



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



NEVITA MARIA PESSOA DE AQUINO FRANCA LUNA

**UMA ERÓTICA JURÍDICA:
contradições, paradoxos e diálogos entre direito e emoção**

Recife
2017

NEVITA MARIA PESSOA DE AQUINO FRANCA LUNA

**UMA ERÓTICA JURÍDICA:
contradições, paradoxos e diálogos entre direito e emoção**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Teoria Geral do Direito
Linha de Pesquisa: Teorias da Decisão Jurídica

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da
Maia de Farias

Coorientador: Prof. Dr. Bjarne Melkevik
(Universidade Laval, Canadá)

Recife
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Josias Machado CRB/4-1690

L961p Luna, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca
Uma erótica jurídica: contradições, paradoxos e diálogos entre direito e
emoção. – Recife: O Autor, 2017.
207 f.: il.

Orientador: Alexandre Ronaldo da Maia de Farias.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2017.
Inclui referências.

1. Emoção. 2. Razão. 3. Erotismo. 4. Artes. 5. Hermenêutica (Direito). 6. Direito - Filosofia. I. Farias, Alexandre Ronaldo da Maia de (Orientador). II. Título.

340.1 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2018-07)

NEVITA MARIA PESSOA DE AQUINO FRANCA LUNA

**UMA ERÓTICA JURÍDICA:
contradições, paradoxos e diálogos entre direito e emoção**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito.

Aprovada em: 20/12/2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Torquato da Silva Castro Júnior (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira (Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof^a. Dr^a. Mariana Pimentel Fischer Pacheco (Examinadora Externa)
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst (Examinador Externo)
Universidade Federal da Paraíba

Prof^a. Dr^a. Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega (Examinadora Externa)
Universidade Federal Federal da Paraíba

À extraordinária **Professora Maria das Neves Franca**, minha mãe, poema de amor cujo brilho cultivou a melhor parte do que sou... Pela descoberta da Mitologia Grega, da Literatura, da Poesia, da Arte e da Filosofia... Por me transmitir grande parte desse conhecimento sob um jambeiro, nos embalos de uma rede e de seus afagos... Por me apresentar a importância dos sentimentos e das paixões humanas... Por ter, desde cedo, me aberto as portas de sua biblioteca e de seu mundo interior, admiravelmente rico e sensível... Porque sua benção e seu exemplo de coragem me edificaram nos momentos mais áridos... A ela, ofereço cada página deste trabalho, com todo meu amor, todo meu esforço, todo meu respeito e toda minha gratidão. Pela grande mulher que ela é. E, sobretudo, por tudo que ela deixou de ser, para os filhos serem.

AGRADECIMENTOS

Ao longo dos anos de trabalho que resultaram nesta tese, pessoas e instituições me ajudaram a dar passos mais seguros em busca do conhecimento. Agora que alcanço meus objetivos, não poderia deixar de reconhecê-las.

Ao meu orientador, o Prof. Dr. **Alexandre Ronaldo da Maria de Farias**, pela presteza, paciência e seriedade intelectual que conduziu a orientação nesta instituição.

Ao meu coorientador, o Prof. Dr. **Bjarne Melkevik**, com quem tive a honra de conviver e assistir aulas, por todo o tempo dedicado a esta pesquisa, refletidos em encontros semanais na Universidade Laval (Cidade de Quebec, Canadá). Ressalto que grande parte do meu aprendizado se deve ao seu encorajamento, à sua competência e ao seu rigor, indicando e corrigindo caminhos com vistas à concretização desta pesquisa. Os livros de Filosofia do Direito e, sobretudo, o laboratório de reflexões pessoais do Prof. Melkevik me inspiraram para formular diversas questões neste trabalho.

À **CAPES** (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), agência financiadora deste projeto, pelo auxílio financeiro indispensável para a presente investigação, em especial, pela concessão da bolsa de doutorado sanduíche, durante sete meses de pesquisa na Universidade Laval.

