



CÉSAR MAXIMIANO DUARTE

A SUBJETIVIDADE DA PERCEPÇÃO E O PENSAMENTO JURÍDICO

SOROCABA/SP

2021

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo central tratar da imbricada relação, intestina ao aplicador do Direito, entre a percepção subjetiva do mundo e a qualidade do pensamento jurídico que daí deriva. Em continuidade, pretende-se demonstrar que a crise do pensamento jurídico moderno repousa em um verdadeiro descompasso: a utilização do relativismo que deriva do humanismo renascentista para afastar qualquer arquétipo jurídico (mormente os arquétipos positivados), e, ao mesmo tempo, a adoção de estruturas ideais preestabelecidas, formadas pela percepção de mundo de uma determinada casta social, à qual pertencem grande parte dos julgadores concursados do Brasil.

O trabalho adotará o método dedutivo. Para tanto, pretende-se, de proêmio, demonstrar, através da historicidade, a superação da metafísica e, conseqüentemente, dos direitos racional e natural, superação essa que é o gérmen do pensamento humanista e, por corolário, do positivismo jurídico. Em seguida, pretende-se encetar uma abordagem filosófica acerca da relação entre percepção e pensamento. Por fim, utilizando-se da contextualização geral para se adentrar ao espectro da particularidade, será explorado o caminho de criação da percepção de mundo dos magistrados, seguindo-se com a abordagem dos impactos que tal percepção causa na formação de seus pensamentos jurídicos, e, por conseguinte, de sua atuação como *juris dictor*.

O intuito é, ao percorrer esse caminho, concluir que a crise jurídica hodierna tem suas raízes no empobrecimento filosófico dos aplicadores do direito, sendo que tal empobrecimento pode ser mero corolário de uma (in)consciente manutenção do *status quo* de uma determinada cultura social, exercida por uma determinada casta, pertencente a uma sociedade claramente estratificada.

2. A FORMAÇÃO DO SUJEITO NA HISTÓRIA DA FILOSOFIA JURÍDICA

Uma das grandes diferenças entre os fenomenologistas existencialistas e os pensadores da *via antiqua* é o ponto de partida de suas construções filosóficas: enquanto estes partem de conceitos exteriores ao indivíduo (como a metafísica platônica, ou, em contraponto, o realismo aristotélico, que organiza o mundo através de categorias, *e.g.*), aqueles têm como ponto fulcral o indivíduo, sublevando-o à única realidade de fato existente.

Não é equivocado afirmar que o pensamento jurídico moderno, embebecido, como tudo no mundo, da filosofia dominante, está baseado nessa superação, na vitória do nominalismo sobre o realismo, na vitória de uma querela que fora filosoficamente inaugurada na histórica discussão entre Sócrates e Trasímaco, fora reavivada na Idade Média pelos franciscanos, e acabou desembocando nas correntes filosóficas contemporâneas.

Passemos, então, a verificar esse caminho histórico-filosófico da formação do conceito de indivíduo na sociedade ocidental.

2.1. Sócrates, os Universais e a Justiça

Sócrates nasceu em Atenas, por volta de 469 a.C., em uma era dourada da arte e da literatura. Na segunda metade de sua vida, Sócrates serviu na infantaria pesada da Guerra do Peloponeso. Em linhas gerais, tal pensador era tido como um ser humano decente, ponderado, livre de avareza ou ambição e amigo do povo¹.

Na qualidade de filósofo, Sócrates adotou a seguinte máxima: “*a vida não investigada não vale a pena ser vivida*”. E, deste modo, passou a questionar não só a si, como a todos que afirmavam ter certeza de alguma coisa. Seus modo de questionar ficou conhecido como “*maiêutica socrática*”. Foi Sócrates, portanto, que iniciou a investigação sistemática sobre a natureza da virtude, situando-a no centro da filosofia moral².

Sócrates defendia a existência de universais, ou seja, de um arquétipo natural independente do indivíduo. Para ele, *e.g.*, nenhuma pessoa peca contra a virtude intencionalmente. Se um homem erra, ele o faz por ignorância, ou seja, por ausência de conhecimento do que seja melhor para si. Uma vez que todos queremos nos realizar e ser felizes,

¹ KENNY, Anthony. **Filosofia Antiga**. São Paulo: Loyola, 2011. pp. 58-9.

² *Idem*, pp. 58-9 e 300.

atitudes que se afastam das virtudes teriam seu nascedouro na ignorância, posto que produzem funestas consequências a quem as pratica³.

No primeiro livro da obra “*A República*”, Platão descreve uma discussão que Sócrates travara com Céfalo, Polemarco e Trasímaco. A tese de Sócrates era a de que a Justiça era uma virtude, e a queria definir.

Céfalo sugeriu que a Justiça era dizer a verdade, bem como devolver o que tenha sido tomado emprestado. Sócrates rebateu, questionando se por acaso seria justo devolver uma arma emprestada por um amigo que enlouquecera. Polemarco afirmou que justiça é fazer o bem aos amigos e prejudicar os inimigos, e Sócrates então o repreende, pois, por se tratar a Justiça de uma virtude, jamais seria justo prejudicar alguém. É daí que se exsurge Trasímaco, inaugurando um embate que durou centenas de anos a fio⁴.

Trasímaco questiona se a Justiça, de fato, seria uma virtude. Segundo ele, a resposta era negativa, pois a realidade sempre mostrou que justiça é justamente aquilo que protege os poderosos. Ao questionar a Justiça, Trasímaco, num senso muito mais profundo, questiona a existência de virtudes para além da vontade humana, em uma franca oposição ao pensamento dos universais, iniciado por Sócrates.

