano).

O problema é que a universalidade do direito (desprezo pela singularidade) amarra todas as respostas à forma dogmática de solução de conflitos. A calibração do devido processo legal, nesse prisma, deve considerar sobretudo a natureza da busca para, a partir dela, desenvolver a resolução adequada. Singularizar-se para não se perder. Universalizar-se quando necessário.

Os reflexos do ponto de contato entre o direito e as pessoas depende do interesse dessas pessoas e do sistema jurídico. Um empresário que não deseja pagar as dívidas lida com o direito na perspectiva de que este lhe assegure o calote. O trabalhador lida com o direito em busca das verbas que entende devidas. Esse estreito terreno (ponto de contato) sofre interferências inconscientes, especialmente a partir do sentimento de justiça. Sua identificação (diagnóstico) nem sempre está nos significados. Pode estar nos significantes. A resposta sistêmica sem a correta identificação é como um tratamento sem diagnóstico. O direito, em certo sentido, tenta ministrar o remédio sem identificar a causa.

É preciso diferenciar a linguagem jurídica e o sentido que brota das manifestações. O sentido que vem das manifestações pode advir do inconsciente e nele repercutir. Afinal, o que permitiria acesso ao sentido da linguagem jurídica genuína? Para a psicanálise, a fala; para a neurociência, imagens cerebrais; para o direito, a consciência de que o ponto de contato entre o sujeito e o processo vai além do que as fronteiras do devido processo legal permitem.

Por vezes, a pretensão à busca jurisdicional e o reflexo do desejo inconsciente de que o outro reconheça algo que seu inconsciente refuta. Se, em Jacques Lacan, o desejo de ser amado alimenta o sujeito a seguir o ideal do grande outro em um processo de identificação, na relação processual este fenômeno psíquico se revela na busca da substituição, através da sentença, de que o outro reconheça o que o sujeito deseja que ele (outro) reconheça.

É o que se vê no texto publicado por Tercio Sampaio Ferraz Junior em que aborda a forte relação entre justiça e vingança. O texto está baseado na novela *Michael Kohlhaas* publicada por *Heinrich von Kleist*. O personagem, confrontado com situações que o fizeram acreditar que a verdadeira justiça estaria na vingança, pois, mesmo diante de uma proposta de manter-se vivo e recuperar os bens que prefiguraram o início da contenda, preferiu, antes, rejeitar a proposta e submeter-se à morte.

6.4 A igualdade e a singularidade

A igualdade decorrente do sistema jurídico mira a manutenção de um estado de civilidade mediante válvulas simbólicas que perpassam um significado utilitarista de que, para o direito, todos são iguais, especialmente diante da aplicação do princípio da isonomia. É por este ângulo que as pessoas em julgamento são avaliadas, o que pressupõe a adoção de critérios de julgamento a partir da igualdade formal como essência das relações jurídicas.

Trata-se de uma quase necessidade. Seria muito difícil conseguir implantar um sistema fundado em decisões judiciais para a manutenção do estado de ordem sem uma concepção de igualdade, ainda que formal. Não há como convencer as pessoas de que o sistema de justiça e a ordem jurídica possam funcionar a não ser que esse padrão de igualdade seja aparentemente seguido pelo sistema.

Esta é a tônica do positivismo. Todos são tratados iguais perante a Lei porque se assim não fosse, os jungidos ao sistema teriam sua confiança abalada e, como tal, não se sujeitariam a um sistema iníquo – é certo que qualquer espécie de desigualdade atrai automaticamente a noção de iniquidade.

Essa percepção utópica permeou as ideias de uma ciência jurídica essencialmente dogmática, que apostou suas fichas em padrões igualitários de comportamentos, tudo para tornar possível, através de sistemas uniformes, alcançar os objetivos da decidibilidade.

A abertura do pensamento freudiano para o inconsciente, no entanto, também abriu uma fenda estrutural porquanto passou a pensar o sujeito a partir da singularidade.

O desenvolvimento da psicanálise e o fomento das neurociências ratificam a ideia de que o ser humano possui atividade mental e organização inconsciente (psíquica) que o diferencia substancialmente de outras pessoas.

É possível lembrar, por exemplo, de que, para Jacques Lacan, a constituição do sujeito se dá a partir de uma cadeia de significantes na qual o outro tem valor fundamental. Esse outro ao qual se reporta a teoria lacaniana está estruturalmente posicionado ao lado de diversos possíveis significantes como o desejo e outros tantos elementos que demonstram uma inequívoca singularidade em sua composição.

Parece coexistirem dois mundos distintos. Um, o jurídico, composto pela concepção do ser humano de forma igual, guiada por padrões de comportamento igualmente isonômicos, sistema baseado na fórmula do descumprimento obrigacional padrão com aplicação de sanções e de consequências uniformizadas. O segundo mundo, desapegado do primeiro, é, na visão psicanalítica lacaniana, fundado em um aspecto imaginário, simbólico e real, através do qual as formas de comportamento sociais não passam de um simbolismo utópico, ao passo que a realidade psíquica é inapreensível.

As neurociências, por seu lado, vislumbram nos estudos sobre cérebro e mente que o acionamento de certos padrões depende, em grande medida, de formações psíquicas jungidas a elementos que afetam de forma substancial o comportamento da pessoa.

Esse paradoxo entre o ideal ditado por padrões de comportamentos universais e a singularidade das atividades psíquicas revela que os elementos inconscientes da relação são desconsiderados em nome de uma virtual igualdade formal.

A desconsideração da singularidade gera efeitos consideráveis, entre os quais a errônea mensuração da presença ou não de dolo ou culpa em determinada atividade, afeta, no âmbito civil, se determinado litigante está satisfeito com a composição, e afasta, do direito de família, por exemplo, a premente necessidade de se observar a singularidade do sujeito.

É certo que a manutenção de um sistema singular de apreciação de condutas e avaliação de comportamento dependeria de ferramentas que as ciências em geral não lograram identificar. Na seara da psicanálise, por exemplo, existem diversos estudos para posicionar a função do analista na clínica psicanalítica. Nas neurociências é comum a discussão em torno da existência

ou não de uma autonomia cerebral em relação à pessoa, de maneira que se discute se a mente é independente do cérebro ou se este sempre deterá as rédeas do pensamento.

É necessário pensar a singularidade do ser humano, perspectiva da qual advém o pensamento que pode reformular a ideia de igualdade formal cravada no sistema jurídico. Evidentemente, não se prega o rompimento da igualdade jurídica de modo a se estabelecer tratamentos desiguais para pessoas iguais, mas a necessidade de refletir como a singularidade decorrente de uma atividade inconsciente pode afetar as partes ou o julgador de determinada relação jurídica.

Essa identificação do singular poderá trazer benefícios extraordinários, como, por exemplo, reconhecer que a conduta inimputável de um dependente químico pode ter sido um fator singular para uma condenação, o que demandaria a oportunidade de discutir se a penalidade aplicada a uma pessoa acusada de tráfico de entorpecentes através de uma organização criminosa pode ser a mesma aplicada a um dependente químico que se utilizou desse meio para conseguir sustentar a aquisição de drogas para a manutenção da dependência.

Mais que isso, a singularidade poderá permitir o pensamento de que o julgador, no momento em que profere determinada decisão, está imbuído em afetos que a influenciaram.

Pensar o inconsciente necessariamente impõe reflexão em torno da singularidade humana, seus dramas, constituições, visões de mundo, de maneira que a ideia fugaz de uma igualdade formal não resiste à necessidade de se pensar o ser humano tal como é em sua essência, ou seja, manifestamente desigual.

Sendo o direito uma atividade essencialmente humana e dela não se podendo desvencilhar para efeito de desenvolver sua aplicação, a imaginada universalidade deve ser repensada à luz do papel do inconsciente na percepção da singularidade (inclusive os acontecimentos passados) na configuração da personalidade do julgador e na ideia de quanto esse histórico pode influenciar a percepção da relação jurídica em julgamento.

A singularidade é relevante para o cenário da decisão judicial porquanto permite que o inconsciente seja considerado tanto para a pessoa de quem está sendo julgado quanto para o julgador, especialmente para efeito de se conscientizar que, estando o humano na base do direito, desprezar a singularidade de julgadores e julgados em nome de racionalidade retórica traz o risco de se desconsiderar um componente fundamental da atividade humana.

6.5 O inconsciente e o sentimento da justiça

A constatação de que o inconsciente está fortemente incrustado em várias etapas do fenômeno jurídico e em variadas formas de manifestação e interpretação do direito permite

pensar sobre o papel que o sentimento de justiça pode exercer nesse cenário.

A constante preterição realizada pela ciência jurídica em relação à abordagem da justiça – normalmente a colocando como um ideal romântico ou poético alheio ao sistema jurídico e ao direito – pode ser refletida a partir do pressuposto de que a justiça é um sentimento.

Considerando que a base humana responsável pelo julgamento deve incluir o inconsciente, a justiça está presente no julgamento, mas se entremeia na plataforma inconsciente, de sorte que se revela equivocada a ideia de que direito e justiça estejam em palanques absolutamente distintos. Sem o sentimento de justiça o direito ficaria inumano.

As discussões filosóficas em torno da dicotomia entre justiça e direito normalmente estão associadas à ideia central da igualdade. Não é incomum que as pessoas, em geral, ao buscarem a proteção jurisdicional coloquem como pedra de toque na solução a busca por isonomia, a ponto de se comentar que a justiça buscada está atrelada a uma pretensão de equilíbrio.

Referida concepção de justiça, nessa toada, alcança uma maneira mais abrangente de pensar o tema e permite deduzir que a justiça é um sentimento, inserido inconscientemente na atividade psíquica.

Os desdobramentos de tal constatação impactam tanto a atividade do julgador quanto a influência do sentimento em relação às partes, repercutindo, em uma fase mais avançada, na revisitação da interpretação a partir da consideração de aspectos inconscientes na seara jurídica.

As dificuldades em aquilatar a sensação de satisfação das pessoas com determinada decisão advêm de naturais impossibilidades de medir o grau de representação de justiça que aquela decisão trouxe para as pessoas envolvidas no julgamento.

Essa sensação de justiça/injustiça é construída a partir de elementos inconscientes, pois, para a proposição damasiana, a formação da decisão está baseada em afetos cujas origens não são explicáveis do ponto de vista da pura racionalidade (dependentes do *self* autobiográfico e suas interlocuções), enquanto a noção psicanalítica coloca o desejo inconsciente e a formação do sujeito através da cadeia de significantes como estruturas capazes de influenciar na decisão da parte e do julgador relativamente à noção de igualdade – e de justiça – que a decisão possa trazer.

Nesse sentido, Antoine Garapon salienta:

Para Freud, os fundamentos inconscientes da ideia de justiça devem procurar-se nessa simetria: aquilo que me é proibido, mais ninguém tem o direito de fazer. A necessidade de justiça está enraizada na tendência para estender uma proibição a todas as pessoas. É justo que o que acontece a um aconteça também aos seus irmãos e irmãs.

Em *Psychologie collective et analyse du moi*, Freud observa que o sentimento de justiça nasce da escola da reivindicação de um tratamento igual para todos: “Já que é impossível ser-se o privilegiado e o preferido, é necessário que todos experimentem a mesma contrariedade, que ninguém goze de favores especiais e privilégios particulares”. Essa mesma ideia de simetria é levada até ao absurdo na sentença de Salomão¹⁴⁵.

