

5 O SUPEREGO DOS MAGISTRADOS POR TRÁS DAS NORMAS ABERTAS E O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

5 THE SUPEREGO OF THE MAGISTRATES BEHIND THE OPEN NORMS AND THE CONTROL OF JUDICIAL DECISIONS

Pablo Florentino Fróes Couto¹

Recebido em:	25/08/2021
Aprovado em:	01/12/2021

RESUMO: Com a emancipação histórica do Judiciário, o referido poder se tornou sagrado, sem controle. Transforma-se, então, uma instância que dita decisões morais diante de toda a sociedade, o que se denomina de superego judicial. Como resultado, a sociedade, em vez de decidir por si mesma, ou seja, por meio de representantes políticos eleitos pelo voto, torna-se infantilizada pelo corpo de juízes numa relação paternalista. No entanto, o problema é que uma boa parte da população nem sempre compartilha dos mesmos valores que doutos magistrados. Como consequência, um ambiente de desconfiança e oposição é estabelecido entre o Estado e os cidadãos. A situação é ainda agravada quando o superego judicial acaba ficando mais visível por causa da manipulação moral das normas jurídicas abertas. Diante do fato problemático descrito, a presente revisão de literatura, construída de maneira dialética e utilizando o método dedutivo, buscou uma pesquisa bibliográfica para estabelecer critérios mais objetivos em favor do controle de decisões judiciais. O trabalho visa encaminhar propostas para que os magistrados coloquem mais argumentos dotados de racionalidade nas suas sentenças, o que torna as decisões mais democráticas e menos arbitrárias ou subjetivas. O resultado da pesquisa bibliográfica trilha no sentido de que o controle racional das decisões se torna possível quando o juiz mostra minuciosamente às partes envolvidas qual caminho mental que ele percorreu e por quais motivos detalhados que ele chegou à conclusão de sua sentença. Esse processo de tomada de decisão do magistrado deve respeitar a integridade do direito dentro do sistema constitucional.

86

PALAVRAS-CHAVE: Superego judicial. Normas Jurídicas Abertas. Controle das Decisões Judiciais.

ABSTRACT

With the historical emancipation of the Judiciary, that power became sacred, without control. It becomes, then, an instance that dictates moral decisions before the whole society, what is called a judicial superego. As a result, society, instead of deciding for itself, that is, through political representatives elected by vote, becomes infantilized by the body of judges in a paternalistic relationship. However, the problem is that a good part of the population does not always share the same values as learned magistrates. As a consequence, an environment of

¹ Bacharel em direito pela Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA). Pós-graduado em direito processual pela Universidade Estadual de Montes Claros – MG (UNIMONTES) e em direito e processo do trabalho pela Universidade Anhanguera-Uniderp/MS. Mestre em direito constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – DF (IDP). Professor do quadro jurídico permanente do Instituto Federal do Norte de Minas Gerais (IFNMG). Advogado.

distrust and opposition is established between the State and the citizens. The situation is further aggravated when the judicial superego ends up becoming more visible because of the moral manipulation of open legal norms. In view of the problematic fact described, the present literature review, built in a dialectical manner and using the deductive method, sought a bibliographic search to establish more objective criteria in favor of the control of judicial decisions. The work aims to forward proposals so that the magistrates put more arguments endowed with rationality in their sentences, which makes the decisions more democratic and less arbitrary or subjective. The result of the bibliographic research leads to the sense that rational control of decisions becomes possible when the judge shows in detail to the parties involved what mental path he has taken and for what detailed reasons he has reached the conclusion of his sentence. This decision-making process of the magistrate must respect the integrity of the law within the constitutional system.

KEYWORDS: Judicial superego. Open Legal Standards. Control of Judicial Decisions.

1 INTRODUÇÃO

Segundo a redação do art. 131 do Código de Processo Civil, “[...] o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.” Pelo que pode depreender deste dispositivo legal, os fatos, as provas e as circunstâncias descritos nos autos devem ser os elementos que irão formar o convencimento do Juiz.

87

Ocorre que, o julgador, por sua vez, é dotado de um histórico de vida formado por paixões e frustrações, preferências e repulsas, além de ideologias políticas, filosóficas e religiosas. Então, resta algumas indagações: será que este ser humano conseguiria se ater estritamente aos elementos contidos autos? Sendo mais claro, será que é humanamente possível o indivíduo, cheio de sentimentos e ressentimentos, lograr uma separação absoluta entre o que está descrito nos diplomas legais e nos autos de um lado, e toda a sua carga de subjetividade de outro? Em suma, existe a neutralidade do julgador? A resposta é negativa.

Portanova (2003) afirma que é humanamente impossível um magistrado construir uma sentença sem as influências do seu próprio “eu”. Gasset y Ortega (1997) leciona que o “eu” não é uma realidade autônoma, suficiente e muito menos completa sem ser conjugada com alguma circunstância. A circunstância, para o autor Gasset y Ortega (1997), seria tudo aquilo que cerca o sujeito, que está ao seu redor, que integra o contorno dele, bem como lhe afeta. A circunstância é parte integrante do indivíduo na medida em que o “eu” não existe em estado puro, mas será sempre inscrito numa dada circunstância. Em síntese, o “eu”, para o referido autor, é formado pela personalidade do sujeito, que é afetada pelas circunstâncias (ambiente) que está ao redor (GASSET Y ORTEGA, 1997).

Desse modo, Portanova (2003) admite que o magistrado, mesmo de forma inconsciente, pode sentir empatia ou repulsa pelo réu, testemunha ou parte autora, pois a personalidade do juiz ou o seu “eu” integrado pela experiência de vida não possui nenhuma neutralidade. O histórico de experiências que o ser humano adquire ao viver, rememorando Gasset y Ortega (1997), impacta na formação da sua personalidade, ou seja, causa impacto na construção do próprio “eu”. Consequentemente, é possível o magistrado se interessar por um argumento jurídico ou rejeitá-lo de acordo com suas afinidades de cunho filosófico e sentimentos adquiridos. Em outras palavras, tudo leva a crer que os seus rancores, medos, inseguranças, paixões, fanatismos, amor e ódio foram sendo criados conforme as suas predisposições genéticas e o ambiente em que o julgador cresceu e amadureceu. As características demasiadamente humanas do membro do judiciário acabam contaminando o exame dos autos, já que a neutralidade em se tratando de análise jurídica não passa de conceito utópico.

Nesse diapasão, não tem como o julgador separar o peso do seu “eu” ao julgar casos concretos, o que remete a um problema de pesquisa: em que medida é possível minimizar o “subjativismo do eu” do julgador ao interpretar as normas jurídicas abertas?

O estudo em tela foi escolhido por ser relevante e atual, uma vez que o Poder Judiciário, ao adquirir a sua emancipação histórica, tornou-se ao longo de décadas o baluarte das decisões morais na sociedade, sobretudo no Brasil. Os exemplos não faltam. Dentre as decisões com fortes impactos morais, destaca-se a concomitância de vínculo de paternidade socioafetiva e biológica (RE 898.060), a inconstitucionalidade da lei da vaquejada (ADI 4.983), a interrupção da gravidez de feto anencéfalos (ADPF 54) e o reconhecimento civil da união homoafetiva (ADI 4227), além de outras decisões polêmicas.

