

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-069-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

JEROME FRANK E A INCERTEZA NO DIREITO: UM ESTUDO DE AUTOR

JEROME FRANK AND LEGAL UNCERTAINTY: AN AUTHOR STUDY

Manuela Braga Fernandes

Lorena de Melo Freitas

Resumo

Jerome Frank desenvolve ao longo dos seus vários livros a tese de que o direito é regido pela incerteza. Para isso ele levanta os questionamentos que a própria sociedade faz acerca da segurança nas decisões judiciais. A ideia que não é certo predizer o resultado de um processo é algo do próprio senso comum, como demonstra a literatura. O problema numa tese de que o direito é eivado de certeza, para Frank, está ainda na 1ª instância, quando se determina os fatos. Para ele, esse processo de determinação da verdade dos fatos no processo é derivado de um processo psicológico subjetivo que leva em consideração determinantes de ordem íntima do próprio magistrado, das testemunhas e qualquer outro elemento de prova. Assim, Frank usa da psicanálise para compreender a necessidade social de acreditar num sistema regido pela certeza. Com isso, o trabalho se debruça sobre o problema da certeza no direito, elaborando, assim, a hipótese de que o direito é, de fato, incerto, mas existe a necessidade do indivíduo, do ponto de vista psicanalítico, de acreditar e perpetuar que a certeza domina o Estado, como demonstrado por Frank.

Palavras-chave: Jerome frank; incerteza; decisão judicial.

Abstract/Resumen/Résumé

Jerome Frank develops on his several books the thesis that the law is dominated by uncertainty. For that he raises the questions that society itself asks regarding security on judicial decisions. The idea that it is not accurate to predict the result of a judicial process is of common sense, as the literature demonstrates. The problem on a thesis that the law is ruled by certainty, to Frank, is on the lower courts when the facts are determined. For him, the process of determination of the truth is derived from a subjective psychological process that takes in consideration elements of intimacy of the judge himself, witness and other proves. So Frank uses psychoanalysis to comprehend the social need to believe in a system ruled by certainty. On those notes, the present work regards the problem of certainty on the law leading to the hypothesis that the law is, indeed, uncertain, but there is an individual need, on the psychoanalytical point of view, to believe and perpetuate the idea that certainty domains the State of law, as demonstrated by Frank.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Jerome frank; uncertainty; judicial decision.

INTRODUÇÃO

Jerome N. Frank foi uma das figuras mais representativas do realismo jurídico norte-americano. Muitas vezes apresentou posicionamentos extremos em relação aos seus companheiros, ganhando a alcunha de radical. Ele teve uma extensa carreira jurídica à medida que trabalhou em todas as esferas do Poder Judiciário: no setor administrativo, na advocacia e, mais tarde, como juiz, bem como ocupou cargos públicos e acadêmicos. A experiência em tantos setores proporcionou uma percepção ampla da realidade jurídica.

Frank ficou conhecido pelas inserções da psicanálise freudiana nas suas observações acerca do direito e da decisão judicial. Criou conceitos que ficaram populares na doutrina americana, como *fact-skepticism*, *basic legal myth*, *father substitutes* ou *valorative standards*.

A principal obra de Frank, *Law and the modern mind*, foi resultado do período em que este passou estudando psicanálise após ele mesmo fazer terapia em razão dos problemas com seu pai, que o empurrou numa carreira jurídica que, a princípio, o fazia infeliz. Com esse histórico e influência da psicanálise, ele percebe a importância que as características individuais do julgador têm no resultado da decisão final. Assim, com essa admissão, ele acredita que é necessário se conhecer melhor para julgar melhor, de modo que as influências subjetivas sejam percebidas pelo consciente.

Frank criou o termo *juiz maduro* para se referir àquele que conhece a lei, reconhece os fatos e admite que tem diante de si, a depender das peculiaridades do caso, uma oportunidade em que precisa legislar. Para ele essa é uma das responsabilidades de ser magistrado. A psicanálise então seria um instrumento para o amadurecimento do juiz.

Frank acreditava que o discurso é um exercício de associação, uma reação do sujeito aos estímulos colocados diante dele. Assim, uma testemunha colocada numa audiência ou tribunal responde de acordo com os estímulos que são colocados. Sua história ou sua versão dos fatos é condicionada pelo *complexo* e pelas palavras estímulo que são colocadas pelos inquisidores para que revele o *complexo*. O conjunto de palavras e situações que servem de estímulo para a testemunha condicionam as associações que formam a sua resposta às perguntas.

Dessa forma, o testemunho é uma atividade psicológica subjetiva que depende de condicionantes que não atentam necessariamente para a realidade fática. A percepção e a reprodução dos fatos que são determinantes para o resultado da ação judicial são condicionadas por fatores psicológicos.

Frank garante ainda que os métodos pessoais usados pelos juízes para determinarem a interpretação das provas não podem ser sistematizados ou transformados em regras, pois são fatores subjetivos de percepção que, muitas vezes, nem mesmo os magistrados têm catalogados para si. Para saber como o sujeito apreendeu a informação seria necessário entender como esse indivíduo pensa. Além disso, existe o problema dos erros. As testemunhas (e até as provas técnicas e científicas) são passíveis de erros que condicionam a interpretação dos fatos, estabelecendo-os de maneira diferente do que viria a ser.

Nesses termos, para Frank seria impossível criar uma ciência de predição legal em razão justamente da determinação dos fatos. Uma ciência dessa natureza teria que ser específica do magistrado que profere a decisão, uma ciência do único.

A observação humana é falível, é afetada pela visão, audição, emoção, condição psicológica, como também conceitos pré-concebidos. Da mesma forma, uma corte superior dificilmente pode alterar qualquer definição acerca dos fatos advinda da 1ª instância. Assim, essas definições da realidade fática ainda no início do processo condicionam toda a decisão e, como são resultado de um processo subjetivo e psicológico, não podem ser previstas. Portanto, a partir daí, para Frank, a dificuldade de se falar em certeza no direito.

Ele chama de mito básico legal a noção que o direito pode ser certo e estático. Ele, como já estabelecido, sofre influência da psicanálise freudiana e se dispõe a entender a necessidade de acreditar num mundo de estabilidade e certeza a partir da psique.

Uma explicação para o chamado “mito básico legal” de Frank está na maneira que a criança recebe as influências do mundo desde o nascimento. Para Frank a criança a partir do parto começa a conhecer o medo, a enfrentar o desconhecido e as mudanças constantes que seguem o nascimento. Ela, como resposta, passa a lutar para alcançar a serenidade de antes do parto. A resposta da criança para esses novos fatores é o apetite por conforto, paz e proteção. Ela deseja retornar para um mundo de estabilidade e controle.

A criança passa, então, a satisfazer esse apetite por serenidade, conforto e paz na figura onipotente e infalível do pai. O pai representa a estabilidade e a serenidade que a criança conheceu no útero. Com o avançar dos anos os homens adultos ainda são vítimas do desejo infantil de serenidade. Eles ainda almejam um mundo em que estão livres da sorte, do indefinido ou do arbitrário. No entanto, inevitavelmente, percebem a falibilidade paterna e ficam carentes de um mecanismo que proporcione a tencionada serenidade, por isso recorrem aos *father-substitutes*, ou substitutos do pai, e, para Frank, o direito é o maior *father substitute*.