Entre as principais abordagens jusfilosóficas sobre o conceito de justiça, aparecem comumente a ideia de igualdade material e a noção de reparação. Seja no campo da justiça criminal, seja no terreno do sistema civil, é comum a busca pela igualdade como um desejo inconsciente de quem pretende obter justiça. Essa igualdade, por vezes, chega ao sujeito sob a forma de um desejo de reparação.

A importância é saber que a pretensão formulada em juízo pode esconder um desejo inconsciente de reparação. Na visão de quem busca a reparação, este desejo constitui um sentimento de justiça, muitas vezes alimentado ou sustentado por um sentimento de vingança.

Paralelamente ao plano do direito, que se consubstancia na aplicação segundo normas dogmaticamente fixadas e parametrizadas por uma igualdade formal, o plano da justiça é constituído por um eixo integrado diante da composição psicanalítica do sujeito e com isso vinculada à singularidade.

Nesse cenário, ganha relevo importante reflexão em torno do outro psicanalítico. Para a psicanálise, o sujeito do inconsciente é constituído pelo outro. A satisfação buscada pelo indivíduo decorre, muitas vezes, do desejo que, na psicanálise, é visto como um desejo relacionado ao outro. Essa plêiade de emoções e sentimento envolvendo a figura do outro não se compatibiliza com a linearidade aclamada pelo direito. Talvez aí resida um dos grandes dilemas e incompatibilidades entre o sistema de direito e o desejo de justiça.

Apointa-se para certa inconsistência do direito quando se supõe que as insatisfações estão na base da constituição de uma lide (do ponto de vista jurídico-processual). O pressuposto do qual se parte é de que os conflitos individuais estão estratificados em insatisfações decorrentes da contrariedade de interesses, e em grande parte advém da natureza narcísica. Essas insatisfações podem configurar o gatilho para o conflito de interesses. Para o direito, a princípio, a insatisfação passa a ter importância quando gera uma pretensão representada por um conflito intersubjetivo de interesses. A insatisfação, portanto, antecede o conflito de interesses (segundo

¹⁴⁵ GARAPON, Antoine. **Bem julgar** – ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 221.

a ideia *carneluttiana* de lide). Lembre-se de que, para Francesco Carnelutti¹⁴⁶, pretensão representa um ato, uma manifestação. Exige-se a submissão do interesse de outrem ao próprio interesse.

A insatisfação em si é representada, muitas vezes, não por aspectos os quais o direito objetivo é incapaz de satisfazer, mas alimentada por um sentimento de justiça que assenta bases na ideia de reparação posicionada no campo psicanalítico.

O problema de substituir a vontade do sujeito segundo critérios pressupostos dogmaticamente está em amputar a subjetividade e extirpar a linguagem do indivíduo.

A linguagem da justiça não é a linguagem do direito. A expressão da subjetividade na linguagem é aquela que faz com que o sujeito tenha uma enunciação de justiça diferente daquela externada pelo direito. Por isso a subjetividade é fundamental para encontrar a noção de justiça.

A linguagem, aqui, é aquela de que falam Antonio Damásio, Johnston, Sigmund Freud e Jacques Lacan (cada qual a seu modo), mas que sustentam a fala do sujeito de acordo com seus afetos, sentimentos e emoções. A noção de justiça integrada de acordo com a subjetividade é a corporificação desses elementos e cria, por assim dizer, uma concepção absolutamente distinta daquela anunciada pelo sistema jurídico.

Essa linguagem trafega no plano inconsciente. Se, para Jacques Lacan, o inconsciente é estruturado como uma linguagem, ou seja, na cadeia significante e se os sentimentos não explicam a fonte que os mobiliza, significa que a base de produção do sentimento de justiça não pode ser conhecida (pode ser que o método mente-cérebro-linguagem adotado para se obter a reparação ou a igualdade jamais seja expressado em linguagem cognoscível), mas apenas poderá ser traduzida em linguagem pela qual a fundamentação do direito é incapaz de enunciar. A forma de manifestação da justiça, em termos de linguagem, é inconsciente, e, como tal, subsiste em um plano inacessível ao direito.

A busca inconsciente por elementos que enfraqueçam angústias e sofrimentos leva as pessoas a procurarem satisfação por diversas formas. Almeja-se inconscientemente atenuar as inseguranças individuais por meio de ferramentas apresentadas pela vivência contemporânea. A estrutura de justiça oferecida pelo Estado funciona como estrutura inconsciente de satisfação ou redução de angústias e aflições humanas. Sentindo-se lesada por um ato injusto – e que inconscientemente pressupõe a necessidade inconsciente de reparação – o sujeito vai em busca da proteção jurisdicional. Essa busca, muito mais do que o exercício da ação na perspectiva

¹⁴⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v. I. Tradução de Adrián Sotero de Wiit Batista. Campinas: Servanda, 1999, p. 80.

processual, representa inconscientemente uma ancoragem à estrutura que pode, na perspectiva da pessoa que se sente injustiçada, acabar com a angústia através da plena satisfação que é a recomposição da ideia de igualdade, base do sentimento de justiça na visão aristotélica.

Significa, em outros termos, que a dedução de pretensões perante a estrutura estatal e principalmente a segurança almejada com o provimento que assegure a realização da justiça integra a base inconsciente do sujeito em dupla dimensão. A primeira diz respeito à constatação de que a justiça é um sentimento subjetivo alcançado através da ideia de satisfação; e a segunda, que a própria disposição da estrutura estatal de justiça representa inconscientemente um quadro que inspira segurança e confiança na crença de que a igualdade será reparada e a justiça alcançada.

A ordem jurídica substitui a tarefa de dizer a justiça para si própria ao pressupor a atividade jurisdicional calcada na legalidade. A psicanálise e a neurociência revelam que a atividade humana labora com a noção de justiça de maneira intrínseca. O deslocamento da ideia de justiça do ordenamento jurídico para a centralidade humana revela a necessidade de completar a compreensão inconsciente presente nesse humano e a forma como o ato de julgar se insere nesse complexo universo. Não é possível pensar o ato de julgar apenas a partir do ordenamento, como também não é possível pensar a concessão de liberdades ilimitadas ao julgador. Mas é possível se conscientizar de que, no exercício do ato de julgar, a tarefa de dizer o que é certo ou errado, o que é válido ou inválido, o que merece ser punido e o que não merece há uma impressionante dimensão paralela à racionalidade e cuja forma languageira é igualmente difícilima.

A constatação de que a teoria damasiana enuncia que os sentimentos estão presentes no contato do indivíduo com os fatos, o que pode desencadear outros sentimentos a partir da base emocional, aliada à aferição de que o dogmatismo afastou de suas entranhas a concepção de justiça em nome de uma decidibilidade contemporânea que visa a manutenção da civilidade, forçam a conclusão de que a justiça é buscada no ambiente jurídico através da base inconsciente (afetiva) presente nas diversas relações.

A teoria lacaniana enuncia a cadeia de significantes. A justiça, como um significante para a base inconsciente da relação jurídica processual, pode encadear outros significantes como a igualdade, a vingança, a dificuldade na identificação da pretensão real e também na gestação de julgamentos simbólicos (e não reais).

A linguagem e os objetivos com os quais operam o sistema jurídico são absolutamente diversos dos que laboram a base inconsciente que almeja obter a justiça, razão da incompatibilidade entre ambas.

Lembre-se de que o sujeito do inconsciente é constituído de maneira cindida. Na base de significantes que o constituem podem até existir uma vertente formal (que comparece simbolicamente aos atos judiciais e que se resigna com a aplicação de uma pena), mas a origem de sua constituição possui um elemento inconsciente (afetivo) que não se explica, nem se justifica a partir do regramento jurídico dogmático. Isso explica por qual razão julgamentos dogmáticos (simbólicos) podem não satisfazer o sentimento de justiça – único a gerar satisfação.

Coexistem dois sistemas de justiça: um, consciente, baseado em mecanismos de solução de conflitos a partir das positividades e outro inconsciente, constituído basicamente por um sentimento de justiça (que pode desencadear outros como a satisfação, a vingança, a presença do outro psicanalítico como fundamento do desejo, a presença da Lei no sentido inconsciente (de acordo com o entendimento freudiano, a lei, psicanaliticamente, desempenha papel diverso daquele exercido no espectro consciente).

Apenas para ilustrar, uma demonstração da dicotomia (sistema de justiça consciente e inconsciente) pode ser vista em torno das soluções enunciadas pelo sistema de justiça para o feminicídio. Mesmo com o aumento das penas e a potencialização das prisões cautelares, o número de crimes aumenta, o que revela claramente que o sistema de justiça consciente não é suficiente para criar mecanismos aptos à compreensão da origem das questões, a maioria delas inconscientes, causadas por sentimentos nocivos como ciúmes ou ressentimentos.

Se é certa a dificuldade em diagnosticar esses problemas dentro da estrutura atual, não menos correto pensar que apenas a implementação de técnicas de detecção prévia de problemas semelhantes aos que geram o feminicídio (as primeiras denúncias por ameaças ou agressões deveriam acionar equipes multidisciplinares ou outros métodos de atuação para evitar que o crime se consumasse) podem ser eficazes na redução do número de vítimas.

6.6 A interpretação inconsciente baseada na consideração do sentimento de justiça

O processo de aplicação do direito é homeostático e o sistema de decisão judicial, no qual está inserido, está associado ao *self* autobiográfico. Trata-se de um sistema jurídico que opera com base na memória operacional e que despreza a consciência ampliada. Nesse contexto, o processo de recordação de imagens provém da associação entre os fatos e a constituição inconsciente do julgador. Tem-se, ainda, que a linguagem do direito (nas sentenças) não se reporta a fontes formadas inconscientemente (que não aparecem na fundamentação).

Para Slavoj Žižek¹⁴⁷, o salto entre o processo cerebral e o fenômeno da consciência não pode ser compreendido sem considerar o papel do significante, uma marca linguística que represente o sujeito. No texto *Subjetividade e Afeto em Žižek*, Adrian Johnston¹⁴⁸ enumera os níveis do *self*: *proto-self*, *self* nuclear e *self* autobiográfico, ao descrever que o contato com o objeto leva o organismo a se alterar, gerando um mapa de segunda ordem (um mapa *self* não linguístico que representa emocionalmente o processo de afetação), criando o *self* autobiográfico que acrescenta uma narrativa baseada em experiências passadas e projetos futuros, um *self* que se organiza pela narrativa simbólica de si.

Uma das maneiras pelas quais o inconsciente se manifesta é o comportamento. O direito vive da análise e da interpretação de comportamentos e pode, com a ampliação da consciência, se atentar aos modos como o inconsciente se pronuncia através de comportamento das pessoas.

Certamente advirão críticas que irão considerar quiméricas sugestões de se instituir maneiras de interpretar o direito à luz da presença inconsciente, opiniões que considerarão disruptiva, do ponto de vista sistêmico, a incursão sobre a presença inconsciente nos julgamentos.

Na medida em que a estratificação do sistema jurídico está fundada, em grande parte, nas positivities, imaginar um corte na interpretação de fatos – e na aplicação da ordem jurídica a esta base fática – para considerar o viés inconsciente pode gerar a impressão de que a legalidade estaria sendo rompida quando considerado que o dogmatismo labora com situações reais presumivelmente racionais e previsíveis. É preciso, porém, ir além desse patamar e pensar na possibilidade de avançar sobre o corte dogmático.