Diante do cenário apresentado, o presente estudo aprofundado questiona o efeito do monopólio do subjetivismo judicial na interpretação dos diplomas normativos, mormente quando o cunho moral dos juízes passa para um patamar superior por meio das manipulações das normas abertas. A justiça estatal, que antes interpretava as normas conforme as decisões do legislador, representante do povo eleito por meio do voto, cedeu espaço para a plena emancipação do Poder Judiciário. Como consequência, os princípios superiores, de cunho moral, destoaram-se da vontade popular expressa nas leis e se alinharam segundo a visão moral do direito de cada julgador. O resultado desse fenômeno social é que o arauto dos valores da sociedade acabou ficando sob o encargo do “eu” do juiz. Assim, o Judiciário, detentor das decisões morais, nesse contexto, adquire o papel de suprego da sociedade. O coletivo, em vez de tomar decisões morais para si por meio de um parlamento,

acaba delegando tal função para os sábios juízes, detentores de uma moral superior, o que pode gerar decisões antidemocráticas e irracionais.

Para atenuar o superego judicial que fica nas mãos do julgador, ou seja, antes de seguir a busca de uma solução para o problema, o artigo seguiu uma sequência teórica consubstanciada em seções.

Na segunda seção, após esta introdução, o artigo aborda o conceito e o histórico do superego judicial e qual impacto da subjetividade do julgador no corpo da coletividade. Na terceira seção, o trabalho foca no conceito de norma aberta e explana o *modus operandi* de como o subjetivismo do julgador aflora através do uso desse tipo de norma. Na quarta e última seção, o artigo expõe os prejuízos sociais advindos de decisões subjetivistas e propõe formas de controle dessas decisões, com a finalidade de diminuir sentenças erráticas baseadas tão somente no ponto de vista moral do magistrado.

Dessa forma, o artigo tem como objetivo expor o quanto é pernicioso o subjetivismo por meio do manuseamento das normas abertas, relegando a função do Poder Judiciário como o titular do superego da sociedade. Por outro lado, ao mesmo tempo, tem como escopo propor formas de controle de decisões, com intuito de se evitar decisões arbitrárias, erráticas, contraditórias e demasiadamente subjetivistas.

89

Nesse contexto, a presente obra parte para uma revisão de literatura, com pesquisa bibliográfica e documental, cujo método utilizado foi o dedutivo. Cumpre ressaltar que o trabalho foi construído de maneira dialética. Assim sendo, o artigo parte de uma tese, que é a emancipação judicial de um lado. Noutro norte, há também uma antítese a ser ponderada, que seria o subjetivismo do julgador por meio do manuseamento de normas abertas, fruto dessa emancipação judicial conquistada, o que gerou, além do superego, decisões arbitrárias e irracionais. Por fim, ao final do estudo aprofundado em tela, o trabalho propõe uma síntese, em outras palavras, apresenta propostas de controle de decisões judiciais, o que deixa as sentenças mais racionais, menos erráticas, menos subjetivas e mais democráticas.

2. O SUPEREGO JUDICIAL

O Superego ou supereu é uma das três instâncias dinâmicas do aparelho psíquico desenvolvido pela teoria psicanalítica freudiana. O superego situa-se entre a consciência moral, esta que determina qual seria o mal a ser evitado, e o ego ideal, que propõe o bem a ser buscado. Trata-se de um segmento da mente humana em que está enraizada a moral, os valores e as concepções da sociedade (PEREIRA; NETTO, 2015).

O superego visa coibir desejos ou disposições dos indivíduos de violarem regras estabelecidas. Ele força o ego a agir conforme os ditames coletivos e serve de guia para padrões comportamentais sociais, como a forma de se vestir, gesticular, discursar e desenvolver certos hábitos (FREUD; 1976; PERVIN; JOHN, 2004; PEREIRA; NETTO, 2015).

Freud (1996), explicando sua teoria psicanalítica, fez uma analogia a um *iceberg*. A parte submersa, a mais profunda, identifica o inconsciente do sujeito e corresponde aos instintos mais primitivos e menos acessíveis da personalidade. Essa parte ele denominou de *id*. O *id* não conhece nenhum julgamento e nem faz análise de valores sobre o que é bom, mal, certo ou errado, ou seja, não faz qualquer apreciação sob o ponto de vista moral (FREUD, 1996; GALANTE; PEDRA, 2016).

A parte emersa do iceberg é responsável pela racionalidade do indivíduo e realiza a mediação entre o *id* e o mundo externo. Essa parte emersa Freud chamou de *ego*. O superego reside na parte submersa próxima à linha do horizonte, entre o *id* e o *ego*. O superego corresponde à pré-consciência e inconsciência ao mesmo tempo. É no superego que a ética e a moral são internalizados. O superego confronta o ego no sentido observador, proibitivo e crítico. Assim, Freud descreveu o superego como um censor moral (FREUD, 1996; GALANTE; PEDRA, 2016).

90

A descrição do superego caracteriza-se pelo viés paternalista. Segundo Freud (1996), o pai é a primeira figura a formar o superego do indivíduo. O pai transmite, de modo inconsciente, por meio da cultura e das tradições, os componentes que formarão o superego do ser humano (GALANTE; PEDRA, 2016).

Além do pai, essa transmissão de componentes superego passa a ser exercida por outros atores sociais nos ambientes externos ao doméstico, como professores, artistas, parentes próximos, traficantes, esportistas, enfim, todas as parcelas que têm alguma representação fincada na sociedade (GALANTE; PEDRA, 2016).

Essa transmissão de superego, conforme os estudos freudianos, é exercida sob o prisma social. Aos judeus, os transmissores passam a ser Moisés, a lei mosaica e etc. Aos cristãos católicos, a bíblia, o Papa e seu Deus. Aos súditos, o rei e o Estado (GALANTE; PEDRA, 2016). Nesse sentido:

É até fácil imaginar, ou mesmo identificar, que o indivíduo tenha uma reverência religiosa com quem quer que esteja funcionando como modelo para o seu superego, pois esse alguém o está constituindo como indivíduo. Ele depende desse alguém para ser construído como pessoa humana, ou seja, esse alguém é sentido quase como um Deus criador, afinal, ele está edificando sua personalidade. (GALANTE; PEDRA, 2016, p.86).

De acordo com a dinâmica histórica, Maus (2000) diz que depois do Legislativo e do Executivo, o Judiciário começou a exercer o papel de novo superego da sociedade. A autora alemã registra que a psicanálise freudiana passou por um processo de envelhecimento do seu objeto de estudo. Portanto, a formação do superego não estaria mais tão atrelada de forma determinante pela figura paterna, mas, sim, pela sociedade com quem o sujeito convive. Então, sai de cena o pai e entram as diretrizes sociais que exercerão o superego (MAUS, 2000; GALANTE; PEDRA, 2016).

Em termos de Brasil, o superego por muito tempo se centrou no Poder Executivo, alimentado na era Vargas. Durante a ditadura, o superego, gerado pelos ânimos do título da copa do mundo de 1970, centrou-se no mito verde e amarelo da consciência nacional (CHAUÍ, 2006). As pessoas sentiam necessidade de serem modeladas por algo tido como absoluto, que acabava caindo nas mãos do Estado (CHAUÍ, 2006; GALANTE; PEDRA, 2016).

No âmbito da Alemanha, a partir das revoluções liberais, passando pelo período do nazismo, o judiciário alemão começa a perder a sua subordinação aos termos estritos da lei e uma nova compreensão sobre o seu papel começa a exsurgir. Antes, a Justiça se limitava ao autoritarismo patriarcal do príncipe através do formalismo jurídico, contudo a Justiça depois tomou para si a titularidade dessa função paternal. O formalismo jurídico foi superado pelo direito conquistado dos juízes de examinar as normas legais do império de forma difusa (por todos os tribunais), bem como pela expansão jurídica-metodológica de decidir caso a caso por meio das premissas desenvolvidas pelo próprio judiciário. A Justiça não decide mais em nome do rei, mas em nome do povo (MAUS, 2000; BAHIA, 2005; PEREIRA; NETTO, 2015).