Essa discussão, como já apontado, é reanimada na Idade Média, onde é batizada como “*querela dos universais*”, momento em que realistas (universalistas) e nominalistas (individualistas) competirão uma estratégica casa do tabuleiro da história, posto que o vencedor será o influenciador de todo o pensamento filosófico moderno.

2.2. Platão: a Justiça e o Indivíduo⁵

Em que pese Platão ser conhecido como sendo o filósofo do mundo das ideias, sua fórmula para a concepção da Justiça engloba certa objetividade. Para ele, a procura pelo justo deve se dar, inicialmente, pela observação do mundo - uma observação eminentemente objetiva. Seu método é, portanto, cósmico, uma vez que se alimenta da visão do cosmos, do universo exterior ao homem, a fim de atingir, então, a compreensão, que é de fato interior.

³ *Idem*, p. 305.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Os itens 2.2 a 2.5 são paráfrase e compreensão pessoal de diversos trechos de VILLEY, Michel, in **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

A objetividade de Platão, contudo, é limitada, uma vez que, para ele, o real não é o mundo sensível, mas sim o mundo das ideias, intangível pelos cinco sentidos, alcançável apenas pela *ratio* humana. A busca do justo, então, seria tarefa de um filósofo, o único capaz de ascender ao mundo das ideias e de lá importar o verdadeiro senso de justiça.

Tanto Sócrates quanto Platão têm como base do pensamento de justiça a concepção da existência de um direito que transcende o indivíduo, e que, portanto, só é possível a partir da assunção da teoria dos universais.

2.3. Aristóteles: a Justiça e o Indivíduo

Enquanto Platão confundia justiça e moral, Aristóteles tratou do *díkaion*, estudando a justiça separadamente de *nómos*, onde estudou o direito. Enquanto a moral trata das virtudes, o direito, o *díkaion*, relaciona-se ao efeito, ao resultado exterior da moral. O direito se aperfeiçoa no interior da moral, de modo que o moralista deve buscar as intenções, e o aplicador do direito o objeto que deriva da moral.

Aristóteles cindiu o justo em dois tipos: o justo natural e o justo positivo. Surge, portanto, a ideia de direito natural, autônomo em relação às vontades humanas, mas completamente dependente destas: a solução de direito deve ser alcançada pelas duas fontes conjuntamente, sendo que o primeiro passo do aplicador do direito seria o estudo da natureza para alcançar o conceito universal, e, em seguida, a aplicação desse universal ao caso concreto.

Apesar de Aristóteles desvincular-se do direito racional de Platão, sua ideia de direito natural também remete à compreensão de que o ponto de partida de sua filosofia se dá fora do indivíduo. Todavia, essa forma de contemplar a existência, conhecida como *via antiqua*, será superada pelos acontecimentos históricos e filosóficos da Idade Média.

2.4. A Idade Média: o berço do individualismo, gérmen do existencialismo

A Idade Média no ocidente foi marcada pelo exponencial crescimento do pensamento cristão, o que fez com que a *via antiqua*, por óbvio, fosse abandonada.

Contudo, dois grandes pensadores, ambos clérigos da Igreja Católica, tiveram fundamental importância para a história da filosofia: Santo Agostinho introduziu o platonismo

na Igreja, e, alguns anos mais tarde, São Tomás de Aquino fez o mesmo com a filosofia aristotélica.

2.4.1. Santo Agostinho de Hipona e São Tomás de Aquino

Agostinho utilizou-se da concepção de mundo das ideias de Platão, para a qual o mundo dos sentidos não é o real, para enfatizar que o reino dos homens não importava ao verdadeiro cristão, que deveria concentrar sua atenção no reino de Deus: “*dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus*”.

Agostinho utiliza-se ainda da concepção platônica das leis positivas. Para o filósofo grego, os juristas, por não serem dotados das capacidades filosóficas para tanto, não conseguem ter acesso à ideia pura de justiça, e por isso deveriam lidar com as leis. Agostinho prega que se existem leis falhas, que foram feitas por seres humanos falhos, esses indivíduos só ascenderam ao poder para fazer as leis falhas por vontade divina. Grosso modo, portanto, as leis falhas, apesar de injustas, eram, mesmo que indiretamente, “*voluntas Dei*”, a vontade de Deus.

As ideias de Agostinho, que já demonstram bastante conexão com a concepção de justiça de Trasímaco, foram alguns anos mais tarde retomadas pelos franciscanos, em especial Duns Escoto e Guilherme de Ockham, em um derradeiro golpe contra a filosofia aristotélica, como há de se ver nas vindouras linhas.

São Tomás de Aquino, por seu turno, foi o responsável por restabelecer a comunhão entre a fé e a razão (“*fides et ratio*”), apresentando à intelectualidade cristã da época toda a filosofia aristotélica, dando a ela uma aplicabilidade teológica e pragmática.

No campo do Direito, Tomás de Aquino fez nascer a necessidade de a lei estar de acordo com a doutrina do direito natural, sendo possível ao indivíduo, mediante um exercício hermenêutico, afastar a lei humana quando esta não estiver consoante ao *jus natura*.

2.4.2. Guilherme de Ockham e a origem do individualismo

Na primeira metade do séc. XIV, um frade franciscano, que, na disputa de poder entre o Papa e o Imperador, rebelara-se contra o papado, apaixonado que era pela filosofia lógica aristotélica, utilizou-se dela para questionar os poderes dos reis, bem como do Papa: a história

colocava Guilherme de Ockham como o fundador de um novo modo de pensar, que ficou conhecido como “*via moderna*”.