O julgamento, como ato que inclui uma experiência mental integrada, pode ser comparado a um filme ou a uma peça de teatro; é inevitável que o julgador se embrenhe por aquela tela e todas as suas percepções individuais sejam expostas na tomada de decisão através de uma linguagem constituída, na teoria damasiana, como uma narrativa sem palavras.

Para Jacques Lacan, o desejo que constitui o sujeito é o desejo de ser desejado. É o desejo de que o outro deseje o que o sujeito deseja. Se o julgador se insere na cena exposta na relação jurídica, é possível que o desejo do julgador seja o de que o julgado se comporte exatamente como ele (julgador).

É necessário analisar se o sentimento de justiça presente na cadeia de significantes responsável pela constituição do sujeito pode interferir na forma de interpretação do direito (na

¹⁴⁷ ŽIŽEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

¹⁴⁸ JOHNSTON, Adrian; MALABOU, Catherine. **Self and emotional life**: philosophy, psychoanalysis and neuroscience. New York: Columbia University Press, 2013.

perspectiva lacaniana) e se a inserção do julgador na narrativa (incluindo a constituição do *self* autobiográfico) pode alterar a perspectiva de como se analisa uma base dogmática presente no rol de elementos que podem interferir na decisão.

O ponto de contato entre a constituição do sujeito lacaniano e a constituição do *self* em Antonio Damásio está no fato de que existe na atividade mental uma dimensão não controlável objetivamente, mas que influencia fortemente a decisão judicial.

Plenamente possível imaginar que a interpretação inconsciente deva considerar a pessoa em sua integralidade, incluindo os sentimentos de justiça que permeiam o receptor da prestação jurisdicional e o julgador, de maneira que a compreensão integral do ser humano leve à conclusão de que a abordagem inconsciente pode ser empreendida sem que a considere extrassistêmica. E isto se dá precipuamente porque a atividade jurídica outra coisa não faz senão ler, interpretar e julgar os comportamentos humanos.

6.7 Reflexões do capítulo

O poder das estruturas inconscientes conduz ao pensamento jurídico automático, o que leva o julgador a utilizar parâmetros consubstanciados em fundamentos incompletos.

Não há uma motivação (subjetiva) e não há uma estrutura sistêmica (objetiva) voltadas à descoberta de um verdadeiro caminho pela justiça (o real humano presente nas relações jurídicas). O verdadeiro direito que é aquele calcado na satisfação justa (fundada no ideal de uma igualdade altruísta, consciente e racional).

A justiça é meramente imaginária porque imaginária é a ordem jurídica que a substancia.

Na visão dogmática, o julgamento é um braço que coloca em prática a vontade de poder pré-estabelecido. Este ato de julgamento se sujeita a uma intromissão inconsciente de interpretar a relação sob a perspectiva imaginária.

A constatação de que o destinatário do julgamento não pode ser medido apenas conforme o comportamento esperado – a cadeia de significantes faz com que, por vezes, seu agir se calque em maneira clivadas e inconscientes de disparar seus atos – e a consideração de que os métodos dogmáticos dispostos pelo sistema jurídico no ato de julgar são insuficientes para medir a extensão do real no julgador, traduzem que os julgamentos são atos meramente imaginários e, como tal, desapegados do sentimento de justiça que deveria imperar.

A satisfação verdadeira e real do sentimento de justiça somente poderá ser alcançado através da plena satisfação de igualdade substancial, razão pela qual julgamentos dogmáticos, calcados na ideia imaginária do direito, são incapazes de cumprir a missão de plena satisfação

– esta última seria possível por meio da igualdade material e do atendimento ao sentimento de justiça.

O julgamento que demonstraria a satisfação desse sentimento de justiça seria aquele decorrente do respeito à autoconsciência do destinatário do julgamento e do julgador, medidas essas capazes de implementar uma consciência de si e do outro que levaria à reflexão em torno da existência de uma cadeia de significantes na constituição do sujeito do inconsciente.

Evidentemente há um risco metafísico de abstrair-se essa conscientização das raízes formais do direito. Não se desconhece que o direito, em grande parte, tenha uma característica formal que depende da presença de uma liturgia própria. Por outro lado, não se pode deixar de lado o fato de que manter os julgamentos litúrgicos, simbólicos, como são proferidos atualmente e a manutenção da incompleta dimensão do direito contemporâneo, que desconsidera o inconsciente altamente influenciador no comportamento dos destinatários do julgamento como do próprio julgador será a conformidade com um Estado de Direito que enuncia julgamentos incompletos e, como tal, insuficientes para satisfazer o sentimento de justiça. Pergunta-se, então: seria plausível obter um sentimento de justiça com a abordagem do inconsciente?

Quando se aborda a presença do inconsciente no amálgama da estrutura sistêmica, compreende-se a concepção de um julgamento baseado apenas na ideia de uma racionalidade superficial, sem sua abordagem completa.

Refletir sobre a presença da inconsciência no direito é fundamental para compreender o desencaixe entre o sistema posto, na perspectiva dogmática, e o dilema do sentimento de justiça, na medida em que somente se alcançará completude na visão e interpretação humana subjugada aos atos decisórios quando se reconhecer a fragilidade humana na forma de compreensão e de manifestação (linguagem) dos fenômenos psíquicos inconscientes que afetam o direito.

7 O DEVIDO PROCESSO LEGAL IDEAL A PARTIR DA CONSTATAÇÃO DO INCONSCIENTE

7.1 O devido processo legal redimensionado sob a perspectiva inconsciente

É sabido que as principais lições do devido processo legal o posicionam hoje a partir de concepções formais e substanciais. Destaca-se, quanto aos aspectos formais, que a garantia contempla pontos relacionados à necessidade de um juiz imparcial, pavimenta a oportunidade de apresentar provas adequadas, constitui o direito à obtenção de decisão fundamentada, assegura a garantia procedimental, consagra o direito ao contraditório e à ampla defesa, ao direito a tratamento paritário, à ampla publicidade e o acesso à justiça.

Por outro lado, no contorno substancial, a garantia do devido processo legal deve assegurar a interpretação que guarde e preserve coerência com a integridade do direito e a construção de decisões que contemplem a avaliação humana em sua completude¹⁴⁹.

A constatação do inconsciente e sua interferência nos mais diversos níveis do devido processo legal permitem fomentar um exercício de como se posicionariam alguns dos principais elementos do devido processo legal caso a ciência jurídica passasse a considerar efetivamente a influência do inconsciente nas relações jurídicas.

Nesse sentido, a reflexão a partir do devido processo legal leva a pensar que as estruturas jurídico-processuais entremeadas por aspectos inconscientes não refletidos objetivamente ganharia novos contornos nos métodos, nas técnicas e nos fundamentos jurídicos para que, com a observação, a couraça imaginária seja substituída pela realidade tendo em mira a efetividade do devido processo legal.

A visão tradicional da relação processual encaminha, desde a autonomia preconizada por Oscar Von Bülow¹⁵⁰, a ideia de uma relação de direito público com dimensão triangular calcada em um liame estabelecido entre juiz, autor e réu.

¹⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco B. Para entender o novo Código de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 19, p.112-128, jul.-dez. 2016.

¹⁵⁰ “A ciência do direito processual teve assento de nascimento na obra de von Bülow sobre as exceções e pressupostos processuais, publicada na Alemanha em 1868. Antes dela, as normas do processo eram feitas segundo ditames exclusivamente práticos e estudadas pelo critério meramente exegético, à moda dos velhos praxistas, não havendo uma construção segura dos institutos processuais e muito menos uma coordenação harmoniosa entre eles, os quais eram geralmente tratados por romanistas e civilistas – o que bem indica como à consciência dos juristas de então não transparecera ainda à luz da distinção, home muito nítida, entre direito substancial e processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, p. 40.

Essa estrutura constitucional está consubstanciada na ideia de que a relação está adstrita a uma orientação racional/consciente do direito fundamentada na dogmática jurídico-processual visando oferecer a jurisdição e a maximização de técnicas capazes de manter a civilidade social.

Os atores do processo carregam internamente elementos inconscientes cuja transferência para o mundo exterior é extremamente rara em razão da dificuldade de se encontrar a linguagem traduzível para a realidade – dificuldade essa que a neurociência e a psicanálise visam minimizar –, ainda mais quando essa concretude parte da premissa de racionalidade sistêmica.

O sistema jurídico e a ciência jurídica procuram intermediar e controlar a vontade interna do sujeito e o arbítrio da sociedade e, para tanto, tenta regular, por meio da ordem jurídica, o comportamento das pessoas, delegando, em um estágio diverso, a aprovação/reprovação das condutas à figura do julgador que, baseando-se na ordem jurídica – em menor grau através dos métodos de implantação da completude do sistema – emite julgamentos esperados conforme a racionalidade.

Essa calibração entre o mundo externo e o mundo interno (das pessoas) preocupa-se quase exclusivamente com os comandos exteriores, efeito da construção cultural jurídica que impõe, desde Hans Kelsen, uma organização piramidal hierárquica do direito porquê de outra forma não se consegue alcançar a sobrevivência social decorrente da manutenção da civilidade.

As estruturas do devido processo legal na visão tradicional criam uma figura utópica, muito próxima ao que a teoria lacaniana trabalhou como imaginário, posto que pressupõe a figura de atores processuais como sujeitos inteiros, completos, alinhados a um comportamento linear, regido por uma completude sistêmica meramente simbólica, mas que, analisada sob a ótica da composição real da pessoa (o “eu” que inclui o inconsciente), permite concluir que o devido processo legal merece ser balanceado com a constatação de que o inconsciente expõe uma figura processual real, verdadeira, permeada por sentimentos, emoções, angústias, fragilidades e que apenas a consideração do inconsciente permitirá se alcançar o *due process of law* genuinamente comprometido com uma jurisdição ideal.

Tem-se, pois, que o ideário do devido processo legal transfigurado na textura constitucional não é alcançado sem a abordagem completa do inconsciente que integra o humano presente na relação processual, principalmente na figura do julgador que, permeado por uma atuação inconsciente, transmite à essência processual apenas a roupagem que uma visão superficial lhe permite transmitir.

A proposta estabelecida nesta pesquisa importa pensar como as principais estruturas do processo legal, sem a presunção de esgotá-las, seriam afetadas e redimensionadas com a consideração do inconsciente pela ciência jurídica, pelo que se passa, nas seções subsequentes, a idealizar cada um dos itens propostos como se presente estivesse a abordagem inconsciente.

7.2 A identidade física do juiz

O raciocínio possível mencionado acima é integrado pela visão de que a identidade física do juiz é uma representação de que o devido processo legal não trabalha apenas com ordenações puramente objetivas, vez que a aproximação entre a pessoa do julgador a maneiras de sentir – inclusive na perspectiva dos sentidos – as aspirações, os sofrimentos, os anseios e, principalmente, na linguagem de quem está sendo julgado ganha importância dentro do processo.

A doutrina processual tradicional elenca a importância de o julgador aproximar-se pessoalmente das sensações e das intuições advindas do contato com as partes e testemunhas.