Essa reviravolta se atribui aos salários defasados dos juízes e também à inconformidade dos mesmos de atuarem como meros serviçais da norma. A esquerda e a conservadora Associação dos Juízes Alemães exigiram mais liberdade dos juízes perante a lei (MAUS, 2000).

A esquerda, composta por teóricos do direito livre, postulava que as decisões judiciais não poderiam só se basear unicamente na norma jurídica positivada, salvo exceções. Ao lado disso, ela defendia melhores remunerações e objetivava o status do juiz-rei (MAUS, 2000).

Quanto aos conservadores da Associação dos Juízes Alemães, eles redefiniram o conceito de “vinculação à lei”, dando um viés mais flexibilizado do direito. As duas vertentes (esquerdistas e conservadores) ganharam no embate político e conquistaram a pauta do empoderamento dos julgadores (MAUS, 2000).

O Tribunal Federal Constitucional (TFC) alemão, reforçando essa tese, afirmou austeramente que os parâmetros de controle de constitucionalidade não deveriam ser pautados somente pela Lei Maior, mas, sim, pelos direitos suprapositivos de cunho moral que estão além do horizonte da Constituição (MAUS, 2000). Sobre o judiciário alemão, disserta BAHIA:

A partir daí a independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição. A emergência de um Direito Suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, para além de aumentar, por conta própria suas funções, se julgasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que considerava melhor. Tudo isso porque a referência a um Direito Suprapositivo pressupõe que se perceba a Constituição como uma Ordem Concreta de Valores que à Corte Constitucional cabe densificar: quando a Corte procede ao controle de constitucionalidade, exerce sua competência de julgar axiologicamente as opções do legislador, avaliando, pois, o conteúdo valorativo das leis e, até, se as mesmas foram elaboradas dentro da margem de discricionariedade que a Corte julga que o legislador possui em cada caso. (BAHIA, 2004, p.03).

Em suma, o próprio TFC se liberta da vinculação às regras constitucionais (MAUS, 2000).

Como resultado, a Constituição deixa de ser compreendida como um documento proveniente de processos políticos que decidiram acerca dos direitos fundamentais, e passa a ser um texto religioso fundamental, a par da bíblia ou do alcorão, onde os sábios juízes deduzem sobre o que seria moralmente correto através das normas abertas. Os magistrados não apenas usam elementos lógicos e ou racionais durante os processos interpretativos, eles também se valem de argumentos morais para buscar adesão popular e com isso justificarem os seus atos. O TFC atua, diante desse contorno, menos como guardião da Constituição e mais como portador de uma tradição interpretativa (MAUS, 2000; ALEXY, 2008; PEREIRA; NETTO, 2015).

Nesse contexto, o judiciário adquire os contornos do superego:

A eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política do consenso, no qual podem ser encontradas normas e concepções de valores sociais, é alcançada por meio da centralização da “consciência” social na Justiça. (...) Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social, controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e à sociedade é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social. (MAUS, 2000, p. 189).

A carta aos juízes, distribuída pelo ministro da Justiça em 1942, corrobora com esse novo papel do judiciário. O juiz não atua mais como um arauto de um processo tradicional de apuração do sentimento popular, mas simplesmente como um protetor dos valores do povo, levando a sua percepção moral saudável à um povo doente e aniquilando os falsos valores – exatamente nisso consistindo a sua função de superego. A lei vincula só os seus destinatários, não mais os seus intérpretes. Portanto, o judiciário, diante dessa nova abordagem hermenêutica, consegue extrapolar o direito positivo e apela para a ordem moral e ao paternalismo por trás da cabeça dos julgadores. (MAUS, 2000; PEREIRA; NETTO, 2015).

No século XXI, assim como aconteceu na Alemanha, a representação da Justiça vem ganhando contornos de protagonismo no Brasil. A atividade judicial avançou consideravelmente sobre as relações sociais. O judiciário se tornou mais próximo da sociedade (SIERRA, 2011).

Antes o direito e a moral eram separados, todavia, as perspectivas morais e os princípios passam a ser substratos indexados ao conceito de direito, mesmo quando ambos não estejam expressamente amparados no texto da lei (DOWRKIN, 1999).

Acredita-se que o grupo social que possui mais capacidade moral de argumentação são os juízes, e cabe aos togados expressar o conteúdo objetivo da moral social no caso concreto. Nessa perspectiva, ultimamente, o judiciário vem sendo erigido como se fosse um parlamento, o último arauto dos valores da sociedade. Este poder está ganhando contornos de religiosidade, em que transforma os magistrados em profetas, messias ou deuses (DOWRKIN, 1999; MAUS, 2000).

O Poder Judiciário não é mais um poder com mais neutralidade como era no paradigma liberal (“boca da lei”). Os juízes deixaram de ser meros aplicadores acríticos da lei. Ocorreu a desvinculação do poder judiciário à própria legislação (vontade legislativa do povo). O poder legislativo não exerce mais a predominância sobre outros poderes. Nessa conjuntura, constata-se uma emancipação da justiça estatal, que passa a atuar como administradora da moral pública (FERRAZ JUNIOR, 1994; MAUS, 2000; CANELA JUNIOR, 2009).

A justiça do Estado, nesse cenário descrito, destoou-se da vontade popular por causa da libertação (emancipação) do poder judiciário. Os princípios superiores, incorporados ao conceito de direito, passaram a acarretar o afastamento da justiça estatal em relação à vontade popular. Os casos concretos ganharam cada vez mais o caráter de inusitados, conforme a visão moral do direito de cada julgador. A anterior visão legalista, mecânica e

literal do direito sobre o caso concreto é gradualmente abandonada (MAUS, 2000).

O monopólio do poder judiciário enquanto instância moral, no entanto, apesar do afastamento da vontade do povo, ganhou a confiança popular. A justiça acabou recebendo estímulos sociais cada vez maiores para expandir o seu âmbito de ação (MAUS, 2000).

A Constituição brasileira, por sua vez, atendeu essa tendência de supremacia judicial. A Lei Maior previu variados princípios e instrumentos processuais (mandado de segurança, habeas corpus, mandado de injunção, controles de constitucionalidade, por exemplo) como meios de provocar o Judiciário e por consequência aumentar a importância deste Poder. A pressão e a mobilização popular sobre o Poder Judiciário são realidades palpitantes. Vive-se, atualmente, dentro do ambiente da judicialização da política. As cortes passam a ser protagonistas no cenário das decisões políticas. Então, testemunha-se a transferência progressiva de poderes decisórios das instâncias que costumeiramente tinham cunho político para o judiciário (VIANNA, 1999; SIERRA, 2011; PEREIRA; NETTO, 2015). Dentre as razões, em termos de Brasil, destaca-se:

Sob a Constituição de 1988 aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico no imaginário coletivo. (BARROSO, 2006, p.53).

94

O processo de transferência do superego em favor do judiciário se completa na medida em que os sujeitos passam por um processo de descrença das instituições políticas, que não se mostravam eficazes para saciar a efetivação dos direitos básicos dos cidadãos. Em consequência disso, diante da fragilidade do cidadão, este passou a buscar o judiciário como instância promotora de suas expectativas frustradas. O Poder Judiciário chegou como o guardião das promessas, cuja missão era compensar atuação ineficiente dos poderes políticos (MAUS, 2000; GARAPON, 2001; MORAIS, 2011; CARVALHO FILHO, 2014).