Para compreendermos a filosofia de Ockham, temos que compreender primeiramente a tese adversa, que é a do realismo moderado. São Tomás, declarado discípulo de Aristóteles, reconhece a existência dos indivíduos, mas também a existência dos universais, ou seja, dos gêneros, das espécies. César, Pedro e Ricardo existem, mas também existe o conceito de homem, de sexo masculino, de cidadão etc. A existência dos gêneros e das espécies é a base fundante da doutrina do direito natural.

Para São Tomás, o mundo exterior comporta em si mesmo uma ordem, classes onde se incluem os seres singulares (que ele chama de causas formais) e as naturezas (que ele chama de causas finais). Há, então, todo um sistema de relações entre os indivíduos, acima dos indivíduos. As coisas existem independentemente do intelecto, que só as descobre - eis a metafísica realista.

Já para Ockham, as palavras, que estavam até então sendo usadas como universais, nada mais eram que... palavras! As palavras, a Ockham, são só signos das coisas, e as coisas só podem ser, por definição, simples, isoladas, separadas, **seres únicos e distintos**. Isso implica dizer que César, Pedro e Ricardo são tudo o que existe. O homem, o sexo masculino, o cidadão, a humanidade, tudo isso não são coisas, não são seres.

O que Ockham fez foi levar ao extremo o movimento que fora apenas esboçado por Aristóteles contra Platão. Para ele não existia “filosofia moderna”, mas somente filósofos ditos modernos; para ele não existia sequer a Ordem Franciscana, mas sim frades franciscanos dispersos pela Europa.

O que Ockham faz, portanto, é inaugurar uma filosofia que tem como ponto de ignição o indivíduo, o ser em si. E este é o ponto-chave para a eclosão de diversas correntes de filosofia moderna, dentre elas o existencialismo e a sua fenomenologia, como há de se ver no capítulo seguinte, de cunho eminentemente filosófico.

3. A RELAÇÃO ENTRE PERCEPÇÃO E PENSAMENTO

Como Guilherme de Ockham baseou-se em Aristóteles para destruir toda a filosofia de São Tomás de Aquino, que também era um grande cultor do aristotelismo, as vindouras linhas iniciam-se com a filosofia fenomenológica em Aristóteles, passando, em seguida, para a fenomenologia existencialista de Merleau-Ponty.

Restará nítida a transformação da filosofia aristotélica pelos movimentos da Idade Média: enquanto a fenomenologia de Aristóteles aponta sempre para algo que se situa além do indivíduo, a filosofia de Merleau-Ponty, carregada dos efeitos da vitória do nominalismo sobre o realismo, começa e termina no ser-em-si.

Importante ressaltar que, herdeiro da fenomenologia de Heidegger, Merleau-Ponty também expande o ser-em-si para o ser-no-mundo, mas ainda se trata de um conceito não transcendental, senão existencial. A perspectiva merleau-pontiana, existencialista, fruto da cosmologia desenvolvida a partir do ser humano, é completamente subjetiva, enquanto a aristotélica é um verdadeiro equilíbrio entre a subjetividade e a objetividade.

Essa nem tão sutil diferença entre a fenomenologia de Aristóteles e de Merleau-Ponty torna claro o ocorrido: Guilherme de Ockham destemperou os ensinamentos do pensador grego antigo, inaugurando toda uma corrente filosófica, conhecida como *via moderna*.

3.1. A Senso-Percepção em Aristóteles

Das elocubrações filosóficas mais modernas, é difícil encontrar alguma que não tenha sido ao menos tangenciada por Aristóteles. A fenomenologia, no que toca à percepção do mundo, não foge a essa regra. Portanto, é por tal pensador que este aprofundamento filosófico se inicia.

Aristóteles lança uma criteriosa análise acerca da senso-percepção como sendo fundamental para a compreensão da cognição humana. Em que pese Aristóteles enviesar-se para a interessante discussão acerca do movimento da alma, o presente trabalho tratará do tema de uma maneira mais direta e sintetizada.

Para tal pensador, a questão sensitiva deve ser compreendida segundo a teoria hilemórfica, ou seja, é necessário compreender a relação entre matéria, forma, ato e potência. Aristóteles ainda preleciona que tal hilemorfismo é mereológico, de modo que tal estudo deve

ser lógico-matemático, tendo como objeto as relações entre as partes e o todo e entre as próprias partes, no interior de um todo⁶.

A senso-percepção aristotélica demanda a existência de um (ou mais) sentido(s), que contém, *per si*, uma característica de potência, qual seja a de receber formas sensíveis. Deste modo, o sentido, em sua latência, permanece à mercê do movimento do meio, recebendo a forma sensível sem a matéria. Nessa recepção há o percipiente, que é a matéria que se apresenta, e o percebido, que é a forma sensível captada, internalizada pela ação do sentido. Ao final desse processo, que conecta matéria e forma - percipiente e percebido -, a forma do percipiente tende a se tornar igual à forma do percebido.

Para Aristóteles, a ligação da sensação ao pensamento é chamada de **imaginação**, que contempla uma atividade de balanceamento psicológico. Como tudo no universo busca a homeostase, essa função positiva, ou seja, de criação de uma imagem através da ligação entre a sensação e o pensamento, é contrabalanceada por uma função negativa, que surge naturalmente na *psyché* humana, estabelecendo condições de possibilidade de engano e de falsidade daquilo experimentado.