Embora o artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 não tenha sido encampada à redação do Código de Processo Civil de 2015, é certo que o artigo 449 do novo regramento processual civil prevê que, salvo disposição especial em contrário, as testemunhas devem ser ouvidas na sede do juízo, ao que se acresce o quanto preconizado no artigo 366 do mesmo Código, cujo teor estatui que, encerrado o debate ou oferecidas razões finais, o juiz proferirá sentença em audiência ou no prazo de trinta dias.

Por outro lado, na dimensão do direito processual penal, a implantação do juiz de garantias através da Lei n. 13.964/2019 gera reflexões em torno da maior relevância na preservação da imparcialidade e, por isso, a identidade física do julgador é colocada em plano secundário.

Importante ressaltar as diferenças entre os dois planos. No âmbito do processo penal, o juiz criminal entra em contato, na fase pré-processual, com a produção probatória, deferindo e ordenando medidas que permitem a ponderação em torno da imparcialidade do julgador na fase decisória. Esse fenômeno – contato com a prova na fase pré-processual – não ocorre nos domínios do processo civil, d'onde se supõe que à exceção do processo penal, a figura da identidade física do juiz poderia ganhar relevância diante da proximidade do julgador aos sentidos, intuições e percepções no momento da colheita da prova.

Não é demais lembrar que a realidade vivenciada com a pandemia decorrente da Covid-19 ensejou a implantação de métodos como a realização de audiências por videoconferência¹⁵¹, além de potencializar o uso de ferramentas tecnológicas.

Nota-se que a partir da implantação das novas tecnologias e de políticas judiciárias preconizando a realização de audiências virtuais em razão da pandemia e da maximização do processo eletrônico, instalou-se uma espécie de desumanização do processo, circunstância que coloca o devido processo legal como corolário de uma ordem despersonalizada.

A identidade física do juiz, nesse contexto, trabalha uma válvula para atenuar a automatização e a despersonalização da atividade jurisdicional.

O paradoxo entre a doutrina tradicional que exalta certas vantagens na aproximação do julgador aos elementos que estimulam a sensibilidade, a intuição e sentidos relevantes à arte de bem julgar com a nova ordenação que prevê, no processo penal, um certo distanciamento entre as partes e o julgador, traz à reflexão a existência de elementos relevantíssimos na delicada área de contato existente entre o julgamento e os aspectos inconscientes. E é justamente neste ponto de contato – que por vezes deve ser mais próximo, e em certas ocasiões mais distante – que reside um vácuo preenchido por elementos não observados pelo devido processo legal.

Ressalvada a especial peculiaridade do processo penal em que a atividade do julgador na fase pré-processual possa comprometer a imparcialidade, importante esclarecer que o fenômeno da despersonalização dos sujeitos processuais e o distanciamento do julgador agrava o desequilíbrio decorrente da inobservância da presença de elementos inconscientes na relação processual ao mesmo tempo em que exorta a proximidade de elementos sensíveis relacionados não apenas aos afetos, mas aos sentidos, à intuição (como um olhar para dentro de si). São instrumentos de humanização do devido processo legal que merecem ser observados.

Defende-se, pois, que a proximidade entre o julgador e as partes edifica um importante concílio na relação processual, sem o qual a já difícil ponderação sobre os aspectos inconscientes tende a se arrefecer gradativamente e exasperar a desumanização do processo.

Em outros termos, se já é muito difícil pensar a relevância do inconsciente ao devido processo legal com a presença física do julgador, tal dificuldade se aproximará de uma impossibilidade concreta se os procedimentos tecnológicos caminharem a afastar a presença física do julgador da relação processual.

Para além de pensar apenas sobre o balanceamento da identidade física do juiz, é fundamental ecoar sobre a atuação do próprio julgador em relação ao olhar direcionado aos atores

¹⁵¹ Portaria n. 61/2020 do Conselho Nacional de Justiça

processuais, de maneira que não bastará ao julgador estar fisicamente presente na relação, mas ater-se fundamentalmente à completude humana de todos os envolvidos, inclusive a si próprio, sua composição psíquica e as interferências inconscientes em todos os níveis da relação processual.

A constatação inconsciente, nessa medida, revela possível que o julgador, além do olhar atento aos sentidos das partes e de si próprio, possa se ater à circularidade afetiva e à presença de sentimentos e emoções durante os fenômenos nos quais o devido processo legal se materializa.

7.3 A manifestação dos atores processuais, o contraditório e o inconsciente

No que diz respeito às diversas maneiras formais de manifestação na relação jurídica processual, é de se pressupor que os atos processuais, como manifestação de linguagem, sejam capazes de externar a cognição aparentemente completa, de onde brota a convicção de que as formas de manifestação através de atos processuais arqueariam os anseios do devido processo legal no que tange ao efetivo exercício do contraditório.

Adotando-se como referência os pressupostos elencados nos capítulos anteriores, denota-se que os atos processuais presentes na relação instrumental incluem pronunciamentos não identificáveis no plano objetivo, o que permite deduzir que o contraditório, sem o efetivo acesso aos campos inconscientes presentes nestes atos, é desempenhado de forma precária.

A percepção de que a manifestação dos atos processuais, quer através de pronunciamentos das partes, quer através da exteriorização de decisões judiciais, incluem esguelhas derivadas do poder inconsciente, revela que o contraditório somente será desempenhado quando efetivamente se enfrentar a figura inconsciente destes pronunciamentos.

Na medida em que o direito ao contraditório, como desdobramento do devido processo legal, inclui a garantia de conhecer, em sua extensão e profundidade, todos os elementos constitutivos dos respectivos pronunciamentos, a permanência do inconsciente nos interstícios do processo evidencia uma grave deficiência presente no próprio contraditório.

A concepção do devido processo legal na perspectiva que desconsidera o inconsciente ignora a forte presença de elementos não identificáveis na conduta das partes e na interpretação do julgador.

Na visão tradicional do *due process of law*, o sujeito do inconsciente e o outro psicanalítico não estão presentes. Pode ser que, por força de circunstâncias extraordinárias, o outro

psicanalítico presente no julgador contenha certa predileção involuntária a acolher os argumentos de um dos polos da relação, como também é possível que, na construção de imagens mentais integradas (segundo a teoria damasiana), o julgador esteja afetado por sentimentos ou emoções que lhe direcionem a uma ou outra linha argumentativa.

Ao assim fazer (predileção inconsciente ou afetação a sentimentos e emoções), o julgador ocupa essa posição na perspectiva psicanalítica/neurocientífica e isto traz relevantes efeitos para a relação processual.

Na forma processual de se pensar, entretanto, não é possível questionar essa afetação ou interferência sentimental/emocional, o que significa que não estará a se identificar a posição do ponto de vista inconsciente, deixando, conseqüentemente, uma lacuna processual na perspectiva do devido processo legal (não identificação objetiva das mencionadas predileções ou afetação sentimental/emocional).

O efetivo exercício do contraditório dependeria da constatação do sujeito do inconsciente, do posicionamento subjetivo do indivíduo na formação das imagens mentais, da consideração da cadeia de significantes na construção dos afetos, sem os quais não poderão as partes exercer o contraditório, pois não se pode controverter aquilo que não se identifica.

Por desconhecer com exatidão os níveis recônditos da pessoa humana que integra a relação processual, as partes e o próprio julgador permanecem em área superficial. Por isso, ao desconhecer verdadeiramente as raízes dos pronunciamentos, o contraditório é exercido de forma meramente simbólica, atrelado à superficialidade das peças processuais e à linguagem perfunctória nelas inserida.

A consideração do polo inconsciente levaria à migração da concepção de linguagem no campo jurídico na medida em que permitiria avaliar e considerar fenômenos linguísticos os quais a visão dogmática não permite detectar, posto que as manifestações dos atores processuais dispostas na forma tradicional consideram níveis de comunicação posicionados superficialmente.

A suposição de que o devido processo legal possa considerar o inconsciente e permitir uma interpretação humana cuja avaliação transcenda os métodos de comunicação ditados pela *práxis* e conduza a forma de enxergar o humano no processo segundo os antecedentes que operaram na sua formação, realocaria a noção de contraditório na medida em que se depararia com a necessidade de acesso aos elementos inconscientes para permitir o exercício fluido e completo do direito de oposição.

7.4 O inconsciente na produção probatória

A fase probatória integra a relação processual como importante mecanismo em busca da verdade. Se o processo visa precipuamente reproduzir fatos passados e a partir deles habilitar o julgador a realizar a subsunção normativa aos fatos passados, clama-se que o processo deva mirar a maior fidelidade possível à verdade, contexto em que a tarefa probatória no processo é considerada altamente relevante.

O ideário pensado na linha da ciência processual é alvo de constantes observações que ligam a atividade do julgador a escolhas, durante a fase probatória, que antecipam a decisão anteriormente adotada, constatação que, em si, já possui forte carga inconsciente. Esses elementos importam na consideração de que a atividade probatória é influenciada por elementos inconscientes presentes durante a colheita das provas e que influenciam decisivamente o resultado.

É possível dividir a influência do inconsciente na atividade probatória em dois níveis distintos: 1) nas situações em que, cronologicamente, o julgador posiciona a decisão (inconsciente) antes do início da fase probatória; 2) quando a subjetividade do julgador, durante a colheita das provas, é capaz de causar certa predileção inconsciente à escolha da narrativa de uma das partes.

No primeiro plano, o devido processo legal se enfraquece na medida em que não consegue demonstrar e identificar a antecipação das fases processuais (a decisória anteriormente à probatória), dificuldade que afeta não apenas as partes como também o próprio julgador que, sem a conscientização acerca da inversão de fases, conduz a produção de provas ao arrepio do princípio da igualdade.

Relativamente ao segundo plano, o devido processo legal igualmente se debilita diante da impossibilidade jurídica ou científica de localizar a figura inconsciente no julgador no panorama das narrativas fáticas ou jurídicas.

O inconsciente, com efeito, faz com que o devido processo legal em relação à fase probatória seja atrofiado, de maneira que sequer é possível perceber que o iter processual assumido pela derivação inconsciente implicou em uma quebra imperceptível do *due process of law*.

Avançando ao segundo plano, a presença inconsciente do julgador nos fatos e nas cenas do processo trazem à tona sentimentos e emoções que interferem na interpretação da base fática pelo julgador. Rememore-se, aqui, as invocações das teorias damasianas que colocam a subjetividade e a imagem mental integrada como elementos da consciência – o que é associado aos

sentimentos e emoções –, além, é claro, das concepções lacanianas que mencionam a constituição do sujeito conforme a cadeia de significantes.

Considerada referida dimensão inconsciente, o julgador, no momento da produção da prova, certamente recebe a influência de elementos incontroláveis e de base afetiva que implica na interpretação da relação jurídica em seus aspectos fáticos de maneira não integralmente consciente.

Na medida em que o processo e o devido processo legal são responsáveis pela reprodução da verdade na reconstituição processual de fatos e de circunstâncias passadas e que essa reestruturação é flexionada por elementos inconscientes que atuam nos graus antes mencionados, não é incomum que, em situações nas quais há um envolvimento inconsciente do julgador, a verdade que segue para os autos processuais é uma reprodução da visão inconsciente do julgador.

A partir do momento em que se confirma a influência inconsciente durante a produção de provas, o devido processo legal reposicionado leva à percepção de que o julgador deve ter a sensibilidade de reconhecer essa interferência, se autoconscientizando de que esta fase processual recomenda cuidados para manutenção de absoluta independência e autonomia, procurando evitar que o resultado da colheita probatória sofra interferência da base inconsciente.