Antigamente, no século XVIII, o superego que predominou foi o do Poder Executivo por meio das monarquias absolutistas. No século XIX, foi marcado pelo grande prestígio em favor do legislador por meio da formulação de imensos códigos, com a crença de que estes eram bastantes em si para regulamentar toda a vida social. Acreditava-se na completude do ordenamento jurídico. Então, naquele tempo, o superego ficava a cargo do Poder Legislativo. Hoje é o Poder Judiciário quem passa a infantilizar a sociedade, e que se julga como se fosse um grande pai que sabe o que é o melhor para os seus filhos jurisdicionados. Se antes,

durante a fase adulta, todos eram tratados como se fossem filhos da Igreja, súditos do rei, tempos depois se tornaram filhos da pátria na época dos regimes ditatoriais nacionalistas. Hoje somos filhos da Justiça. O Poder Judiciário foi sacralizado, tornou-se superpoder, sem limites, sem controle. A sociedade, nessa perspectiva, acabou se acomodando e espera o que o judiciário diga o que é bom, moral, ruim e perfeito para ela. O conluio entre ambos está formado (CAPPELLETTI, 1988; MAUS, 2000; CARVALHO FILHO, 2014; PEREIRA; NETO, 2015; GALANTE; PEDRA, 2016; CAMBI; STIPP, 2016). Nessa esteira:

(...) ao projetar no Judiciário a instância moral, a sociedade para de crescer e se infantiliza. É semelhante ao que ocorre com a criança que se ampara no pai e nunca “cresce”. Para a psicanálise, o ideal é que a criança, para sua evolução, vá relativizando a palavra do pai e, a partir de suas próprias compreensões, escape da figura paterna, reflita e se constitua como indivíduo. Ao contrário, o indivíduo que fica eternamente sob o domínio do pai e que não o questiona se manterá eternamente criança. (GALANTE; PEDRA, 2016, p. 87-88).

O que se pode observar nesse processo histórico é que antes o poder de superego, que era achado nos deuses e na Igreja passa, portanto, por um processo de dessacralização. Sem a Igreja, e depois sem o rei, a sociedade se vê perdida, órfã, sem um pai divino ou rei que a conduza até as bases axiológicas. Então, o superego judicial começa a ocupar essa cadeira vazia e passa a elaborar o conjunto de valores morais inibidores dos instintos humanos que antes era feito pela Igreja e depois por reis e príncipes. Portanto, quem doravante exerce esse papel paternal de inibidor ou regulamentador da moral da sociedade passa a ser a magistratura.

Dessa maneira, o juiz pode se tornar o sacerdote-mor do direito suprapositivo (moral) não escrito. Nessa condição, é-lhe atribuída o dever de sintetizar a heterogeneidade social, como se fosse a última instância de definição de todos os valores da sociedade (MAUS, 2000; SOUSA; PEREIRA, 2014; GALANTE; PEDRA, 2016).

Essa constatação feita por Ingeborg induz à subjetividade dos julgadores, e se contrapõe aos mecanismos objetivos de controle dos parâmetros decisoriais. O magistrado decide conforme a sua consciência moral. As decisões acabam refletindo o biografismo ou a personalidade dos juízes que interpretam as leis e as aplicam em face da sociedade (MAUS, 2000; STRECK, 2017). Destacamos a seguinte decisão:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha

consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgReg em ERESP nº 279.889-AL. 2002. Voto do Ministro Humberto Gomes de Barros).

Streck (2017) atenta para o período do paradigma da subjetividade, e esse paradigma independe do que está positivado na lei e depende da motivação ideológica da sentença. Esta acaba sendo um produto de valorações subjetivas, despidas de qualquer critério reconhecível ou controle.

Diante da crítica da autora Maus (2000) e do autor Streck (2017), percebe-se que essa moralização da jurisprudência serve à funcionalização do direito. O paternalismo do judiciário afirma de fato os princípios da sociedade órfã. A problemática reside quando esse resguardo moral, advindo de cima, da elite do poder judiciário, colide com os pontos de vista morais dos movimentos sociais ou das parcelas da população advindos de baixo.

96

Então, dando seguimento ao trabalho, cumpre indagar: de que modo o exercício do subjetivismo do julgador fica mais saliente? Que tipo de normas que facilita essa subjetividade?

3. DAS NORMAS ABERTAS E FECHADAS: ALGUMAS DISTINÇÕES TEÓRICAS

As normas abertas surgiram quando as situações sociais se tornaram voláteis. Em outras palavras, quando a sociedade passou a se deparar com constantes mudanças repentinas em seu funcionamento. As normas fechadas não conseguiam contemplar e nem regular todas as situações decorrentes da vida cotidiana. Então, surgiu a necessidade de um pensamento que prime pela ponderação de valores e que consiga antecipar as consequências futuras em face das novas pautas que nasciam (e nascem) diariamente. Nesse contexto, diante de uma regulamentação incompleta, compostas por normas fechadas, a autoridade tinha que arriscar uma resposta, mesmo que não seja capaz de se apoiar plenamente com fundamentos. Nesta medida, a solução para a incompletude passou a exigir, inevitavelmente, mais parcela de

discrecionariade por parte do julgador. Ao mesmo tempo, o juiz, diante de situações inovadoras, precisava fundamentar, tanto quanto lhe seja possível. Surge, nesse panorama, a maior dependência das decisões em relação aos argumentos jurídicos com vinculação constitucional (LARENZ, 1993; FREITAS FILHO, 2004; FREITAS FILHO, 2013).

Essas normas abertas, que vieram como proposta de prever acontecimentos inusitados, têm como característica o “[...] fato de não conterem uma dada conduta que possa ser direta e objetivamente verificada.” (FREITAS FILHO, 2004, p. 197). Elas possuem um tipo que não se define, mas sim se descreve. O seu tipo contempla várias situações casuais ante a vagueza dos seus elementos. Assim, como os seus elementos são vagos, genéricos, cumpre à comunidade jurídica, por meio de um conhecimento multidisciplinar, preencher o conteúdo de tais elementos conforme as circunstâncias dos casos específicos, tornando-os mais precisos. Não raras vezes, o exercício de interpretação de tais normas pode gerar uma regra concreta para o caso concreto. Essa modalidade de norma foi projetada com esse propósito (LARENZ, 1993). Em outras palavras, as normas abertas

[...] não enunciam uma determinada conduta, mas qualificam uma conduta. Das normas abertas, não é possível se aplicar o direito pela subsunção imediata do fato a elas, mas antes é necessário extrair-se delas uma regra que possa identificar uma conduta especificada em uma ação ou omissão. (FREITAS FILHO, 2004, p. 197).

97

As normas abertas apresentam subespécies: princípios e cláusulas gerais.

Os princípios são pautas que indicam preferências de valor dentro do ordenamento jurídico. Não são como regras fechadas, ou seja, imediatamente aplicáveis, uma vez que exigem fundamentação e justificações pautadas no Direito. Eles são a razão de decidir, qualificam a conduta, além de informar os valores que a qualificarão (FREITAS FILHO, 2004; DWORKIN, 2010).

Para Dworkin (2010), no âmbito dos princípios, necessariamente não existem consequências jurídicas automáticas quando preenchidas as condições de aplicabilidade. Os princípios possuem dimensões de peso, sendo que alguns são mais “pesados” ou mais “prevalentes” do que outros no caso de conflito ou concorrência entre os mesmos no momento da aplicação. Logo, cada princípio possui força relativa. O autor defende a aplicação dos princípios quando ocorre obscuridade ou omissão da lei. A solução para isso se encontra no campo moral. Quando dois princípios entram em choque de valores, cabe ao intérprete medir o peso ou a força de cada um para determinar qual deles irá predominar no caso concreto (DWORKIN, 1967; DWORKIN, 2010).

No processo de interpretação dos princípios, em vez de uma rele subsunção neutra do fato aos elementos contidos no texto da lei, o intérprete se orienta a partir de um pensamento guiado por valores (LARENZ, 1993; FREITAS FILHO, 2004).