Nesses termos, tem-se que o problema do presente trabalho é justamente a indagação: existe certeza no direito? Para responder essa pergunta toma-se o referencial teórico de Jerome Frank e, com isso, elabora-se a resposta inicial de que o direito é incerto, mas existe a necessidade do indivíduo, do ponto de vista psicanalítico, de acreditar e perpetuar que a certeza domina o Estado.

1. A INCERTEZA NO DIREITO

O próprio senso comum mantém postura de suspeita em relação à segurança jurídica. Ernst Bloch discorreu sobre isso quando explicou sobre o que ele chama de *sentimento jurídico*, aquela situação em que o demandante entende que seu fundamento de acusação ou defesa é fraco, mas resolve insistir, pois, em seu íntimo, compreende que a decisão judicial pode reverter-se em seu favor¹. Em outras palavras, não é absolutamente seguro o resultado de um processo jurídico e essa premissa está incutida no imaginário do homem comum. Por mais justo que determinado resultado possa parecer não há que se dizer com certeza qual caminho será tomado pelo julgador.

Essa percepção de Bloch é a tradução de um sentimento coletivo que, indiretamente, nega os parâmetros da segurança jurídica. O senso comum, através da experiência do direito no dia a dia não confirma o sentimento de estabilidade que o princípio da segurança jurídica tenta impor.

Outra evidência disso está na análise da literatura de Franz Kafka, escritor nascido no então Império Austro-Húngaro, que viveu de 1883 a 1924 e devotou sua obra para demonstrar a vulnerabilidade do indivíduo junto ao Estado. Muitas concepções de direito também estão presentes em obras literárias, pois a literatura reflete a sociedade e pode servir como lente de aumento para enxergar os conceitos e as críticas ao modo a se construir o ordenamento jurídico.

A obra *Antígona*, de Sófocles, escrita em 442 A.C, é exemplo literário recorrente nas academias de direito até os dias de hoje para discutir direito natural e positivo. Se um texto da Antiguidade é considerado exímio parâmetro para discussões de direito atuais, certamente que um escritor da modernidade também pode ser. As reflexões acerca da obra de Kafka tornam-

¹ BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011, p. 55.

se especialmente mais contundentes se considerado que ele tinha formação em Direito e trabalhou como advogado.

Para a literatura de Kafka o problema da insegurança do sujeito nas suas relações com o Estado está na burocracia estatal, que ceifa o indivíduo de relações equitativas. Em razão da demasiada burocracia o sujeito fica a mercê do domínio do Estado de direito, que trata o cidadão com toda a liberalidade de um Estado despótico.

Essa personificação do Estado de direito como um Estado despótico demonstra um ordenamento jurídico sem qualquer garantia de segurança jurídica, pois o indivíduo serve ao poder soberano. Esse sentimento colocado na ficção de Kafka seria aquele mesmo dividido pelos cidadãos, já que a literatura reflete o pensamento da sociedade. Assim, apesar de toda a proposta de formação do Estado com fundamento numa segurança jurídica, não é assim que os sujeitos dentro da sociedade se sentem em relação ao próprio Estado.

Isso pode ser exemplificado no livro *O Processo*, em que o personagem Josef K. é investigado, acusado, julgado, sentenciado e executado sem nunca ter sabido qual crime supostamente cometeu². Mais que isso, Josef K. nunca entendeu os parâmetros do processo no qual era parte nem mesmo conheceu os sujeitos de acusação.

Nessa obra, a burocracia estatal é um dos personagens principais. Os policiais, juízes e outros funcionários do Poder Judiciário seguem as regras, mas não sabem dizer de onde vieram as ordens. A hierarquia das normas se alonga infindavelmente, de modo que quem ordena não pode mais ser identificado. Dessa forma, tanta as partes do processo quanto os funcionários que o constroem não compreendem a trama da qual fazem parte. Com todo esse distanciamento, é mesmo possível dizer que um litigante tem condições de prever o resultado final de uma lide?

A certeza e confiança no direito serve como meio do Estado de direito garantir segurança pública. Como falar, então, que esse Estado cumpre de fato sua obrigação de segurança quando o termômetro da sociedade, a literatura, indica que o indivíduo que se vê como parte do processo não compreende a situação em que está? Certamente que Kafka incorpora na sua obra um caráter onírico, que extrapola a realidade. No entanto, é justamente esse tipo de liberdade literária que permite ao leitor um olhar mais aguçado e crítico acerca das instituições da sociedade.

Ainda melhor para trazer a crítica da segurança jurídica através da literatura kafkiana é tomando-se o conto *Josefine, a Cantora* (também chamado *A Colônia dos Ratos*). A história da grande cantora, adorada, aclamada e endeusada por todos e que, por isso, pode desafiar as

² KAFKA, Franz. **O processo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

leis, coloca em risco a própria segurança coletiva, como diz Kafka “...*Josefine está quase acima da lei, que pode fazer o que bem entende, até mesmo comprometer a segurança da coletividade, e que tudo lhe é perdoado*”³. Esse poder é dado a Josefine pelo próprio povo que permite que seus desejos se sobreponham ao deles, colocando em risco a segurança. Logo, a sociedade legitima um poder que acaba por pôr em risco a própria sociedade.

Como já mencionado, a literatura de Kafka traduz o imaginário popular através dos filtros de elementos fantásticos. A cantora Josefine pode ser a personificação do Estado ou a representação de um indivíduo componente do Estado, que em razão da própria ingenuidade do povo, tem o condão de desviar as regras legais e comprometer a segurança pública, o que evidencia o medo e insegurança da sociedade na manipulação do direito pelo Estado.

Esses são diagnósticos feitos por Kafka do que se pode observar dentro da sociedade e evidenciam um sistema construído dentro dos parâmetros de segurança jurídica, mas em que esta não se solidifica nos termos em que é pensada.

O próprio Jerome Frank, sobre o qual há de se discorrer a seguir, devotou-se a investigar a literatura de Kafka para compreender o sistema jurídico. O que chamou a atenção de Frank nessa literatura foi a apatia dos operadores do direito diante dos defeitos do sistema. Todos os advogados, juízes, escrivães e até policiais retratados por Kafka guardam nenhuma atitude de melhoria diante da burocracia inexpressiva que seguem⁴.

No entanto, se todos esses questionamentos servem para reforçar a ideia de que não há certeza absoluta no direito, ninguém mais qualificado para discorrer sobre a questão que o filósofo realista norte-americano Jerome N. Frank.

Jerome N. Frank foi uma das figuras mais representativas do realismo jurídico norte-americano. Muitas vezes apresentou posicionamentos extremos em relação aos seus companheiros, ganhando a alcunha de radical. Ele teve uma extensa carreira jurídica a medida que trabalhou em todas as esferas do Poder Judiciário: no setor administrativo, na advocacia e, mais tarde, como juiz, bem como ocupou cargos públicos e acadêmicos. Ele mencionava com orgulho que essa experiência em tantos setores proporcionou uma percepção fiel da realidade jurídica⁵.

³ KAFKA, Franz. **Josefine, a Cantora**. In: Um artista da fome. Porto Alegre: L&PM, 2012.

⁴ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 90.

⁵ GLENNON, Robert Jerome. **The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law**. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 28.

Frank ficou conhecido pelas inserções da psicanálise freudiana nas suas observações acerca do direito e da decisão judicial⁶. Criou conceitos que ficaram populares na doutrina americana, como *fact-skepticism*, *basic legal myth*, *father substitutes* ou *valorative standards*. Esse capítulo se propõe a desvendar todos esses termos bem como suas principais ideias acerca do direito na tentativa de provar verdadeira a hipótese de que o direito é regido pela incerteza.