7.5 O direito de se aproximar da base inconsciente estratificada nas razões de decidir

Um dos pressupostos do devido processo legal é que os atores da relação processual conheçam as razões de decidir das quais o julgador se vale ao proferir a decisão, conhecimento esse que ocorre, na via tradicional, através da fundamentação publicada através das faces jurídicas nas manifestações ortodoxas (linguagem e a ordem jurídica/prática do discurso jurídico).

Cumpram aqui assinalar a distinção entre os fundamentos que formam a decisão judicial e os componentes inconscientes do julgamento referidos mais adiante, quando será tratado especificamente o inconsciente na formação da decisão. Aqui, por ora, o objetivo é refletir a respeito do direito de acessar a base inconsciente como corolário do devido processo legal efetivo.

Nesse contexto, cabe lembrar que impera, no cenário atual, inoxidável vácuo de cognição sobre a aurora das razões do julgamento na mente do julgador. Embora o direito hoje não esteja preparado para tal aproximação, é possível ponderar que os efeitos da inobservância das raízes inconscientes são extraordinariamente relevantes. Impossível, neste quadrante, não tocar no campo da linguagem.

A linguagem jurídica da qual se vale a *práxis* concentra-se na utilização do discurso com o objetivo de colher a decisão segundo os anseios das partes e do julgador para cumprir a missão constitucional de conceder a prestação jurisdicional. Essa visão superficial é insuficiente para se conhecer a base de pensamentos que antecede o exercício da linguagem dogmática.

Sem se desprender da linha do devido processo legal, propõe-se que aos atores do processo não pode ser negado o direito de discutir as razões inconscientes que levaram à adoção das respectivas decisões, posto que apenas o exercício do direito de debater a presença desses elementos pode clarificar a noção de devido processo legal.

O que se discute é que se o pressuposto do qual se parte é que a imensa maioria das decisões possuem influência inconsciente, que as partes se posicionam na relação processual a partir de pretensões ou aspirações normalmente imperceptíveis e, finalmente, se a arqueadura do devido processo legal trabalha o discurso do ponto de vista apenas pragmático, negar o direito de se questionar a presença dos elementos inconscientes atenua a efetividade do devido processo legal.

Essa nova dimensão de consideração do inconsciente admite raciocinar que as partes possam conhecer e explorar, na medida do possível, as substâncias que influenciaram a decisão judicial, a ponto de se construir uma nova forma de argumentação a partir de aspectos não identificados objetivamente na fundamentação das decisões, mas que, tendo-a influenciado, possam ser discutidas, por exemplo, em razões recursais, em embargos declaratórios ou através de questionamentos que tragam à luz uma plêiade de circunstâncias que permanecem ocultas.

7.6 A inafastabilidade da jurisdição e o inconsciente

A estrutura do devido processo legal contempla a base do direito em resolver conflitos individuais e coletivos de acordo com as garantias instituídas pelo texto constitucional, de acordo com o ângulo antevisto pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição.

A presença inconsciente, no entanto, modifica esse cenário e faz pensar que o devido processo legal reposicionado impõe que se entregue ao jurisdicionado uma prestação que atenda seus anseios inconscientes. O espectro de atuação da inafastabilidade da prestação jurisdicional, nessa medida, não pode se contentar com a avaliação da postura dos atores do processo na linha proposta pela visão atual (desconsiderando o inconsciente na relação processual).

A inafastabilidade da prestação jurisdicional, na compreensão ora proposta, deve se posicionar na perspectiva do jurisdicionado, atentando-se às necessidades inconscientes de obtenção da satisfação do direito nessa perspectiva, sem o que a obtenção da tutela, por melhor que seja a técnica disposta, sempre estará a proclamar uma insatisfação com a resposta obtida.

A judicialização de conflitos muitas vezes está atrelada a uma vontade inconsciente de obter proteção envolvendo a opinião de um terceiro que refere uma conduta e apresenta aprovação social, na expectativa de que o desejo do oponente seja transformado e se alinhe ao desejo de quem busca a prestação jurisdicional.

Esses fenômenos não estão presentes na abordagem jurídica convencional em torno da prestação da jurisdição, uma vez que a abordagem dos significados não consegue expressar esses métodos de expressão e de controle.

A aproximação da atividade jurisdicional ao verdadeiro anseio inconsciente do jurisdicionado e a consciência de que essas aspirações antecedem o corte temporal dogmático representa, no plano do devido processo legal substancial, a necessária aproximação entre a resposta adequada e a aspiração do jurisdicionado. Inobstante esses elementos inconscientes não sejam comunicáveis objetivamente, estão presentes na estrutura do julgamento e geram efeitos quando esta resposta é manifestada às partes.

O passado é reconstituído no processo na perspectiva de permitir uma análise pragmática do discurso trazido pelas partes. O julgamento, porém, não se atina à satisfação inconsciente cuja origem está posicionada em circunstâncias, fatos ou ocorrências pretéritas.

A satisfação inconsciente da parte está atrelada à abordagem do sentimento de justiça que a move em busca da obtenção da respectiva prestação, aspiração essa normalmente não traduzida no discurso pragmático da linguagem jurídica, limitada à reprodução argumentativa de elementos que visam a manutenção de certos interesses.

O exercício da jurisdição, nessa linha, não se atina ao afeto como antecedente do pensamento (na formação da subjetividade ou do sujeito). Afinal, o processo de individuação das condutas (julgamentos) deve ir além da ideia de repressão manifestada por uma concepção dogmática do direito. Esse ir além pode se iniciar através da análise das partes em sua inteireza para posteriormente atingir o próprio julgador. Nessa conformidade, deixaria a decisão de pensar o humano na perspectiva sistêmica e passaria a vê-lo na dimensão humana, carente e insuficiente da justiça que deve ser fomentada à luz da conexão entre a razão e o afeto.

Aqueles que vão em busca da prestação jurisdicional possuem inconscientemente uma fenda que necessita ser preenchida. Essa lacuna subjetiva e individual constitui, na maioria das

ocasiões, a mola propulsora de se obter um julgamento. Na teoria psicanalítica de Jacques Lacan encontra-se a orientação de que o desejo humano é essencialmente o desejo do outro ou o desejo de ser desejado pelo outro. É possível supor que, no plano inconsciente, aquele que pretende o pronunciamento não quer necessariamente os bens ou postulados jurídicos advindos da sentença ou da ordem jurídica, por exemplo, uma condenação pecuniária, mas tem o eixo da pretensão deslocado para a satisfação que adviria do reconhecimento de um terceiro – a sentença – de que suas proposições estavam acertadas e que o adversário se recusou de maneira descabida a reconhecer que o desejo do postulante de que o postulado se comportasse exatamente do modo como imaginou [o postulante] era correto.

O sentimento de justiça, para o jurisdicionado, está posicionado nesse patamar, ou seja, na obtenção de uma sentença que reconheça a correção de seu desejo e no desdobramento desse reconhecimento que importará na submissão do postulado aos termos da sentença.

É natural pensar que o adversário do postulante também possui o desejo inconsciente de que a pretensão depositada em juízo seja afastada e desenvolve inconscientemente a aspiração de que a negativa manifestada pela sentença será o reconhecimento de que o desejo de seu adversário no sentido de que se portasse do modo como ele [adversário] supôs estar correto não estava correto.

Em meio a essas aspirações inconscientes envolvendo significantes invertidos (o postulante deseja obter o reconhecimento de que seu desejo deva imperar sobre o desejo do “outro” e vice-versa) emerge a figura do julgador que, ao possuir elementos puramente objetivos e teoricamente racionais, não possui meios para saber que o sentimento que move os jurisdicionados na solução do impasse, muitas vezes, não é aquele simplesmente colocado pela ordem jurídica ou pelas técnicas processuais, posto que, para as partes, a ideia e o ideal de justiça está preso à satisfação dessa profusão de elementos inconscientes.

Daí ser possível compreender como as decisões judiciais ou eventuais acordos obtidos ao longo da marcha processual pode não satisfazer às partes, já que, como dito, a satisfação, do ponto de vista inconsciente, está jungida à figura do justo no plano psicanalítico, o que nem sempre corresponde à concepção do que seja justo à luz da ordem jurídica.

A reflexão na comparação com o acesso à justiça ditado pela teoria geral do processo e pelo sistema constitucional importa no reconhecimento de que o verdadeiro acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição completa requer a consideração do inconsciente na medida em que somente se poderá considerar uma decisão completa e condizente com os anseios de um acesso pleno quando se conscientizar que a justiça idealizada pelos litigantes e aquela entregue

pelo órgão julgador não está posicionada apenas na dimensão dogmática/pragmática, mas alcança patamares inconscientes sem os quais os anseios de justiça nunca se realizarão.

7.7 A interpretação inconsciente como corolário do direito de acesso à justiça

O desdobramento da inafastabilidade da jurisdição é a formulação de uma interpretação que assegure a abordagem inconsciente como forma de assegurar o direito de acesso à justiça.

Não é demais sugerir a reorientação do direito de acesso à justiça para obter uma nova forma de interpretação que considere que os sujeitos presentes na relação processual, especialmente ao se constatar que esses sujeitos são assomados por aspectos inconscientes que geram uma maneira singular de alcançar satisfação e de aplicar o direito para permitir essa satisfação.

Essas vicissitudes farão com que uma interpretação que considere a completude do sujeito não permaneça circunscrita às análises dogmáticas restritas decorrentes de um julgamento simbólico, mas se atenha às características da forma como o inconsciente atua fortemente na seara jurídica.

A interpretação jurídica deixaria o campo meramente dogmático para considerar, na subsunção, todas as características que integraram o sujeito desde a sua constituição, especialmente sua relação com o outro.

O processo ganharia pressupostos e premissas absolutamente distintas, já que a noção de pretensão, lide e satisfação ganharia novo contorno com a investigação dos aspectos psíquicos, especialmente em relação à relevância e ao papel que o sentimento de justiça ocupa na atividade jurisdicional.

Apesar das controvérsias em torno da atividade desempenhada durante a tomada de decisões, é certo que todo e qualquer ato decisório considera representações estratificadas na memória (individuais e sociais), na consciência de si, funções cognitivas superiores, conjunto de ideias, pensamentos, desejos, sentimentos e emoções dos indivíduos em geral, inclusive a formação da personalidade, entre outros elementos que o sistema jurídico e a fundamentação das decisões não identificam objetivamente.

É certo que a ordem jurídica e o sistema de justiça devem exercer suas respectivas funções constitucionais. Sabe-se que a ordem jurídica oferece padrões relevantes para o direito. Nesse contexto, é preciso separar situações nas quais os julgamentos são obtidos através de inserções jurídicas nas denominadas demandas de massa (processos repetitivos) de situações

que requerem o emprego de métodos justos através da avaliação singular das partes e do próprio julgador.

Nas situações em que a atividade de julgamento exerce um papel automático consistente em imprimir a determinadas situações um padrão de comportamento já estabilizado, como nas demandas envolvendo o poder público ou corporações privadas que abarrotam o Poder Judiciário, não há como fugir de um *standard* de julgamento padronizado que seguiria a metodologia atual.