Sobre a imaginação incidem duas qualidades de pensamentos: o passivo e o produtivo. Enquanto aquele capta os produtos da síntese da senso-percepção e imaginação, este garante que o produto da cognição reproduza a realidade tal qual ela é, consumando-se, dessa forma, o ato cognitivo perfeito.

É nítido que a investigação aristotélica procura, de certo modo, despir-se de qualquer conceito preconcebido, tendo como ponto de partida a própria observação em si. Trata-se de uma investigação “pura” neste sentido.

3.2. A Percepção na Fenomenologia Existencialista de Merleau-Ponty⁷

A percepção dos fenomenologistas existenciais, em que pese terem sido eles claramente influenciados pela sublevação do papel do indivíduo perante o mundo, não faz

⁶ SILVA, Fernanda Pereira Augusto da. **Sensp-Percepção no de anima B de Aristóteles**. João Pessoa: UFPB, 2011. Disponível em <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/5582/1/arquivototal.pdf>>. Acesso em 24/06/2021.

⁷ Ressalvadas as citações feitas, o presente subtópico e os dois seguintes foram baseados no artigo de NOGUEIRA, João Carlos. **A percepção como revelação do mundo; Fenomenologia de Merleau-Ponty**. Campinas: Reflexão, 2007. pp. 19-36. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/5765/576562025002.pdf>>. Acesso em 24/06/2021.

oposição direta às preleções aristotélicas. Merleau-Ponty, que inquestionavelmente é um dos maiores representantes de tal fenomenologia, identifica o mundo como sendo o solo do qual brota todo o pensar filosófico⁸. Se o pensar é intestino ao homem, e o mundo o circunda externamente, de tal assertiva de Merleau-Ponty deriva a existência de um processo de interiorização do mundo externo no sujeito. Há aqui, como se pode observar grande similitude com a investigação de Aristóteles.

A distinção se dá, todavia, quando Merleau-Ponty dá um passo para o lado da filosofia de Ockham: para ele, o ser humano existe somente como ser-no-mundo, ou seja, não existe alguém que se encontra objetivamente, como simples coisa, no meio do mundo, tampouco uma consciência encerrada em sua interioridade. O ser só o é no mundo, quando sai de si para estar junto das coisas, em uma íntima relação com o mundo e com os outros seres. O ser humano é um ser destinado ao mundo, *par excellence*.

Apontadas as similitudes e as diferenças, resta ainda necessário descrever como é que, para Merleau-Ponty, ocorre o processo de percepção do mundo, e como é que dele deriva o pensamento.

3.2.1. A Apropriação do Mundo pelo Corpo

Filiada ao “realismo” aristotélico, que, numa primeira impressão, opõe-se ao idealismo platônico, a relação entre o homem e o mundo não seria transposta em termos de conhecimento, mas sim uma relação ontológica na qual o homem-sujeito identifica-se com o seu corpo e a sua situação, estabelecendo um intercâmbio entre eles, intercâmbio esse de natureza prático-afetiva.

Todavia, tal qual Aristóteles, Merleau-Ponty não se opõe de fato ao idealismo, mas traz substratos suficientes para superar a dicotomia “empirismo-racionalismo”. E assim o é porque, segundo tal existencialista, o empirismo de nossas experiências sensoriais não é um fim em si, mas sim a origem do modo de se aceder à verdade: o mergulho na experiência sensorial orienta-se pela multidimensionalidade dos atos do sujeito. Em miúdos, a consciência-no-mundo é uma consciência física, psicológica, histórica, ontológica e epistemológica⁹ - existência, comportamento e linguagem são os termos de uma dialética que inscreve a história do mundo e do sujeito.

⁸ *Idem*. p. 20.

⁹ Em termos husserlianos, trata-se de uma relação dialética entre uma *noesis* (compreensão imediata) e um *noema* (produto da inteligência).

Esse encontro com o mundo, que se dá pelo corpo, é algo que transcende a corporalidade, bem como a subjetividade e a própria objetividade. Trata-se de uma realização intersubjetiva, conectiva de diversos sujeitos, que revela o mundo e ao mesmo tempo a si mesmo. A consciência humana é a consciência-no-mundo, ligada a este pelo corpo.

3.2.2. A Instauração do Sentido

O ser humano tem como uma de suas características a instauração e a manifestação de sentido ao mundo. Isso é feito por ele pelo próprio corpo, que encerra em si duas características: a da reflexividade da consciência e a da visibilidade própria ao mundo. O corpo, num só ato, reflete a consciência do indivíduo e a torna visível, demonstrando ao meio aquela reflexão de consciência. O mundo reagirá ao corpo, que por sua vez reagirá ao mundo, num processo dialético de construção da realidade. Por isso que o ser humano é, por essência, um ser de linguagem.

Merleau-Ponty advoga que o pensamento não é, no sujeito que fala, uma representação, ou seja, ele não põe expressamente objetos e relações. Quem fala não pensa antes de falar, tampouco pensa enquanto fala: a palavra do orador é o seu próprio pensamento. O pensamento e a palavra estão conectados em uma relação de mútua implicação. A palavra exprime o pensamento, e este se encarna na palavra¹⁰.

Todavia, o imediatismo da fala-pensamento se dá em um solo ao menos minimamente preconcebido. O processo de revelação do real, empreendido pela linguagem, é uma obra já feita e ainda por fazer. A experiência humana nada mais é do que a inscrição da marca do indivíduo no seio do espaço cultural onde ele se encontra introjetado. E essa inscrição se dá pela linguagem.

A palavra configura o ponto de encontro de um processo iluminador que se projeta sobre o real, dando-lhe sentido, pois ela restringe a abrangência da experiência humana a um determinado segmento da realidade. A palavra, portanto, permite a constituição de significações estáveis, que são exatamente as citadas bases do mundo cultural, onde o ser se encontra para, ao mesmo tempo, descobrir e reinventar.

¹⁰ MERLEAU-PONTY, M. *Phenomenologie de la Perception*. Paris: Gallmard, 1945. p. 209.

3.2.3. As Bases do Comportamento e a Produção Cultural

O ser humano tem um corpo sensitivo, que capta e lança informações do/para o mundo; o ser humano simultaneamente interioriza o mundo exterior e interioriza o mundo exterior. Ser-no-mundo que é, descobre-se introjetado num plano cultural, e através da percepção desse mundo será também um criador de obras culturais. O comportamento é o modo de o indivíduo exercer a sua existência no mundo, pois seus atos, imbuídos de sentidos, constituem seu próprio ser em relação intercambial com o meio.

Apesar de ser uma concepção de encarnação da existência, não se trata, segundo Merleau-Ponty, de uma noção behaviorista de comportamento, reduzido à sua dimensão fisiológica, como se a ação humana estivesse estritamente enraizada a uma dimensão fisiológica, entendida como mera resposta do organismo aos estímulos ambientais, em uma busca até certa medida inconsciente de adaptação ao meio. Merleau-Ponty refuta o objetivismo comportamental por defender que, pese a citada encarnação, pese ainda a simultaneidade entre pensamento e ação, tudo se dá num campo que é fruto de uma experiência pré-reflexiva, que já é dotada de significação, embora informulada, e que se mostrará instante a instante da vivência.

A existência de uma experiência pré-reflexiva não implica a existência metafísica de um sujeito pré-cognoscente, pois, segundo o pensador, a relação Ser e Mundo tem um caráter prático, que antecede a conceituação. A conceituação, então, ocorre instante a instante. *Mutatis mutandis*, a experiência pré-reflexiva seria como uma lâmpada nas mãos do ser humano. O conhecimento, que é o desvelar do mundo pela lâmpada, se dá passo a passo, instantaneamente. Não é à toa que o homem se define como *lumen naturale*.

A produção cultural, portanto, nada mais é que a relação entre o Ser e o Mundo; o fruto do ser-no-mundo; a reação do ser ao meio e do meio ao ser, em um constante movimento espiral.

4. A PERCEPÇÃO DOS APLICADORES DO DIREITO E SEUS IMPACTOS NA FORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO MODERNO

Definida a produção cultural como sendo a reatividade entre Ser e Mundo, não há como negar que a produção jurídica, ou seja, os esforços do Ser para realizar o Justo, também é uma produção cultural. Imersos no mundo, os juristas reagem ao meio, que por sua vez reage aos juristas, numa sucessiva operação chamada de existência. O que adjectiva o indivíduo como jurista são os rumos que ele dá a essa relação entre sujeito e mundo: a dialética existencial, quando baseada na busca por justiça, produz naturalmente uma cultura chamada de cultura jurídica.

Dadas as preleções de Merleau-Ponty, contrárias ao behaviorismo, o meio não seria capaz de produzir um indivíduo pré-congnoscente. Fugiria do escopo deste trabalho rebater essa assertiva, de modo que ela será tomada como válida, e será adotada como premissa maior do raciocínio que segue. Deste modo, não há nenhum arquétipo formado para a experiência humana, e sim tão somente uma experiência pré-reflexiva, pura, aberta a todo e qualquer fenômeno que surja pelo meio. O conhecimento é a experiência do ser-no-mundo, e é desvelado instante a instante.

4.1. A produção de uma cultura jurídica através da experiência do ser-no-mundo

Nada obstante a ideia merleau-pontiana de infusão do indivíduo no momento presente, o labor de um aplicador do direito requer abstração, ou seja, requer um grau de empatia capaz de transportar a razão do jurista a um caso não concreto, posto que perdeu (passado) ou ainda não tem (futuro) sua concretude pelo efeito do tempo. Há aqui, então, uma experiência diferente daquela de infusão no momento presente: a atividade jurídica não é só reflexiva e responsiva, pois demanda uma atividade pretérita a estas, qual seja a de recriar, na mente, um fato sepultado pela inexorabilidade temporal, ou, então, de um fato que sequer ainda existiu, para só então refletir e responder.

A instrumentalização do Direito impõe ao seu operador, como momento presente, a reestruturação de um momento pretérito, nas maiores minúcias possíveis, ou então de um

momento futuro, um porvir, para que ocorra um julgamento razoável. O mergulho do ser-no-mundo, quando se está em operação um caso concreto que demanda uma solução jurídica, é, então, um mergulho no passado/futuro-presente, ou no presente-passado/futuro, a depender do ponto de vista.

A cultura jurídica, portanto, ao contrário de outras produções culturais, só se dá através da abstração, através da introjeção do passado ou do futuro no momento presente. A formação da cultura jurídica só se dá quando o presente se transforma em passado ou futuro, para daí então o jurista viver, como ser-no-mundo, esse momento presente modificado, criado, reconstruído.

4.2. As origens filosóficas do totalitarismo judicial

Esclarecido o labor jurídico sob a perspectiva fenomenológica existencialista, o que ocorre na prática é que a maioria dos aplicadores do Direito entrincheiram-se em suas realidades atuais, negando a necessária abstração, em uma demonstração de total incapacidade empática, fundamental para a produção daquilo que se tem por justo.

A título de exemplificação, são abundantes as sentenças condenatórias, na seara penal, em que a condenação demanda a inequívoca comprovação de dolo (específico fim de agir do agente, consubstanciado na consciência da situação e na vontade de praticar o ato danoso a outrem), e esta comprovação é inexistente. A condenação acontece, contudo, porque o julgador não é dotado da capacidade abstrativa de recriar a situação fática que já inexistente, e, nela, colocar-se no lugar do réu, para assim verificar se existe a inequívoca certeza da vontade de delinquir. Normalmente, o juiz recria a situação fática, mas sua *passionis*, que é, ao mesmo tempo, seu asco pelo crime e sua identificação com a(s) vítima(s), coloca-o na pele desta(s), com quem se solidariza. Assim, abandonando sua imparcialidade jurisdicional, condena como se vítima fosse.

É interessante notar que, neste avançado do trabalho, já restou hialino que a imparcialidade jurisdicional não está relacionada a um juízo absolutamente oco, vazio. A imparcialidade necessária está exatamente na capacidade de abstração, aliada à capacidade de empatia para com todas as partes envolvidas no processo, inclusive para com o réu. Vale dizer, um juiz que se despe da empatia para com o réu, ou seja, que não é capaz de se colocar em seu lugar no momento do crime, mas que facilmente se solidariza com a(s) vítima(s), é um juiz de viés punitivista; ao passo que um juiz que se despe da empatia para com a(s) vítima(s), sendo

unicamente capaz de se colocar no lugar do réu, é um juiz permissivista. A virtude, como nos deixou Aristóteles em seu legado filosófico, é o *medium*, o exato ponto de equilíbrio entre o permissivismo e o punitivismo. Um juiz que abstrai e que é capaz de lançar a empatia a todas as partes do processo é um juiz garantista, visto que literalmente garante o necessário exercício hermenêutico de sua jurisdição a todos os envolvidos.

A função jurisdicional, decisional, é a aqui citada porque ela é o “fiel da balança de Têmis”. De um lado há a acusação, que encarna os olhos da(s) vítima(s) e da sociedade como um todo, e do outro há a defesa, que mergulha profundamente nos meandros do réu. A função primeva do juiz é (ou ao menos deveria ser) deixar-se levar pelos dois lados, mergulhando profundamente em todas as subjetividades que lhe fossem apresentadas. O primeiro exercício do juiz deveria ser um exercício fenomenológico, de verdadeira entrega ao que lhe é apresentado pelo mundo (que, *in casu*, são as teses fáticas da acusação e da defesa, respectivamente).

Feitas tais considerações exordiais, abandonemos o mundo do dever ser e volvamos os olhares para a realidade da *praxis* judicial brasileira, mormente a bandeirante. Como elucidado há pouco, o juiz equilibrado tem o adjetivo de garantista, uma vez que, na sua função de atribuir a cada um o que é seu por direito (*suum cuique tribuere*), permite-se a empatia para com todos. E, no ano de 2020, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo representou um magistrado pertencente aos seus quadros por, acredite-se ou não, ter decisões “*curiosamente garantistas*”¹¹.

Dado o posicionamento do Tribunal de Justiça, que pretende literalmente punir os magistrados equilibrados, não é de se estranhar que existam, e às pencas, juízes togados que, ao receberem a denúncia, já têm a condenação em sua mente. Mesmo em casos gritantes, de estampado equívoco do órgão acusador, o juiz, por capricho, por viés ou até por pressão da própria classe, sustenta uma mentalidade condenatória.

Mas resta, ainda, um questionamento: qual é a raiz desse comportamento? Por que o Poder Judiciário tornou-se verdadeira *longa manus* do órgão de acusação?

Em que pese a premissa maior do presente exercício argumentativo impor a ideia de que o meio não seria capaz de produzir um indivíduo pré-congnoscente, é importante entender onde estão os magistrados – talvez aí haja a explicação de eles simplesmente negarem o exercício hermenêutico necessário ao seu mister. A única explicação plausível pela inatividade

¹¹ In Estadão Conteúdo. **CNJ julga juiz que ‘solta muito’ por decisões com ‘viés curiosamente garantista’**. Disponível em < <https://www.istoedinheiro.com.br/cnj-julga-juiz-que-solta-muito-por-decisoes-com-vies-curiosamente-garantista/>>. Acesso em 25/06/2021.

hermenêutica dos juízes é a sua negação ou incapacidade de abstração, uma negação peremptória de introjetar em seu momento presente um fato pretérito sob os mais diversos ângulos. E, para saber por que isso acontece, é necessário saber onde estão os magistrados. E, para saber onde estão, é fundamental saber de onde vieram.

A maioria maciça dos magistrados brasileiros tem origem nos estratos sociais mais altos, sendo que 51% deles têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% com a mãe na mesma faixa de escolaridade. Apesar de a teoria merleau-pontiana opor-se ao behaviorismo, é de lógica inegável que a origem de um indivíduo determina o meio onde ele se encontra. E, de fato, a maioria dos magistrados (92%) tem cônjuges com ensino superior completo, e um quinto dos magistrados do país tem familiares na carreira. Esse percentual sobe quando se verifica a quantidade de magistrados que têm familiares profissionais em outras carreiras do direito, sendo 51% deles. Os magistrados também são religiosos: 82% deles declarou ter religião, dos quais 57,5% são católicos, e 6,2% evangélicos tradicionais¹².

É forçoso concluir que a “lâmpada” da experiência pré-reflexiva dos magistrados ilumina um solo surreal para a maioria maciça dos brasileiros: um ambiente cultural de erudição, de bonança material e, portanto, de total desnecessidade de transgressão ao direito alheio. A métrica dos magistrados brasileiros não é a métrica daqueles que são por eles julgados. E a hipótese conclusiva aponta para este choque de realidades como sendo a mola propulsora à falta da necessária empatia em solo de jurisdição.

Todavia, a *praxis* jurídica demonstra que os magistrados guardam algo além dessa incapacidade empática; algo que escancara a impossibilidade de qualquer olhar minimamente crítico para o acusado: o *modus operandi* do Poder Judiciário. O modo de agir do Poder Judiciário demonstra a sua paixão pela tese de Trasímaco, qual seja a ideia de que a justiça é a vontade de quem detém o poder. É importante esmiuçar o recorte filosófico que essa instituição tem feito para arvorar seu totalitarismo perante a sociedade.

Platão, na doutrina apresentada na “*A República*”, é hostil à legislação escrita. Aristóteles, em sua obra “*Ética a Nicômaco*”, descreve um modo de se produzir justiça, e ele de fato não envolve as leis escritas, senão um esforço hermenêutico para atingir o Justo, que seria o meio termo entre vícios opostos. A *via antiqua*, seja pelo platônico apelo à lei racional,

¹² Cf. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros de 2018**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em 25/06/2021.

seja pelo aristotélico apelo à lei natural, tem como base a capacidade humana de inferir acerca do certo e do errado.

Na via contrária, o nominalismo, que defende a inexistência de algo além do indivíduo, é o predecessor do positivismo jurídico. Essa relação se dá da seguinte forma: uma vez que o nominalismo entende as palavras como meros signos distintivos, as leis não seriam nada mais que as palavras comungadas para apontar a vontade do indivíduo que as fez. Assim, o positivismo jurídico, que este trabalho ousadamente chama de nominalismo jurídico, é a doutrina que exalta o direito positivo a ponto de pretender edificar sobre a lei, e apenas sobre a lei, o conjunto da ordem jurídica, inexistindo aí qualquer ordem da natureza como primeira fonte do direito. A única fonte do direito é a lei, e esta nada mais é do que fórmulas, expressões de vontades individuais¹³.

E o que estão a fazer os juízes para serem considerados verdadeiros conspurcadores da filosofia do Direito?

A compulsão pelo desmesurado poder de um magistrado encontra nas leis uma barreira natural. As leis, que em um estado democrático de direito são a consubstanciação da *volonté générale*, funcion(ari)am como um freio a qualquer tentativa totalitária do Estado, ou de indivíduos detentores do poder público. Como, então, superá-las? Os juízes se utilizam dos conceitos da *via antiqua*, no sentido de que as leis seriam rígidas demais para se amoldarem ao caso concreto, e que a *juris dictionis*, ou seja, o dizer o direito, deveria então ter uma margem de liberdade de atuação mais ampla que os limites impostos pelos dispositivos legais.

Acontece que, no exato momento em que os juízes superam as leis, eles abandonam a *via antiqua*, ou seja, eles não se utilizam do saber racional platônico, tampouco da fórmula aristotélica do justo. Superada a lei, os magistrados voltam rapidamente para o individualismo que se faz presente no positivismo (nominalismo) jurídico.

Em miúdos, aos magistrados, porque lhes convém, a existência de uma rigidez na aplicação das leis é horrenda, mas a ideia de que a justiça é a vontade de quem detém o poder é extremamente válida. Aos magistrados, porque lhes convém, a possibilidade de superar as leis no exercício jurisdicional é fantástica, mas a necessidade de realizar um exercício hermenêutico completo para tanto é asquerosa.

É assim, portanto, que os magistrados recortam as correntes filosóficas, criando uma verdadeira *tertia via*, que se afasta de qualquer juridicidade filosoficamente válida. Esse é o exercício pseudo-filosófico de que essa classe lança mão para escarrar suas vontades

¹³ Cf. Michel Villey, *op. cit.*

particulares no seio da sociedade, da mesma sociedade que lhes garante, através dos impostos e das custas judiciais, elevados subsídios.

4.3. Uma breve reflexão fenomenológico-existencialista acerca do comportamento dos magistrados

Elucidado o malabarismo jurídico-filosófico realizado pelo Poder Judiciário, joguemo-lo igualmente no processo depurador da fenomenologia existencialista de Merleau-Ponty.

De acordo com tal pensador, “*o literato exprime-se com abstrações, ao passo que o pintor concreto o faz por meio do desenho e da cor*”¹⁴. Deste modo, partamos das considerações feitas por Merleau-Ponty acerca dos pintores, a fim de compará-los, em momento posterior, com os magistrados, presumidamente literatos.

O pintor, ao pintar, esboça em seus toques na nívea tela a unidade de suas sensações, exprimindo ao mundo toda a sua singularidade como indivíduo. E assim o é porque “*a arte que não se baseia num sentimento não é de todo arte*”¹⁵. O sentimento é, portanto, o começo, o meio e o fim do artista – é nítido aqui o caráter existencialista, impregnado do individualismo encetado por Guilherme de Ockham, ainda na Idade Média.