Frank foi chamado de radical não sem dar causa para essas tais acusações. Seus companheiros de realismo jurídico, eminentemente Benjamin Cardozo e Oliver Wendell Holmes, foram teóricos céticos, mas moderados, adotando posicionamentos descritivos acerca do direito, como é da natureza do próprio realismo jurídico. Frank, por outro lado, não se conteve em diagnosticar situações, muitas vezes encerrando suas obras com uma lista de proposições de alterações de institutos e fórmulas do direito.

A intenção deste trabalho é apresentar esse importante pensador do direito e usar suas observações para teorizar sobre o problema proposto, bem como confirmar a hipótese de trabalho. Mas nessa tarefa não se exime de adotar posição crítica em relação ao referencial teórico, permitindo-se, se necessário, discordar de suas ideias.

Uma das dificuldades ao se trabalhar com o realismo jurídico está no trabalho de associação entre as características do *common-law*, sistema jurídico em que o realismo está inserido, e a *civil-law*, o sistema brasileiro. Apesar de se ter realidades forenses distintas as proposições realistas seguem uma linha de pensamento facilmente traduzida para o *civil law*. Questionamentos acerca dos aspectos psicológicos que transbordam no momento da decisão são facilmente colocados num sistema de precedentes ou de legislação escrita.

Frank pensou dentro da cultura do *common law*, mas suas observações servem, como será demonstrado, ao sistema brasileiro, a partir do momento que o procedimento de feitura da decisão dentro dos dois sistemas comparados é o mesmo, divergindo apenas na forma em que o fundamento legal da decisão (precedente ou lei) é instituído.

Da mesma forma, importante mencionar, mesmo que de passagem, a dicotomia entre descritivismo e prescritivismo que existe no estudo da teoria do direito. Essa diferenciação é importante porque Frank, ao contrário da maioria de seus colegas realistas, foi um prescritivista.

O prescritivismo investe no dever ser dos objetos, ao invés de apenas de dedicar a estudar o que são. Com isso, as análises prescritivas são carregadas de valores que se deseja

⁶ GLENNON, Robert Jerome. **The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law**. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 29.

instituir e, por isso, carregadas de sentimentos⁷. Faz-se a ressalva, no entanto, de que não toda a teoria de Frank tem natureza prescritivista. Ele começa suas ideias a partir da análise descritivista do direito para, tomadas as conclusões dentro desses parâmetros, determinar certos valores que considera interessante para a melhoria daquela situação descrita. De qualquer forma, é uma idiosincrasia do referido teórico que vale a menção de modo a melhor compreendê-lo.

Importante ainda mencionar que, pesar de um dos mais importantes realistas, Frank não pode ser colocado como fundador da corrente. Oliver Wendell Holmes Jr., juiz da Suprema Corte americana de 1902 a 1932, foi um dos percussores do realismo e uma das principais influências de Frank. Ao lado de Freud, Holmes moldou o pensamento de Frank⁸, levando-o um passo mais adiante nas conclusões acerca das decisões judiciais.

Assim, o trabalho a partir de agora tenta compreender as influências de Frank e desvendar aquelas ideias inspiradas pelos teóricos da psicanálise e do direito, bem como entender o desenvolvendo de suas próprias ideias a partir do conceito de *fact-skepticism*, de modo a defender a hipótese inicial de que o direito é regido pela incerteza.

2. A INFLUÊNCIA DA PSICANÁLISE NOS ESTUDOS DE FRANK E O *FACTSKEPTICISM*

A principal obra de Frank, *Law and the modern mind*, foi resultado do período em que este passou estudando psicanálise após ele mesmo fazer terapia em razão dos problemas com seu pai, que o empurrou numa carreira jurídica que, a princípio, o fazia infeliz⁹.

Com esse histórico e influência da psicanálise, ele percebe a importância que as características individuais do julgador têm no resultado da decisão final. Assim, com essa admissão, ele acredita que é necessário se conhecer melhor para julgar melhor, de modo que as influências subjetivas sejam percebidas pelo consciente.

Frank criou o termo *juiz maduro* para se referir àquele que conhece a lei, reconhece os fatos e admite que tem diante de si, a depender das peculiaridades do caso, uma

⁷ FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. **Direito e filosofia da práxis: a teoria do direito entre prescrição e descrição**. In: *Marxismo e direito*, Org. Conpedi 2014. Coord. Enoque Feitosa Sobreira Filho, Enzo Bello, Paulo Henrique Tavares da Silva. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

⁸ GLENNON, Robert Jerome. **The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law**. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 34.

⁹ GLENNON, Robert Jerome. **The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law**. Ithaca: Cornell University Press, 1985, p. 57.

oportunidade em que precisa legislar¹⁰. Para ele essa é uma das responsabilidades de ser magistrado. A psicanálise então seria um instrumento para o amadurecimento do juiz.

O fato é que Frank acreditava que um dos problemas do direito é a falta de estímulo ao incentivo da adequação das normas às peculiaridades de cada litígio¹¹. A repulsa pelo julgamento por equidade estanca o direito numa série de decisões injustas ou insuficientes. Assim, com o estudo psicanalítico das situações e pessoas envolvidas no processo se estaria colocando magistrados conscientes dentro do processo de feitura de justiça.

Freud, considerado o criador da ciência da psicanálise, percebeu a importância da contribuição desta para o direito e é possível notar a influência dessas ideias em Frank. Essa influência de Freud em Frank não está apenas na questão da análise da psique do juiz, mas também das testemunhas.

Frank, assim como Freud, nasceu no século XIX e viveu na primeira metade do século XX. O processo nesse período dependia significativamente do depoimento de testemunhas e por isso ambos fizeram importantes reflexões acerca das dificuldades da decisão judicial em razão desse subjetivismo testemunhal.

Importante perceber, no entanto, que essa particularidade do período não prejudica a análise do processo e do direito atual a que esse trabalho se propõe fazer. Apesar do advento de provas de cunho técnico e científico, as reflexões acerca de testemunhas e processos baseados em júri ainda são pertinentes. A prova testemunhal continua sendo usada e tem, especialmente quando se pensa o direito do trabalho, uma importância considerável. Da mesma forma, as observações de Frank acerca das dificuldades em se tratar com testemunhas, como se verá, guardam relação aproximada com a manipulação das provas científicas.

O que Freud refletiu foi que a fidedignidade das declarações testemunhais muitas vezes é prejudicada por outros estímulos. Qualquer ação ou depoimento de indivíduo é resposta a um estímulo exterior. Essa resposta é condicionada pelo estímulo posto. Assim, as reações não são fruto do acaso, fazendo com que as ações humanas sejam sempre direcionados pelo entorno¹².

Freud chama de *complexo* tudo aquilo que determina a reação de uma pessoa ao estímulo. Qualquer pequeno ato aparentemente gratuito é reação ao *complexo*. Brincar com um determinado objeto, a escolha aparentemente aleatória de números, um nome que vem a

¹⁰ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 157.

¹¹ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 140.

¹² FREUD, Sigmund. **A psicanálise a determinação dos fatos nos processos jurídicos**. In: Obras completas de Sigmund Freud vol. IX. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 107.

cabeça, nada é arbitrário, tudo vem a mente em razão do exercício de associação, uma reação ao *complexo*¹³. Então a testemunha conhece o complexo e através dos estímulos dos inquisidores vai reagir revelando esse complexo.