Outras situações singulares que exigem uma análise mais apurada da questão particular trazida a julgamento podem requisitar uma avaliação dos aspectos inconscientes e nestas situações é possível questionar se o modelo de julgamento binário (procedente/improcedente; condenação/absolvição) se mostra adequado.

Plausível, para essas situações, a adoção de método interpretativo que considere a presença do inconsciente e do sentimento de justiça na análise do caso concreto, a fim de que: 1) o prévio julgamento que as partes estabelecem em uma relação jurídica seja ponderado por elas próprias, a fim de aquilatar a verdadeira pretensão (verificação se a satisfação está influenciada por aspectos inconscientes); 2) obtenção de uma proposta de solução que analise a figura do inconsciente naquela relação jurídica, alvitre esse que afastaria um julgamento formal de concepção puramente binária; 3) afastada a concepção binária, poder-se-ia, então, esperar uma decisão judicial não adstrita exclusivamente aos fundamentos jurídicos objetivamente identificáveis, mas que possa considerar também elementos inconscientes presentes na relação jurídica, especialmente: a) equivalência entre normas jurídicas positivadas e identificação de elementos inconscientes que influenciam a decisão judicial, estabelecendo-se uma análise integral do sujeito de direito e do sujeito do inconsciente; b) diferenciação das causas que originaram a conduta em discussão, especialmente para identificar se a motivação do ato possui ligação com o inconsciente.

A partir da implantação dessa nova dimensão interpretativa – que leve em conta o inconsciente – o direito de acesso à justiça atenderia o primado de um devido processo legal que considera o ser humano em sua completude.

7.8 Os objetivos do devido processo legal e a humanização do processo

O ponto de contato entre o direito e o humano é o processo, o que enaltece a relevância do devido processo legal para evitar o exercício de poderes de forma imoderado ou ilegítimo.

A importância do devido processo legal pode ser medida através da obra *O Processo*, de Kafka. Um ponto da obra kafkaniana, no entanto, ganha destaque na visão de Vladimir Safatle, mais precisamente o momento em que o personagem Joseph K. volta ao tribunal após a primeira sessão e o encontra vazio por se tratar de domingo. K. pede para ver os livros que estão sobre a mesa do juiz, pedido negado pela mulher presente na sala de audiências. Logo após, a mulher, provocada por K. sobre o fato de ser casada e se portar de forma indevida em relação ao estagiário, permite acesso aos livros e surpreendentemente K. não encontra ali códigos ou normas de conduta¹⁵².

Interessantes as observações de Vladimir Safatle sobre o trecho em questão:

Mas poderíamos perguntar o que Joseph K. realmente viu. Teria ele descoberto algo como a ausência de fundamento da lei, sua arbitrariedade fundamental que anunciaria, na entrada do século XX, o advento de uma era histórica que deveria agora lidar com a consciência da crise de legitimidade do poder? Era histórica de castelos que nunca são alcançados, mas que estão presentes em todos os níveis através de castelões e subcastelões que falam em nome de um poder distante porque vazio? Seria Kafka um Bismarck literário para quem “leis são como salsichas, melhor não ver como elas são feitas”? Ou descobriu Joseph K. algo a mais? Pois talvez os livros da lei contenham realmente o que K. procurava. Sob essas figuras de corporeidade excessiva e esses títulos de pornografia de banca de jornal talvez houvesse um circuito que, muito mais do que a Lei, produz o fundamento dos vínculos sociais. Talvez houvesse a circulação daquilo a que nossos olhos não podem ser indiferentes porque nos afeta, seja através de formas de atração, seja através da repulsa. No lugar da lei, das normas e das regras havia, na verdade, um circuito de afetos¹⁵³.

Guardadas as diferenças entre o texto e a análise do devido processual, é certo que em ambos é possível identificar o que está submerso em formas de manifestação do poder, identificação essa que, para este ponto da pesquisa, relaciona-se aos contornos do devido processo legal e o inconsciente, incluindo a inafastabilidade da jurisdição e o direito de se conhecer todos os elementos que influenciam a relação entre o processo e o humano.

Se na obra literária se identifica a atuação de um circuito de afetos capaz de interferir fortemente no destino que será atribuído a partir da decisão, o mesmo raciocínio pode ser transplantado para situações concretas em que uma estrutura oculta presente em bases inconscientes acaba, de modo insuspeito, afetando a estrutura do processo e do devido processo legal sem que tal modelação seja aferível.

¹⁵² SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos**: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 14.

¹⁵³ SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos**: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 14.

Este espaço de interação entre o que deveria se extrair da essência humana no processo e aquilo que verdadeiramente se obtém é afetada pela visão dogmática do fenômeno jurídico que deposita no poder de regulação das atividades humanas através de textos normativos o ideário de comportamento pressuposto como adequado, além de catalogar uma plêiade de consequências jurídicas destes atos através de disposições que orientam a atividade jurisdicional.

A visão racionalista-dogmática considera o humano dentro da relação processual segundo o prognóstico da racionalidade retórica, aplicando métodos e técnicas que afastam a subjetividade (singularidade) em benefício da decidibilidade.

Os conflitos humanos como meios de satisfação e a necessidade de instituição de métodos de despressurização do aparato judicial fizeram com que o objeto do devido processo legal deixasse de ser o humano como destinatário do provimento jurisdicional e passasse a ser a própria manutenção sistêmica de civilidade institucional.

Esse cenário é agravado pelo movimento ao qual aderiu o devido processo legal com o advento da pandemia causada pela Covid-19. A falta de contato entre o poder jurisdicional e o jurisdicionado, a ampliação do uso das tecnologias digitais e ferramentas virtuais (a exemplo das audiências virtuais) e outros artefatos impulsionam a desumanização do processo.

Essa desumanização do devido processo legal – potencializada pelos métodos recentes gerados pela pandemia e o medo disseminado – é um ingrediente que afasta a necessidade de pensar o inconsciente e seus efeitos no devido processo legal. O distanciamento entre o processo e o humano faz necessário repensar uma dimensão diferente, raciocínio que parte do pressuposto de que a atividade processual deve privilegiar a figura humana no processo como centro (objeto) da sua atividade, o que, por consequência, afasta a adoção de critérios diversos daqueles essencialmente humanos.

A dinâmica de humanização vista neste quadrante específico pode servir de espelho para a conscientização de que o devido processo legal poderá funcionar como mecanismo apto à compreensão de que o objeto do processo e a tutela que deveria advir do processo legal é a de privilegiar o humano, incluindo, para os objetivos desta pesquisa, a necessidade de enxergar o humano em sua completude, o que inclui a sua dimensão inconsciente.

7.9 Reflexões do capítulo

A consideração de que a abordagem do princípio do devido processo legal mira a construção de uma teoria coerente com a integridade do direito (Lenio Luiz Streck), aliada à cons-

tatação sobre a necessidade de pensar o ser humano na relação jurídica processual em sua integralidade (incluindo a dimensão inconsciente e seus conseqüências), leva a pensar propostas como: 1) releitura da avaliação da pretensão das partes no plano da fase postulatória; 2) reorientação da posição do julgador na produção das provas (separação entre a cognição e a decisão em si); 3) ponderação em torno da proximidade do julgador com as partes a partir da influência do princípio da identidade física do juiz; 4) proposição de método interpretativo que considere a construção humana de acordo com as emanções não objetivamente identificáveis (inconsciente) e 5) o devido processo legal reatualizado permite considerar que, por trás das interlocuções processuais há uma estrutura inacessível representada por uma base inconsciente, o que sugere a possibilidade de se investigar e catalogar a integralidade humana sob nova perspectiva.

Entre as várias eficácias do devido processo legal está a de impedir que o exercício do poder estatal ocorra de forma descontrolada, tema que encontra expoente na obra de Franz Kafka sobre o processo.

A dimensão do devido processo legal como mecanismo de redução das incursões de poder pode se refletir na pesquisa a partir da proposição de que a manifestação inconsciente, em certo sentido, se revela incontrolável, e a estrutura do devido processo legal que não observa o inconsciente configura, assim como no processo kafkaniano, um vácuo a ser preenchido.

A análise das peças responsáveis pela montagem do devido processo legal revela que, isoladas ou em conjunto, pecam por não observar o humano completamente, lacuna da qual decorre a suposição de que o devido processo legal tenha eficácia plena, quando, a bem da verdade, essa efetividade é rarefeita pelo simples fato de que não consegue compreender a singularidade, a linguagem (inconsciente), desenvolver a adequada fundamentação, permitir o contraditório em sua integralidade, tampouco assegurar que a prestação jurisdicional seja completa.

8 CONCLUSÕES

Perceber que a atmosfera jurídica perpassa dimensões que vão além de elementos que normalmente supõe-se guiar o sistema jurídico leva à constatação de que o direito, em geral, não lida com o inconsciente.

O desalinho entre as ciências da mente, especialmente a psicanálise (direcionada à percepção da singularidade do sujeito e da leitura do inconsciente) e da ciência jurídica que trilhou os caminhos da universalidade e de uma racionalidade simbólica, permite refletir as razões pelas quais cada ramo científico tomou direção tão diversa, trazendo consigo a consideração em torno da aproximação entre as ciências em busca de uma compreensão do humano em sua integralidade. Isto porque, se as ciências da mente consideram empiricamente a existência de uma base inconsciente que atua fortemente no comportamento e nas decisões humanas, a recusa do direito em interpretar a inteireza humana – incluindo o inconsciente – gera uma lacuna com consequências inadequadas.

Na medida em que a atividade jurídica é essencialmente humana, tem-se como corolário reconhecer que o inconsciente influencia a atividade jurídica, especialmente quanto à relação jurídica processual, revelando-se possível pensar que os efeitos da base inconsciente podem ser amplificados para revisitar as estruturas do devido processo legal.

O inconsciente lida com a conduta humana de maneira diversa do ordenamento jurídico. A teoria lacaniana revela que a constituição do sujeito do inconsciente considera uma série de fatores vinculados desde o início da existência e que essa constituição se revela com a atuação do sujeito no campo da linguagem (embora não se possa compreender a maneira como o inconsciente se expressa). Antonio Damásio, a seu turno, observa que, mesmo nas atividades conscientes, há uma forte presença de sentimentos e emoções, de onde se conclui que há um componente incontrolável até mesmo no exercício de decisões que teoricamente seriam genuinamente conscientes.

Nesse prisma, o sistema jurídico (especialmente na dimensão processual) se antagoniza com a constatação inconsciente porque propaga uma visão utópica calcada em uma racionalidade retórica meramente simbólica. A apuração mais profunda e melhor adequada à configuração humana em sua completude, dependeria da análise profunda do sujeito a partir da cadeia de significantes e da interpretação dos sentimentos e das emoções na experiência integrada, tudo considerando que a linguagem do inconsciente e a linguagem do direito se posicionam em patamares diversos.

Seguindo essa trilha, o capítulo 2 destaca que a conjugação entre a psicanálise lacaniana e a teoria damasiana se revela possível e impacta fortemente a pesquisa.

Na psicanálise, o inconsciente está em uma área inacessível ao conhecimento. Sigmund Freud empreende em compreendê-lo no desenvolvimento de suas teorias a partir dos sonhos, chistes e outras formas de manifestação, incluindo neste rol o elemento sociológico. Lacan acrescentou o inconsciente na constituição do sujeito e na concepção do simbólico, real e imaginário.