À **Universidade Laval**, espaço privilegiado para o desenvolvimento de qualquer pesquisa acadêmica, pela concessão de um gabinete individual de estudos, n. 3206, na biblioteca; um cartão magnético, que me possibilitou acessar todas as suas instalações conduzindo o carrinho de bebê de meu filho; e uma vaga em sua “*garderie*” (creche), lugar de profissionais qualificados para cuidar dos filhos dos estudantes internacionais. Sem esse apoio que a Universidade Laval concede às mães-pesquisadoras, a concretização do sonho de um doutorado sanduíche não teria sido possível.

Ao corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE, por tudo o que me ensinaram através de cursos, seminários e conversas. Em especial, à Coordenadora, **Profa. Dra. Juliana Teixeira Esteves**, pela oportunidade que o programa me deu para publicar artigos, participar de eventos nacionais e internacionais, e pela estrutura mantida, propícia à formação de profissionais de alto nível.

Ao Prof. Dr. **George Browne Rêgo**, por ter dirigido meu olhar ao pragmatismo jurídico e à atuação imaginativa e criadora do juiz, inclinando-me a apresentar uma saída para a superação do formalismo interpretativo.

Ao Prof. Dr. **Gustavo Just**, pelo grande aprendizado adquirido como sua estagiária

docente na disciplina de Hermenêutica Jurídica, na Faculdade de Direito do Recife. A aula sobre a interpretação do contrato estipulado na peça “*O Mercador de Veneza*”, de Shakespeare, foi realmente inesquecível.

Aos membros da banca de qualificação, Prof. Dr. **João Paulo Allain Teixeira** e Prof. Dr. **Torquato da Silva Castro Júnior**, pelas críticas e aportes oriundos dos fecundos debates em torno deste trabalho.

Ao Prof. Dr. **Eduardo Ramalho Rabenhorst**, pelas aulas e cursos magistrais que tive oportunidade de frequentar ao longo desta pesquisa. Mas, sobretudo, por partilhar comigo o gosto pela Filosofia, quando eu ainda era uma menina branquela e gordinha, que brincava nos jardins do CCHLA/UFPB, no início dos anos noventa.

Ao Prof. Dr. **Marconi Pimentel Pequeno**, por me conduzir, na iniciação científica e no mestrado na Universidade Federal da Paraíba, ao fascinante mundo da moral e das emoções. Foi lá, em meados de 2004, que plantamos a semente que daria origem a esta tese de doutorado.

Aos colegas de turma, pelo agradável convívio. Em especial, aos amigos que ganhei, **Maurício de Albuquerque Wanderley**, por compartilhar, da Universidade de Coimbra, as alegrias e os percalços do doutorado sanduíche. E a **Leonardo Monteiro Crespo de Almeida** e **Antônio Flávio Guerra Barreto**, pelas férteis discussões nos corredores do PPGD e por dividirem o gosto pelas conjunções do direito e arte.

À estimada **Dona Carminha** e **Nivaldo**, bem como os demais funcionários da secretaria e da coordenação, pela perene simpatia e cordialidade com os alunos.

Ao meu pai, **Marcílio Franca**, pelo tempero racional que ele deu à nossa família.

A **Marcelo** e **Viviane Franca**, pelo estímulo sempre renovado.

A **Marcelo Franca Filho**, pela condução competente e ética de meus processos e clientes, durante o período da pesquisa realizado no exterior.

A **Alessandra Franca**, exemplo de força e coragem durante suas pesquisas doutorais na Universidade de Genebra, pela sua maior lição: aquela sobre a conciliação da maternidade com a vida acadêmica, indispensável durante a minha estadia em Quebec.

A **Marcílio Franca Filho**, meu irmão e exemplo para a irmã caçula, pela semeadura afetiva do direito nos jardins das nossas casas e por me transportar, através de suas belíssimas aulas, livros, artigos e conferências, ao fabuloso diálogo entre o direito e as artes.

A **Aníbal Luna**, por se mostrar sensível ao meu sentimento de independência profissional. Por pausar sua vida profissional, cuidar de nosso filho e estar ao meu lado neste

momento significativo. Por entender e apoiar a longa ausência. Pelo amor renovado e insubstituível de nosso companheirismo apaixonado, de nossa cumplicidade afetiva, de nossa construção diária. Suas orientações me levaram ao aprimoramento do método, do foco e da disciplina imprescindíveis para a elaboração de um trabalho acadêmico. Com ele, aprendi a me superar a cada dia.

A **Aníbal Franca Luna**, por ser a razão das minhas melhores emoções. Porque chegou de surpresa no curso do segundo ano do doutorado, para ser meu pequeno-grande companheiro durante a tessitura dessas linhas em Quebec. Grande parte deste trabalho foi construído enquanto eu velava seu sono e, durante meses, os corredores da biblioteca da Universidade Laval se transformaram em sua segunda casa.

A **Deus**, pelo amparo sem o qual não seria possível superar a desproporção entre as exigências do cotidiano e as minhas forças.

“O direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente”
(BARRETO, 2001, p. 38).

RESUMO

Embora na mitologia grega não haja referências ao relacionamento das divindades Diké, deusa da Justiça, representante da dogmática e da normatividade do direito, e Eros, deus do Amor, símbolo da afetividade, nesta pesquisa eles se encontram indissociavelmente unidos. A articulação entre direito e emoções foi um tema sempre desprestigiado pela história do pensamento jurídico, pois os operadores do direito e os jus-filósofos ao elaborarem seus conceitos de interpretação e aplicação das leis se afastaram do mundo empírico e dos elementos que caracterizam a dimensão sensorial do humano. Nesse viés, procuramos trilhar um caminho inverso, ao considerar que uma abordagem do fenômeno jurídico não implica necessariamente o desprezo pela condição humana, pois, apesar de se reconhecer a dogmaticidade do direito contemporâneo, é importante trazer para o ambiente jurídico não só o texto, mas o contexto, o interlocutor, sua forma de vida e, em especial, seus sentimentos. A partir da instauração do conceito de “Erótica jurídica”, este trabalho tenta responder às seguintes questões: que relação haveria entre as emoções e a juridicidade? O universo do direito deve ser pensado apenas a partir de uma perspectiva racionalista ou devemos também reconhecer a dimensão emocional de sua composição? Para fazer a ponte entre o direito e as emoções, traremos a contribuição das artes, em especial da literatura, a fim de apresentar um novo modelo de interpretação e julgamento, mais sensível e humano, predados importantes para o fornecimento de uma solução jurisdicional mais eficaz frente aos novos tempos.

Palavras-chave: Direito. Emoção. Razão. Erótica. Hermenêutica. Arte.

ABSTRACT

Although Greek mythology makes no mention of the relationship between Diké – the goddess of justice, representing the dogmas and normativity of law – and Eros – the god of Love, symbol of affection – both are intrinsically united in this study. The relation between law and emotions has always been neglected throughout the history of juridical thinking: when developing their concepts of interpretation and application of laws, juridical philosophers and practitioners have distanced themselves from the empirical world and the elements that constitute the sensory dimension of human life. Our study seeks to move in the opposite direction as we reckon that approaching the juridical phenomenon need not despise the human condition: although we acknowledge the dogmas of contemporary law, it is important that we bring into the juridical setting not only the text, but also the context, the interlocutors, their way of living and, especially, their feelings. Based on the concept of “Erotics of law”, this study seeks to answer the following questions: what is the connection between emotions and juridicity? Must the universe of law be conceived on a rationalist perspective or should we also acknowledge the emotional dimension of its composition? To bridge the gap between law and emotions, we borrow contributions from the arts, especially literature, to introduce a new – more sensitive and considerate – model of interpreting and judging, since sensitivity and consideration are important qualities for a more effective jurisdictional solution these days.

Key words: Law. Emotion. Reason. Erotics. Hermeneutics. Art.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Representação tradicional das emoções e da consciência.....	32
Quadro 1 – Sentimentos dos principais atores jurídicos.....	72
Figura 2 – O remorso de Orestes, de William Bouguereau.....	84
Figura 3 – Love is the answer, de Banksy.....	146
Figura 4 – La Pendule Noire, de Paul Cézanne.....	152
Figura 5 – Edição de Schola Cordis, de Benedictus van Haeften.....	156
Figura 6 – Alegoria da Justiça, de Lucas Cranach.....	159
Figura 7 – Verity, de Damien Hirst (1).....	161
Figura 8 – Verity, de Damien Hirst (2).....	161
Figura 9 – O Julgamento de Salomão, de Nicolas Poussin.....	164
Figura 10 – Imagem da balança.....	166
Figura 11 – Imagem da espada.....	166
Figura 12 – A Ronda Noturna, de Rembrandt.....	186

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	15
1.1	Objetivo	19
1.2	Metodologia	20
2	PENSAR RAZÃO E EMOÇÃO: CONFLITOS E DIÁLOGOS	25
2.1	O homem contemporâneo é dotado de uma “razão sensível”	25
2.2	Os múltiplos sentidos do sentir e as dificuldades para se estabelecer uma classificação das emoções	28
2.3	Emoções: marcas da humanidade, da cultura e do tempo	36
2.4	As principais acusações contra as emoções	38
2.4.1	<i>A emoção como força animal cega</i>	<i>39</i>
2.4.2	<i>A emoção como marca da incompletude e vulnerabilidade humanas</i>	<i>40</i>
2.4.3	<i>A emoção como visão imparcial da realidade</i>	<i>41</i>
2.4.4	<i>A emoção como aspecto individual e não social</i>	<i>42</i>
2.5	As respostas às acusações	43
2.5.1	<i>A crença como guia emocional</i>	<i>43</i>
2.5.2	<i>A vulnerabilidade como chave para o bom julgamento do próximo</i>	<i>44</i>
2.5.3	<i>A emoção como visão completa do mundo</i>	<i>46</i>
2.5.4	<i>O ideal das necessidades individuais</i>	<i>46</i>
2.6	Os perigos do estrito uso da razão	46
2.6.1	<i>A questão do tempo e da experiência</i>	<i>47</i>
2.6.2	<i>A questão da taxonomia</i>	<i>50</i>
2.6.3	<i>A questão dos limites biológicos</i>	<i>50</i>
3	PENSAR DIREITO E EMOÇÃO: UMA CARTOGRAFIA	53
3.1	A recusa inicial das emoções na tradição do pensamento jurídico	53
3.2	Tópos jurídico: breve percurso da união entre direito e emoção	59
3.3	Os sentimentos nos domínios do direito	63
3.3.1	<i>O direito constitucional e os sentimentos</i>	<i>64</i>
3.3.2	<i>O direito civil e os sentimentos</i>	<i>65</i>
3.3.3	<i>O direito penal e os sentimentos</i>	<i>66</i>
3.3.4	<i>O direito comercial e os sentimentos</i>	<i>68</i>
3.3.5	<i>O direito do trabalho e os sentimentos</i>	<i>68</i>

3.3.6	<i>O direito processual civil e os sentimentos</i>	70
3.3.7	<i>O direito processual penal e os sentimentos</i>	72
3.3.8	<i>A advocacia e os sentimentos</i>	73
3.3.9	<i>A expertise técnica e os sentimentos</i>	73
3.4	A vítima e o reconhecimento de suas emoções na legislação brasileira ...	74
3.4.1	<i>O crescimento dos direitos das vítimas</i>	75
3.4.2	<i>A sofrimento da vítima: uma perspectiva empática</i>	76
3.5	O direito além da racionalidade	78
4	A ERÓTICA JURÍDICA COMO ALTERNATIVA À LEGALIDADE POSITIVISTA	80
4.1	Um breve retorno à mitologia grega para falar sobre direito e emoção	80
4.1.1	<i>O direito na Oresteia de Ésquilo</i>	82
4.1.2	<i>O nascimento de Eros</i>	86
4.1.3	<i>Um encontro entre Eros e Diké</i>	88
4.2	Por uma Erótica jurídica, a cópula entre direito e emoção	92
4.3	Erótica, nudez e um novo paradigma no direito	102
4.3.1	<i>A descontinuidade das normas</i>	104
4.3.2	<i>O desenvolvimento de novos instrumentos jurídicos</i>	105
4.3.3	<i>A tomada de poder dos juízes</i>	106
4.3.4	<i>A disponibilidade da Referência</i>	106
4.3.5	<i>A diversificação dos interesses públicos</i>	108
4.3.6	<i>O predomínio de situações concretas na aplicação da lei</i>	108
4.4	O direito erótico precisa do direito teórico, e vice-versa	109
5	EMOÇÃO, NARRATIVA E DIREITO	112
5.1	Arte e direito: um encontro	112
5.2	A tese de Nussbaum: a literatura como ponte entre o direito e a emoção	115
5.3	O romance como palco das emoções	120
5.4	As emoções racionais e o juiz como espectador imparcial	123
5.5	O cultivo da imaginação e a tese do poeta-juiz de Whitman	126
6	EMOÇÃO, MÚSICA E DIREITO	137
6.1	Da partitura musical ao texto jurídico	137

6.1.1	<i>O modelo de interpretação de Pierre-André Côté</i>	140
6.1.2	<i>A dificuldade para executar a primeira obra</i>	141
6.1.3	<i>O tempo</i>	142
6.1.4	<i>A coordenação dos atos individuais</i>	143
6.1.5	<i>A última “nota”</i>	143
6.2	The Beatles, direito e amor: <i>all you need is love?</i>	145
7	EMOÇÃO, ARTES PLÁSTICAS E DIREITO	151
7.1	Semelhanças entre direito e pintura	151
7.2	Sucinta nota sobre a personificação da Justiça	153
7.3	Os símbolos da Justiça: a balança, a espada e a venda	154
7.4	Cordis Ponderatio, de Benedictus van Haeften	155
7.5	Alegoria da justiça, de Lucas Cranach	158
7.6	Verity, de Damien Hirst	160
7.7	O Julgamento de Salomão, de Nicolas Poussin	163
8	EXERCÍCIOS INTERDISCIPLINARES: DA INTERPRETAÇÃO DAS EMOÇÕES AO PAPEL DAS EMOÇÕES NA INTERPRETAÇÃO	168
8.1	Interpretar é preciso, viver não é preciso: como navegar entre a norma e a vida?	168
8.2	A verdade jurídica: por uma definição mais realista, entre sentimento e razão	171
8.2.1	<i>A passagem à intersubjetividade</i>	173
8.2.2	<i>A criação sujeita à restrição</i>	174
8.3	Entre o público e o privado: interpretação, emoções e habilidades perceptivas do bom julgador	176
8.4	Erótica Jurídica e multiculturalismo: entre universalidade e uniformidade	181
8.5	“Hard law” x “soft law”: o lugar das emoções no respeito às leis não obrigatórias	182
9	CONSIDERAÇÕES FINAIS	186
	REFERÊNCIAS	193

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa procurou lidar com certos aspectos negligenciados pela tradição epistemológica do direito, sobretudo quando ele lida com a aparente distinção entre razão jurídica *x* emoção. A corrente “direito e emoção”, bastante desenvolvida nos Estados Unidos, é ainda embrionária nos países de língua portuguesa, e este trabalho, portanto, tentou reduzir esta lacuna através do rompimento de algumas fronteiras disciplinares, da circulação de conceitos e da formação de disciplinas híbridas.

Em um primeiro momento, nós nos deparamos com significativas divergências na argumentação, fundamentos contrastantes, dubiedade e confusão, ao considerarmos os termos técnico-científicos, ético-morais, artísticos, filosóficos e legais. No entanto, em seguida, essa experiência contribuiu para dirigir nosso olhar em direção a diversas comunidades de pesquisadores, oriundos do direito, da psicologia, da filosofia e da arte, o que permitiu uma enriquecedora experiência de multidisciplinariedade, fundamental para a compreensão da complexidade do “ser do direito”¹.