Tem-se então a primeira observação importante de Freud para Frank. Um discurso é um exercício de associação, uma reação do sujeito aos estímulos colocados diante dele. Assim, uma testemunha colocada numa audiência ou tribunal responde de acordo com os estímulos que são colocados. Sua história ou sua versão dos fatos é condicionada pelo *complexo* e pelas palavras estímulo que são colocadas pelos inquisidores para que revele o *complexo*. O conjunto de palavras e situações que servem de estímulo para a testemunha condicionam as associações que formam a sua resposta às perguntas.

Dessa forma, o testemunho é uma atividade psicológica subjetiva que depende de condicionantes que não atentam necessariamente para a realidade fática. A percepção e a reprodução dos fatos que são determinantes para o resultado da ação judicial são condicionadas por fatores psicológicos¹⁴.

Esses fatores podem ser subscientes como os estímulos que podem revelar o complexo, como anteriormente descritos, ou podem ser conscientes e deliberados. Qualquer testemunha quando entrevistada pelo advogado pode supor qual a melhor resposta para provar a tese daquele litigante. Se a testemunha deseja que aquela parte seja bem sucedida no processo pode moldar sua história de acordo com seu interesse¹⁵. Assim, tem-se que fatores de ordem subjetiva como interesse podem ajudar a definir os fatos e, com isso, o processo.

Freud continua seu raciocínio mudando o foco do sujeito. Se se toma a posição do juiz, este conhece o *complexo* através dos documentos iniciais do processo. O conteúdo ideativo que inspira a reação a palavra estímulo, que num processo pode ser o crime ou a situação civil que é levada a litígio. Assim, o juiz já conhecendo o *complexo* lança estímulos para a testemunha para descobrir se a reação deste é compatível com aquele conhecimento anterior do magistrado¹⁶.

Assim, os próprios estímulos são pensados em função de confirmarem o complexo. E mais, o *complexo* a que servem é uma visão parcial do juiz. Frank analisou isso mais

¹³ FREUD, Sigmund. **A psicanálise a determinação dos fatos nos processos jurídicos**. In: Obras completas de Sigmund Freud vol. IX. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 108.

¹⁴ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 69.

¹⁵ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 86.

¹⁶ FREUD, Sigmund. **A psicanálise a determinação dos fatos nos processos jurídicos**. In: Obras completas de Sigmund Freud vol. IX. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976, p. 108.

profundamente e tem essa questão da descoberta dos fatos como a etapa mais importante do processo.

Um litígio se inicia não porque A ou B discordam sobre a regra de direito a ser aplicada naquela situação, mas porque A ou B divergem sobre os fatos ocorridos em determinada situação. Assim, o trabalho do juiz de 1ª instância é determinar através da análise das provas o que aconteceu de fato. Dessa maneira, a verdade para o processo não é necessariamente a verdade real, mas o que foi admitido pelo magistrado como verdade¹⁷. Essa determinação da verdade passa pelo processo de estímulo, associação e reação descrito por Freud, sendo sujeito, dessa forma, a alterações e manipulação subjetivas.

Da mesma forma, os testemunhos dos envolvidos podem passar por outra série de filtros de ordem psicológica. Os próprios preconceitos e posicionamentos pessoais dos magistrados e dos demais envolvidos no processo condicionam a percepção que estes têm na realidade do caso. Assim, o direito não faz com o direito, mas em função dos fatos. A interpretação dada pelo juiz aos fatos que condiciona a norma jurídica a ser aplicada¹⁸. Por isso a importância dessas observações acerca da determinação dos fatos para o processo.

Frank garante ainda que os métodos pessoais usados pelos juízes para determinarem a interpretação das provas não podem ser sistematizados ou transformados em regras, pois são fatores subjetivos de percepção que, muitas vezes, nem mesmo os magistrados têm catalogados para si¹⁹. Para saber como o sujeito apreendeu a informação é necessário entender como esse indivíduo pensa, mas isso é impossível²⁰. Além disso, existe o problema dos erros. As testemunhas (e até as provas técnicas e científicas) são passíveis de erros que condicionam a interpretação dos fatos, estabelecendo-os de maneira diferente do que viria a ser²¹.

Nesses termos, para Frank seria impossível criar uma ciência de predição legal m razão justamente da determinação dos fatos. Uma ciência dessa natureza teria que ser específica do magistrado que profere a decisão, uma ciência do único, como chama, o que, em si, é uma contradição²².

Da mesma forma que todas essas colocações foram feitas para as provas testemunhais também são cabíveis para o processamento das demais provas. As provas de ordem técnica, como a perícia judicial ou a avaliação, frequentemente utilizadas nos dias

¹⁷ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 26.

¹⁸ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 30.

¹⁹ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 42.

²⁰ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 51.

²¹ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 43.

²² FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 190.

atuais, também sofrem do mesmo processo de subjetivação interpretativa, a medida que dependem da percepção dos avaliadores e peritos para serem formulados, bem como, em seguida, passam pelo julgamento do magistrado. Assim, as observações de Frank, apesar de direcionadas a prova testemunhal não o desqualifica para explicar o processo no estado atual.

Percebe-se, então, que para Frank a questão central num processo judicial é a determinação dos fatos. No entanto, se esses fatos dependem de uma série de condições de ordem psicológica para serem relatados ao magistrado e processados por esse juiz, há mesmo que se falar em previsibilidade? Para Frank não. A subjetividade é sinônimo de relatividade²³, e relatividade nega previsibilidade.

Assim, a incerteza que cerca qualquer processo judicial vem da interpretação dos fatos desde a 1ª instância, que condiciona todo o resto do processo. O direito não se faz, então, com direito, mas com os fatos. No entanto, nas palavras de Frank, “*facts are guesses*”, ou fatos são suposições, afastando, assim, a ideia de certeza dentro da ação judicial²⁴.

Para Frank, os cidadãos tem o direito de saber o que as cortes fazem e por que. Para ele, os indivíduos sabem muito pouco sobre o trabalho judicial. Os juristas não se esforçam para explicar de maneira inteligível como funciona o sistema judicial. Numa democracia, nenhuma parte do governo deveria ser mistério para seus componentes. Mas qual o interesse em se manter uma política tradicional de silêncio? Frank acredita que mantendo uma política de ignorância o sistema judiciário consegue criar para si uma estima e admiração dos cidadãos, desenvolvendo um distanciamento²⁵.

Um processo judicial é nada mais que um mecanismo para evitar erupções sociais, garantindo a resolução ordenada de um litígio. Através de um combate advogados de acusação e defesa tentam convencer o juiz que sua tese é a correta. É, no entanto, apesar de sua natureza de combate, um elemento de preservação da paz ou da segurança pública, como já discutido. Diante de um caso concreto de litígio, o juiz profere uma sentença, que é uma lei particular sobre determinado fato²⁶.

A sentença judicial é, no entanto, produto final de um procedimento que se inicia anteriormente. O direito é construído através da legislação. A legislação é uma série de declarações condicionadas a determinado fato de referência. Assim, se determinado fato

²³ FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968, p. 64.

²⁴ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 14.

²⁵ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p. 3.

²⁶ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p.7.

aconteceu, o efeito jurídico que se segue é X. Essa consequência jurídica é estabelecida no caso concreto através da decisão judicial.

Para se definir a decisão judicial é preciso cruzar a regra jurídica com os fatos apresentados. Assim, se tem a equação $R \times F = D$, em que R é a regra de direito; F os fatos definidos como realidade no processo e D é a decisão final.

A maioria dos juristas quando se fala em certeza no processo judicial se volta para o R da equação. O cuidado para a garantia de segurança jurídica está regularmente voltada para a lei. Se a lei é estável, dessa forma seria possível ter decisões estáveis e previsíveis.

Para Frank essas inferências levam a uma má compreensão do direito. A insegurança seria causada, ao contrário, pelo F da equação. A incerteza está no fato de que não possível assegurar que a corte será capaz de encontrar o F que seja realmente e objetivamente correspondente aos fatos ocorridos. Assim, não importa quão seguras as leis sejam, as decisões ainda estarão a mercê das dificuldades de se determinar os fatos²⁷.

O F para o processo é, na melhor das hipóteses, o que o juiz pensa que aconteceu. Pode ser, no entanto, que essa percepção esteja invariavelmente incorreta. Mas, do ponto de vista jurídico, isso não importa. Para o direito o que o juiz determinou como verdade é a verdade. Há que se falar, portanto, em certeza fundada essencialmente na discussão da lei quando a determinação dos fatos cumpre papel relevante para a decisão judicial?

A coisa julgada é uma das expressões da segurança jurídica para a dogmática. No entanto, é possível que em certos casos processos transitados em julgado sejam reabertos, relativizando-se a coisa julgada. Essas reaberturas justificam-se em razão de alteração na forma de compreender os fatos; os fatos, não o direito. Portanto, a determinação dos fatos é motivo justo para o STF para a alteração de uma sentença judicial transitada em julgado. Essa observação concorda com a ideia de Frank de que a incerteza no direito nasce justamente nos fatos e não na lei.

Da mesma forma, para exemplificar o problema dos fatos, Frank remete às técnicas processuais do passado. Antes do processo se estabelecer na sua forma atual de combate de advogados ele já foi realizado em combates literais, os julgamentos por combate. Além dos duelos se tinha também os chamados *ordeals*, ou suplícios, em que o acusado, para provar sua inocência, tinha que passar por alguma espécie de provação. Esses suplícios podiam ser desde a submissão de parte do corpo a água fervente ou fogo, em que a inocência seria provada com

²⁷ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973, p 15.

a recuperação imediata; ou a submissão à balança, em que o inocente teria seu peso reduzido de forma imediata, além de todas as outras formas que a imaginação pudesse dispor²⁸.

Nesses julgamentos, o R da equação, ou seja, a lei, era desde o início anunciada. O julgamento por combate ou suplício se dava então para determinar o F, os fatos que efetivamente ocorreram. A dúvida, portanto, se dava não em torno da legislação, mas apenas de como os fatos haviam ocorrido.

Os suplícios eram interpretados como a indicação de Deus acerca dos fatos, compondo o que Frank chama de mágica processual. A mágica consiste numa ponte construída para superar os buracos e inadequações em situações em que o homem ainda não conseguiu dominar. Para Frank, a superação desse tipo de julgamento pelo combate de advogados ainda não é suficiente para sanar o problema da determinação dos fatos e, se os ancestrais europeus usavam da mágica e colocavam em Deus o poder da decisão, hoje ainda se faz o mesmo, mas ao invés de Deus, seguimos o juiz. Assim, se na Idade Média os homens podiam dizer que seus direitos estavam nas mãos de deus, a sociedade de hoje pode dizer que seus direitos estão nas mãos dos juízes²⁹.

Com declarações dessa natureza é natural compreender o porquê de Frank ter sido considerado radical por seus pares. Ele não media esforços para expressar suas ideias de que o processo e a dogmática colocam muita confiança em paradigmas subjetivos e esperam tirar a partir daí certezas. Para Frank era impossível entender como uma decisão judicial que depende de um homem, o juiz, com todas as suas peculiaridades e idiosincrasias poderia estar eivada de previsibilidade.

Como já discutido, a observação humana é falível. É afetada pela visão, audição, emoção, condição psicológica, como também conceitos pré-concebidos. Da mesma forma, uma corte superior dificilmente pode alterar qualquer definição acerca dos fatos advinda da 1ª instância³⁰. Assim, essas definições da realidade fática ainda no início do processo condicionam toda a decisão e, como são resultado de um processo subjetivo e psicológico, não podem ser previstas. Portanto, a partir daí, para Frank, a dificuldade de se falar em certeza no direito. Da mesma forma, assim se justifica sua anteriormente mencionada declaração de que é com a concepção dos fatos que se começa a concretizar a injustiça no direito.

²⁸ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 41

²⁹ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 49.

³⁰ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p 23.

Em razão da importância da determinação dos fatos, que se dá ainda na 1ª instância, Frank diz que na mitologia do direito um dos maiores mitos e mais perigosos é o de que as cortes superiores são o coração do sistema judiciário. Essa noção vem da falácia de que as leis, supervisionadas pelas cortes superiores, controlam singularmente as decisões judiciais³¹. A teoria de Frank corre em sentido contrário ao demonstrar a equação da decisão judicial, dizendo que F, os fatos, são mais definitivos no resultado do processo.

O trabalho das cortes inferiores muito se aproxima com o trabalho de historiadores, ambos se vêm diante da tarefa de reconstruir o passado. No entanto, muitos historiadores têm confessado que sua ciência é, na verdade, a arte da suposição³². Admitem que, em muitas ocasiões, seu conhecimento sobre o passado pode estar longe do mais acertado.

Os historiadores têm ainda algumas vantagens na determinação dos seus eventos passados em relação às cortes de direito. Eles têm o tempo que julgarem necessário para juntar as evidências e refletir sobre elas, enquanto os juízes tem a obrigação de não prolongar excessivamente o processo. Da mesma forma, os historiadores têm certa liberdade para considerar qualquer espécie de evidência, enquanto no direito os juízes devem respeitar regras que acabam por trazer limitações à observação das provas, de modo a proteger outra legislação ou direito de terceiro³³.

Em razão dessas observações acerca das dificuldades da determinação dos fatos nas cortes de 1ª instância, Frank criou o termo *fact-skepticism* para designar aqueles que, como ele, acreditam que a decisão judicial é imprevisível em razão das várias condicionantes que influenciam a realidade dos fatos tomada para o processo.

Existem, para ele, dois tipos de realistas, os *rule-skeptics* e os *fact-skeptics*. Os *rule-skeptics* tem como objetivo a certeza e previsibilidade no direito, eles consideram desejável que os advogados tenham condições de prever para seus clientes o resultado final de seus litígios. Para Frank, os trabalhos desses juristas só podem ser considerados corretos se se toma a premissa de que estão falando apenas sobre tribunais superiores. Se os *rule-skeptics* desejam também profetizar em cortes de 1ª instância, nesse caso, para Frank, eles não estariam

³¹ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 221.

³² FRANK, Jerome. **Fate and freedom: a philosophy for free americans**. New York, Simon and Schuster, 1945, p. 77.

³³ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 40.

corretos, pois nem ao menos analisam os fatores que podem influenciar a determinação dos fatos³⁴.

Por outro lado, se admitem desde o início que seus estudos estão meramente voltados para os tribunais superiores, nesse caso, Frank admite razão no *rule-skepticism*. É o caso de Karl Llewellyn, professor da Universidade e Columbia em Nova York e teórico do direito admirado por Frank, apesar de sua tradição de *rule-skeptic*. Desde seus primeiros relatos Llewellyn explica que seus estudos acerca da previsibilidade da decisão judicial era relacionada às cortes superiores, pois, ele explica, não poderia escrever sobre cortes inferiores já que não as conhecia o suficiente, apesar de admitir que estas tem uma importância maior que aquelas³⁵.

Além dos *rule-skeptics*, Frank trouxe o conceito de *fact-skeptics*, aqueles que também buscam as motivações por trás das decisões de cortes superiores, mas sem esquecer-se de ir mais longe, de buscar compreender os tribunais inferiores. Para o *fact-skeptic* não importa quão precisa e definitiva seja a regra legal, ainda sim é impossível prever a decisão judicial em razão da indeterminabilidade dos fatos sobre os quais as decisões se fundam³⁶. Frank se considera um dos fundadores do *fact-skepticism* e suas obras e decisões regularmente giram em torno de fundamentar essa teoria.

O que Frank se preocupa é que o juiz é um homem e, por isso, suscetível a preconceitos inconscientes que podem ter sido originados desde a infância. Muito antes de começado a desenvolver um raciocínio consciente acerca das provas que lhe são apresentadas, ele já começou uma série de julgamentos e inferências subconscientes. Suas impressões, portanto, antes de qualquer coisa vão determinar o que ele acredita serem os fatos do processo. Para Frank o juiz é testemunha das testemunhas do processo³⁷. O juiz é testemunha de tudo que acontece no processo, ele deve de terminar os fatos a partir de que vê, escuta ou como se comportam os demais personagens³⁸.

Frank dá um exemplo pertinente sobre a importância da determinação dos fatos para o resultado do processo e como essa determinação é produto de uma percepção subjetiva condicionada pelas próprias idiosincrasias do indivíduo. Ele conta que quando era um jovem

³⁴ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 73.

³⁵ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 75.

³⁶ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 74.

³⁷ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 153.

³⁸ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 118.

advogado, participou de um processo em que, em todas as oportunidades, mesmo que houvesse dúvida plausível, o juiz aceitava as evidências da outra parte e em desfavor de sua cliente. Para sua surpresa, no entanto, o juiz julgou a seu favor com fundamento de os depoimentos serem conflituosos. Anos mais tarde, encontrou-se com esse juiz e ele disse que desde o primeiro momento julgou que a cliente de Frank era uma mulher honesta e trabalhadora que não merecia perder sua propriedade para o outro litigante, que tinha suficiente. Esse litigante, conta o juiz, fundamentava seu pleito numa regra que Frank não considerava cabível. O juiz, por outro lado, considerava a regra pertinente, mas já havia decidido que não a aplicaria em desfavor da cliente de Frank, por quem já tinha boa impressão. Resolveu, portanto, conceder, do ponto de vista processual, todos os pleitos desse litigante em relação a apreciação de provas, de modo que, uma vez decidindo em seu desfavor em razão de testemunhos conflituosos, não haveria como reverter a decisão numa apelação, pois do ponto de vista processual, havia tudo ocorrido de maneira satisfatória e a corte superior não contestaria a percepção dos fatos³⁹.

Psicólogos relatam que o processo de julgamento se inicia com uma premissa a partir da qual o indivíduo toma uma conclusão. O processo de julgamento, como inferido do exemplo dado, se dá de maneira inversa. O juiz começa com uma conclusão feita a partir de observações subjetivas e, com essa conclusão, tenta achar uma premissa que a suporte⁴⁰. Assim, no exemplo, o magistrado já concluiu que a cliente de Frank não merece ter sua propriedade prejudicada; com essa conclusão ele encontra a premissa de que as provas testemunhais foram inconclusivas.

Assim, Frank demonstra a importância definitiva que a determinação dos fatos tem para o processo judicial, a 1ª tem o condão de definir todo o resto do processo, a medida que o julgador tem diante de si um processo subjetivo de determinação da verdade processual. Muitas vezes o início do processo nas cortes inferiores tem resultados mais significantes para os litigantes do que os das cortes superiores⁴¹.

Outro motivo apontado por Frank para preocupar-se com a determinação dos fatos está além das questões psicológicas que podem influenciar a percepção das provas, mas nas questões pecuniária que definem a própria produção dessas provas. Mesmo com o advogado mais talentoso, um homem pode perder um processo que deveria ganhar se ele não tem os

³⁹ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 168.

⁴⁰ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 108.

⁴¹ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 179.

meios de arcar com os custos de uma investigação que possa produzir as provas necessárias para provar seu direito. Por vezes, em razão da natureza da situação, é necessário contratar profissional ou serviço que sirva de fundamento probatório para a tese de direito do litigante. Nem sempre, no entanto, as partes terão essas condições⁴².

Se um indivíduo perde um litígio em razão de não ter podido arcar com os custos pecuniários da produção de uma prova que poderia definir a situação a seu favor, tem-se justiça? Para Frank esse é mais um dos problemas no sistema de combate em que os litígios são pensados. Um problema, mais uma vez, relativo à determinação dos fatos.

Essa problemática pode ser menos desconcertante nos processos criminais que nos civis, pois aqueles já são precedidos de uma investigação policial com levantamento de evidências relevantes para o caso. Mas o processo civil, por outro lado, começa sem investigação pública prévia, qualquer meio de prova deve ser levado a juízo, de início, pelas partes⁴³. Da mesma forma, o processo civil pode trazer prejuízos relevantes para aquele que não foi capaz de provar seu direito e por isso se via cerceado de justiça. Assim, a matéria probatória, como condicionante da determinação dos fatos, tem grande importância para a discussão de Frank acerca da incerteza no direito.

Para sanar, mesmo que parcialmente, a problemática da determinação dos fatos Frank acredita que deve haver uma política no sistema judiciário de educação do juiz de cortes inferiores. A dificuldade em praticar algo não deve ser desculpa para praticar de maneira descuidada. Determinar objetiva e absolutamente os fatos acontecidos está além da capacidade humana, por isso o direito trabalha com verossimilhança. Mas esses fatos devem ser os mais aproximados possíveis⁴⁴.

Nesses termos, Frank acredita que o juiz deve aprender as técnicas da psicologia de modo a interpretar os maneirismos das testemunhas ou demais provas de maneira consciente, ao invés de apenas inconscientemente. Parte da educação do direito deve incluir o trabalho com psicólogos, de modo que o futuro jurista possa explorar a si mesmo, desenvolvendo sensibilidade para conhecer seus preconceitos e antipatias, controlando sua percepção subjetiva de maneira objetiva⁴⁵.

⁴² FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 94.

⁴³ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 96.

⁴⁴ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 222.

⁴⁵ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 248.

No entanto, Frank avisa, a busca da exploração psicológica do juiz serve ao propósito de melhor compreender as provas e determinar os fatos de maneira o mais fiel possível. Essa medida, entretanto, não tem o condão de alguma facilitar a predição do direito, muito pelo contrário, as decisões poderiam tornar-se mais imprevisíveis ainda pelos advogados⁴⁶.

Em razão de ter defendido com tanto afinco a presença de fatores não racionais na decisão judicial, Frank conta que foi acusado de ser antirracional. Para ele, muito pelo contrário. A racionalidade não pode ser confirmada na reprodução de falsos pretextos. A racionalidade fictícia da ideia de que o juiz reproduz a lei lhe parece mais danosa que a pretensão de compreender o direito de maneira aprofundada, desconsiderando até mesmo parâmetros fundantes, como a certeza jurídica⁴⁷.

Após a análise de todas as ideias de Frank acerca da indeterminação do direito, passa-se a discorrer acerca das motivações individuais para se acreditar na necessidade de certeza no direito.

A partir da constatação da impossibilidade de previsão de decisões judiciais, Frank reflete acerca da necessidade de se acreditar em termos absolutos de previsibilidade quando se discute normas de direito. Para ele, uma análise psicanalítica do indivíduo pode explicar as origens da necessidade na confiança no sistema jurídico. É o que se trata a seguir.

3. O MITO BÁSICO LEGAL

O direito tem um desafio, ele deve existir conciliando a estabilidade que foi pensado para construir, mas, ao mesmo tempo, admitindo as mudanças que a sociedade precisa. Por isso, para Frank, o direito é governado pela lógica das probabilidades, ele é incerto e indefinido⁴⁸.

Frank, teórico realista do direito, chama de mito básico legal a noção que o direito pode ser certo e estático. Ele, como já estabelecido, sofre influência da psicanálise freudiana e se dispõe a entender a necessidade de acreditar num mundo de estabilidade e certeza a partir da psique.

⁴⁶ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 251.

⁴⁷ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 427.

⁴⁸ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 7.

Uma explicação para o chamado “mito básico legal” de Frank está na maneira que a criança recebe as influências do mundo desde o nascimento. Para Frank a criança a partir do parto começa a conhecer o medo, a enfrentar o desconhecido e as mudanças constantes que seguem o nascimento. Ela, como resposta, passa a lutar para alcançar a serenidade de antes do parto. A resposta da criança para esses novos fatores é o apetite por conforto, paz e proteção. Ela deseja retornar para um mundo de estabilidade e controle.

A criança passa, então, a satisfazer esse apetite por serenidade, conforto e paz na figura onipotente e infalível do pai. O pai representa a estabilidade e a serenidade que a criança conheceu no útero. Com o avançar dos anos os homens adultos ainda são vítimas do desejo infantil de serenidade. Eles ainda almejam um mundo em que estão livres da sorte, do indefinido ou do arbitrário. No entanto, inevitavelmente, percebem a falibilidade paterna e ficam carentes de um mecanismo que proporcione a tencionada serenidade, por isso recorrem aos *father-substitutes*, ou substitutos do pai.

Dessa forma, o que era pra ser instinto primário de sobrevivência, a crença na necessidade de proteção do pai, transformou-se num objetivo de vida. O direito é o maior *father substitute*, de acordo com Frank. Seus comandos parecem trazer ordem, estabilidade e autoridade, as mesmas características que a criança procura no pai. Assim, o homem busca no direito a certeza, a definição e a estabilidade que preenchem uma necessidade infantil de autoridade paterna.

Para Frank, a ideia de certeza, em razão dessa necessidade infantil de um *father substitute*, é algo mais procurado, almejado que realmente necessário na vida prática⁴⁹. O sujeito acredita que precisa das características de firmeza, estabilidade e previsibilidade, que conheceu no útero e depois na infância através do pai, mas a existência desses termos de certeza na vida prática do indivíduo não é realmente necessária.

Frank parece concordar com Epicuro quando este diz que toda a realidade é construída para a saúde do corpo e a imperturbabilidade da alma. Tudo que se faz, o objetivo da vida, seria para não sentir dor ou temor⁵⁰. Encontrar no direito um *father substitute* é uma maneira de tranquilizar a alma.

A inovação traz consigo inquietude emocional e por isso o medo, explica Frank, tem um papel importante na aderência ao precedente, ou também, á lei. Esse medo é consequência das

⁴⁹ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

⁵⁰ EPICURO. **Obras completas**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995, p. 89.

ansiedades da infância: o desconhecido, o incerto, o mutável. Por causa desses medos nostálgicos, a maioria dos homens preferem a rotina e isso não é diferente para os juízes⁵¹.

Portanto, o litígio é considerado uma patologia social. Litigar significa quebrar a regularidade social, é indicativo de irregularidade no funcionamento social. Tomando a metáfora médica, é uma doença, uma patologia⁵².

A própria ideia do direito como um *father-substitute* pode ser comprovada quando analisando o direito romano comparado ao grego. O direito romano é conhecido por ter regras e princípios menos flexíveis que na Grécia. Isso pode se dar em razão da sociedade romana ser intrinsecamente fundamentada num patriarcado, em que o pater família tinha poder absoluto sobre a esposa, filhos e escravos. Assim, tanto mais forte a figura do pai, mais forte a necessidade em ter regras de direito firmes⁵³.

Mas ele questiona a necessidade real de se acreditar numa legislação previamente posta que seja imutável, certa e segura. Por que qualquer pessoa precisa de antemão se preocupar com o que está posto na lei? Do ponto de vista prático, que diferença faz uma lei para um cidadão se ele não está precisando dela⁵⁴?

Quando uma pessoa se casa ou entra numa sociedade ou compra uma terra ela tem uma prospecção vaga de que algum dia a lei vai precisar reger aquela situação e provavelmente pouco sabe sobre essa legislação. O indivíduo não conhece realmente a lei, ele não sabe exatamente qual a previsão pra todas aquelas situações que aparecem durante sua vida. Assim, uma lei da qual ele não tem conhecimento tem a mesma importância de uma lei que não existe. Dessa forma, a suposta segurança ou insegurança jurídica tem pouca relevância na vida prática. Se essa lei mudou ou não mudou no tempo ou como foram os outros casos em que a mesma lei foi aplicada – compondo assim os elementos da segurança jurídica - não faz diferença para o cidadão. Para o sujeito de direito só importa como seu caso vai ser resolvido, caso precise acionar o Judiciário⁵⁵.

Então, a demanda por certeza não nasce de uma necessidade real, mas de uma busca por algo ideal, algo que ratifique o uso legítimo da força do Estado para garantir ordem. A ideia de certeza é uma busca imposta pelo ordenamento, não uma necessidade, e deve ser

⁵¹ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 272.

⁵² FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 336.

⁵³ FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princeton: Princeton University Press, 1973, p. 384.

⁵⁴ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

⁵⁵ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

classificada como ilusão ou mito⁵⁶. É uma narrativa simbólica que explica e defende o funcionamento do direito e da organização do Estado. O mito da segurança justifica a criação e manutenção do direito e proporciona ao Estado as ferramentas para manutenção da ordem, mas não tem função prática da vida dos sujeitos.

Importante mencionar que, apesar dessas observações, Frank admitia ainda regularidade nas decisões judiciais. Apesar da incerteza no direito, existem determinantes sociais que governam a decisão. É algo da experiência do direito observar certa uniformidade nas decisões. Essa uniformidade pode ser determinada refletindo sobre as forças sociais que agem sobre o tomador de decisões⁵⁷.

São os chamados *standards* de valor de vigência coletiva que definem a decisão judicial⁵⁸. O exercício da sua função e a busca do sentimento de pertencimento social inibe o juiz de tomar decisões que são peculiares ou muito distantes do considerado comum, portanto ele faz o que é esperado socialmente.

Com esse raciocínio, Frank ao mesmo tempo prova a incerteza do direito, pois esse é vulnerável a interpretação da situação pelo magistrado, e admite que ainda sim é possível encontrar uniformidade na jurisprudência, o que seria indicativo de segurança jurídica.

Assim, tem-se que a segurança jurídica é evidenciada através uniformização dos *standards* de valor de vigência coletiva e por isso a sociedade pode acreditar nessa segurança, ratificando o direito e proporcionando ao Estado os instrumentos para manter a ordem. No entanto, essa certeza absoluta não existe de fato, pois o direito depende da interpretação do magistrado acerca das situações concretas que se apresentam.

A perpetuação do discurso de segurança jurídica garante a confiança dos cidadãos no Estado e este pode ter condições de manter a segurança pública. Não é, no entanto, realmente necessário que exista efetivamente previsibilidade e estabilidade contínuas, pois elas não fazem diferença no dia a dia dos indivíduos e advém de uma simples necessidade de preencher um vácuo de autoridade paterna com regras firmes de direito.

Observando os comentários realizados no primeiro e segundo capítulos deste trabalho, é possível concordar que a ideia de certeza no direito fica prejudicada quando observada sob o ponto de vista da produção da decisão judicial.

⁵⁶ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 12.

⁵⁷ FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 33.

⁵⁸ FRANK, Jerome. **Derecho e Incertidumbre**. Trad. Carlos M. Bidegain. Buenos Aires: Centro Editor de America Latina, 1968, p. 35.

Para Frank, a observação conclusiva da indeterminação do direito, no entanto, não é um acidente infortuno, mas tem imenso valor social. É através do direito produzido nos tribunais que as necessidades sociais são supridas. E é ao advogado, não ao juiz, que Frank concede os louros dessas conquistas, é através da atividade advocatícia de questionar e a adaptar que a decisão judicial pode tomar rumos de concretização de justiça social⁵⁹.

Essas considerações de Frank voltadas para a ordem prática das decisões judiciais refletem a influência do pragmatismo filosófico no realismo jurídico e permitem conhecer o direito de maneira mais cética, descrevendo a realidade jurídica sem vícios ou maneirismos dogmáticos.

CONCLUSÃO

De acordo com os ensinamentos trazidos de Frank, um litígio se inicia não porque A ou B discordam sobre a regra de direito a ser aplicada naquela situação, mas porque A ou B divergem sobre os fatos ocorridos em determinada situação. Assim, o trabalho do juiz de 1ª instância é determinar através da análise das provas o que aconteceu de fato. Dessa maneira, a verdade para o processo não é necessariamente a verdade real, mas o que foi admitido pelo magistrado como verdade. Essa determinação da verdade passa pelo processo de estímulo, associação e reação descrito por Freud, sendo sujeito, dessa forma, a alterações e manipulação subjetivas.

Da mesma forma, os testemunhos dos envolvidos podem passar por outra série de filtros de ordem psicológica. Os próprios preconceitos e posicionamentos pessoais dos magistrados e dos demais envolvidos no processo condicionam a percepção que estes têm na realidade do caso. Assim, o direito não faz com o direito, mas em função dos fatos. A interpretação dada pelo juiz aos fatos que condiciona a norma jurídica a ser aplicada. Por isso a importância dessas observações acerca da determinação dos fatos para o processo.

Frank garante ainda que os métodos pessoais usados pelos juízes para determinarem a interpretação das provas não podem ser sistematizados ou transformados em regras, pois são fatores subjetivos de percepção que, muitas vezes, nem mesmo os magistrados têm catalogados para si. Para saber como o sujeito apreendeu a informação é necessário entender como esse indivíduo pensa, mas isso é impossível. Além disso, existe o problema dos erros.

⁵⁹ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 7.

As testemunhas (e até as provas técnicas e científicas) são passíveis de erros que condicionam a interpretação dos fatos, estabelecendo-os de maneira diferente do que viria a ser.

Nesses termos, para Frank seria impossível criar uma ciência de predição legal em razão justamente da determinação dos fatos. Uma ciência dessa natureza teria que ser específica do magistrado que profere a decisão, uma ciência do único, como chama, o que, em si, é uma contradição.

Frank se pergunta, então, qual a razão ou necessidade da sociedade promover um discurso de certeza n direito. Ele analisa esse questionamento a partir da psicanálise. Para Frank a criança a partir do parto começa a conhecer o medo, a enfrentar o desconhecido e as mudanças constantes que seguem o nascimento. Ela, como resposta, passa a lutar para alcançar a serenidade de antes do parto. A resposta da criança para esses novos fatores é o apetite por conforto, paz e proteção. Ela deseja retornar para um mundo de estabilidade e controle.

A criança passa, então, a satisfazer esse apetite por serenidade, conforto e paz na figura onipotente e infalível do pai. O pai representa a estabilidade e a serenidade que a criança conheceu no útero. Com o avançar dos anos os homens adultos ainda são vítimas do desejo infantil de serenidade. Eles ainda almejam um mundo em que estão livres da sorte, do indefinido ou do arbitrário. No entanto, inevitavelmente, percebem a falibilidade paterna e ficam carentes de um mecanismo que proporcione a tencionada serenidade, por isso recorrem aos *father-substitutes*, ou substitutos do pai.

O direito é o maior *father substitute*, de acordo com Frank. Seus comandos parecem trazer ordem, estabilidade e autoridade, as mesmas características que a criança procura no pai. Assim, o homem busca no direito a certeza, a definição e a estabilidade que preenchem uma necessidade infantil de autoridade paterna.

Para Frank, a ideia de certeza, em razão dessa necessidade infantil de um *father substitute*, é algo mais procurado, almejado que realmente necessário na vida prática⁶⁰. O sujeito acredita que precisa das características de firmeza, estabilidade e previsibilidade, que conheceu no útero e depois na infância através do pai.

Assim, tem-se que a hipótese inicial do trabalho de que o direito é incerto, mas existe a necessidade do indivíduo, do ponto de vista psicanalítico, de acreditar e perpetuar que a certeza domina o Estado, se confirma.

Frank demonstra através da psicanálise a necessidade social e individual de acreditar numa autoridade e ensina que a perpetuação dessa crença é confirmada através dos *standards*

⁶⁰ FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009, p. 60.

de valores de vigência coletivos, que passam a impressão de certeza, a medida que confirmam o princípio da segurança jurídica.

Nesses termos, a problemática da incerteza no direito foi desenvolvida através do referencial teórico de Jerome Frank e a hipótese inicial confirmada, ora evidenciada a incerteza e a análise psicanalítica da necessidade social de acreditar no Estado om autoridade e certeza.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLOCH, Ernst. **Derecho natural y dignidade humana**. Trad. Felipe Gonzalez Vicén. Madrid: Dynkinson, 2011.

EPICURO. **Obras completas**. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.

FEITOSA, Enoque; FREITAS, Lorena. **Direito e filosofia da práxis: a teoria do direito entre prescrição e descrição**. In: *Marxismo e direito*, Org. Conpedi 2014. Coord. Enoque Feitosa Sobreira Filho, Enzo Bello, Paulo Henrique Tavares da Silva. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

FRANK, Jerome. **Courts on trial: myth and reality in american justice**. Princenton: Princenton University Press, 1973.

FRANK, Jerome. **Derecho e incertidumbre**. Buenos Aires: Centro Editor da America Latina, 1968.

FRANK, Jerome. **Fate and freedom: a philosophy for free americans**. New York, Simon and Schuster, 1945.

FRANK, Jerome. **Law and the modern mind**. New Brunswick: Transaction Publishers, 2009.

FREUD, Sigmund. **A psicanálise a determinação dos fatos nos processos jurídicos**. In: *Obras completas de Sigmund Freud vol. IX*. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1976.

GLENNON, Robert Jerome. **The Iconoclast as Reformer, Jerome Frank's Impact On American Law**. Ithaca: Cornell University Press, 1985.

KAFKA, Franz. **Josefine, a Cantora**. In: *Um artista da fome*. Porto Alegre: L&PM, 2012.

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