A neurociência, diante dos recursos científicos que permitem a leitura de campos cerebrais antes inacessíveis, trabalha com hipóteses biológicas e para tanto justifica a presença de um sujeito a partir de uma leitura dos afetos (origem e consequências), especialmente sentimentos e emoções. Sem desconsiderar que o inconsciente estaria em um universo oculto – o que Sigmund Freud, Jacques Lacan e outros tentaram desvendar com os recursos que possuíam –, a neurociência interpreta as conexões cerebrais para explicar a forma como o pensamento se desenvolve.

Quando Antonio Damásio afirma que a psicanálise aborda essencialmente a memória autobiográfica – o que, em seu sentir, não pode ser visto com exclusividade na medida em que a memória autobiográfica deve se identificar com outros elementos – reconhece que dados presentes na memória afetam o psiquismo e não podem ser identificados por métodos diversos da transferência dessas memórias dentro do plano clínico, psicanaliticamente falando.

Mas Antonio Damásio também observa que o inconsciente se revela por aspectos não identificados pela consciência central, especialmente: 1) todas as imagens para as quais não é possível se atentar; 2) todos os padrões mentais que nunca se tornaram imagens; 3) experiências adquiridas ainda dormentes; 4) as remodelações destas disposições; 5) elementos ocultos que a natureza inseriu em disposições homeostáticas inatas.

Tanto a psicanálise quanto a neurociência reconhecem o inconsciente, destoando quanto à forma de manifestação e controle da inconsciência.

Assim, a constatação do fenômeno inconsciente direcionou a pesquisa, no capítulo 3, à premissa de que o direito possui concepção humana, dentro lógica que compreende a criação, o desenvolvimento e a interpretação do direito, panorama que inclui a atuação inconsciente. Logo, é possível sugerir que a ciência jurídica coloque no centro da atividade científica a abordagem da essência humana, adotando como pressuposto a ideia de que as decisões são tomadas sob a perspectiva de uma racionalidade retórica, mas que a constatação inconsciente se revela primordial para o desenvolvimento das noções presentes no plano processual.

O primeiro olhar que o direito direciona ao sujeito de direitos é o de que se trataria de

ente desprovido de elementos inconscientes, dado o pressuposto de que o sistema jurídico e a relação processual trariam a completude sistêmica à prova de falhas.

As ciências da mente preconizam a existência de um sujeito do inconsciente que influencia decisivamente a tomada de decisões, seja através da formação de uma base afetiva constantemente consultada até mesmo para atitudes teoricamente controladas, seja através de elementos presentes na composição do sujeito.

A dicotomia entre essas dimensões leva à reflexão sobre a necessidade de o direito avaliar o ser humano que está no centro de suas atividades principais, de maneira que não apenas a visão sistêmica de um sujeito de direitos seja considerada, mas primordialmente para levar em conta a presença completa do ser humano, o que posicionará a ciência jurídica mais próxima à perspectiva de humanização e percepção de padrões posicionados além daqueles reportados nos entremeios do sistema jurídico.

Avançou-se, pois, ao capítulo 4 que passou a destacar a relação jurídica processual e permitiu aferir que o sistema processual: 1) não dispõe de ferramentas para identificar aspectos inconscientes; 2) as teorias que mais se aproximam do inconsciente prendem-se à interferência do inconsciente em relação a aspectos superficiais objetivamente identificáveis; 3) a ausência de elementos para lidar com aspectos inconscientes coloca o sistema na superficialidade dos verdadeiros problemas que assomam as relações, especialmente a identificação, a definição e a distinção entre desejo e pretensão; 4) a fundamentação das decisões é insuficiente para considerar a presença do inconsciente nas relações jurídicas, mas pode se tornar uma das maneiras processuais possíveis para que a abordagem inconsciente se revele possível à atividade jurídica; 5) a atividade de produção probatória é afetada pelo inconsciente na medida em que a reconstituição de circunstâncias passadas pode atrair a presença de memórias e posicionar o julgador na cena reconstituída, hipótese em que a reconstrução fática pode ser sensivelmente remodelada.

O contexto do trabalho evoluiu para que, no capítulo 5 se aferisse que as teorias positivistas não conseguem, dados seus pressupostos objetivos, aferir o estado inconsciente no direito, de maneira a mostrar importante reconciliar a subjetividade para permitir um outro olhar ao direito, mais especificamente para este promover a intermediação entre a vontade interna do sujeito e os imperativos sociais.

Considerando que o simbólico, na teoria lacaniana, equipara o inconsciente a uma estrutura da linguagem (e com isso admite uma retroação à cadeia dos significantes), é possível pensar que o dogmatismo, por conta da superficialidade, não atinge a cadeia de significantes, fixando um corte na avaliação das respectivas condutas como se as pessoas se comportassem

apenas a partir da determinação normativa, deixando de lado a constituição psíquica atrelada a significantes diversos dos que integram a ordem jurídica.

A concepção clássica de devido processo legal alcança apenas os dados postos objetivamente e não avança para a percepção do inconsciente, criando uma figura de julgamento próxima ao imaginário, pois que trata das estruturas subjetivas e objetivas como estruturas estanques e absolutamente separadas.

Entre as bases que impulsionam o julgador se posicionam os afetos que, presentes inconscientemente no julgamento, o influenciam e devem ser refletidos porque apenas assim se alcançará uma nova concepção do devido processo legal (em evolução para a aferição do inconsciente no ato de julgar).

A mitigação da dicotomia entre o juiz imaginário e o juiz real depende do aprimoramento do devido processo legal, visto que o direito é um campo de ficções (imaginário), orbita entre o interno e o externo e é, acima de tudo, um sistema de comunicação, trazendo à lume a percepção de que a harmonização entre o juiz real e o imaginário pode ocorrer com a comunicação capaz de mensurar as intervenções inconscientes no *due process of law*.

Tendo em vista os contrapontos segundo os quais a linguagem dogmática do direito equivale ao imaginário, e que a descoberta do mundo interno do juiz depende da análise de estruturas psíquicas de difícil acesso, tem-se que a revisitação do devido processo legal pode permitir que a percepção das origens do comportamento de forma integral, a partir da avaliação da cadeia de significantes na constituição do sujeito (o julgador buscaria uma avaliação mais profunda das partes e, sobretudo, potencializaria a de si), emprestará liberdade maior para investigar e averiguar a natureza humana presente nos julgamentos e permitirá ao juiz conhecer as bases que influenciam o julgamento, incluindo a releitura da fase de produção de provas e da fundamentação.

Nessa ordem de ideias, a revisitação do devido processo legal permitiria, por exemplo, a adoção de metodologia que implicasse, ao longo da fase probatória, a consciência sobre a necessidade de que o julgamento é ato que não se concentra exclusivamente na fase decisória, condensaria autorreflexão do julgador ao longo da atividade processual sobre a interferência de aspectos inconscientes, através de autoconhecimento com potencialização da liberdade no sentido de redimensionar o método de aplicação do direito que considere a cadeia de significantes na constituição do sujeito (na perspectiva lacianiana) e a averiguar a construção da subjetividade através da análise dos afetos (na perspectiva damasiana).

O direcionamento anterior lançou ao capítulo 6 a construção da ideia de que os elementos que formam e fundamentam as decisões conduzem ao pensamento jurídico automático, levando o julgador a usar parâmetros consubstanciados em fundamentos incompletos.

Não há disposições estruturais presentes no devido processual legal contemporâneo que permitam uma motivação completa, assim como não existe estrutura sistêmica (objetiva) voltada à satisfação do sentimento de justiça, o que desconsidera o fato de que direito almejado seria aquele atrelado à satisfação justa.

A justiça é meramente imaginária porque imaginária é a ordem jurídica que a substancia. Na visão dogmática, o julgamento é um braço que coloca em prática a vontade sistêmica pré-estabelecida para solucionar conflitos na perspectiva da racionalidade retórica. Este ato de julgamento se sujeita à forma de interpretar a relação sob a perspectiva imaginária.

A constatação de que a pessoa a ser julgada não pode ser medida apenas de acordo com o comportamento esperado pela ordem jurídica – a cadeia de significantes leva, por vezes, seu agir se calcar em maneira clivada e inconsciente de disparar seus atos – e a consideração de que os métodos dogmáticos dispostos pelo sistema jurídico no ato de julgar são insuficientes para medir a extensão inconsciente dos sujeitos do processo, permitem constatar que os julgamentos são atos meramente imaginários e, por isso, desapegados do sentimento de justiça que deveria imperar.

A satisfação real do sentimento de justiça somente poderia ser alcançada através da plena satisfação na perspectiva inconsciente, razão porque julgamentos dogmáticos, calcados na ideia imaginária do direito, são incapazes de cumprir a missão de plena satisfação com a plenitude do sentimento de justiça.

O julgamento que demonstraria a satisfação desse sentimento de justiça seria aquele decorrente do respeito à autoconsciência do destinatário do julgamento e do julgador, medidas essas capazes de implementar uma consciência de si e do outro que levaria à reflexão em torno da existência de uma cadeia de significantes na constituição do sujeito do inconsciente.

Evidentemente há um risco metafísico de abstrair-se essa conscientização das raízes formais do direito. Não se desconhece que o direito, em grande parte, prima por uma característica formal que depende da presença de uma liturgia própria. Por outro lado, não se pode desconsiderar que manter os julgamentos litúrgicos, simbólicos, tal qual são proferidos atualmente e a manutenção da incompleta dimensão do direito que desconsidera o inconsciente altamente influenciador no comportamento dos destinatários do julgamento como do próprio julgador será a conformidade com um Estado de Direito que enuncia julgamentos incompletos, , e, como tal, insuficientes para satisfazer o sentimento de justiça. A partir daí, questiona-se:

seria possível obter um sentimento de justiça com a abordagem do inconsciente?

Refletir sobre a presença da inconsciência no direito é fundamental para compreender o desencaixe entre o sistema posto, na perspectiva dogmática, e o dilema do sentimento de justiça, na medida em que somente se alcançará completude por meio da visão e da interpretação humana subjugada aos atos decisórios quando se reconhecer a fragilidade humana na forma de compreensão e de manifestação (linguagem) dos fenômenos psíquicos inconscientes que afetam o direito.

Foi nessa dimensão que a pesquisa, no capítulo 6, concluiu que a abordagem do princípio do devido processo legal mira a construção de uma teoria coerente com a integridade do direito e constatou que é necessário pensar o ser humano na relação jurídica processual em sua integralidade (incluindo a dimensão inconsciente e seus consectários).

Diante disso, é possível propor: 1) a releitura da avaliação da pretensão das partes no plano da fase postulatória (experiências da reflexão em torno do sentimento de justiça); 2) reorientação da posição do julgador na produção das provas (separação entre a cognição e a decisão em si); 3) ponderação em torno da proximidade do julgador com as partes a partir da influência do princípio da identidade física do juiz; 4) proposição de método interpretativo que considere a construção humana de acordo com as emanações não objetivamente identificáveis (inconsciente).