O magistrado, literato que é (ou que ao menos se espera ser), e, portanto, usuário das abstrações para se exprimir, ao exercer sua função hermenêutica, esboça na concatenação de palavras impostas à nívea folha de papel toda a sua singularidade como indivíduo. E assim o é porque a abstração, somada à empatia, que não se baseia num puro sentimento, chamado no mundo jurídico de *imparcialidade*, não é de todo um julgamento filosoficamente válido. E a famigerada *imparcialidade* nada mais é do que, realizada a reconstrução do fato, a capacidade empática de enxergar o ocorrido pelas mais diversas óticas subjetivas.

Pese ser negado pela filosofia, a decisão injusta trata-se de um julgamento, que é revestido de força cogente, posto que extraída da mente de um indivíduo que possui a chancela do Estado para julgar. E para além dos meandros do poder, um julgamento tal (desprezível, porém válido) é capaz de demonstrar as características mais essenciais daquele que o exarou, tal qual uma obra de arte escancara muito do íntimo do artista.

¹⁴ CÉZANNE, Paul. **Correspondências**. Trad. Antônio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.247.

¹⁵ CÉZANNE, Paul *apud* ESSENBERG, Aline S. **Tópicos Especiais de Fenomenologia**. Brasília: Unileya, 2021.

Uma decisão solavancada, que se afasta das leis humanas sem descrever o caminho hermenêutico para tanto percorrido, demonstra a falta de capacidade técnico-cognitiva, ou até mesmo uma falha de caráter do julgador, tal qual um quadro pintado por uma criança de cinco anos de idade escancara a óbvia incapacidade do infante.

A falha do magistrado, exposta em suas decisões é, para além do caso individual, ontológica, estampando que aquele indivíduo que está a ocupar uma cadeira de poder é, em verdade, um comum; um comum que está a se sentar num trono destinado a um filósofo. É como uma criança retocando uma valiosa e única obra de arte, sendo ainda mui bem remunerada por seus borrões, por todo o estrago imposto àquilo que era destinado a ser virtuoso.

O que se espera de um magistrado, mormente daquele que é dado a superar as leis positivadas, é a real capacidade de ser-no-mundo, a real capacidade de mergulhar no momento presente; de abismar-se e se surpreender com tudo o que lhe é exposto, e, somente após esse desvelar dos fenômenos, tornar-se hábil a construir a resolução do embate que se lhe é apresentado para solução.

Deste modo, um magistrado que se nega a tal entrega não é, de fato, um magistrado, senão, como já dito, um “comum” no trono de um filósofo.

Um homem é reconhecido pelas suas obras; um magistrado é reconhecido pelas suas decisões.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou demonstrar a íntima relação entre a percepção subjetiva do mundo de um operador do Direito e a qualidade do pensamento jurídico que daí deriva.

A historicidade da filosofia, seguida pelo estudo da relação entre percepção e pensamento, funcionou como substrato para o desenvolvimento das teses abordadas, que pretenderam esclarecer como a percepção de mundo deve servir para a formação de um pensamento jurídico, mormente para a solução de um caso concreto.

No seu mister, o trabalho acabou desvelando o recorte filosófico realizado pelo Poder Judiciário brasileiro, a fim de, ao que parece, atingir um grau de poder irrefreável pelos mecanismos de salvaguarda da sociedade. Localizado tal veio, o trabalho esmiuçou as falhas de pensamento – e, portanto, de julgamento – dos magistrados.

Como óbvia conclusão, a detecção de uma total ausência de escrúpulos histórico-filosóficos, que toma conta do Judiciário brasileiro em geral, aponta para a necessidade de uma formação humanística mais acentuada, elevando-se a quantidade de horas de estudo da cátedra de Filosofia nas universidades, em compasso com uma maior exigência de tal matéria nos certames para ingresso na magistratura.

Ao observar a atual situação, já abusivamente narrada nestas linhas, não é possível se furtar dos apontamentos feitos por Platão em sua obra *“A República”*. Segundo ele, o governante ideal seria o filósofo, pois, enquanto os comuns lutam por fama, poder e/ou prazeres, o filósofo tem como único interesse o saber, a *veritas*: é um amante da sabedoria. E somente alguém assim seria capaz de lidar com o poder sem ser por ele corrompido.

Portanto, na derradeira conclusão deste trabalho, o que se pugna é por juízes filósofos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2015.

ESTADÃO CONTEÚDO. **CNJ julga juiz que ‘solta muito’ por decisões com ‘viés curiosamente garantista’**. Disponível em < <https://www.istoedinheiro.com.br/cnj-julga-juiz-que-solta-muito-por-decisoes-com-vies-curiosamente-garantista/>>. Acesso em 25/06/2021.

KENNY, Anthony. **Filosofia Antiga**. São Paulo: Loyola, 2011.

MERLEAU-PONTY, M. **Phenomenologie de la Perception**. Paris: Gallmard, 1945. p. 209.

NOGUEIRA, João Carlos. **A percepção como revelação do mundo; Fenomenologia de Merleau-Ponty**. Campinas: Reflexão, 2007. pp. 19-36. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/5765/576562025002.pdf>>. Acesso em 24/06/2021.

PERFIL SOCIODEMOGRÁFICO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS DE 2018. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em < https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf>. Acesso em 25/06/2021.

PLATÃO. **A República**. São Paulo: Lafonte, 2021.

SILVA, Fernanda Pereira Augusto da. **Senso-Percepção no de anima B de Aristóteles**. João Pessoa: UFPB, 2011. Disponível em <<https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/5582/1/arquivototal.pdf>>. Acesso em 24/06/2021.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.