Para Alexy (2006), os princípios são normas ou mandamentos de otimização que ordenam a realização de algo dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. Essas possibilidades dependem das regras colidentes, como também da ponderação de valores. De outro modo, os princípios “[...] podem ser cumpridos em diferentes graus e cuja medida de cumprimento não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, cujo âmbito é determinado pelos princípios e regras em sentido contrário.” (VALE, 2006, p.82).

No que tange à ponderação de valores ou ponderação de interesses, o choque de um princípio com outro de maior ou de menor peso, a depender do caso concreto, determinará a extensão da aplicabilidade principiológica. Cumpre salientar que, segundo o autor alemão, inexistente superioridade formal ou em abstrato de um princípio em relação ao outro (ALEXY, 2006).

Já quanto às cláusulas gerais, elas se apresentam de forma disjuntiva (se-então), detém uma linguagem de tessitura aberta, fluida ou vaga e exprime uma determinada espécie de conduta (não determinada de forma específica). As cláusulas gerais possuem diretrizes indeterminadas, não contém em seu corpo uma solução jurídica estabelecida como consequência, mas contém uma pauta de valores a serem preenchidas pelo intérprete. No aspecto silogístico se encontram acima e anterior quanto à conduta, à sanção ou ambas. Exemplos clássicos do direito civil quanto às cláusulas gerais são os termos como a probidade e a boa-fé (art. 422 do Código Civil Brasileiro). As cláusulas gerais não se confundem com os conceitos jurídicos indeterminados, estes que são palavras imprecisas, vagas, dúbias quanto ao seu significado. O exemplo clássico de conceito jurídico indeterminado é o termo “calvo”, pois é muito difícil se auferir objetivamente para saber a quantidade de fios de cabelo que a pessoa precisa ter ou não para ser considerada calva (CARRIÓ, 1990; MARTINS-COSTA, 1998; ABREU, 2005; FREITAS FILHO, 2009; DIDIER; BRAGA; OLIVEIRA, 2015).

Quanto às regras casuísticas (fechadas), estas contém definições conceituais claras em seu bojo mediante a indicação exaustiva de elementos a ponto de ser possível a subsunção² direta. Este modo de subsunção é possível, porque o caso concreto está

² Segundo o dicionário compacto de direito, subsunção é uma “[...] operação pela qual se considera um fato como incluído no âmbito de incidência de uma norma. Operação análoga à do silogismo, que toma a disposição legal

justamente previsto nos elementos definidos de modo evidente, não precisando de grandes valorações por parte do intérprete. As regras fechadas determinam a ação ou a omissão a ser realizada. Elas se apresentam de forma disjuntiva (se- então), exprimem uma conduta específica (impõem, permitem ou proíbem) determinada, com palavras descritivas. Aplicam-se por completo ou não. No aspecto silogístico, encontram-se na premissa maior. Estas normas com palavras ou expressões descritivas podem ser universalizadas e desde já aplicadas (LARENZ, 1993; CANOTILHO, 1998; GRAU, 2003; FREITAS FILHO, 2004; FREITAS FILHO, 2009).

Segundo Dworkin (2010), as regras fechadas seguem a lógica do tudo ou nada. Isso quer dizer que, se a regra estipula um determinado fato, ou ela é válida e a decisão a acata, ou ela é inválida e a regra será descartada da decisão, ou seja, não se aplica ao caso. Quando duas regras entram em rota de colisão, uma delas não é válida e deve ser abandonada no caso concreto ou reformulada (DWORKIN, 1967; DWORKIN, 2010).

Em balanço, conclui-se que as regras do tipo fechado configuram desde já um suporte fático e as consequências jurídicas possuem uma caracterização detalhada e delimitada. Elas são mandatos definitivos (determinações no plano fático e jurídico), aplicadas de maneira disjuntiva e seguem a lógica do tudo ou nada. O conflito entre as regras do tipo fechado ocorre no plano da validade e durante o confronto uma delas será declarada inválida ou poderá ocorrer a introdução de uma cláusula de exceção a uma das regras confrontantes. O modelo de aplicação das regras é por subsunção.

De outro modo, as regras fechadas se aplicam diretamente por subsunção, mas as normas do tipo aberto dependem de maior exercício interpretativo. Os órgãos estatais devem evitar de proferir decisões no sentido de aplicar normas abertas como se fossem normas fechadas. Isso abre margem para decisões imprecisas e que causam insegurança jurídica.

O outro efeito perigoso da má interpretação das normas abertas é o subjetivismo. Obviamente, todos os magistrados, aplicadores e intérpretes do direito possuem suas convicções políticas, ideológicas, morais e existenciais, no entanto deve se ter cautela para

como premissa maior.” (CUNHA, Sérgio Sérulo da. Dicionário compacto do direito. Editora Saraiva, 2003). Nesse sentido, “[...] as normas jurídicas existem para serem aplicadas por um órgão competente. Ocorre que, tendo em vista a abstração das normas, decorrente do seu processo generalizante, há um evidente afastamento entre a norma e a realidade. A aproximação entre as normas jurídicas e os fatos (aplicação do direito) é realizada por intermédio da figura do magistrado, ou seja, é pela ação do juiz que a norma abstrata se transforma numa disposição concreta, passando a reger uma determinada situação individual. Denomina-se subsunção este processo de aplicação do direito. Em outras palavras, é pela subsunção que a abstração contida na norma se aproxima da realidade fática.” Ver em ROCHA, Andréa Presas. O problema das antinomias na aplicação do Direito. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2494, 30 abril, 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14763>>. Acesso em: 22 out. 2018.

que essa subjetividade não contamine por completo a necessidade de racionalidade e de objetividade do sistema jurídico. Quando o subjetivismo toma todo o cenário, o julgador passa a decidir os casos de modo intuitivo, instintivamente, a partir de sua prática humana, para depois fundamentar essa razão subjetiva na lei, o que se denomina de decisões irracionais. Primeiro se deveria buscar a dedução do que está registrado nos diplomas legais. Não se deveria primeiro buscar a intuição ou alguma razão prática do próprio pensamento (ENGISCH, 1988; CAMBI; STIPP, 2016). Esse monopólio moral, de cunho subjetivista, por meio do manuseio inadequado das normas abertas, será tratado na próxima subseção.

4. O MONOPÓLIO MORAL POR TRÁS DO MANUSEAMENTO SUBJETIVISTA DAS NORMAS ABERTAS E O CONTROLE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Os juízes, nas últimas décadas, passaram a fundamentar suas decisões com princípios e normas constitucionais genéricas no lugar de regras jurídicas precisas e determinadas. Isso levou os julgadores a adotarem práticas que tatuam mais os seus próprios valores do que as do próprio legislador. Qual o resultado disso? Há uma leva de criação de regras até então inexistentes, contraditórias, revogação de regras jurídicas por magistrados, imposição ou pleitos de deveres jurídicos confusos, autoritários, arbitrários, irracionais, aleatórios e sem qualquer tipo precisão. O ambiente cheio de normas com cláusulas gerais e vagas (“razoabilidade”, “dignidade da pessoa humana”, “mínimo existencial”, “reserva do possível”, “superendividamento”) propiciou manipulações interpretativas (FREITAS FILHO, 2009; OLIVEIRA 2014; SILVA; FREITAS FILHO, 2017).

100

O Direito, no presente contexto, passa a ser um campo de luta instrumentalizado, tanto por parte dos cidadãos, quanto por parte dos que detém o poder. As violências podem ser justificadas atrás de uma semântica rebuscada, travestida de erudita, todavia manipulável por parte das autoridades públicas (SILVA; FREITAS FILHO, 2017).

Não se pode reduzir a realidade do Direito à mera representação subjetiva do intérprete. Pensar ao contrário é relegar o conhecimento jurídico aos estados de experiências pessoais e interiores dos magistrados e autoridades. Isso acaba desmerecendo o papel da doutrina, dos pesquisadores do direito, que servem para pesquisar quais valores imersos que orientam a sociedade e quais interpretações que hipoteticamente mais atendam o interesse social. Do mesmo modo, a prevalência da consciência interna da autoridade também faz perder o sentido do próprio papel do legislador. Para que servem as leis se os juízes decidem conforme sua própria consciência? (STRECK, 2008; STRECK, 2017).

Na jurisprudência nacional, citada por Streck (2017), há traços desses subjetivismos, onde juízes decidem conforme a consciência. No Superior Tribunal de Justiça: “Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência”.³ No Tribunal de Justiça de Minas Gerais: “Ao juiz, como destinatário da prova, e só a ele, cabe, diante de sua consciência, para proferir decisão, determinar a realização de nova perícia, ainda que, formalmente e à primeira vista, seja o lado anterior conclusivo e aparentemente idôneo”.⁴ Por fim, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina: “o juiz é o intérprete da consciência social, pois contrapõe a livre valoração moral à norma”.⁵

Essa posição voluntarista, mormente no campo judicial, vem também encontrando autores que a defendam. Segundo essa corrente, nos casos difíceis, os juízes possuem tanta margem de discricionariedade quanto os legisladores, e que os togados podem até fazer ponderações se colocando distante das hermenêuticas filosóficas. Sustentam também que a dignidade do Direito depende da dignidade dos magistrados. O ponto polêmico é que suas decisões tem potencial de refletir suas ideologias, crenças, frustrações, personalidade, temperamento, experiência de vida e expectativas (CAMBI; 2003; CAMBI, 2007; STRECK, 2017).

101

Ainda na posição voluntarista, Santos (2007) afirma que, para asseverar a imparcialidade do magistrado, este não pode ficar sujeito a nenhuma autoridade superior, pois o juiz é soberano, nada se sobreponha a ele, nem mesmo a lei. Portanova (2003), no mesmo sentido, reconhece que é difícil crer em algo que possa restringir a liberdade do juiz decidir como quiser e que nem mesmo as leis e princípios podem controlá-lo.

Conforme a práxis, muitos juízes acabam decidindo conforme sua consciência e depois buscam a lei como um verniz. Primeiro se tem a solução e após isso busca-se a lei para fundamentar. A decisão fica presa por um ato de vontade. Logo, se há vontade de condenar, o juiz irá condenar, se quiser absolver o réu, ele fá-lo-á, mesmo que tenha motivos legais ou não. Em caso de fundamentação por meio de norma com termos vagos, esse tipo de exercício fica mais fácil. Ao colocar a consciência ou a convicção pessoal como bússolas para guiar as normas, sobretudo quando há ausência de fundamentação pormenorizada, ou quando a fundamentação é apenas genérica, reles detalhe formalístico, o intérprete se desvia

³ HC 94.826/SP, julgado em 17/04/2008, DJe 05/05/2008.

⁴ AI 1.0000.00.167193-2/000 - MG, DJ 10/02/2000

⁵ Apelação Cível n. 98.003753-0/SC, DJ 03/08/2000

do caminho do sistema jurídico e entra pelo caminho da arbitrariedade. Ele, diante disso, assume uma posição pessoal alheia à lei e alheia ao sentimento de justiça da comunidade. Desse modo, as autoridades decidem com base nos desejos e não por critérios de constitucionalidade (GARAPON, 1996; BASTOS; MEYER –PFLUG, 2005; QUEIROZ, 2007; STRECK, 2017).

Essas decisões genéricas, que carecem de elementos descritivos, impossibilitam análises mais objetivas e aprofundadas, frustram a universalização e resultam em sentenças ou acórdãos diferentes para casos similares. O subjetivismo escondido nessas normas abertas mal fundamentadas agrava o quadro. Instaure-se, portanto, um ambiente de desconfiança e oposição entre o Estado e o cidadão. O poder judiciário acaba sendo visto como arbitrário e errático nas regulações da vida dos indivíduos. Isso reforça a naturalização de posturas de desprezo à regra como comando universal e isonômico. As cláusulas gerais e princípios não devem ser preenchidos totalmente no campo da subjetividade do magistrado, havendo uma espécie de “código do juiz” (STRECK, 2017; SILVA; FREITAS FILHO, 2017).

As simples fundamentações em termos genéricos, como, por exemplo, “com base na dignidade humana, decido nesse sentido”, sem construir a linha teórica sobre o que seria a dignidade humana e tampouco conectar os elementos fáticos do caso concreto com a correspondente linha, faz com que as decisões fiquem vazias e nada claras. O caso concreto fica despido de um sentido mais objetivo. Para agravar o cenário, essas expressões acabam recebendo um manto de enunciado performativo. Ou seja, a sua simples enunciação já é uma significação ampla que não necessita de mais explanações. Se não necessita mais de explanações, logo essas expressões vagas acabam sendo incontestadas e acima de quaisquer críticas, pois sua mera evocação já é bastante em si mesmo (BARCELLOS, 2008; STRECK, 2017).

Se existe esse déficit de fundamentação, não é possível o controle crítico da prática da autoridade judicial. Apenas é viável a apreciação crítica das decisões que contenham normas abertas, se na fundamentação contém um caminho lógico de como o julgador elencou e valorou os elementos descritivos. Sendo assim, Freitas Filho (2004) apresenta duas correntes teóricas sobre o controle crítico das decisões proferidas.

A primeira corrente, denominada de pensamento cético-decisionista, entende que inexistem nenhum critério crítico sobre as decisões proferidas, portanto a interpretação e a aplicação das normas abertas não são suscetíveis de qualquer controle. Desse modo, qualquer decisão será considerada válida, desde que proferida pela autoridade competente (FREITAS FILHO, 2004).

Noutro norte, como corrente oposta, existem os que afirmam ser possível a avaliação racional e crítico das decisões. Essa corrente é denominada por Freitas Filho (2004) por interpretativistas. Um dos maiores expoentes é o Dworkin (2010).

Nos casos difíceis, Dworkin (2010) propõe que, em vez do magistrado buscar de maneira retroativa os direitos por ele mesmo já criados, o juiz deve engendrar a sua sentença usando uma argumentação com base nos princípios. Esses princípios, segundo o autor americano, são valores imersos na comunidade. Dessa forma, cabe ao órgão julgador, ou então ao intérprete, buscar realizar um esforço de legitimação que exigirá do manuseador da lei a construção racional de uma tese fincada em normas extraídas dos valores morais da sociedade. Assim, fazendo um contraponto às posições subjetivistas, Dworkin não aposta em interpretações que partem única e exclusivamente no juiz, como se ele fosse o único capaz de assegurar a solidez do ordenamento jurídico (DWORKIN, 2010; OLIVEIRA, 2014; STRECK, 2017).

Nas palavras de STRECK: “Afinal, se o direito é aquilo que o judiciário diz que é, para que estudar? Para que pesquisar? Doutrina(r)? Para que(m)?” (STRECK, 2017, p. 91).

Embora não exista uma decisão cem por cento racional, é possível traçar alguns critérios que possam ter alguns lastros na racionalidade. Quando as decisões são tomadas, o intérprete deve se ater pela alteridade, especificamente no dever de preocupação com a situação do outro. Essa alteridade é compartilhada de forma natural na comunidade e deve ser exposta nos fundamentos decisórios, por meio de uma razão pública. Dessa forma, reside uma primeira justificativa racional e universal para se fundamentar uma razão prática, o que pode ser fundida com outros critérios históricos (FREITAS FILHO, 2004).

Outra forma de controle crítico de decisão, ou até mesmo de fundamento jurídico, segue a trilha do princípio da integridade teorizado por Dworkin (1999), que:

(...) vem a ser o compromisso do julgador com sua inserção histórica e valorativa. Considera a comunidade como um agente moral e defende que o princípio da integridade determina que deve haver coerência das decisões legislativas e judiciais com a herança vivencial de tal comunidade (FREITAS FILHO, 2004, p. 203).

Na lição de STRECK:

(...) a integridade é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas; coloca efetivos freios; através dessas comunidades de princípios, à atitudes solipsistas-voluntaristas (STRECK, 2017, p.101).

O intérprete, diante da situação fática, deve atentar pela não dependência de subjetividades assujeitadoras que possam transformá-lo em legislador que transcreva na caneta (legisla) as suas sensações. A racionalidade mais objetiva e a realidade não podem ser reduzidas aos conceitos e concepções do mundo de quem vai interpretar (STRECK, 2017).

Para se evitar esse caminho, o intérprete deve primar pela racionalidade, apontando minuciosamente o modo de como vai preencher as normas abertas, como realizará a ponderação de valores ou de que modo será guiado por eles. Isso diminui a margem para a fluência do superego judicial. O caminho do preenchimento e a realização da ponderação, portanto, devem respeitar a integridade e a coerência do direito dentro do sistema constitucional. Enfim, cabe ao autor da sentença mostrar ao leitor da referida peça processual qual caminho mental que percorreu e o que fez para que chegasse àquela conclusão. Expor tal caminho, obedece a integridade do sistema constitucional, sob pena de que a referida peça seja apenas um emaranhado de termos performáticos para ocultar atitudes meramente subjetivistas, em outras palavras, o superego do intérprete.

Assim sendo, encontra-se fora do campo da razoabilidade os processos interpretativos e decisórios embasados em meros atos de vontade, o que torna o direito arbitrário, sujeito à moral de um grupo, especificamente da elite que irá filtrar e aplicar a norma consoante o seu bel prazer. Perde-se, nesse contexto, o senso de justiça mais objetivo.

Por outro lado, Hart (2007) defende a autonomia judicial diante dos casos omissos, o que confere a ampla liberdade subjetiva para o juiz definir o que ele entende como razoável. Porém, esses subjetivismos podem gerar insegurança, instabilidade e imprevisibilidade judiciais e jurídicas. Além do mais, a moral que advém de um grupo seletivo, pode confrontar em face da moral dos grupos mais populares. Essas decisões das autoridades judiciais, enquanto atos discursivos, quando começam a sofrer pesada influência da visão pessoal do agente público, propiciam o prejuízo para a razão pública.⁶ (RAWLS, 1993; MARTIN; PIGNATARI, 2012; CAMBI; STIPP, 2016).

A questões jurídicas, em se tratando de decisões e interpretações dos órgãos estatais deveriam ser “[...] um ato racional e justificado, o que exclui a possibilidade de que o decidir se legitime por meio de um discurso fundamentado em puro arbítrio, em razões aleatórias ou

⁶ A razão pública significa que o judiciário deve explicar e justificar suas decisões conforme os valores morais e políticos da sociedade dentro dos limites estabelecidos pela Constituição democrática. Essa razão pública constitui o alicerce para as decisões judiciais e do Estado, pois “[...] parte de um ponto de vista comum para a vida pública, distanciando-se de visões individuais e particulares.” (CAMBI; STIPP, 2016, p. 315). Nesse sentido, ver em: SILVEIRA, Denis Coitinho. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. *Filosofia Unisinos*, vol. 10, jan./abr. 2009, p. 67-68.

irracionais.” (FREITAS FILHO; MUSSE, 2013, p. 48).

A cultura jurídica não mais comporta o ato mecânico ou matemático de subsumir os fatos às normas como se os textos normativos tivessem um sentido objetivo. O aplicador deve agir como se fosse um investigador, ou seja, ele deve investigar as motivações das partes e não pode simplesmente organizar um conhecimento a partir de uma tentativa de inserir os dados num sistema de relações matemáticas (FREITAS FILHO, 2009). Nesse diapasão:

Meu argumento é de que não é possível se aplicar as normas abertas com a utilização de uma dedução singela como se seu sentido como regra já pudesse ser extraído de seus elementos constituintes. Toda aplicação de uma norma aberta pressupõe o preenchimento de uma pauta valorativa e conceitual que não é auto-evidente a partir de sua leitura. Não é o caso de se desconsiderar a polissemia característica da linguagem natural como um elemento dificultador da aplicação da norma. Penso que é sempre necessário se determinar um sentido literal à norma, mas tal procedimento é bastante diferente quando se tem uma norma que contém a determinação de uma conduta (comissiva ou omissiva) ou quando, por outro lado, se lida com uma norma que adjetiva uma conduta, ou que aponta razões de decidir num ou noutro sentido (FREITAS FILHO, 2004, p.201).

O Código de Processo Civil de 2015 andou trilhando no caminho que diverge e se distancia de atos judiciais que possam implicar arbitrariedades, mormente aquelas que se escondem atrás de normas abertas:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença:
(...)

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O fenômeno jurídico deve ser pormenorizado, havendo uma fundamentação exaustiva (art. 93, inc. IX, CF), além da análise lógica e gramatical da linguagem. A aplicação do direito não se resume à uma mera subsunção de aplicação de uma regra. O que deve ser aplicado é todo o Direito, sendo apreciada toda a carga valorativa constitucional diante dos elementos fáticos trazidos pelo caso específico. A aplicação de normas isoladas

não mais é o suficiente. O consenso de Justiça deve se estender além dos limites da subjetividade do intérprete, além do superego.

Em outras palavras, o magistrado precisa observar o sentido da principiologia constitucional, a história dos precedentes que guarda alguma semelhança com o caso concreto, a dimensão sistemática do ordenamento jurídico e a dialética entre as posições dos estudiosos do Direito. Logo, ao analisar o texto, o agente público não pode justificar com qualquer palavra ao seu talante, agindo de maneira arbitrária, como se as regras e os princípios fossem suas propriedades privadas, podendo usá-las de modo pessoal, transmitindo a sua moral que julga como saudável para as relações sociais que reputa como imperfeitas ou deturpadas.

5. CONCLUSÃO

Diante do que foi coletado nesta pesquisa bibliográfica, o superego judicial consiste quando o Poder Judiciário passa a ser o baluarte das decisões morais da sociedade, chegando até mesmo a ocupar o centro de decisões políticas da população, o que pode gerar um desequilíbrio entre os poderes. Dentro desse molde, os julgadores, que ocupam o topo em termo de “autoridade perita em sábias decisões”, passam a infantilizar a sociedade, tratando-a como um ente incapaz de decidir por si mesmo por meio do voto. Portanto, o Poder Judiciário assume a função grande pai que sabe o que é o melhor para os seus jurisdicionados. A relação paternalista, nesse contexto, é consumada.

106

O ponto problemático, ao colocar esse superpoder e esse superego nas mãos de uma elite togada, os valores morais advindos de cima pode colidir com os valores morais dos grupos mais populares. A oposição entre o Estado e boa parcela dos cidadãos é instaurada. Diante dessa problemática, surgem duas questões. Como o superego pode ser potencializado? Existem meios para suavizar o domínio moral de cunho subjetivista do julgador em face do restante da população?

O superego é potencializado quando as normas abertas são aplicadas de maneira performática, por subsunção direta, ou seja, elas são aplicadas ao talante das preferências morais do julgador. Para se evitar o demasiado subjetivismo, o primeiro passo é que, obviamente, o magistrado deve deixar de aplicar as normas abertas como se fechadas fossem. O segundo passo, a autoridade judicial deve descrever em suas decisões o caminho lógico que ele percorreu até a sua conclusão interpretativa, relacionando os conceitos teóricos com os fatos descritos nos autos de maneira pormenorizada.