A análise das engrenagens responsáveis pela montagem do devido processo legal revela que esses mecanismos pecam por não observar o humano de forma completa. Trata-se de uma lacuna decorrente da suposição de que o devido processo legal tenha eficácia plena, quando, na verdade, é uma efetividade rarefeita a partir da observação de que, atualmente, não consegue compreender a influência do inconsciente na atividade jurídica. Daí advém a necessidade de que a ciência jurídica repense o *due process of law* com base na linha discutida nesta tese, ou seja, segundo a constatação de que o direito é influenciado pelo inconsciente, influência que demanda a ressignificação do devido processo legal, sob pena de se perpetrar a lacuna decorrente da inobservância do inconsciente pelo direito.

As proposições de inserção do fenômeno inconsciente no direito implicam na necessidade de reanalisar as estruturas jurídicas descritas ao longo do trabalho a revelam que somente se alcançará plena efetividade no devido processo legal quando se considerar o pressuposto de que direito é influenciado pelo inconsciente e que as relações jurídicas processuais devem ser revistas à luz de tal pressuposto.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BERNARDES, Wagner Siqueira. O legado de Freud. **Reverso**, Belo Horizonte, v.28, n. 53, p. 29-31, set. 2006. Disponível em:
http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-73952006000100005&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 12 out. 2019.

BRANDO, Marcelo Santini. **Como decidem os juízes?** Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, 2013.

BRANT, Luiz Carlos. O indivíduo, o sujeito e a epidemiologia. **Ciência & Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, 2001, v. 6, p. 221-231. Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232001000100018&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2020.

BREUER, Joseph; FREUD, Sigmund (1895). Estudos sobre a histeria. *In*: FREUD, Sigmund. **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. v. 2. Rio de Janeiro: Imago, 1990.

BUENO, Paulo. Sujeito do inconsciente e sujeito de direito: ponto de junção ou de disjunção na interlocução da psicanálise com a saúde mental? **Stylus** (Rio J.), Rio de Janeiro, n. 33, p. 217-225, nov. 2016. Disponível em:
http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1676-157X2016000200017&lng=pt&nrm=iso. Acessos em: 10 set. 2020.

CALAMANDREI, Piero. O processo como jogo. *In*: CALAMANDREI, Piero. **Instituições de direito processual civil**. v. III. Tradução de Douglas Dias Ferreira. Campinas: Bookseller, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v. I. Tradução de Adrián Sotero de Wiit Batista. Campinas: Servanda, 1999.

CASELLI, Francisco Rafael Barbosa. **Inconsciente e linguagem**: uma leitura de Freud a Lacan. 2014. Dissertação (Mestrado em Psicologia). Universidade Federal de Alagoas, Maceió, 2014.

CESTARI, Roberto Tagliari. **Decisão judicial**: evolução das pesquisas sobre o comportamento judicial. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2016.

CESTARI, Roberto Tagliari; NOJIRI, Sérgio. Interpretações históricas e teóricas do realismo jurídico. **XXIV Conpedi/UFS**, p. 142-166, 2015.

CORREA, Carlos Pinto. **O afeto no tempo**: estudos de psicanálise. Belo Horizonte, n. 28, p. 61-76. 2005. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-34372005000100007&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 15 jul. 2020.

COSSU JUNIOR, Franco. **Realidade psíquica e inconsciente em Freud e em Bérqson**: considerações a partir de uma teoria da ação. Tese (Doutorado em Filosofia). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2009.

COSTA, Eduardo José da F. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), São Paulo, 2016.

COSTA, Pedro D'Angelo. A crítica de Dworkin ao positivismo jurídico e a construção do conceito de discricionarietà. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**, v. 1, n. 1, Santa Catarina, 2015.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lexikon, 2010.

DAMÁSIO, Antonio R. **A estranha ordem das coisas**: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

DAMÁSIO, Antonio R. **E o cérebro criou o homem**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DAMÁSIO, Antonio R. **Em busca de Espinosa**: prazer e dor na ciência dos sentimentos. Adaptação para o português do Brasil por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes**: razão, emoção e o cérebro humano. Tradução Dora Vicente e Georgina Segurado. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DAMÁSIO, Antonio R. **O mistério da consciência**: do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Tradução de Laura Teixeira Motta. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

DANTAS, Rodrigo D'Orio. **A imparcialidade no divã**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

DANTAS, Rodrigo D'Orio. **A imparcialidade no divã**: por que os árbitros e juízes são naturalmente parciais? São Paulo: RT, 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Malheiros.

FARIA, Michele Roman. **Real, simbólico e imaginário no ensino de Lacan**. São Paulo: Toro, 2019.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FINK, Bruce. **Introdução clínica à psicanálise lacaniana**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

FREITAS, Juarez. A mente do exegeta: por uma hermenêutica jurídica de ponta. *In*: BAVARESCO, Agemir; LIMA, Francisco Jozivan Guedes de (org.). **Direito & justiça**: Festschrift em homenagem a Thadeu Weber. Porto Alegre: Fi, 2016.

FREUD, Sigmund. Algumas observações sobre o conceito de inconsciente na psicanálise (1912). *In*: **Obras completas**: Observações psicanalíticas sobre um caso de paranoia relatado em autobiografia (“O Caso Schreber”), artigos sobre técnica e outros textos (1911-1913). São Paulo: Companhia das Letras, 2011, v. 10.

FREUD, Sigmund. (1900). A interpretação dos sonhos. *In*: **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Edição *standard* brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1987. v. 5.

FREUD, Sigmund. (1901). Sobre a psicopatologia da vida cotidiana. *In*: **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Edição *standard* brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1987.

FREUD, Sigmund. (1915). O inconsciente. *In*: FREUD, Sigmund. **Escritos sobre a psicologia do inconsciente**. Rio de Janeiro: Imago, 2006, v. 2.

FREUD, Sigmund. (1920). Além do princípio do prazer. *In*: FREUD, Sigmund. **Escritos sobre a psicologia do inconsciente**. Rio de Janeiro: Imago, 2006. v. 2.

FREUD, Sigmund (1930). **O mal-estar na civilização**. Tradução e notas de Saulo Krieger. São Paulo: Cienbook, 2020.

FREUD, Sigmund. Totem e tabu, contribuição à história do movimento psicanalítico e outros textos (1912-1914). *In*: **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Edição *standard* brasileira. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, v. 11.

FREUD, Sigmund. Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. *In*: **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**. Edição *standard* brasileira. Rio de Janeiro: Imago, 1996. v. 7.

GAMA, Jairo de Almeida. Subjetividade e afeto em Zizek e Johnston: controvérsias em torno da relação psicanálise-neurociências. Rio de Janeiro, **Physis**, 2016, v. 26, n. 1, p. 137-156. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73312016000100137&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 02 fev. 2020.

GARAPON, Antoine. **Bem julgar** – ensaio sobre o ritual do Judiciário. Tradução de Pedro Filipe Henriques. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ensaio sobre a processualidade**: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

HENRICH, Dieter. **Pensar e ser si mesmo**: preleções sobre a subjetividade. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

HONDA, Helio. O estatuto conceitual do inconsciente em Freud e algumas de suas implicações para a prática psicanalítica. **Ágora**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 41-57, abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-14982013000300004&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 23 dez. 2019.

JESUS, Fernando de. **Psicologia aplicada à justiça**. Goiânia: AB, 2010.

JOHNSTON, Adrian; MALABOU, Catherine. **Self and emotional life**: philosophy, psychoanalysis and neuroscience. New York: Columbia University Press, 2013.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMA, Francisco J. Guedes de. A relevância das emoções nos processos decisórios e o mito da racionalidade pura a partir da neurociência de António Damásio. **Intuitio**, Porto Alegre, v. 7, n. 2, p. 236-247, 2014.

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. v. 3. Tradução de Luca Lamberti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

NOJIRI, Sérgio (org.). **O direito e sua interfaces com a psicologia e a neurociência**. Curitiba: Appris, 2019.

PINKER, Steven. **O instinto da linguagem**: como a mente cria a linguagem. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica judicial. Campinas, SP: Millennium, 2008.

PRICE, Jorge Eduardo D. **La decisión judicial**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012.

PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

PULVER, Sydney E. (1971). *Can affects be unconscious?* The International Journal of Psychoanalysis, 52(4).

PULVER, Sydney E. (1974). *Unconscious versus potential affects*. The Psychoanalytic Quarterly n. 43.

QUINET, Antonio. **A descoberta do inconsciente**: do desejo ao sintoma. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

SAFATLE, Vladimir. **Introdução a Jacques Lacan**. São Paulo: Autêntica, 2017.

SAFATLE, Vladimir. **O circuito dos afetos**: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo. Belo Horizonte: Autêntica, 2018.

SILVA JUNIOR, Nelson. **Fernando Pessoa e Freud**: diálogos inquietantes. São Paulo: Blucher, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco B. Para entender o novo Código de Processo Civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 19, p.112-128, jul.-dez. 2016.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In*: **Novas fronteiras da teoria do direito**: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: PUC Rio, 2014.

TARUFFO, Michele. **Cinco lecciones mexicana**: memoria del taller de derecho procesal. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Escuela Judicial Electoral, México, 2003.

TARUFFO, Michele. Ermeneutica, prova e decisione. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, v. 4, n. 1, p. 129-148, jan.-abr. 2018.

TARUFFO, Michele; NIEVA FENOLL, Jordi. **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.

TOREZAN, Zeila C. Facci; AGUIAR, Fernando. O sujeito da psicanálise: particularidades na contemporaneidade. **Revista Mal-Estar e Subjetividade**, Fortaleza, v. 11, n. 2, p. 2011. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000200004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 28 set. 2020.

TROTTA, Fabrício da Costa. **O afeto entre a psicanálise e as neurociências**. Tese (Doutorado em Psicologia). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Rio de Janeiro, 2015.

VILELA, José Afrânio. O pensamento jurídico de Lourival Vilanova. **Revista Estudos Filosóficos** n. 14, 2015. DFIME – UFSJ – São João Del Rei. MG. Disponível em: <https://www.ufsj.edu.br/portal2-repositorio/File/revistaestudosfilosoficos/art19%20rev14.pdf>. Acesso em: 03 mar. 2020.

VILLAS BOAS FILHO, Orlando. A mediação em um campo de análise interdisciplinar: o aporte da teoria do multijuridismo de Étienne Le Roy. **Revista de Estudos Institucionais**, v. 3. n. 2, p. 1.113-1.162, 2017.

WAQUIM, Bruna Barbieri. O reconhecimento legal do conceito moderno de família: o artigo 5º, parágrafo único, da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) **Revista Brasileira de Direito de Família**. 2020. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1591/Uma+nova+sa%C3%ADda+para+o+problema+da+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+%28e+ou>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 04 nov. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 2015**. Brasília, DF: Senado, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2014/04/resolucao_125_29112010_23042014190818.pdf. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 10.out.2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 05 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 12 set. 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Regulamenta o disposto nos arts. 47-A e 58-A do Código de Ética e Disciplina da OAB, no tocante à celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) diante da prática de publicidade irregular no âmbito da advocacia e das infrações ético-disciplinares puníveis com censura. Provimento n. 200/2020, de 27 de outubro de 2020. Disponível em: https://www2.oabsp.org.br/asp/clipping_jur/ClippingJurDetalhe.asp?id_noticias=26108#:~:text=03%2F11%2F2020-,OAB%2DConselho%20Federal%2DProvimento%20N%C2%BA%20200%2F2020%3ARegulamenta,%C3%A9tico%2Ddisciplinares%20pun%C3%ADveis%20com%20censura. Acesso em: 10 nov. 2020.

Referências normativas
(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação