

Fernando Galvão de Andréa Ferreira
Professor Titular da UniSãoSJosé

RESUMO:

A presente investigação se situa na intersecção entre Psicologia e Direito, em especial, na relação entre a noção de inconsciente, segundo a concepção de C.G. Jung, e a de racionalidade jurídica.

Palavras-chaves: Teoria do Direito, racionalidade, inconsciente, Jung

ABSTRACT:

The present investigation is located at the intersection between Psychology and Law, in particular, in the relationship between the notion of the unconscious, according to the conception of C.G. Jung, and that of legal rationality.

Keywords Theory of Law, rationality, unconscious, Jung

1. Introdução

O presente texto é o primeiro de uma trilogia, constituindo resultado parcial de investigação sobre a interlocução entre o *Direito*, em sua função precípua de solucionar conflitos sociais, e a *psicologia*, especificamente em seu viés representado pelo pensamento de C. G. Jung. Neste sentido, será abordado o modo como a psicologia interpela o discurso jurídico e suas verdades, extraindo-se daí algumas contribuições, principalmente no que se refere às pretensões de racionalidade da ciência do Direito.

O olhar que se pretende impor será, fundamentalmente, externo, interdisciplinar, fundado na crença de que o Direito não basta a si próprio e que, diante da complexidade da sociedade atual, denominada de pós-moderna, as respostas devem servir como marco para novas investigações.

Nesta linha, procurar-se-á demonstrar os efeitos, que devem se irradiar sobre o pensamento jurídico, produzidos pelo desenvolvimento da psicologia, principalmente a de matriz junguiana, em razão do descentramento do sujeito, inscrito até então nos registros da consciência e do eu¹.

Como se percebe, a interpelação do Direito não se dará, da maneira como faz o movimento denominado de “*filosofia moral experimental*”, que, partindo de uma abordagem empírica, procura dar uma explicação psicológica para dilemas, que surgem principalmente nos processos de julgamento (*i.e. tomada de decisão*), tanto jurídico quanto moral, indicando serem estes o resultado de meros conflitos entre processos psicológicos dissociáveis, conforme comprovação fornecida pela neurociência cognitiva e social².

Por outro lado, a partir da crítica de Miguel Reale³, a presente investigação não se filiara também ao chamado *Psicologismo Jurídico*, que, em última instância, reduz o Direito a um mero capítulo da Psicologia, ignorando inclusive a própria dimensão normativa do primeiro.

Tem-se, pois, como objetivo principal investigar, à luz da psicologia junguiana, o *papel do inconsciente* no campo do Direito, desconsiderado pelo pensamento jurídico hegemônico, de modo a pontuar os limites da racionalidade jurídica.

Esboçado estes contornos iniciais, cabe frisar que esta pesquisa deita raízes em correntes do pensamento, que se insurgiram contra a tradição moderna, de origem renascentista, e que significara, especificamente no campo do Direito, a instauração de um novo paradigma, a partir da redescoberta

1 Proposta semelhante apresenta Joel Birman, quando discute a relação entre o discurso filosófico e o psicanalítico, destacando a contribuição de Freud. Cf. BIRMAN, Joel. *Freud e a Filosofia*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

2 Cf. “Encontrando falhas: como dilemas morais iluminam a estruturas cognitivas”. CUSHMAN, Fiery. in *Ética e Realidade atual - implicações da abordagem experimental*, Rio de Janeiro: PUC, 2011-p. 9 e seguintes

3 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, SP: Saraiva, 1962, p. 162

do direito romano, e cujo ápice se dera no contexto da Revolução Francesa, sob inspiração iluminista. - merece destaque o pensamento de Montesquieu, em seu célebre *Le Sprit de Lois*, por seus inúmeros reflexos (processo de codificação).

Como se sabe, um dos pilares sobre o qual se funda o Estado de Direito, noção herdada do Iluminismo, é o da separação dos poderes. Neste quadro, deve a atuação do principal operador do Direito, que é o magistrado, pautar-se pela imparcialidade e pela neutralidade,

Tais postulados se traduzem, obrigatoriamente, na submissão da atividade do juiz aos ditames da racionalidade, principalmente quando se trata do *ato de aplicação* das normas jurídicas, que põe fim ao processo judicial. Neste caso, esta racionalidade evidencia-se na possibilidade de fundamentação da decisão, que deixa, desse modo, de ser meramente arbitrária.

Daí a necessidade de se investigar o papel do inconsciente na realização daquele mister, com o objetivo de averiguar se existe algo de irracional em uma decisão judicial. Destaque-se que esta pesquisa não pretende provar a impossibilidade de fundamentação racional, mas se esta tem o condão de afastar o que há de simbólico e emocional na prática daquele ato pelo juiz

Os resultados da investigação serão apresentados em três textos:

O primeiro trata das contribuições da psicologia, em especial da descoberta do inconsciente, bem como da noção de *arquétipo* e de *mito*.

O segundo versará sobre a quimera da racionalização do direito e a criação de uma ciência do direito.

O terceiro, por sua vez, apresentará contribuições da psicologia dinâmica de Jung para a resolução destas questões, principalmente no que se refere à leitura junguiana do ato de julgar. Além de algumas conclusões.

2. A importância da descoberta do inconsciente

Como bem observa Joel Birman⁴, em obra em que analisa a relação entre filosofia e psicanálise, a tradição moderna da filosofia, inaugurada com Descartes, foi questionada pela psicanálise, na medida em que esta formulou o descentramento do sujeito, ao postular a existência do inconsciente. Colocava-se, desse modo, em xeque aquela corrente, que se assentava na idéia de que o sujeito estaria sempre inscrito no campo da consciência e se enunciaria segundo o registro do Eu.

Destaca Freud, em sua obra *Cinco Lições sobre a Psicanálise, vol. XVI das Obras completas*,

4 BIRMAN, Joel. *Freud e a Filosofia*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

Rio de Janeiro, Imago, 1988, p. 15:

“A psicanálise propõe mostrar que o Eu não somente não é senhor na sua própria casa, mas também está reduzido a contentar-se com informações raras e fragmentadas daquilo que se passa fora da consciência, no restante da vida psíquica[...] A divisão do psíquico num psíquico consciente e num psíquico inconsciente constitui a premissa fundamental da psicanálise, sem a qual ela seria incapaz de compreender os processos patológicos, tão freqüentes e tão graves, da vida psíquica e fazê-los entrar no quadro da ciência[...]. A psicanálise se recusa a considerar a consciência como constituindo a essência da vida psíquica, mas nela vê apenas uma qualidade desta, podendo coexistir com outras qualidades e até mesmo faltar”.

Ressalta Birman que a psicanálise, principalmente em seu viés freudiano, adquiriu certa ojeriza ao discurso filosófico, eis que este se contrapunha às pretensões científicas da primeira, bem com a seu compromisso com o real.

Neste sentido, cabe destacar a crítica ácida, feita pro Freud, em *Totem e Tabu*, ao relacionar formas de discurso, como, por exemplo, o da filosofia, e psicopatologias, como o delírio paranóico, já que, em ambas, estaria presente uma ordenação lógica perfeita, calcada em uma base falsa, isto é, inexistiria uma articulação entre representação-palavra e representação-coisa. O discurso é tecido apenas em torno das palavras sem se preocupar com o registro das coisas.

Em ambos os casos, a subjetividade manteria as palavras sem submeter o discurso ao imperativo do teste da realidade.

Daí a rejeição, ainda segundo Birman⁵, do discurso freudiano à filosofia, na medida em que a questão ficava centrada na pretensão da fundação da psicanálise como saber. E isto vinha pautando o tom desta interlocução, impulsionada sempre por razões epistemológicas (*i.e.* definição da legitimidade teórica do território da psicanálise e sua ruptura conceptual com a neuropatologia e a psicologia, da segunda metade de século XIX).

Ora, enfatiza Birman que a invenção da psicanálise como saber se realiza pela formação da existência do inconsciente, como outro registro psíquico, ao lado do da consciência.

Contrapunha-se, desse modo, à psiquiatria, compreendida como saber voltado para o tratamento de perturbações mentais, em asilos, pelos portadores destas doenças, isto é, de enfermidades, como outras descritas pela medicina somática. A psiquiatria, desde seu surgimento, pretendia reivindicar o *status* de uma especialidade médica⁶ ao lado de outras.

A discussão, que surge, então, refere-se à efetivação desta possibilidade para o saber psiquiátrico, na medida em que os casos de alienação mental não satisfaziam os critérios, propostos

5 BIRMAN, Joel. op.cit.

6 BIRMAN, Joel. op.cit – p. 18

e exigidos pela medicina somática, fundados na racionalidade anátomo-clínica, segundo a qual as enfermidades se materializariam em lesões anatômicas, explicando-se, assim, os diversos sintomas.⁷

A inexistência de lesão no cérebro dos portadores de alienação mental dificultava a aceitação deste novo saber, favorecendo, em vez desta leitura somática, uma leitura moral, como fora enunciada por Pinel e Esquirol⁸, que atribuíam o problema às paixões excessivas e não a lesões. Daí a necessidade de tratamento moral, como forma de desalienação mental - (a alienação ou perturbação da razão passam a ser o paradigma da loucura, superando o da demência incurável, vista até então como perda irrecuperável da razão).

Importa que, seja para os adeptos da causalidade moral seja para os da somática, inclusive para os que aderiram às hipóteses biológicas, a psiquiatria estava ainda restrita ao registro da consciência - (a perturbação psíquica como epifenômeno de alterações das estruturas cerebrais)⁹.

De outra banda, mas também no mesmo sentido, caminhava a psicologia clássica, centrada no estudo das faculdades mentais, como percepção, memória entendimento - inscritas no campo da consciência .

Sobre este tópico, arremata Birman¹⁰, de forma lapidar: “*A subjetividade estava fundada na consciência, e nela se inscrevia o eu.*”

Era, pois, o prolongamento da tradição cartesiana, que havia atrelado o *cogito* ao pensamento, lugar por excelência da certeza da subjetividade. Privilegiava-se o *entendimento* em detrimento da *imaginação*, vista de modo negativo, como lugar do erro, dos devaneios, que afastavam a racionalidade do reto caminho do conhecimento.

A preocupação então se resumia às questões referentes à cognição e à produção do conhecimento.

Ora, a experiência da loucura se revelava na existência de delírios e alucinações, o primeiro, como assinala Birman¹¹, era visto como sendo um juízo errôneo e o segundo como uma falsa percepção da realidade.

Dentro deste quadro, continua Birman, tanto psiquiatria quanto psicologia clássica limitavam a leitura das perturbações mentais à oposição *verdadeiro/falso*, inexistindo qualquer positividade na experiência da loucura, na qual uma subjetividade, definida como restrita à consciência, nada diria, já que o critério da adequação do “eu” com os objetos do mundo era o único a ser considerado.

7 Neste sentido, cf. Foucault, em sua obra “O Nascimento da Clínica”.

8 Apud Birman, Joel. op.cit. – p. 19

9 BIRMAN, Joel. op.cit - p.21

10 BIRMAN, Joel. op.cit

11 BIRMAN, Joel. op.cit, p. 23

Destaca Birman que, rompendo de forma radical com esta situação, a psicanálise promoveu subversão no campo da *psique*, ao realizar o deslocamento da problemática da loucura do registro da consciência para o da produção de sentido, vinculado ao conceito de inconsciente (p. 25), a partir da análise da questão da histeria, em que, como se sabe, há sintomas sem que haja, porém, evidências de lesão anatômicas.

Apesar disso, segundo Birman, Freud teria procurado mostrar que a histeria não seria uma fraude, sem que isso o levasse a aceitar a postulação de Charcot de que, no futuro, as pesquisas biológicas iriam comprovar sua positividade, identificando as respectivas lesões.

Freud defendeu a existência de uma região psíquica, que estaria fora da consciência e do controle do “Eu”. De acordo com seu pensamento, mecanismos de defesa promoveriam a divisão da consciência, em virtude de uma experiência traumática, expulsando as representações desprazerosas, que, deslocadas para uma segunda consciência, retornariam como sintomas somáticos. Era a subjetividade se expressando de forma positiva.

Neste contexto, a investigação psicanalítica se transforma em uma arqueologia do sentido, na medida em que entende ser esta segunda consciência um arquivo, que seria constituído por uma forma de escrita psíquica, (p. 33)

Apesar de, em um momento inicial, ter aderido à psicanálise de Freud, C.G.Jung traçou caminho próprio, que será a seguir debuxado, em suas linhas principais, enfatizando-se aqueles aspectos, que guardam pertinência direta com o tema, já delineado deste trabalho.

Em breve esboço histórico, sobre a formação da psicologia dinâmica, destaca Bernardi¹² que Jung teve, como um de seus pontos de partida, alguns dos avanços promovidos por Eugene Bleuler, em investigação sobre a *demência precoce*, que acabavam por superar o esquema dominante da psiquiatria então vigente, que considerava a fala do demente um *non sense*¹³, desprovida de sentido, por não estar submetida ao imperativo da realidade. Daí porque a psiquiatria adotava, como procedimento padrão, após identificação da perturbação por meio do diagnóstico, um dos meios terapêuticos mais adequados, “*alguns de gosto duvidoso, tão fantásticos e mesmo absurdos*”.

Por discordar deste entendimento, Bleuler, após realizar suas pesquisas, rebatizou a demência precoce de *esquizofrenia*, identificando como um de seus sintomas principais a dissociação do pensamento. Em face disso, passou a desenvolver, com seus pacientes, *testes de associação de palavras*, como havia sido proposto inicialmente por Wilhelm Wundt.

Uma distinção importante entre esta forma de trabalhar e aquela praticada pela psiquiatria

12 BERNARDI, Carlos. Revista Psique Especial. Disponível em: < <http://carlosbernardi.net/>>. Acesso em 16 de junho de 2012

13 Bernardi cita o exemplo de uma mulher que, ao ser indagada, dizia-se chamar Sócrates

tradicional, é que esta procurava “*abstrair-se da personalidade do doente, contentando-se com a descrição de sintomas e de dados estatísticos*”, em suma, os médicos não se ocupavam da pessoa do paciente¹⁴.

Insurgindo-se contra este procedimento, e na esteira do pensamento de Bleuler, afirmava Jung que o mais importante eram, efetivamente, as diversas reações, produzidas em razão dos testes realizados, e medidas por um aparelho, denominado de galvanômetro¹⁵, capaz de identificar as perturbações de caráter idiossincrático (*i.e.* diferença no tempo de reação, falta de reação, forte reação). Tal experimento permitia, ao final, concluir que as palavras indutoras deveriam tocar em algum conteúdo desconhecido, denominado por Jung de **complexo de tonalidade afetiva**, constituído por conjunto de imagens ligadas a uma emoção .

Sobre o ponto, assevera Bernardi: “*Os complexos são como arquivos onde armazenamos nossas vivências*”¹⁶

Para entender a formação destes **complexos**, dotados de carga afetiva específica, ou de outro jeito, o modo pelo qual estes arquivos são produzidos, ingressa Jung no campo da lingüística, analisando o processo de associação de palavras, que, segundo constata, se dá de duas formas fundamentais, a saber: 1) por semelhança ou 2) por proximidade . A primeira, também conhecida, como **metáfora**, consiste na reunião de dois elementos, baseada na existência de algo comum entre eles. (*o exemplo aqui é o da reação negativa, que se tem quando acreditamos que determinada pessoa, simplesmente por ser seu chefe, ocupando assim posição de autoridade semelhante a de seu pai, agirá da mesma forma agressiva e injusta que este agia*). Já a segunda se dá por meio do fenômeno chamado de **metonímia**, em que associamos, por exemplo, uma cor a algo bom, e toda vez que vemos a cor sentimos algo bom ou agradável (*v.g. o caso da pessoa que, tendo uma mãe bondosa e que se vestia geralmente com roupas da cor verde, passa associar o verde a algo bom*).

Não podemos esquecer que foi pelo emprego do processo de associação, acima referido, considerado método experimental-científico, que Freud acreditava ter Jung comprovado a veracidade das teses psicanalíticas, inclusive no que concerne a existência do inconsciente.

Dando um passo diante, Jung procurou aplicar o mesmo método à linguagem dos esquizofrênicos¹⁷.

A forma como isso se deu é esclarecida por Bernardi¹⁸, ao citar o caso da paciente BABETTE

14 JUNG, C.G. Memórias sonhos e reflexões, São Paulo: Nova Fronteira, 1975 p. 149

15 Ainda em voga, o mencionado aparelho é conhecido em nossos dias como “detector de mentiras”.

16 BERNARDI, Carlos. op.cit – p.33

17 BERNARDI, Carlos. op.cit – p. 34

18 BERNARDI, Carlos. op.cit – p.34

S., interna em Burgholzi, e que foi submetida ao teste de associação de palavras, capaz de fazer emergir o conteúdo da linguagem, aparentemente sem sentido, daquela mulher, considerada esquizofrênica. Em seu diagnóstico, conclui Jung que, ao se dizer “Sócrates”, a mesma revelava uma compensação para seu complexo de inferioridade, já que ela se considerava tão boa costureira quanto aquele era filósofo. Ambos haviam sido injustiçados. Neste caso, Jung considerou que o doentio consistia exatamente na identificação total da paciente com Sócrates .

A eloquência das imagens e delírios, na esquizofrenia, permitiu que Jung percebesse a presença de temas míticos passíveis de serem classificados em uma tipologia.

Em trabalho específico, em que investiga o estatuto da imagem no pensamento de Jung, Bernardi¹⁹ ao indicar a importância desta noção, assinala que seu caráter central, na teoria junguiana, pode ser verificado na fórmula que caracteriza o psiquismo: **psique=imagem**, com o que Jung enfatiza que os conteúdos psíquicos são sempre imagéticos.

Ressalte-se que, para Jung, a imagem deve ser entendida como expressão poética, sendo por isso da ordem tropológica, ou seja, são *metáforas* e *metonímias*, não havendo uma identidade entre imagem interna e referente externo.

Conclui Bernardi:

“Imagem é, portanto, distanciamento. Se sonho, digamos, com um gato, com o gato da minha tia, por exemplo, este gato não será pura e simplesmente a reprodução fiel daquele gato, mas será o gato-da-minha-tia adulterado, transformado tropologicamente, na medida em que é trazido para um outro contexto. Poderia formular estas questões: O que estará fazendo o gato-da-minha-tia aqui? Onde é aqui? Qual a relação (poética) entre o gato-da-minha-tia e aqui? Conseqüentemente, já não sei de que gato se trata. Esta forma de pensar a imagem psíquica caminha lado a lado com as teorizações de Gaston Bachelard sobre a imagem poética e seu “órgão”, a imaginação”.

Dai Bernardi invocar, em apoio a sua tese, a lição de Bachelard para dizer:

“Pretende-se sempre que a imaginação seja a faculdade de formar imagens. Ora, ela é antes a faculdade de deformar as imagens fornecidas pela percepção, é sobretudo a faculdade de libertar-nos das imagens primeiras, de mudar as imagens. Se não há mudança de imagem, união inesperada das imagens, não há ação imaginante. Se uma imagem presente não faz pensar numa imagem ausente, se uma imagem ocasional não determina uma prodigalidade de imagens aberrantes, uma explosão de imagens, não há imaginação. Há percepção, lembrança de uma percepção, memória familiar, hábito das cores e das formas. (Bachelard, O Ar e os Sonhos, pág. 1)”.

19 BERNARDI, Carlos. “O Estatuto da Imagem na Psicologia Junguiana” in Imaginario e Estética: da arte de fazer psicologia, comunicação e cinema. GOUVEA, Alvaro(org.). Rio de Janeiro: Puc-Rio, 2008 – p. 81 e seguintes

As imagens surgem, pois, como *símbolos*, que sempre se mostram como “desafio à nossa reflexão e compreensão”, e cuja constituição, como fala Jung, deve ser inexpugnável, eis que ao serem decifrados perdem sua característica de *enigma*, tornando-se meros signos ou sinais.

Encerra então Bernardi²⁰, dizendo:

“Essa atitude, no entender de Jung, requer um movimento de sacralidade diante das imagens. É justamente isso que ele chama de religião. Para entendermos esse movimento é preciso lembrar que Jung trabalha com uma etimologia específica de religião, aquela desenvolvida por Cícero que afirma que religião vem de religere, a observação atenta e cuidadosa de algo. Enquanto considerar a imagem, no caso a personagem, como apenas um produto da imaginação não há como existir esta fé psicológica ou esta capacidade negativa. Deve ocorrer, por parte do ego uma atitude de sacralidade para com as produções do inconsciente, como se tivessem sido enviados por Deus, entendendo Deus como a expressão máxima da alteridade do outro, o absolutamente outro. De qualquer modo, não estamos lidando com realidades metafísicas ou discussões teológicas, mesmo que isto seja sentido como uma perda”.

Aprofundando seus estudos, Jung percebe que a teoria psicanalítica freudiana, formulada com base em casos de histeria, mostrava-se limitada para explicar *as manifestações de delírio e alucinações dos esquizofrênicos*, já que seus pacientes se expressavam de modo diferente daqueles referidos por Freud, valendo-se, em sua linguagem, de imagens e personagens míticos.

Arremata Bernardi²¹:

“... Semelhantes aos mitos construídos nos primórdios da história da civilização . O relato [dos esquizofrênicos] se aproximava ao de uma epopéia. O distanciamento da realidade e a alteração da consciência criavam as condições para que a imaginação se soltasse e perambulasse pelos mais profundos recônditos da alma

O ‘era uma vez’ ainda não tinha sido substituído pelo ‘isso não existe’. “²²

Neste passo, ligada a origem destas imagens míticas, surge a noção de *arquétipos*, entendidos como “*estruturas fundamentais do psiquismo humano, elementos comuns a espécie humana e não apenas a um grupo étnico ou outro*”, construídos ao longo da evolução do homem e correspondentes às suas vivências básicas²³.

Outra noção fundamental do pensamento junguiano é a resultante da construção do conceito de inconsciente coletivo como estrutura psíquica herdada da evolução da humanidade, renascida em cada indivíduo e que contém padrões de funcionamento que dão a nossa espécie qualidades

20 BERNARDI, Carlos. op.cit

21 BERNARDI, Carlos. op.cit – p.34

22 BERNARDI, Carlos. op.cit – p. 35

23 BERNARDI, Carlos. op.cit. – p.36

específicas²⁴. Trata-se de conceito empírico que deve ser equiparado ao de instinto²⁵.

Como mostra Bernardi²⁶ o *arquétipo* é uma disposição para manifestação de certo tipo de imagens ou comportamentos, que irão se atualizar de diferentes formas. Os mitos gregos, por exemplo, não estão em nosso inconsciente coletivo, apenas possuímos os elementos que permitiram que aquele povo tecesse seus mitos, de acordo com o contexto sócio-cultural, em que estava inserido.

Daí a importância dos trabalhos de Nise da Silveira, que havia sido orientada por Jung a estudar os mitos, a fim de que se acostumasse com a linguagem que brota dessa profundidade.

Cite-se, à guisa de exemplo, uma narrativa mítica associada a uma experiência arquetípica fundamental que é a da *mandala*, cuja estrutura, circular, rígida e perfeita, transmite segurança inerente a um estado de ordem.

Isto ocorre com o indivíduo, que, dilacerado pela angústia e pelo conflito, é ajudado pelo psiquismo inconsciente, que produz espontaneamente imagens de ordem, que aparecem assim como forma de compensação. Não é cura, mas apenas a reestruturação momentânea da consciência do paciente, com a preservação de um estado mínimo de coerência egóica.

Em síntese, os arquétipos consistiram em predisposições humanas típicas para agir, pensar, sentir, sendo que cada pessoa, na sua individualidade.

3. Conclusões (preliminares)

Seria possível se atribuir ao juiz a realização de um julgamento calcado exclusivamente em um raciocínio consciente, como insiste a moderna ciência do direito.

Somente uma investigação, com base nas contribuições do pensamento de Jung, poderá realizar uma correta leitura dos aspectos míticos envolvidos no ato de julgar.

Em uma análise preliminar, percebe-se que o simbolismo judiciário, de caráter universal, foi buscar muitos de seus elementos na mitologia, retirando sua força da natureza. Na linha deste registro, podem ser citados, por exemplo, aspectos de ordem cosmológica, como o referente a própria escolha do lugar onde pode vir a ser feita a justiça, seja ao lado de um poço ou sob uma árvore, seja, modernamente, na criação de templos ou palácios da justiça. Demarca-se, assim, um espaço próprio, separado do resto do mundo, que é o espaço do judiciário, hierarquizado e organizado pelo vazio e

24 PRADO, Lidia. O Juiz e a Emoção: aspectos da lógica da decisão judicial.

Campinas: Millennium, 2010 – p.31

25 ANDREW Samuels. Junguianos e Pos-junguianos, Rio de Janeiro: Imago, 1989, p. 45-65

26 BERNARDI, Carlos. op.cit – p.35

pelo interdito.

Ora, como se sabe, o símbolo designa um objeto dividido em dois, permitindo a posse de uma das partes o reconhecimento da outra. O símbolo mostra, torna sensível aquilo que não o é.

Daí o interesse de se relacionar estas questões com as noções de *arquétipo* e *símbolo* no pensamento de Jung, procurando-se identificar outras dimensões do julgar.

4. Referência bibliográfica

ARRUDA, F. **Ética e alteridade: as relações contemporâneas**. Prometeus – Viva Vox. Filosofia em Revista. Universidade Federal de Sergipe. Ano 5, Número 9, Janeiro-Junho de 2012.

BAIR, D. **Jung: uma Biografia**. Trad. Helena Londres. Rev. téc. Carlos Byngton; Maria Helena; & Caio Liudvikp. São Paulo, SP; Ed. Globo. 2006. Volumes 1 e 2.

CAMERINI, M. F. A. **A Produção de Saber Mediada pelo Uso do Vídeo com Classes Populares Urbanas**: pela (Re) Construção da Dignidade Humana numa Experiência de Pastoral. 2003. Tese de Doutorado - Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2003.

CAMPBELL, J. **O Herói de Mil Faces**. São Paulo. Ed. Cultrix/Pensamento, 2007.

_____. **O Poder do Mito**. Entrevista concedida por Joseph Campbell ao jornalista Bill Moyers. Versão em dois DVDs.

CORTES, G. G. **Os mitos: fontes simbólicas da Psicologia Analítica de C.G. Jung**. Disponível em: <http://www.jung-rj.com.br/arquivos/fontes_simbolicas.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2012.

CRAIG, A. G. **O abuso do poder na psicoterapia** e na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério. São Paulo: Paulus. Coleção Amor e Psique. 2004. 139p.

FRANZ, M. L. V. C. **G. Jung: seu mito em nossa época**. São Paulo. Editora Cultrix, 1922.

JUNG, C. G. **Face to Face**. Entrevista da BSC concedida por Jung a John Freeman. 1959. Versão em DVD. Duração: 40 min.

_____. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis, Editora Vozes, 2000. 469p.

_____. **O Homem e seus Símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. 316p.

_____. **O desenvolvimento da personalidade**. Petrópolis. Editora Vozes, 1981, 182p. Capítulo VII: Da formação da personalidade, 19p.

MCLYNN, F. **Carl Gustav Jung: Uma Biografia**. Rio de Janeiro, Editora Record, 1998

SAMUELS, A.; SHORTER, B.; PLAUT, F. **Dicionário Crítico de Análise Junguiana**. Disponível em: < <http://www.rubedo.psc.br/dicjunga.htm> >. Acesso em 22 de abril de 2012.

SILVEIRA, N. da. **Entrevista com Nise da Silveira**, concedida ao professor Edson Passeti, da PUC/SP. 1991. Versão em DVD. Duração: 47 min.

_____ **Jung. Vida e Obra**, Coleção Vida e Obra, Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1997, 16. Edição revista.

VERNANT, J. P. **Universo, os deuses, os homens**, Capítulo: A origem do universo. Companhia das Letras, 2000.

VON FRANZ, M.-L. **A interpretação dos contos de fadas**. 1990. Introdução à coleção amor e psique. Editora Paulus.

WIKIPÉDIA, A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/>>. Acesso em 22 de abril de 2012.

Fernando Galvão de Andréa Ferreira

Professor Titular da UniSãoSJosé

RESUMO:

A presente investigação se situa na intersecção entre Psicologia e Direito, em especial, na relação entre a noção de inconsciente, segundo a concepção de C.G. Jung, e a de racionalidade jurídica.

Palavras-chaves: Teoria do Direito, racionalidade, inconsciente, Jung

ABSTRACT:

The present investigation is located at the intersection between Psychology and Law, in particular, in the relationship between the notion of the unconscious, according to the conception of C.G. Jung, and that of legal rationality.

Keywords Theory of Law, rationality, unconscious, Jung

1. Introdução

O presente texto é o segundo de uma trilogia, constituindo resultado parcial de investigação sobre a interlocução entre o **Direito**, em sua função precípua de solucionar conflitos sociais, e a **psicologia**, especificamente em seu viés representado pelo pensamento de C. G. Jung. Neste sentido, será abordado o modo como a psicologia interpela o discurso jurídico e suas verdades, extraíndo-se daí algumas contribuições, principalmente no que se refere às pretensões de racionalidade da ciência do Direito.

O olhar que se pretende impor será, fundamentalmente, externo, interdisciplinar, fundado na crença de que o Direito não basta a si próprio e que, diante da complexidade da sociedade atual, denominada de pós-moderna, as respostas devem servir como marco para novas investigações.

Nesta linha, procurar-se-á demonstrar os efeitos, que devem se irradiar sobre o pensamento jurídico, produzidos pelo desenvolvimento da psicologia, principalmente a de matriz junguiana, em razão do descentramento do sujeito, inscrito até então nos registros da consciência e do eu¹.

Como se percebe, a interpelação do Direito não se dará, da maneira como faz o movimento denominado de “**filosofia moral experimental**”, que, partindo de uma abordagem empírica, procura dar uma explicação psicológica para dilemas, que surgem principalmente nos processos de julgamento (*i.e. tomada de decisão*), tanto jurídico quanto moral, indicando serem estes o resultado de meros conflitos entre processos psicológicos dissociáveis, conforme comprovação fornecida pela neurociência cognitiva e social².

Por outro lado, a partir da crítica de Miguel Reale³, a presente investigação não se filiara também ao chamado **Psicologismo Jurídico**, que, em última instância, reduz o Direito a um mero capítulo da Psicologia, ignorando inclusive a própria dimensão normativa do primeiro.

Tem-se, pois, como objetivo principal investigar, à luz da psicologia junguiana, o **papel do inconsciente** no campo do Direito, desconsiderado pelo pensamento jurídico hegemônico, de modo a pontuar os limites da racionalidade jurídica.

Esboçado estes contornos iniciais, cabe frisar que esta pesquisa deita raízes em correntes do pensamento, que se insurgiram contra a tradição moderna, de origem renascentista, e que significara,

1 Proposta semelhante apresenta Joel Birman, quando discute a relação entre o discurso filosófico e o psicanalítico, destacando a contribuição de Freud. Cf. BIRMAN, Joel. *Freud e a Filosofia*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

2 Cf. “Encontrando falhas: como dilemas morais iluminam a estruturas cognitivas”. CUSHMAN, Fiery. *in* *Ética e Realidade atual - implicações da abordagem experimental*, Rio de Janeiro: PUC, 2011-p. 9 e seguintes

3 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, SP: Saraiva, 1962, p. 162

especificamente no campo do Direito, a instauração de um novo paradigma, a partir da redescoberta do direito romano, e cujo ápice se dera no contexto da Revolução Francesa, sob inspiração iluminista. - merece destaque o pensamento de Montesquieu, em seu célebre *Le Sprit de Lois*, por seus inúmeros reflexos (processo de codificação).

Como se sabe, um dos pilares sobre o qual se funda o Estado de Direito, noção herdada do Iluminismo, é o da separação dos poderes. Neste quadro, deve a atuação do principal operador do Direito, que é o magistrado, pautar-se pela imparcialidade e pela neutralidade,

Tais postulados se traduzem, obrigatoriamente, na submissão da atividade do juiz aos ditames da racionalidade, principalmente quando se trata do *ato de aplicação* das normas jurídicas, que põe fim ao processo judicial. Neste caso, esta racionalidade evidencia-se na possibilidade de fundamentação da decisão, que deixa, desse modo, de ser meramente arbitrária.

Daí a necessidade de se investigar o papel do inconsciente na realização daquele mister, com o objetivo de averiguar se existe algo de irracional em uma decisão judicial. Destaque-se que esta pesquisa não pretende provar a impossibilidade de fundamentação racional, mas se esta tem o condão de afastar o que há de simbólico e emocional na prática daquele ato pelo juiz

Os resultados da investigação serão apresentados em três textos:

O primeiro trata das contribuições da psicologia, em especial da descoberta do inconsciente, bem como da noção de *arquétipo* e de *mito*.

O segundo versará sobre a quimera da racionalização do direito e a criação de uma ciência do direito.

O terceiro, por sua vez, apresentará contribuições da psicologia dinâmica de Jung para a resolução destas questões, principalmente no que se refere à leitura junguiana do ato de julgar. Além de algumas conclusões.

2. A racionalidade científica

Em obra intitulada *Como Nasceu a Ciência Moderna: e as raízes da filosofia*, observa Hilton Japiassu⁴ que muitos historiadores utilizam a expressão “revolução científica” para caracterizar o nascimento da Ciência Moderna, uma vez que:

“todo o sistema de pressupostos herdados dos gregos e canonizado pelos teólogos medievais ‘e demolido e substituído por outro, radicalmente novo e racionalmente fundado....O mundo hierárquico dos Antigos d’a lugar ao universo mecânico dos modernos”, promovendo, assim,

4 JAPIASSU, Hilton. *Como Nasceu a Ciência Moderna: e as raízes da filosofia*, Rio de Janeiro: Imago 2007, p. 36

verdadeira ruptura epistemológica.

Por outro lado, conclui Japiassu, citando o pensamento de Diderot e de Rousseau, que data do final do século XVII a definição da idade Média como uma época de sombras, dominada pela barbárie e superstição, “*a qual teriam posto fim os esplendores do Renascimento: para renascer, era preciso ter perecido*”.

Desde Duns Scotus, e o advento do **nominalismo**, nos estertores do pensamento medieval, já vinha encontrando aceitação a idéia de que o conhecimento não se reduziria a mera descrição de essências atemporais, que estariam para além das experiências.

O que caracteriza o conhecimento não é a fixação de conceitos, isto é, definição válida de cada palavra, mas é o emprego de um método. É de se lembrar que Descartes inaugurou o discurso moderno da filosofia, com seu célebre Discurso sobre o Método, que data do ano de 1637.

Dentro deste contexto, surge para a modernidade, como questão fundamental, o estabelecimento de procedimento, que deve ser seguido, para que se possa identificar a verdade das proposições. É o chamado método científico, que veio a ser aplicado a diversos tipos de saberes⁵.

Pretendia-se, com a implementação deste método, combater certas formas de dogmatismo, que imunizavam qualquer afirmação contra a crítica racional. Rejeitava-se, desse modo, a noção de que o valor de verdade de certo tipo de conhecimento dependeria da autoridade, que o formulou, ou de pretensas evidências.

Por isso, o ato, que não reconhecesse as regras do jogo do método, implicava que as afirmações feitas constituíam mero palavreado, que aspirava ser aceito de modo acrítico, por simples persuasão (fls. 22 e seguintes Adela).

Especificamente sobre este assunto, assinala Alberto Calsamiglia que o saber se converte em científico, no momento em que se encontra um método que, permitindo selecionar seu objeto, funciona como critério que autoriza a separação entre conhecimento verdadeiro e falso (v.g. *método científico da modernidade é o método experimental, em que primeiro se formulam hipóteses, que, depois são testadas, no experimento, conseguindo-se assim diferenciar as afirmações verdadeiras das falsas*).

Ora, ao longo da história, os dois principais métodos utilizados foram a **razão** e a **experiência**,

5 Há uma questão de fundo, no sentido de que os modernos ignoraram uma distinção que os antigos faziam, como nos ensina Aristóteles, citado por Adela Cortina, entre dois tipos de saber: o primeiro denominado de **teórico**, que, sendo de caráter descritivo, referiam-se aos fatos do mundo, versando sobre “o que não pode ser de outra maneira”, independente de nossa vontade (v.g. ciências da natureza); já o segundo é normativo, de caráter prescritivo, versando sobre aquilo “que pode ser de outra maneira”, e que se divide em: a) **poiético**, ligado à produção ou fabricação, e que busca estabelecer normas sobre como se deve agir para se atingir o fim desejado (exemplos seriam as artes e as técnicas), e b) o **prático**, que serve para nos orientar sobre o que devemos fazer para ter uma vida boa e justa. Cf. CORTINA, Adela. *ÉTICA*, Petropolis: Loyola, 2005

como critérios para se descobrir a verdade e justificar as afirmações feitas, funcionando, assim, como forma de controle de sua veracidade.

Observe-se que a filosofia, desde suas raízes socráticas, perpassando a modernidade, com o método racional cartesiano, sempre desconfiou da *percepção sensível*, como fonte legítima de conhecimento, em decorrência do problema que resulta da relação entre aparência e realidade. Os sentidos eram considerados fonte de enganos.

Mesmo o método experimental, em seu viés do indutivismo ingênuo, de Bacon, acreditava em uma fundamentação lógica para a indução e para o salto indutivo, o que veio a ser posteriormente rejeitado pela crítica entre outros de Karl Popper e seu falsificacionismo.

Historicamente, constata-se ter prevalecido, naquele momento, o modelo da física newtoniana, segundo o qual o conhecimento não é fruto da mera observação de fatos, já que, como “*los hechos no hablam por si mesmos*”, a investigação pressupõe certas conjecturas ou hipóteses. Para se observar os efeitos da física newtoniana (v.g. força gravitacional) é preciso uma teoria newtoniana⁶. O cientista não pergunta qualquer coisa à natureza, pois a resposta ao problema está predeterminada pela pergunta, isto é, pela teoria. “*La ciencia crea su objeto y nuestro conocimiento no obtiene las leys de la naturaleza, sino que impone sus leys a la naturaleza*”⁷.

Posteriormente, contudo, o racionalismo epistemológico, que havia prevalecido, foi condenado à morte, em razão da formulação das chamadas ***geometrias não euclidianas***, como, por exemplo, a de Gauss, que fizeram com que a matemática deixasse de ser considerada portadora de uma verdade absoluta para se tornar condicional, uma vez que restou demonstrado ser possível a coexistência de geometrias internamente consistentes e incompatíveis entre si⁸.

Dentro deste contexto, de derrota de explicações fundadas no empirismo ingênuo ou no racionalismo, e ainda no campo da filosofia da ciência, surge, como forma de superação destes obstáculos, o chamado ***empirismo lógico*** ou ***positivismo lógico***, estabelecendo, como um de seus pontos fundamentais, a rígida distinção entre ***contexto de descoberta***, para o qual não existiria regras, eis que derivado de imaginação criativa, e ***contexto de justificação***, no qual pretendia-se justificar a validade das proposições da ciência, que deixa de ser entendida como atividade de busca da verdade, para se tornar um conjunto de enunciados significativos (*a impossibilidade da metafísica não deriva da natureza do que se pode conhecer, mas daquilo que pode dizer*). É proposto então o uso do ***princípio da verificação***, como critério para se identificar os enunciados significativos⁹. (*o próprio princípio de verificação não é verificável, equiparando-se neste sentido a metafísica*).

Ocorre que o ***princípio de verificação*** não consegue justificar a verdade dos enunciados da ciência, porque uma proposição pode ser simultaneamente significativa e falsa. Como acentua

6 CALSAMIGLIA, Alberto. *Introduccion a la Ciencia Juridica*, Ariel:Buenos Aires, 1990, p. 24

7 CALSAMIGLIA, Alberto. op.cit - p.25

8 CALSAMIGLIA, Alberto. op.cit p. 27

9 CALSAMIGLIA, Alberto. op.cit p. 29

Calsamiglia¹⁰, o rigor lógico do empirismo se dissolve na hora de determinar o que seja uma proposição verdadeira, bem como ao tentar justificá-la.

Ora, o **pensamento jurídico** não poderia ficar imune a este turbilhão epistemológico, provocado pelo discurso da modernidade. Temos, pois, o surgimento da ciência moderna do Direito, que se contrapunha a tradicional forma.

Nesta seara, contudo, como nos mostra de forma percuciente A.Calsamiglia¹¹, ha uma discussão perene, transmitida de geração em geração, como uma enfermidade endêmica, sobre o estatuto científico do saber jurídico. Para tanto, basta observarmos que, embora rios de tinta já tenham sido vertidos sobre o tema, não se chegou a um bom resultado, que garanta segurança sobre a legitimidade daquele saber.

A questão parece ser fomentada pela idéia de que, uma vez demonstrada a cientificidade da chamada teoria jurídica, aumentaria-se-ia, por conseguinte, o conhecimento verdadeiro sobre o Direito, ou, pelo menos, seu valor. Em outras palavras, acredita-se que o batismo de uma forma de determinada de saber, como, por exemplo, o jurídico, com a “água santificada” da ciência, tornaria este mais confiável, pelo menos do ponto de vista cognoscitivo.

Trata-se, enfim, da indagação sobre os fundamentos do saber jurídico, que vem gerando embates intermináveis, no campo da filosofia da ciência do direito, e que versam sobre o conteúdo e sobre o método daquele saber.

Alem do surgimento da ciência do Direito, como mencionado acima, outro reflexo palpável do discurso da modernidade se deu no campo sócio-político, por força da Revolução Francesa - processo histórico, que permitiu a efetivação dos ideais do Iluminismo, trazendo para aquele campo os avanços promovidos pela física newtoniana, libertando dos grilhões da superstição e do obscurantismo (Montesquieu da sinais visíveis disso, ao falar em seu *Les Sprit des Lois*, que a relação entre os poderes deveria se dar na forma de pesos e contrapesos, como forma de combate as arbitrariedades perpetradas pelo Estado Absolutista).

Estamos tratando especificamente do nascimento do **Estado de Direito**, com sua formatação até hoje adotada, que foi pensado como forma de controle e de limitação do poder, e que se caracteriza pelo império do chamado *principio da legalidade*, isto é, pela submissão de todos à lei, vista como instrumento privilegiado para instauração de uma nova ordem institucional. Objetivava-se com isso criar um sistema político, fundado em três valores, considerados essenciais à humanidade, e que construíram o mote dos revolucionários (*liberdade, igualdade e fraternidade*).

No **Estado de Direito**, em que o governo dos homens é substituído pelo governo das leis, as estruturas do poder estão definidas segundo a medida do Direito, como nos ensina J.J. Canotilho, sendo um de seus pilares fundamentais *a separação dos poderes*, nos moldes propostos por Montesquieu, isto é, atribui-se cada uma das funções inerentes ao Estado (*administrativa, legiferante e jurisdicional*)

10 CALSAMIGLIA, p. 33

11 CALSAMIGLIA, Alberto. op.cit - p.34

a órgãos ou poderes distintos e independentes (Poderes: executivo, legislativo e judiciário).

Cabe o registro de que, neste momento histórico, lei e Direito passam a ser considerados sinônimos, já que aquela era considerada justa por natureza, pois, sendo expressão da soberania popular, se caracterizava pela generalidade e abstração. Além do direito posto pelo Estado, nada mais existiria.

Dentro deste quadro, ganha relevo a atuação do principal operador do Direito (*i.e.* o **magistrado**), que, pautada pela *imparcialidade* e pela *neutralidade*, deve estar totalmente vinculada à lei, como forma de se garantir a segurança jurídica, entendida como a certeza e a previsibilidade do conteúdo das decisões, bem a como a igualdade, ainda que de cunho formal.

Aqueles postulados se traduzem, por sua vez, na submissão obrigatória da atividade do juiz aos ditames da racionalidade, principalmente quando se trata do **ato de aplicação** das normas jurídicas, que põe fim ao processo judicial. Neste caso, esta racionalidade evidencia-se na possibilidade de fundamentação da decisão, que deixa, desse modo, de ser meramente arbitrária.

A exigência de motivação, como nos mostra Antonio Gomes Filhos, instituída como forma de garantir a legitimidade da função judiciária, quer sob o aspecto endoprocessual - *ligado a razões técnicas, concernentes às partes envolvidas diretamente no processo, a saber autor e réu* -, quer sob o aspecto extraprocessual - *referente ao sentido político decorrente do controle democrático, exercido pela comunidade, sobre a atuação do magistrado, a fim de se verificar sua imparcialidade e neutralidade* -, teve origem em lei francesa de 1790, vindo depois a ser inserida da Constituição revolucionária do ano III, de 1795.

Como diz Bruggerman, citado por Barbosa Moreira¹², o Estado de Direito é o Estado que se justifica.

Ora, o modo correto de fundamentar uma decisão judicial, no quadro do Estado de Direito era, como pregava Montesquieu, em seu “Espírito das Leis”, a construção do **silogismo jurídico**, modelo clássico de raciocínio dedutivo, em que a premissa maior era o texto da lei; a premissa menor era a mera descrição dos fatos ocorridos, aparecendo a conclusão como o conteúdo da própria decisão final.

O juiz era a boca da lei, sendo-lhe vedado inclusive a possibilidade de interpretar o texto legal. Tal forma de entender os processos jurídicos foi defendida com empenho por uma corrente científica, hegemônica ao longo de século XIX e início do XX, denominada de Formalismo Jurídico.

Esta concepção, contudo, veio a ser combatida, posteriormente, por outra corrente doutrinária, intitulada de realismo jurídico, que sustentou a importância das características pessoais do julgador, inclusive psicológicas, em detrimento de aspectos normativos, ou seja, o juiz julga de acordo com seus sentimentos e não conforme o que determina a lei.

O realismo jurídico é, pois, movimento doutrinário jurídico, de cunho anti-metafísico, situado

12 MOREIRA, J.C. Barbosa. A motivação das decisões, *in* Temas de Direito Processual, SP: Saraiva 1987

na linha das concepções sobre o Direito que rechaçam a jurisprudência mecanicista da escola de exegese, e que se desenvolveu nos EUA e nos países escandinavos, como forma de reação extrema contra a atitude oposta do formalismo jurídico, segundo a qual as normas e os sistemas jurídicos, em razão do dogma da racionalidade do legislador, presumiam-se dotados de certas qualidades ou propriedades formais, como : univocidade, coerência e completude etc..(os códigos têm a pretensão de ser a encarnação da razão), garantidoras da certeza jurídica.

Nesta linha, o realismo jurídico não se limitou a reconhecer que as normas não são dotadas das virtudes assinaladas pelo formalismo, mas ainda que o Direito não consiste no conjunto de normas. Daí voltar-se para a descoberta da realidade social do Direito, sem preocupações axiológicas (realismo escandinavo) ou para a apuração de fundo psicológico das decisões judiciais (realismo norte-americano).

Em sua atitude radicalmente anti-metafísica, procurou constituir uma ciência empírica do direito, que descrevesse a realidade jurídica com proposições empiricamente verificáveis, elegendo as decisões judiciais, como os fatos que servem de base para as afirmações científicas.

Desse modo, é correto afirmar que o realismo jurídico busca a realidade efetiva sobre a qual se apóia o direito, isto é, o direito real, que é aquele adotado pelos tribunais, ao decidir o caso concreto.

Há, como já assinalado, duas correntes tradicionais deste movimento, a primeira, com origem nos EUA, na década de 1920, que teve como principais representantes K. Llewellyn e Jerome Frank, que, influenciados por J. Gray e por Oliver Wendell Holmes, concebem o Direito real como aquele constituído pelas normas efetivamente aplicadas pelos tribunais, diferenciando-se, nesta medida, das leis, da doutrina e dos precedentes, que passam a ser entendidos como um dos fatores, que inspiram os juízes, no estabelecimento da norma, que só se torna jurídica mediante sua incorporação à sentença. A realidade jurídica se funda, então, na conduta efetiva dos magistrados, sendo, por isso, fundamental o estudo sobre o seu comportamento, isto é, sobre o modo como agem, independentemente do que declaram.

Dentro do pensamento jurídico norte-americano, é importante ressaltarmos que o realismo jurídico foi influenciado por duas outras importantes correntes doutrinárias, sem, no entanto, com elas se confundir: 1) o *analytical jurisprudence*, que pretende, após reduzir o Direito ao estabelecido pelos juízes, a sistematização e classificação das decisões judiciais; e 2) o *sociological jurisprudence*, que entende ser tarefa da doutrina a consideração social do Direito, a partir da análise dos efeitos das decisões judiciais (Roscoe Pound), , pretendendo ver o Direito como instrumento de progresso e melhoria social. O Direito é visto, então, como uma instituição social destinada a satisfazer as necessidades sociais, com um mínimo de sacrifício. Insurgindo-se contra o jusnaturalismo e contra o

formalismo da jurisprudência analítica (auto-suficiência da ciência do direito), sustenta que o Direito, como afirma Benjamin Cardozo, não pode ser entendido sem a consideração da realidade social subjacente. Para este movimento, deve-se, além das operações formais, de caráter lógico, levar em consideração a conveniência social, no ato de julgar (decidir), uma vez que tendo o juiz de escolher entre decisões alternativas, logicamente admissíveis, devem ser sopesados os interesses em conflito, de forma a conciliar a necessidade de certeza e fidelidade ao precedente com o sentimento de justiça e de bem-estar social e necessidade de progresso.

Ressalte-se ainda que para o movimento do *sociological jurisprudence*, de Oliver Holmes, iniciado no final do séc. XIX, o Direito deve ser entendido como previsão das decisões futuras dos tribunais, objetivando-se descrever os comportamentos ou as práticas reais que contribuem para a elaboração da regras jurídicas.

Ao herdar algumas características daquelas duas correntes, o realismo jurídico norte-americano procura, com base na análise de pressupostos sociais e psicológicos das decisões judiciais, vaticinar sobre a forma como irão decidir os tribunais (Frank e Llewellyn).

Observe-se que há uma idéia que perpassa o pensamento jurídico norte-americano, de caráter eminentemente pragmático, sintetizada de forma lapidar por Oliver Holmes :” *o a vida do direito não tem sido afetada pela lógica, mas sim pela experiência*”. Daí ser necessária a descoberta de idéias que influenciam o Direito, para ser possível se fazer uma profecia sobre aquilo que os tribunais farão. Neste sentido, as normas jurídicas são um dos fatores da decisão, ao lado de outros subconscientes e irracionais, que estabelecem o sentido e os efeitos da regra de direito.

O emprego do termo realista significa a recusa da teoria oficial do *common law*, segundo a qual o juiz não cria o direito, mas se limita a aplicar regras pré-existentes, o que para este movimento é absurdo, já que a evolução rápida das práticas sociais não é acompanhada pelas regras jurídicas, reconhecendo-se assim o papel central desempenhado pelo juiz dentro do *common law*. Representativa deste pensamento é a oposição típica feita pelos realistas entre o direito formal, previstos nos textos legislativos e jurisprudenciais (*law in books*) e o direito vivo, que se manifesta na ação (*law in action*), verdadeiro e único direito, que se evidencia como voluntário e humano (positivismo jurídico).

Para Jerome Frank, um dos corifeus do movimento norte-americano, as normas legais não constituem a base para a decisão judicial, que são, em verdade condicionadas por emoções (o fator primordial para a decretação da sentença é a personalidade do magistrado e suas convicções pessoais (aspecto psicológico)). Antes do pronunciamento do Tribunal, não há como se saber, com certeza, quais são os deveres jurídicos e os direitos subjetivos decorrentes de uma situação. O Direito possui uma segurança dinâmica e não estática, o que lhe permite se adequar as novas situações, protegendo as pessoas.

Nesta linha, Llewellyn¹³ estabelece a distinção entre *normas de papel*, que são as leis, por exemplo, que podem ter influência sobre a conduta do magistrado, e aquelas com base nas quais os juízes decidem os casos, que são as *normas efetivas*.

Ocorre que o ceticismo em relação às normas passou para o ceticismo em relação aos fatos, visto como calcanhar de Aquiles em relação à administração da Justiça. Daí merecer destaque a análise feita pelos realistas em relação às questões de fato, tanto quanto à prova quanto à sua qualificação jurídica, uma vez que os fatos tratados na sentença, podem não coincidir com os que realmente aconteceram. A escolha da norma assume caráter de justificação *a posteriori*, ou seja, de conclusão já tomada com fundamento na íntima convicção do magistrado. Para o realismo norte-americano, a certeza do direito só poderia ser garantida se os juízes possuísem mente estereotipadas, agindo mecanicamente, sem idiosincrasias.

Por isso sustentam ser a busca obsessiva pela certeza, uma conseqüência do complexo de infância, no qual a criança procura fugir do insegurança e do perigo que a rodeiam, buscando sossego na estabilidade fornecida pelos pais. Mas a incerteza, antes de ser um defeito, é, em verdade, uma virtude, constituindo condição do progresso e da justiça.

Como destaca Lidia Prado¹⁴, invocando a lição de Jerome Frank, em sua obra *Law and the Modern Mind*, 1948, no desejo de uma excessiva estabilidade jurídica, derivado de um anseio por segurança, que não adviria de necessidades praticas, mas de **algo mítico**. Ressalta a autora:

“E’ interessante que as pessoas não se espantem com as mudanças jurídicas por via legislativa, mas se assustem com a falta de previsibilidade dos juizes. Afinal, busca-se a segurança no substituto pai, no Juiz Infalível, o qual vai determinar de modo seguro o que ‘e justo e o que ‘e injusto””.

Para Luis Fernando Coelho, em sua *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis* (Rio de Janeiro: Forense, 1979), a racionalidade do direito tem sido questionada no âmbito da epistemologia geral, uma vez que nenhuma pesquisa científica está isenta de “característica irracionais, como a intuição e o sentimento ideológico”

Ainda que consideremos, como mostra Perelman, em diversas de suas obras(v.g. *La Logique Juridique, Dalloz, Paris, 1990*), as tentativas de superação do formalismo jurídico e da concepção legalista de Direito, dominantes ao longo do século XIX, por movimentos contestadores, principalmente pelas teorias da argumentação, o certo é que as soluções apresentadas permanecem nos registros da consciência. Ressalte-se ainda que o realismo jurídico, já mencionado, mesmo levando em consideração aspectos da personalidade do juiz(aspectos psicológicos) na elaboração da

13

Llewellyn, K. *The Bramble bush:our law and its study*. New York, 1951

14 PRADO, Lidia. *Op.cit.* – p.21

sentença, não trabalha especificamente com a noção de inconsciente.

Em resumo, pode-se dizer que, no momento atual, conforme entendimento majoritário da doutrina e dos Tribunais sobre o dever de fundamentar uma sentença, vem sendo adotada a separação, oriunda do positivismo lógico, entre: a) *contexto de descoberta*, no qual se esboçam modelos sociológicos, históricos e psicológicos, para explicar a tomada de decisão (razões explicativas) - reconhecer-se, por exemplo, que o juiz decidiu de certo modo, devido às suas fortes crenças religiosas ou ao preconceito-, e b) *contexto de justificação*, no qual procura-se apresentar as chamadas razões justificadoras do posicionamento do magistrado sobre o caso - por exemplo, a decisão judicial se baseou em determinada interpretação do art. 15 da Constituição Federal.

A fundamentação da sentença aparece, então, estruturada sob a forma de um processo racional, de justificação, que, diferentemente do que ocorria para concepção formalista anterior, se apresenta agora dividida em duas partes distintas, porém complementares. Uma primeira, denominada de *justificação interna*, que se constrói segundo o modelo de um silogismo jurídico, mediante o qual se pode avaliar se o juízo decorre logicamente das premissas maior e menor. Uma segunda, denominada de *justificação externa*, mediante a qual são avaliados os argumentos utilizados para identificar as premissas, que compõem o silogismo.

Acredita-se que com este procedimento imuniza-se totalmente a sentença contra qualquer interferência irracional (incluída aí as de caráter inconsciente) ou arbitrária.

À título de ilustração, cabe citar o caso recente, noticiado pela imprensa internacional, reproduzindo reportagem do jornal *Philippine Daily Inquirer*, sobre um juiz filipino, que dizia tomar decisões com a ajuda de duendes, e que veio a ser definitivamente afastado da magistratura pela Suprema Corte daquele país. Os argumentos, utilizados pelo juiz em sua defesa, não comoveram a Suprema Corte daquele Estado, para quem tais poderes psíquicos “não têm lugar” no Judiciário. “Fenômenos psíquicos, mesmo assumindo que existam, não têm lugar na determinação do Judiciário de aplicar apenas a lei positivista e, na sua ausência, regras e princípios igualitários para resolver controvérsias”, diz a decisão, que determinou o afastamento.

Na visão da Suprema Corte, a aliança do referido magistrado com duendes “coloca em risco a imagem de imparcialidade judicial, e mina a confiança pública do Judiciário como guardião racional da lei, isto é, se não torná-lo objetivo do ridículo”.

3. Conclusões(preliminares)

Somente uma investigação, com base nas contribuições do pensamento de Jung, poderá realizar uma correta leitura dos aspectos míticos envolvidos no ato de julgar.

Em uma análise preliminar, percebe-se que o simbolismo judiciário, de caráter universal, foi buscar muitos de seus elementos na mitologia, retirando sua força da natureza. Na linha deste

registro, podem ser citados, por exemplo, aspectos de ordem cosmológica, como o referente a própria escolha do lugar onde pode vir a ser feita a justiça, seja ao lado de um poço ou sob uma árvore, seja, modernamente, na criação de templos ou palácios da justiça. Demarca-se, assim, um espaço próprio, separado do resto do mundo, que é o espaço do judiciário, hierarquizado e organizado pelo vazio e pelo interdito.

Ora, como se sabe, o símbolo designa um objeto dividido em dois, permitindo a posse de uma das partes o reconhecimento da outra. O símbolo mostra, torna sensível aquilo que não o é.

Daí o interesse de se relacionar estas questões com as noções de *arquétipo* e *símbolo* no pensamento de Jung, procurando-se identificar outras dimensões do julgar.

4. Referência bibliográfica

ARRUDA, F. **Ética e alteridade: as relações contemporâneas**. Prometeus – Viva Vox. Filosofia em Revista. Universidade Federal de Sergipe. Ano 5, Número 9, Janeiro-Junho de 2012.

BAIR, D. **Jung: uma Biografia**. Trad. Helena Londres. Rev. téc. Carlos Byngton; Maria Helena; & Caio Liudvikp. São Paulo, SP; Ed. Globo. 2006. Volumes 1 e 2.

CAMERINI, M. F. A. **A Produção de Saber Mediada pelo Uso do Vídeo com Classes Populares Urbanas: pela (Re) Construção da Dignidade Humana numa Experiência de Pastoral**. 2003. Tese de Doutorado - Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2003.

CAMPBELL, J. **O Herói de Mil Faces**. São Paulo. Ed. Cultrix/Pensamento, 2007.

_____ **O Poder do Mito**. Entrevista concedida por Joseph Campbell ao jornalista Bill Moyers. Versão em dois DVDs.

CORTES, G. G. **Os mitos: fontes simbólicas da Psicologia Analítica de C.G. Jung**. Disponível em: <http://www.jung-rj.com.br/arquivos/fontes_simbolicas.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2012.

CRAIG, A. G. **O abuso do poder na psicoterapia** e na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério. São Paulo: Paulus. Coleção Amor e Psique. 2004. 139p.

FRANZ, M. L. V. C. **G. Jung: seu mito em nossa época**. São Paulo. Editora Cultrix, 1922.

JUNG, C. G. **Face to Face**. Entrevista da BSC concedida por Jung a John Freeman. 1959. Versão em DVD. Duração: 40 min.

_____ **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis, Editora Vozes, 2000. 469p.

_____ **O Homem e seus Símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. 316p.

_____ **O desenvolvimento da personalidade**. Petrópolis. Editora Vozes, 1981, 182p. Capítulo VII: Da formação da personalidade, 19p.

MCLYNN, F. **Carl Gustav Jung: Uma Biografia**. Rio de Janeiro, Editora Record, 1998

SAMUELS, A.; SHORTER, B.; PLAUT, F. **Dicionário Crítico de Análise Junguiana**. Disponível em: < <http://www.rubedo.psc.br/dicjunga.htm> >. Acesso em 22 de abril de 2012.

SILVEIRA, N. da. **Entrevista com Nise da Silveira**, concedida ao professor Edson Passeti, da PUC/SP. 1991. Versão em DVD. Duração: 47 min.

_____. **Jung. Vida e Obra**, Coleção Vida e Obra, Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1997, 16. Edição revista.

VERNANT, J. P. **Universo, os deuses, os homens**, Capítulo: A origem do universo. Companhia das Letras, 2000.

VON FRANZ, M.-L. **A interpretação dos contos de fadas**. 1990. Introdução à coleção amor e psique. Editora Paulus.

WIKIPÉDIA, A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/>>. Acesso em 22 de abril de 2012.

Fernando Galvão de Andréa Ferreira
Professor Titular da UniSãoSJosé

RESUMO:

A presente investigação se situa na intersecção entre Psicologia e Direito, em especial, na relação entre a noção de inconsciente, segundo a concepção de C.G. Jung, e a de racionalidade jurídica.

Palavras-chaves: Teoria do Direito, racionalidade, inconsciente, Jung

ABSTRACT:

The present investigation is located at the intersection between Psychology and Law, in particular, in the relationship between the notion of the unconscious, according to the conception of C.G. Jung, and that of legal rationality.

Keywords Theory of Law, rationality, unconscious, Jung

1. Introdução

O presente texto é o terceiro de uma trilogia, constituindo resultado parcial de investigação sobre a interlocução entre o *Direito*, em sua função precípua de solucionar conflitos sociais, e a *psicologia*, especificamente em seu viés representado pelo pensamento de C. G. Jung. Neste sentido, será abordado o modo como a psicologia interpela o discurso jurídico e suas verdades, extraindo-se daí algumas contribuições, principalmente no que se refere às pretensões de racionalidade da ciência do Direito.

O olhar que se pretende impor será, fundamentalmente, externo, interdisciplinar, fundado na crença de que o Direito não basta a si próprio e que, diante da complexidade da sociedade atual, denominada de pós-moderna, as respostas devem servir como marco para novas investigações.

Nesta linha, procurar-se-á demonstrar os efeitos, que devem se irradiar sobre o pensamento jurídico, produzidos pelo desenvolvimento da psicologia, principalmente a de matriz junguiana, em razão do descentramento do sujeito, inscrito até então nos registros da consciência e do eu¹.

Como se percebe, a interpelação do Direito não se dará, da maneira como faz o movimento denominado de “*filosofia moral experimental*”, que, partindo de uma abordagem empírica, procura dar uma explicação psicológica para dilemas, que surgem principalmente nos processos de julgamento (*i.e. tomada de decisão*), tanto jurídico quanto moral, indicando serem estes o resultado de meros conflitos entre processos psicológicos dissociáveis, conforme comprovação fornecida pela neurociência cognitiva e social².

Por outro lado, a partir da crítica de Miguel Reale³, a presente investigação não se filiara também ao chamado *Psicologismo Jurídico*, que, em última instância, reduz o Direito a um mero capítulo da Psicologia, ignorando inclusive a própria dimensão normativa do primeiro.

Tem-se, pois, como objetivo principal investigar, à luz da psicologia junguiana, o *papel do inconsciente* no campo do Direito, desconsiderado pelo pensamento jurídico hegemônico, de modo a pontuar os limites da racionalidade jurídica.

Esboçado estes contornos iniciais, cabe frisar que esta pesquisa deita raízes em correntes do pensamento, que se insurgiram contra a tradição moderna, de origem renascentista, e que significara, especificamente no campo do Direito, a instauração de um novo paradigma, a partir da redescoberta

1 Proposta semelhante apresenta Joel Birman, quando discute a relação entre o discurso filosófico e o psicanalítico, destacando a contribuição de Freud. Cf. BIRMAN, Joel. *Freud e a Filosofia*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003

2 Cf. “Encontrando falhas: como dilemas morais iluminam a estruturas cognitivas”. CUSHMAN, Fiery. *in* *Ética e Realidade atual - implicações da abordagem experimental*, Rio de Janeiro: PUC, 2011-p. 9 e seguintes

3 REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, SP: Saraiva, 1962, p. 162

do direito romano, e cujo ápice se dera no contexto da Revolução Francesa, sob inspiração iluminista. - merece destaque o pensamento de Montesquieu, em seu célebre *Le Sprit de Lois*, por seus inúmeros reflexos (processo de codificação).

Como se sabe, um dos pilares sobre o qual se funda o Estado de Direito, noção herdada do Iluminismo, é o da separação dos poderes. Neste quadro, deve a atuação do principal operador do Direito, que é o magistrado, pautar-se pela imparcialidade e pela neutralidade,

Tais postulados se traduzem, obrigatoriamente, na submissão da atividade do juiz aos ditames da racionalidade, principalmente quando se trata do *ato de aplicação* das normas jurídicas, que põe fim ao processo judicial. Neste caso, esta racionalidade evidencia-se na possibilidade de fundamentação da decisão, que deixa, desse modo, de ser meramente arbitrária.

Daí a necessidade de se investigar o papel do inconsciente na realização daquele mister, com o objetivo de averiguar se existe algo de irracional em uma decisão judicial. Destaque-se que esta pesquisa não pretende provar a impossibilidade de fundamentação racional, mas se esta tem o condão de afastar o que há de simbólico e emocional na prática daquele ato pelo juiz

Os resultados da investigação serão apresentados em três textos:

O primeiro tratou das contribuições da psicologia, em especial da descoberta do inconsciente, bem como da noção de *arquétipo* e de *mito*.

O segundo versou sobre a quimera da racionalização do direito e a criação de uma ciência do direito.

O terceiro, por sua vez, apresenta contribuições da psicologia dinâmica de Jung para a resolução destas questões, principalmente no que se refere à leitura junguiana do ato de julgar. Além de algumas conclusões.

2. Contribuições do pensamento de Jung

Em síntese lapidar sobre a cultura ocidental, observa Muniz Sodré⁴ que:
“O ocidente não se define apenas geograficamente, é um projeto ideológico de visão do mundo, de explicação do mundo. O ocidentalismo é esta explicação tornada colonialista. A prevalência deste sol, do conhecimento e do saber descortinados pelo ocidente. De querer tudo iluminar, mesmo o humanismo, é este sol fascinante, que nos cega. É a vocação assassina do ocidente. A palavra ocidente quer dizer isso, oxcidum matar; o ocidente é isso o assassino que mata o sol todos os dias em oposição ao oriente, onde o sol nasce (orions). O ocidente tem esta vocação para morte, pelo excesso de iluminação. É preciso cultivar, aquilo que os grandes pensadores

4 SODRÉ, Muniz. Disponível em: < <http://www.youtube.com/watch?v=k1E9Z524SKc>>. Acesso em 22 de abril de 2012

queriam, a sombra, não só a iluminação do humanismo. Esta sombra que é deixada de lado pela irradiação do saber humanista. É preciso dialogar, é preciso ver o que os ágrafos (o outro), indígenas, africanos têm a nos dizer. É o momento de prestarmos escuta na diversidade das culturas, nos habituarmos à pluralidade das interpretações.”

Nesta linha, fazendo análise crítica do pensamento moderno e de sua radicalização racionalista unidimensional, pontua Jurandir Freire⁵:

“Hoje é o corpo que diz o que é a vida. É o corpo decifrado em seus mecanismos, o conhecimento do corpo é que dá a dignidade da vida. Que é a dignidade é epistêmica, cognitiva. Falar de uma maneira digna da vida é falar como os saberes das ciências empíricas, biológicas, o resto é superstição. É dizer que além desta vida que eu peso, que eu meço, que eu observo o restante como o que é o sentido da vida fica para os ociosos, para os espíritos desencaminhados, que não querem se dar ao trabalho de sentar na bancada, e observar as laminas coloridas ou testar novos modelos de computação , para indicar para onde a vida vai”.

Acontece que a busca insana pela segurança e certeza, calcada na racionalidade científica moderna, e promovida pelo Ocidente, sofreu, como se sabe, fortes abalos, ao longo do século XX, principalmente no campo da Física, considerada por muitos a “rainha das ciências”.

O primeiro choque se deu, quando aquela se viu obrigada a reconhecer que a luz poderia ser explicada tanto como onda luminosa como partículas. Depois com a teoria quântica, que substituiu o princípio da causalidade pelo da indeterminação. Por fim, com a teoria da relatividade, que comprovou que as leis da natureza dependem da posição ocupada pelo observador. Neste caso, esta descoberta atingiu o princípio físico segundo o qual aquelas leis existiriam por si e em si mesmas, e que, por serem necessárias e universais, não dependeriam do sujeito do conhecimento.

Nesta mesma linha, se situa a importante obra de Thomas Kuhn, *A Estrutura das Revoluções Científicas*, publicado em 1963, em que o autor, após criticar a tradição positivista, acentua que a ciência não se desenvolve cumulativamente, mas por saltos, provocados por fatores externos, como os históricos, psicológicos e sociológicos, estranhos à estrita racionalidade científica. Para ele, a ciência deve ser vista como uma seqüência de paradigmas (conjunto de princípios, visões de mundo) em desenvolvimento, por intermédio de fases de ruptura e reconstrução do conhecimento.

A mais importante contribuição, contudo, de Kuhn, para o nosso estudo, foi o fato de aceitar a interferência da subjetividade nas ciências – mesmo na física e nas matemáticas – e, principalmente, a de refutar a neutralidade e a objetividade do cientista, dogmas herdados do Iluminismo e do Positivismo.

Ora, se a isso for adicionado o componente do *inconsciente*, com o que se promove o descentramento do sujeito, tornam-se mais evidentes os limites da racionalidade científica, da qual

5 FREIRE, Jurandir. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=yCsZqD3B7do>>. Acesso em 22 de abril de 2012

decorreriam certeza e segurança, tão desejadas.

Não é por acaso, que Freud fala que a descoberta do inconsciente constituiu uma das três feridas narcísicas na auto-estima do homem. A primeira com Copérnico, ao provar que a Terra não estava no centro do universo. A segunda com Darwin ao mostrar que os homens evoluíram dos macacos. E, por fim, a terceira com a descoberta do inconsciente, que teve como conseqüência a conclusão de que a Razão não é senhora de sua própria casa.

A noção de inconsciente revelou que a Razão é menos poderosa do que se supunha, pois a consciência é, em grande parte, dirigida e controlada por forças profundas e desconhecidas. Essa noção pôs em dúvida a crença dos racionalistas e empiristas, segundo a qual a verdade habita a consciência.

Sobre este tema nota Lidia Prado⁶, existir, no campo da filosofia da ciência, um embate epistemológico sobre a separação entre *racionalidade* e *emoção*, que se acirra no campo do Direito, quando se analisa principalmente o ato de proferir uma decisão judicial, já que, em termos etimológicos, sentença vem de *sentire*, lembre-se que, antes do advento da moderna ciência do direito, a aplicação das normas era considerada *ars inveniendi*, fruto da prudência do julgador. Mas se isso é, por um lado, correto, de outro, não se pode esquecer que esta sentença, deve ser justificada, e justificar, por sua vez, vem de *justicia facere*, e veredicto, outra palavra que expressa o ato de decidir, vem de “dizer a verdade”. A questão está, pois, na reunião dos três sentidos, de modo a permitir sua compreensão total, de modo a permitir a identificação dos limites do discurso sobre a racionalidade jurídica, em razão do descentramento do sujeito, que se encontrava inscrito nos registros da consciência e do eu.

Com base nos ensinamentos de Hilton Japiassu, citado por Lidia Prado⁷, é possível se perceber, após o advento da ciência moderna, o surgimento de uma inteligência esquizofrênica, que impede um conhecimento abrangente do mundo. Enfim esta racionalidade científica desnatura a natureza e desumaniza o homem, pois: “ *O homem, que aprendeu a dissecar o objeto de sua observação, para entendê-lo, tornou-se um especialista em partes, mas ignorante em relação à totalidade*”

Neste mesmo sentido, afirma Jung⁸:

“O homem moderno não entende o quanto o seu racionalismo (que lhe destruiu a capacidade para reagir a idéias e a símbolos numinosos o deixou à mercê do submundo psíquico. Libertou-se de suas superstições.....

6 PRADO, Lidia. op.cit. – p.30

7 PRADO, Lidia. op. Cit. – p. 8

8 JUNG, C.G.- *O Homem e seus Símbolos*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p.94/95

*Despojamos todas as coisas do seu mistério e da sua numinosidade; nada mais é sagrado
À Medida em que aumenta o conhecimento científico diminui o grau de sua humanização”*

A modernidade, desde sua origem, sempre foi muito pródiga em atribuir ao **sentimento** um lugar subalterno, em comparação com à **racionalidade**, como aponta Diderot, citado por Luiz Matos:

“A sensibilidade segundo a única acepção que se deu ao termo até o presente, e a meu ver, aquela disposição companheira da fraqueza dos órgãos.....que inclina alguém a perder a razão,...., não ter nenhuma idéia precisa do verdadeiro, do bom, do belo; é ser injusto, ser louco..”⁹

Discordando desta postura, Jung sustenta que o arquétipo feminino, a **anima**, por referir-se ao sentimento, constitui figura compensadora para a consciência masculina, principalmente no contexto de uma civilização patriarcal, em que a masculinização da cultura levou a um domínio da rigidez de atitudes mentais, redundando em uma sociedade excessivamente racionalista e árida, distante do sentimento e do instinto¹⁰.

Por outro lado, de acordo com Carlos Byington, cujo trabalho “A democracia e o arquétipo da alteridade” é citado por Lidia Prado¹¹, existiriam dois dinamismos que movimentam as estruturas sociais: o **dinamismo matriarcal**, que se relaciona com a fertilidade e a sobrevivência, regido pelos princípios da afetividade e da emoção, sendo o padrão de consciência desse dinamismo a grande proximidade da relação “eu”-outro. E o **dinamismo patriarcal**, regido pelo princípio da ordem, racionalidade.

Afirma ainda Carlos Byington, invocando Jung, que o feminino está doente em nossa civilização, e que este arquétipo, ligado a capacidade de lidar com o sentimento, com o afeto, foi reprimido, sendo o exemplo de libelo ideológico o movimento de caça às bruxas do *Malleus Maleficarum*.

Daí a defesa do arquétipo da alteridade, que possibilita o encontro do Eu com o Outro dentro da totalidade (Self), com o pleno respeito pelas diferenças.

Ressalta então que a alteridade é o arquétipo da **anima** na personalidade do homem e do **animus** na da mulher, que possibilita o encontro do Eu com o Outro, dentro da totalidade do Self, com base em um respeito pelas diferenças¹². A sombra do psiquismo do homem nada mais é do que a **anima**, que, rejeitada, pela consciência, transforma-se em bruxa/diabo (*malleus maleficarum*). E

9 MATOS, Luiz. *A Careta de Garrik, na Crise da Razão*, SP: Companhia das Letras, 1996- p.316

10 PRADO, Lidia. Op. cit. - p.7

11 PRADO, Lidia. Op. cit. – p. 54

12 PRADO, Lidia. Op. cit. –p. 55

enquanto permanecer a *anima* inconsciente, a forma de expressão deste arquétipo, será canhestra, primitiva, como ocorre com as projeções e as invasões, com a repressão os atributos deste arquétipo, podem reaparecer em seu aspecto negativo, em fantasias e em sonhos.(bruxas, etc.). Os conteúdos são retirados do controle da consciência, passando a agir de forma autônoma¹³.

Desse modo, a discussão passa a ser sobre as conseqüências dessa repressão do dinamismo matriarcal e do alteridade.

Conclui Byington que a consciência não consegue “alcançar e funcionar no padrão democrático da alteridade, se suas raízes não estiverem firmemente plantadas e alimentadas pelos dinamismos patriarcal e matriarcal”.

Citando Jung, anota Lidia Prado¹⁴ que o arquétipo da *anima* é um elemento de ligação do ego com o inconsciente, contrastando com a *persona*, que desempenha a função de relacionamento entre o mundo externo e o ego. A inflação da *persona* pode desencadear o funcionamento compensatório da *anima*. Seria o caso do terrível Calígula, que era capaz de cometer atrocidades, matando pessoas indiscriminadamente, e que, ao mesmo tempo, tinha medo de tempestades. Segundo Jung, a pessoa que se identifica com a mascara social, deixa de ser real, ficando destituída de profundidade interior. É *hybris* como soberba que provoca a queda.

Já nos alertara Hesiodo, em seu Mito das Idades, que a maior inimiga da Justiça (Dike) é *Hybris*(desmesura), que pode levar a prepotência e a mentira, além de gerar a inflação da *persona* (com o que o julgador se identifica com o papel social de magistrado, esquecendo-se que tem dentro de si um ser humano.

Por isso é fundamental o estudo sobre a relevância do psiquismo do juiz, no ato de julgar, principalmente a partir da discussão sobre a integração dos atributos da *anima*.

3. Conclusão

Analisando a questão da racionalidade no ato de proferir uma decisão, afirma Denise Gimenez Ramos, no Prefácio da obra de Lidia Prado¹⁵ ser uma ingenuidade, sobre os processos psicológicos, se atribuir ao juiz a realização de um julgamento calcado exclusivamente em um raciocínio consciente, como insiste a moderna ciência do direito.

Dai a importância, segundo Denise Ramos, do estudo do arquétipo do Juiz, em que há, como em todo arquétipo, uma polaridade, da qual o ego procura se afastar. O juiz torna-se somente juiz, esquecendo-se que tem como possibilidade um réu dentro de si. O ego identifica-se com a *persona*,

13 PRADO, Lidia. Op. cit.- p. 61

14 PRADO, Lidia. Op. cit.- p. 69

15 PRADO, Lidia. Op. cit. – p.55

ofuscando-se o conteúdo inconsciente. A prática da justiça envolve o enfrentamento de um problema ético básico, a questão da sombra, já que é importante que aquele que julga minimize o risco de se considerar perfeito.

Por isso mostra-se de fundamental importância a análise da função da *anima* como atenuante das tensões do magistrado, pois, como observa Lidia Prado, existe um modo masculino de julgar, que se funda na lei e em proposições abstratas, e uma forma feminina, ligada a Eros e não ao Logos, e que se funda mais na justiça do caso concreto do que nas regras gerais.

Outra não é a lição de Marie Louise von Franz, sobre a existência de dois tipos de justiça: a masculina, de cunho impessoal e objetivo, que reclama uma aplicação imparcial, e outra de natureza feminina, adaptada às circunstâncias particulares.

Nesta linha, arremata Denise Ramos:

“Mas, uma vez que o ato de julgar é pertinente a todos, o significado desta obra amplia-se, levando-nos a profundas reflexões sobre nossas dissociações, nossos julgamentos prepotentes – do tipo “o mal está no outro” – e nos religa à matriz original de totalidade, do bem e do mal, do masculino e do feminino”.

Por outro lado, cabe ressaltar que, somente uma investigação, com base nas contribuições do pensamento de Jung, poderá realizar uma correta leitura dos aspectos míticos envolvidos no ato de julgar.

Em uma análise preliminar, percebe-se que o simbolismo judiciário, de caráter universal, foi buscar muitos de seus elementos na mitologia, retirando sua força da natureza. Na linha deste registro, podem ser citados, por exemplo, aspectos de ordem cosmológica, como o referente a própria escolha do lugar onde pode vir a ser feita a justiça, seja ao lado de um poço ou sob uma árvore, seja, modernamente, na criação de templos ou palácios da justiça. Demarca-se, assim, um espaço próprio, separado do resto do mundo, que é o espaço do judiciário, hierarquizado e organizado pelo vazio e pelo interdito.

Ora, como se sabe, o símbolo designa um objeto dividido em dois, permitindo a posse de uma das partes o reconhecimento da outra. O símbolo mostra, torna sensível aquilo que não o é.

Daí o interesse de se relacionar estas questões com as noções de *arquétipo* e *símbolo* no pensamento de Jung, procurando-se identificar outras dimensões do julgar.

Além deste aspecto referente ao espaço, merece destaque a categoria do tempo.

O tempo do processo, que é marcado pelos ritos, interrompe o escoamento linear do tempo

cotidiano. Cada um no seu lugar e cada coisa a seu tempo: essa é a ordem do ritual do judiciário.

Enfatiza Garapon¹⁶ que o ritual do judiciário faz eco de um ritmo simbólico composto por um regresso ao caos, seguido de um confronto entre o bem e o mal, e que termina com o regresso à paz. Ele não se limita a restabelecer a ordem antiga: ele regenera a ordem social, criando a ordem a partir da desordem.

Assevera Joseph Campbell¹⁷:

“quando se torna juiz um homem deixa de ser o que era e passa a ser representante de uma função eterna[...] As pessoas percebem que estão diante de uma personalidade mitológica”

Ora, a justiça é um arquétipo, presente, desde tempos imemoriais nas simbolizações humanas.

Paulo Ferreira da Cunha¹⁸, notável jurista português, observa que:” *os símbolos do direito são algo de muito sério: eles são o espelho do estado da justiça, em um certo tempo e lugar*” .

Na mitologia greco-romana duas imagens arquetípicas personificam a Justiça, Themis e Dike, a primeira uma deusa, filha de Gaia e Urano, simbolizava a própria organização do universo, representando uma das forças primordiais da natureza, enquanto justiça divina, irmã de Zeus, aconselhava-o na distribuição de prêmios e castigos. De sua união com Zeus, surge Dike, sendo conhecida como justiça do caso concreto, ‘e portadora do Direito, do Olimpo para a Terra, cabendo a ela a função de mantê-lo entre os homens, enfrentando as forças de Eris(discórdia), Bia(violência) e Hybris(imoderação),(surge na Teogonia de Hesíodo, VII a. C.), transformando-se em Homero em direito subjetivo e divindade protetora do Direito.

Encerra-se este estudo com o pensamento de James Hillman, para quem a função de julgar é feminina. Diz Hillman¹⁹:

“Esquecemos por vezes que a aplicação da lei por um juiz é uma operação de sentimento e que as leis não foram inventadas apenas para garantir e proteger a propriedade ou para garantir ao sacerdócio e a classe dominante o seu poder para julgar difíceis problemas humanos e fazer justiça nos negócios dos homens. Julgar é uma questão de sentimento....Uma decisão salomônica não é um golpe brilhante que desfaz o nó górdio das complexidades;é , antes, um julgamento a partir dos sentimentos...acreditamos erroneamente que o sentimento sempre deve ser pessoal e que a lei sempre é fria e seca, esquecendo-nos dos valores de sentimentos

16 GARAPON, A. Bem Julgar. Lisboa: Piaget, 1999

17 CAMPBELL, Joseph. *O Poder do Mito*, São Paulo: Palas Athena, 1993- p.12

18 CUNHA, Paulo. *Essay de symbolique juridique. In: Archives de Philosophie du Droit*, 1995, tomo 40 -p.106

19 HILLMAN, James. *A TIPOLOGIA DE JUNG*, SP: Cultrix, 2007 - p. 141

impessoais das leis, dos seus ideais e de sua explicação geral “

4. Referência bibliográfica

ARRUDA, F. **Ética e alteridade: as relações contemporâneas**. Prometeus – Viva Vox. Filosofia em Revista. Universidade Federal de Sergipe. Ano 5, Número 9, Janeiro-Junho de 2012.

BAIR, D. **Jung: uma Biografia**. Trad. Helena Londres. Rev. téc. Carlos Byngton; Maria Helena; & Caio Liudvikp. São Paulo, SP; Ed. Globo. 2006. Volumes 1 e 2.

CAMERINI, M. F. A. **A Produção de Saber Mediada pelo Uso do Vídeo com Classes Populares Urbanas**: pela (Re) Construção da Dignidade Humana numa Experiência de Pastoral. 2003. Tese de Doutorado - Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2003.

CAMPBELL, J. **O Herói de Mil Faces**. São Paulo. Ed. Cultrix/Pensamento, 2007.

_____. **O Poder do Mito**. Entrevista concedida por Joseph Campbell ao jornalista Bill Moyers. Versão em dois DVDs.

CORTES, G. G. **Os mitos: fontes simbólicas da Psicologia Analítica de C.G. Jung**. Disponível em: <http://www.jung-rj.com.br/arquivos/fontes_simbolicas.pdf>. Acesso em 22 de abril de 2012.

CRAIG, A. G. **O abuso do poder na psicoterapia e na medicina, serviço social, sacerdócio e magistério**. São Paulo: Paulus. Coleção Amor e Psique. 2004. 139p.

FRANZ, M. L. V. C. **G. Jung: seu mito em nossa época**. São Paulo. Editora Cultrix, 1922.

JUNG, C. G. **Face to Face**. Entrevista da BSC concedida por Jung a John Freeman. 1959. Versão em DVD. Duração: 40 min.

_____. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. Petrópolis, Editora Vozes, 2000. 469p.

_____. **O Homem e seus Símbolos**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. 316p.

_____. **O desenvolvimento da personalidade**. Petrópolis. Editora Vozes, 1981, 182p. Capítulo VII: Da formação da personalidade, 19p.

MCLYNN, F. **Carl Gustav Jung: Uma Biografia**. Rio de Janeiro, Editora Record, 1998

SAMUELS, A.; SHORTER, B.; PLAUT, F. **Dicionário Crítico de Análise Junguiana**. Disponível em: < <http://www.rubedo.psc.br/dicjunga.htm> >. Acesso em 22 de abril de 2012.

SILVEIRA, N. da. **Entrevista com Nise da Silveira**, concedida ao professor Edson Passeti, da PUC/ SP. 1991. Versão em DVD. Duração: 47 min.

_____. **Jung. Vida e Obra**, Coleção Vida e Obra, Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1997, 16. Edição revista.

VERNANT, J. P. **Universo, os deuses, os homens**, Capítulo: A origem do universo. Companhia das Letras, 2000.

VON FRANZ, M.-L. **A interpretação dos contos de fadas**. 1990. Introdução à coleção amor e psique. Editora Paulus.

WIKIPÉDIA, A enciclopédia livre. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/>>. Acesso em 22 de abril de 2012.

Walquer Figueiredo da Silva Filho

Mestre em Direito pela Universidade Veiga de Almeida (UVA). Pós-Graduado em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Advogado. Coordenador Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário São José (UniSãoSãoJosé). Conselheiro da 57ª Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil do Estado do Rio de Janeiro (OAB/RJ). Membro Efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). E-mail: walquer@walquerfigueiredo.com.br / CV: <http://lattes.cnpq.br/4195281796461991>

Rafael de Paiva Matias

Graduando em Direito pelas Faculdades São José (FSJ). Bolsista integrante do Núcleo de Pesquisa e Iniciação Científica das Faculdades São José (NPIC-FSJ).

Sumário: 1. Introdução. 2. Conceito de Crime. 3. Elementos do Crime. 4. Culpabilidade. 5. Da imputabilidade penal. 6. O Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 e as infrações praticadas por menor. 7. Das medidas socioeducativas. 8. Da possibilidade de alteração do art. 228, CF/88. 9. Comparativo entre os posicionamentos dos doutrinadores. 10. O papel do legislativo na diminuição da maioria penal. 11. Conclusão. 12. Bibliografia.

RESUMO:

Atualmente a maioria penal em nosso país é fixada aos dezoito anos de idade, com isso, uma pessoa que não possua 18 anos completos não comete crime, mas sim infração penal, mesmo que o ato culmine em homicídio, o infrator ao invés de estar sujeita a pena prevista no artigo 121 do Código Penal Brasileiro (CP), que prevê pena de reclusão com duração de 6 (seis) a 20 (vinte) anos, estará o autor sujeito tão somente as medidas socioeducativas, estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente - (ECA), Lei 8.069/90, que variam entre 6 (seis) medidas diferentes, sendo que a medida socioeducativa "mais severa" prevê a privação da liberdade por no máximo 3 (três) anos. Em razão disto, a violência, praticada por menores infratores, se perpetua em nosso país, e com a aprovação pela câmara dos deputados, em 19/08/2015, da Proposta de Emenda à Constituição nº 171/1993 (reduz a maioria para 16 anos em caso de crime hediondo, homicídio doloso e lesão com morte), que encontra-se em fase de votação no Senado Federal, uma vez que já foi aprovada na Câmara dos Deputados. Contudo, não cessaram as discussões sobre o tema, em que o principal teor é a constitucionalidade de tal emenda, por isso torna-se imprescindível analisar os argumentos jurídicos que giram em torno dessa temática.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA); Redução da maioria penal; Inimputáveis; Menor infrator.

ABSTRACT:

Currently, a criminal majority in our country is fixed at eighteen years of age, this means that a person eighteen full years of age commits a simple homicide, qualified for imprisonment lasting from six to twenty (20) years. (ECA), Law 8.069 / 90, which varies from 6 (six) different measures, the socio- Deprivation of liberty for a maximum of three (3) years. As a result, violence perpetrated by minor offenders is perpetuated in our country, and with approval by the Chamber of Deputies, on 08/19/2015, of the Proposed Amendment to Constitution No. 171/1993 (reduces the age of 16 Years in case of heinous crime, willful homicide and injury with death). And as gigantic discussions on the subject, in which the main content is a constitutionality of such an amendment, it is immensely necessary to understand, the different legal arguments and whether this measure is capable of diminishing a practice practiced, especially by minors, is constitutional.

Keywords: Child and Adolescent Statute (ECA); Reduction of the penal age; Incomputable; Minor offender.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, a imputabilidade penal se dá aos dezoito anos, onde adota-se para aferição desta, o critério biológico, em que é levada em conta somente a idade do indivíduo, independente da capacidade psicológica deste.

Desta forma, a redução da maioridade penal é um objeto de debate atual. Isso porque, hoje é comum que determinado delito bárbaro tenha sido praticado por um menor e estes menores são com frequência levados ao mundo do crime pelo simples fato de não sofrer imputação penal, como acontece com os adultos.

Com isso, surge a seguinte questão: A redução da maioridade penal é uma medida constitucional?

O objetivo deste trabalho é entender se a diminuição da maioridade penal no Brasil é uma medida constitucional, através de uma pesquisa e comparações dos diferentes argumentos de doutrinadores nacionais.

A principal metodologia empregada será bibliográfica, com aferição da teoria, decisões legislativas e o direito comparado.

A discussão deste problema mostra-se de grande importância para toda sociedade, uma vez que terá como objeto de estudo a verificar se, a redução da maioridade penal é ou não permitida pela Constituição Federal.

Diante dos recentes acontecimentos de criminalidade e violência, que vem tomando conta do cotidiano da sociedade brasileira, e com a participação de menores em crimes significativos, tem-se discutido a relevância de diminuir a maioridade penal, todavia, a discussão não é pacífica na doutrina e muito menos no legislativo.

2. CONCEITO DE CRIME

O conceito adotado pelo Código Penal, possui grande embate na doutrina, todavia, ao observar a legislação, verifica-se que ao separar o crime e a imputabilidade penal, pode-se concluir pela adoção da teoria bipartida.

Esta teoria define crime como fato típico e antijurídico ou ilícito, enquanto a culpabilidade é o pressuposto de pena.

Convém destacar que o conceito material do crime é a violação de um bem jurídico penalmente protegido, enquanto o conceito formal está atrelado ao conceito de crime, sendo este um fato típico e antijurídico, desta forma, deve-se analisar inicialmente se os elementos configuradores de crime estão presente e posteriormente, verifica-se se é culpável o ato ou não.

O conceito analítico está vinculado a análise dos fatores que proporcionaram o ato, quando este enquadrar-se na legislação penal, estará configurado o ato típico, e quando este ato for ilícito, estabelecerá o crime, e sendo o indivíduo culpável, poderá este estar submetido as sanções previstas no Código Penal.

3. ELEMENTOS DO CRIME

Como anteriormente exposto, o crime é o resultado de um ato típico e ilícito. Com isso, uma breve análise sobre estes elementos faz-se necessária.

A tipicidade está baseada na obrigatoriedade da conduta estar prevista no Código Penal, ou seja, se os

atos cometidos não enquadrarem-se na norma penal, não há o que se falar em crime.

O segundo elemento que deve ser verificado após a análise da tipicidade do ato é a ilicitude ou antijuricidade, que é a análise se determinado ato é ilícito, ou seja, não é permitido por lei, como por exemplo no caso de legítima defesa no homicídio, que conforme o art. 25, do Código Penal, afasta a ilicitude do ato.

4. CULPABILIDADE

A culpabilidade é um conceito de reprovação, onde ultrapassada a fase de averiguação da infração penal (fato típico e ilícito), tem-se o pressuposto para a imposição da pena. Devendo, nesta fase aferir-se se o agente deverá responder pelo crime ou não, devendo para isso observar três critérios, sendo estes: imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. (Bitencourt 2003, p. 14)

Na imputabilidade avalia-se a capacidade de entender e querer agir de acordo com o ato adotado, enquanto na potencial consciência da ilicitude basta que o agente tenha condições suficientes de saber que a conduta adotada está em desacordo com as normas estabelecidas, e a exigibilidade de conduta adversa é um juízo de reprovação, onde ao analisar o caso concreto verifica-se se uma outra conduta poderia ser exigida da pessoa que cometeu a infração penal.

5. DA IMPUTABILIDADE PENAL

Após compreender o conceito de crime, é imprescindível abordar o que é a imputabilidade penal. Para isso, traz-se um dos melhores conceitos que vem do conceituado Damásio de Jesus, “imputabilidade penal é o conjunto de condições pessoais que dão ao autor da conduta a capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível” (1999, p. 467).

Logo, basta o indivíduo ter capacidade de compreender o caráter ilícito ou antijurídico do ato para que possa responder pelo fato típico praticado.

Conforme exposto acima, a imputabilidade é fundamental para que o agente infrator de responda pelo crime, é por isso, é necessário atentar para os critérios de inimputabilidade destacados pelo Código Penal:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27 - Os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

§ 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (grifo nosso)

O Código Penal desta forma, elenca quem serão os inimputáveis, e como visto os menores de 18 anos, fazem parte deste grupo. Este fato é consideravelmente questionado, e atualmente faz parte, inclusive, de debates nas casas legislativas federais, uma vez que as violências causadas por menores infratores estão se tornando cada vez mais frequentes.

Segundo o Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAACL) do Conselho

Nacional de Justiça (CNJ), nos últimos anos cresceu o número de adolescentes cumprindo medida socioeducativa no país – em novembro do ano passado havia 96 mil menores nessa condição e neste ano já são 192 mil. O tráfico de drogas é o crime mais frequente entre os jovens. Já o crime de estupro cometido pelos menores aumentou de 1.811, em novembro de 2015, para 3.763, em novembro deste ano. (CNJ,2016, [internet])

6. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTES – LEI 9.069/90 E AS INFRAÇÕES PRATICADAS POR MENOR

Diante dos dados apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça, e frente ao artigo 27 do Código Penal, torna-se necessário analisar a legislação especial para a criança e adolescente, sendo esta a Lei 8.069/90 (ECA).

Ressalta-se que o ECA, traz a definição de criança, definindo esta como pessoa até os doze anos de idade incompletos e do adolescente, sendo este as pessoas entre doze anos completos e os dezoito anos de idade incompletos.

Sendo claro que excepcionalmente poderá ser considerada adolescente a pessoa até os vinte e um anos de idade, quando ao adolescente com dezoito anos incompletos for imposta a medida de internação ou semiliberdade pelo período de três anos.

Desta forma, pode-se dizer que o ECA, criado a partir da necessidade de uma legislação especial para criança e adolescente trouxe consigo o critério biológico adotado para menores de dezoito anos, conforme exposto no art. 228, CF/88, “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Observa-se, ainda, no início do ECA, o dever da família, da sociedade e do poder público de assegurar todas as garantias de direitos da criança e do adolescente, abordadas na legislação especial em comento.

E é por oportuno, que se destaca que sem a estruturação dos entes anteriormente citados (família, sociedade e poder público), a vulnerabilidade da criança e adolescente aumenta e as suas possibilidades de entrarem em conflito com a lei crescem ainda mais.

É importante destacar que o poder público elencado na legislação, não está restrito a uma única forma, mas sim em um todo, como educação, saúde, segurança, ou seja, a estrutura pública deve mover-se para atender aos direitos elencados na Lei 8.069/90.

O ECA não se restringe a abordar os direitos dos menores, mas também dispõe que estes não praticam crimes ou contravenções penais, mas sim ato infracional. E os atos infracionais serão punidas conformes as regras contidas nesta legislação especial.

Destaca-se que segundo o art. 112 do ECA, os menores não cumprem penas, e sim medidas socioeducativas, que poderão ser: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade, inserção em regime de semiliberdade, internação em sistema educacional.

7. DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Tendo em vista que a criança e o adolescente são inimputáveis, segundo o art. 228, CF, e que por isso não cometem crime, mas sim ato infracional, podendo a eles ser impostas medidas socioeducativas

A primeira medida abordada pela legislação é a advertência, que consiste em uma repreensão verbal

de natureza leve ou, ainda, um conselho, que será reduzida a termo e assinada, conforme art. 115. Da Lei 8.069/90

A segunda medida é a obrigação de reparar o dano, que será aplicada quando houver lesão ao patrimônio, ou seja, caberá ao menor infrator reparar o dano por ele cometido.

A terceira medida é a prestação de serviços à comunidade, que consiste na realização de tarefas gratuitas e de interesse geral, todavia não poderá prejudicar a frequência escolar ou ainda o horário de trabalho

A quarta medida elencada é a liberdade assistida, sendo aplicada quando demonstrar-se a mais adequada, para acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente, será designado uma pessoa que com o apoio e supervisão da autoridade competente irá orientar, acompanhar frequência escolar, fazer diligências com o objetivo de inserção do menor no mercado de trabalho e apresentar o relatório do caso

A quinta medida resulta em um regime de semiliberdade reconhecida como um estágio entre a liberdade e a internação. O adolescente fica recolhido durante o período noturno e tem a possibilidade de exercer atividades externas durante o dia.

A sexta e mais severa medida é a internação e deve ser aplicada apenas como última alternativa, sendo verificada, a impossibilidade de adoção de outra medida. Constitui na inserção do adolescente em entidade de internação, sendo, privado de sua liberdade. Esta medida deve cumprir determinados requisitos, como excepcionalidade, brevidade e respeito à condição da pessoa em desenvolvimento.

O art. 121, §4º, ECA cita, ainda, expressamente que sob nenhuma hipótese ficará o menor no regime de internação por mais de três anos. E em caso, do menor atingir os vinte um anos sairá compulsoriamente da internação.

O artigo 122 do ECA, restringe as hipóteses em que serão aplicadas as medidas de internação, como por exemplo ato infracional que contenha grave ameaça ou violência, reiteração de infrações graves e descumprimento reiterado de outra medida anteriormente aplicada.

Destaca-se o artigo 124 do ECA que estipula os direitos que devem ser garantidos aos adolescentes em regime de internação, como a entrevista com representante do Ministério Público, receber escolarização e profissionalização, realizar atividades relacionadas a cultura, entre outros.

Portanto, além de defender os direitos da criança e adolescente, a Lei 8.069/90, estabelece em que circunstâncias serão submetidas estas pessoas as medidas socioeducativas. Respalda-se na carta magna, a Constituição Federal, mais especificamente em seu artigo 228.

8. DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO ARTIGO 228 DA CF/88

Devido as discussões acerca da possibilidade de redução da maioria penal, e antes de discutir os preceitos sociológicos, faz-se mister analisar o artigo 228 da Constituição Federal e entender se esta pode ser objeto de Emenda ou se, configura-se como cláusula pétreas.

As cláusulas pétreas são estabelecidas na própria CF/88, na seguinte forma:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.** (Grifo nosso)

No contexto da possibilidade de alteração do art. 228, CF/88, o principal questionamento recai sobre esta ser uma cláusula protegida de emendas, sob a alegação desta configurar-se um direito e garantia individual, conforme disposto no inciso IV, §4º, da CF/88.

9. COMPARATIVO ENTRE OS POSICIONAMENTOS DOS DOUTRINADORES

O artigo 228, CF/88, na visão de muitos respeitados doutrinadores está protegido por uma cláusula de intangibilidade, e por isso não poderia ser modificado, mesmo que por emenda à Constituição, além disso, outras questões são levantadas pelos doutrinadores que não coadunam com a diminuição da maioria penal, como nas palavras do ilustre Damásio de Jesus em entrevista publicada no site última instância, pelo diretor Camilo Toscano, em 22/03/2007, sobre a questão afirmou:

A minha posição é contrária à redução da maioria, porque note que muitas vezes a ideia é brilhante ou a medida é correta, mas inconveniente em face do tempo e do lugar. De maneira que, tecnicamente, seria a favor de baixar para 16 anos, mas não podemos nos esquecer do país em que estamos e a situação penitenciária que possuímos. (2009, [internet])

Todavia, a discussão não é pacífica, e conta com o posicionamento de outros doutrinadores, como aduz o professor Cezar Bittencourt, posicionando-se de forma intermediária:

Admitimos, de *lege ferenda*, a possibilidade de uma terceira via: nem a responsabilidade penal de nosso Código Penal, nem as medidas terapêuticas do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas uma responsabilidade penal diminuída, com consequências diferenciadas, para os infratores jovens com idade entre dezesseis e vinte e um anos, cujas sanções devam ser cumpridas em outra espécie de estabelecimento, exclusivas para menores, com tratamento adequado, enfim, um tratamento especial. (2008, p. 354)

E há ainda, os que se posicionam de forma totalmente positiva em relação à diminuição da maioria, como se pode observar na citação do ilustre professor Rogério Greco:

Tal presunção, nos dias de hoje, tem gerado revolta na população, que presencia, com frequência, menores de 18 anos praticando toda sorte de injustos penais, valendo-se, da certeza da impunidade que a sua particular condição lhe proporciona. (2013. p.390)

Ao analisar a posição dos referidos e respeitados Doutrinadores, pode-se entender que o art. 228, CF/88 não estaria protegido por ser uma cláusula pétrea, mas a questão deveria ser analisada sob a ótica da efetividade e dos objetivos a que se destinam a intenção de mudar a referida norma.

10. O PAPEL DO LEGISLATIVO NA DIMINUIÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

O aumento dos índices de criminalidade em que há envolvimento de crianças e adolescentes, que só no início do ano de 2016 aumentou em 21%, como divulgou a Delegacia do Adolescente Infrator (DAI) e Delegacia da Cidade Operária (Decop), de São Luís (Maranhão), traz à tona a discussão acerca da redução da idade penal, que hodiernamente, em nosso ordenamento jurídico, está fixada em dezoito

anos. No contexto supracitado, o legislativo iniciou diversas Propostas de Emendas Constitucionais (PECs), como a PEC 171/93, que trata do rebaixamento da idade penal.

A proposta de redução da maioria penal passa obrigatoriamente por uma modificação no texto constitucional, porquanto o art. 228 da Constituição Federal preceitua que são inimputáveis os menores de dezoito anos, sendo-lhes aplicável a legislação penal específica.

Observa-se que a discussão se tornou mais vigorosa, após a aprovação pela Câmara dos Deputados da PEC 171, que reduz a maioria penal para os crimes de homicídio, lesão grave e crime hediondo, e em caso de aprovação nas fases seguintes, poderá forçar o Supremo Tribunal Federal (STF) a posicionar-se a respeito da constitucionalidade da PEC 171.

11. CONCLUSÃO

Em virtude do que foi mencionado é imprescindível, que todos se conscientizem de que a constitucionalidade da alteração do art. 228 CF/88, para diminuir a maioria penal não é apenas uma questão de necessidade da sociedade, mas análise, se a mesma se encontra protegida por cláusula pétrea ou não.

Embora de suma importância esta análise, é necessário entender que o sistema penitenciário brasileiro se encontra extremamente defasado e com isso, a mera diminuição da maioria poderia tornar-se um problema, ao invés de uma solução.

Não obstante, não adianta promover a construção e melhoria de presídios, sem que haja o combate aos fatores geradores da criminalidade como a educação, drogas e a desestruturação familiar.

Logo, deve-se concluir que uma profunda reanálise na ordem política social e penitenciária são os primeiros passos, para que se possa futuramente voltar à discussão da diminuição da maioria penal, assim como as formas com as quais as penalidades serão aplicadas aos menores.

12. BIBLIOGRAFIA

AFONSO, Edinaldo de Araújo. **A Redução da Maioridade Penal**. Presidente Prudente- SP, 2008. 57 p. Monografia apresentada para conclusão de Curso em Direito FACULDADES INTEGRADAS ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO, Presidente Prudente, 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/viewFile/813/790>>. Acesso em 08 de dezembro de 2016.

ARAÚJO, Jáder. **Da aplicabilidade da medida de segurança aos psicopatas: um estudo à luz do parágrafo único do artigo 26 do Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14718> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

BARBOSA, Mariana. **Redução da maioria penal**. Disponível em: <<http://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/689/mariana%20neves%20batista%20figueiredo%20barbosa.pdf?sequence=1>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília: Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 08 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 08 de dezembro de 2016.

BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm>. Acesso em 08 de dezembro de 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 12 ed. Saraiva. São Paulo: 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMPELLO, Livia, SANTIAGO, Mariana. **Direito penal, criminologia e processo penal**. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/z3071234/xzijgq71/u5uzoamotu0brfv6.pdf>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120)**

-15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CHAVES, Telyta. **Maioridade penal é cláusula pétrea da Constituição, diz Damásio de Jesus**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/28195/bipartida-ou-tripartida-breves-consideracoes-sobre-a-teoria-adoptada-pelo-codigo-penal>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

CORDEIRO, Taiana. **Parecer jurídico: redução da maioridade penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/pareceres/44506/parecer-juridico-reducao-da-maioridade-penal>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral - 17. ed.** Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1995.

JESUS, Damásio. **Direito Penal -Damásio de Jesus**. Disponível em: <<http://advocatusaccessoria.xpg.uol.com.br/pen/damasio.html>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

JESUS, Damásio. **Maioridade penal é cláusula pétrea da Constituição, diz Damásio de Jesus**. Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/19620/36317.shtml.shtml>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

JUSTINIANO, José. **Redução da idade penal**. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/dir1.pdf>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NETO, Gláucia. **Redução da maioridade penal**. Disponível em: <<http://www.unipac.br/site/bb/tcc/dir4.pdf>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

PASSARINHO, Nathalia. **Câmara aprova em 2º turno redução da maioridade penal para 16 anos**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/08/camara-aprova-em-2-turno-reducao-da-maioridade-penal-para-16-anos.html>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

PEREIRA, Camila. **A redução da maioridade penal**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/juridica/article/viewfile/3108/2870>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.

PIRES, Werik. **Crescem em 21% os crimes cometidos por menores infratores**. Disponível em:

<<http://www.diariodebalsas.com.br/noticias/crescem-em-21-os-crimes-cometidos-por-menores-infratores-13454.html>> Acesso em 12 de dezembro de 2016.

SEGUNDO, Evaldo. **Redução da idade penal em face da Constituição Federal.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14105/reducao-da-idade-penal-em-face-da-constituicao-federal>> Acesso em 08 de dezembro de 2016.