O terceiro passo é que o juiz deve respeitar a integridade do direito, no sentido de produzir uma decisão coerente com o conjunto moral advindo das leis do Estado e por conseguinte com os valores morais imersos da comunidade. Esse processo interpretativo, ao mesmo tempo, deve se ater pela alteridade, mormente no dever de preocupação de se colocar na situação das partes jurisdicionadas. Assim, o julgador deve investigar as motivações das condutas descritas no bojo do processo.

O quarto passo, para fins de maior controle das decisões, o julgador deve verificar se a história dos precedentes que guarda alguma conexão com o caso concreto. Por fim, cumpre ao magistrado ponderar a dialética entre as posições dos estudiosos do Direito dentro da dimensão sistemática constitucional do ordenamento jurídico.

Portanto, os membros do Judiciário devem analisar os casos concretos com uma visão mais objetiva e menos subjetiva na medida do possível. De outro modo, esses membros, enquanto detentores de poder político em certa medida, não devem impor seus valores para toda uma comunidade, mas, sim, devem tentar convencê-la por meio de argumentos racionais. O convencimento só se constrói com motivações sucintas, argumentativas, apontando o caminho de sua construção, uma vez que todos os atores políticos devem prestar contas para uma sociedade democrática de forma mais clara possível.

107

REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Valle. Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6674>. Acesso em: 1 jul. 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Ponderación, control de constitucionalidad y representación**. Buenos Aires: La Ley, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de et al. **A nova interpretação constitucional**. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. THEMIS: **Revista da EsmeC/ Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará**. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, 2006. Disponível em: <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/241/232>. Acesso em: 13 maio 2020.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Maus e o Judiciário como Superego de uma**

Sociedade Órfã: Direito e Moral, Princípios e Valores em Dworkin e Alexy. 2004.

_____. Ingeborg Maus e o Judiciário como superego da sociedade. **Revista CEJ**, v. 9, n. 30, p. 10-12, 2005

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. A interpretação como fator de desenvolvimento e atualização das normas constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 14 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 15 set. 2018.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil:** compreensão crítica. Curitiba: Juruá, 2003.

_____. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **PANOPTICA (em reformulação)**, v. 2, n. 2, p. 1-44, 2007.

_____; STIPP, Luna. Hermenêutica flexível e discricionariedade judicial. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 11, n. 1, p. 304-319, 2016.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo Poder Judiciário. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

108

CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional**. Teoria da Constituição. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, M. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRIÓ, Genaro R. et al. Notas sobre derecho y lenguaje. 1990. Disponível em: <https://p3.usal.edu.ar/index.php/aequitasvirtual/article/view/2080/2618>. Acesso em 20 jul. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade: limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, v. 51, n. 202, abr.-jun. 2014, p. 159 – 179.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil:** mito fundador e sociedade autoritária. São Paulo: editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Dicionário compacto do direito**. São Paulo: Saraiva, 2003

DIDIER JR; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. **The University of Chicago Law Review**, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/1598947?seq=1#page_scan_tab_contents . Acesso em 04 nov. 2018.

_____. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência?. **Revista Usp**, n. 21, p. 12-21, 1994.

FREITAS FILHO, Roberto. O ensino jurídico e a mudança do modelo normativo Normas fechadas x normas abertas. **Revista de informação legislativa**, n. 164, p. 191, 2004.

_____. **Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.

_____. As normas abertas e o método do ensino jurídico. In: GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Marina. (Coords). **Ensino do Direito em Debate**. São Paulo: Direito GV, 2013.

_____. MUSSE, Luciana Barbosa. PRODI, Projeto Direito Integral: uma resposta à crise do ensino jurídico brasileiro. *Universitas Jus*, v. 24, n. 2, 2013.

FREUD, Sigmund. **Além do princípio do prazer** (1920). Rio de Janeiro: Imago, 1976.

_____. **Totem e tabu e outros trabalhos**. Tradução de Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

GALANTE, Elisa Helena Lesqueves; PEDRA, Adriano Sant’Ana. O judiciário brasileiro como superego da sociedade: uma crítica sobre a usurpação da compreensão dos valores de uma sociedade. **Conpedi Law Review**, v. 1, n. 14, p. 84-99, 2016.

GARAPON, Antoine. **O guardador de Promessas: Justiça e Democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

_____. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**:(interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. Lisboa: Colouste Gulbenkian, 2007.

LARENZ, Karl, **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

MARTIN, Andreia Garcia; PIGNATARI, Nínive Daniela Guimaraes. **A decisão Judicial sob a perspectiva do princípio da prevalência dos direitos humanos**: A humanização da hermenêutica judicial. Birigui: Boreal, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um "Sistema em Construção"(As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro). **Revista da Faculdade de Direito**, v. 15, n. 15, 1998.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na "sociedade órfã". **Novos estudos CEBRAP**, v. 58, p. 183-202, 2000.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. In: **Revista Brasileira de Direito Público-RBDP**, ano 9, n. 32, janeiro/março 2011, Editora Fórum, pp. 163-207.

OLIVEIRA, Vitor Costa. Segurança jurídica e legitimidade do direito na hermenêutica aberta. **Revista Curso de direito**, v.14, n.1, 2014.

PEREIRA, Daniel Nunes; NETTO, Fernando Gama De Miranda. Superego e supremacia judicial na justiça constitucional. *Libertas*: **Revista de Pesquisa em Direito**, v. 1, n. 2, 2015

PERVIN, A; JOHN, P. **Personalidade**: teoria e pesquisa. Porto Alegre: Artmed, 2004.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

110

QUEIROZ, Paulo. O que é Direito? 2007. Disponível em: <http://www.pauloqueiroz.net/o-que-e-o-direito>. Acesso em: 03 nov. 2018.

RAWLS, John. **Liberalismo político**. São Paulo: Ática, 1993.

ROCHA, Andréa Presas. O problema das antinomias na aplicação do Direito. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2494, 30 abril. 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14763>. Acesso em: 22 out. 2018.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**: processo de conhecimento. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.

SIERRA, Vânia Morales. A judicialização da política no Brasil e a atuação do assistente social na justiça. **Revista Katálisis**, v. 14, n. 2, p. 256-264, 2011.

SILVA, Frederico Augusto Barbosa de; FREITAS FILHO, Roberto. O judiciário cordial, a violência e a corrupção na América Latina. **Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor**, v. 4, n. 1 JAN/JUN, p. 342-368, 2017.

SILVEIRA, Denis Coitinho. O papel da razão pública na teoria da justiça de Rawls. **Filosofia Unisinos**, v. 10, n. 1, p. 65-78, 2009.

SOUSA, Monica Teresa Costa; PEREIRA, Paulo Fernando Soares. Juízes administradores? O

martelo que nem tudo pode: a explosão dos novos direitos e o triunfo da judicialização. In: BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos; MAILLART, Adriana Sila; TAVARES NETO, José Querino (Orgs.). Acesso à Justiça I - XXIII Encontro Nacional do CONPEDI/UFPB. A humanização do direito e a horizontalização da justiça no século XXI. 1ed. Florianópolis: **CONPEDI - Conselho Nacional de Pós-Graduação em Direito**, 2014, v. A174, p. 89- 112

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4.227/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Dj: 05/05/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 1 jul. 2020.

_____. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: ADI 4.983/CE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dj: 06/10/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 1 jul. 2020.

_____. ARGUIÇÃO DE DESCOMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 54/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. Dj: 12/04/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 1 jul. 2020.

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 898.060/SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Dj: 29/05/2019. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>. Acesso em: 1 jul. 2020.

111

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **O que é isto**—decido conforme minha consciência? rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

VALE, André Rufino do. A estrutura das normas de direitos fundamentais. 2006. 286p. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/33531860.pdf>. Acesso em: 10 out. 2018.

VIANNA, Luiz Werneck. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.