Não falamos apenas de uma disciplina se abrir à outra, mas da criação de condições teóricas de abertura e articulação recíprocas, pois o jurista tem todo interesse em examinar os métodos, as intuições e as abordagens emprestados dos outros campos, a fim de confrontá-los e estabelecer correspondências com sua própria disciplina de interpretação. No entanto, ao permutar, sucessivamente, as posições de interrogante e interrogado, ensaiamos evitar que uma das disciplinas servisse de álibi ou de ornamento ao desenvolvimento da outra. E, com isso, tentamos diminuir o risco de preponderância ou subordinação que é sempre inerente à prática multidisciplinar.

Essas correspondências entre disciplinas nem sempre foram diretas e imediatas, mas puderam esclarecer nossa compreensão, desvendar sendas desconhecidas e, finalmente, contribuir para desmistificar a busca do sentido jurídico. Os saberes, sejam artísticos ou científicos, frequentemente erguem fronteiras confortáveis através das quais os pesquisadores se refugiam, recusando o asilo nos outros campos do saber, em nome da pureza de seu

¹ “*Le besoin d’inter-trans-multi-disciplinarité*” est evident. Et aussi il faut être conscient de la complexité de l’être même du droit: naturel et positif, norme-fait-valeur, normativiste-“judiciariste”, systématique-topique, branches du droit, sources du droit, etc.” (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Droit et récit**. Coleção Dikè. Quebec: Les Presses de l’Université Laval, 2003, p. 24.).

conhecimento ou de sua ignorância nos outros domínios. E o jurista não está ao abrigo desta postura.

Assim, nosso objeto de estudo foi se construindo, progressivamente, articulado em torno do direito e da emoção. A ideia de uma aproximação entre dois mundos tão distantes pareceu surpreendente e esta pesquisa só se tornou possível a partir da recusa a uma ciência jurídica desapaixonada!

As emoções aparentam ser totalmente estranhas à racionalidade jurídica. Enquanto o direito está encarregado de determinar as condutas convenientes e se apresentar como a arte da justa medida, indicando a expressão da reta razão e assegurando uma equidade pesada dos interesses de cada um, as emoções se inscrevem sob o sinal do desequilíbrio, da desmesura.

Representado frequentemente através dos símbolos da balança, da espada e da venda nos olhos, o direito requer equilíbrio, rigor e imparcialidade. Em oposição, a emoção rejeita toda ideia de razão, de medida e de prudência, ocupando o lugar do desatino, da parcialidade, do absurdo, da dimensão irracional da existência humana.

No entanto, a esfera emocional do humano, na qual tudo parece possível, não podia ser deixada de lado, em uma “zona do não-direito”². Esta aparente alteridade devia ser matizada ou, ao menos, aprofundada, porque o retorno às paixões possibilita compreender mais a fundo a racionalidade jurídica contemporânea. Além disso, para descobrir o horizonte completo dos valores simbólicos de uma sociedade, e notadamente seus valores jurídicos, é preciso reparar os fenômenos de rejeição e recusa³, interrogar os desvios, mapear as transgressões e caminhar em direção aos confins. É preciso conhecer o lado inverso para compreendê-lo melhor. Nesse sentido, as paixões interessam, sim, ao jurista, precisamente, porque elas encarnam o verso do discurso racional, a outra face do “verdadeiro”, do *logos*. Diante da dominação da razão, o *pathos* nos propõe uma nova forma de pensar. Reconhecer que o *logos* não esgota o *pathos* é assentir que na racionalidade jurídica persiste um ponto instável, de evanescência, inscrito nas dobras⁴ de seu discurso.

Infelizmente, essa forma de pensar muitas vezes nos levou a ser considerados como uma espécie de “ovelha negra” da família tradicional de juristas⁵. Sim, porque no direito

²BOLLERI-SCHENIQUE, Laurie. *Propos introductifs*. In: BOLLERI-SCHENIQUE, Laurie; LANZARA, Delphine; GHELFI, Fabienne (Orgs.). **Le droit et les sentiments**. Paris: L'Harmattan, 2015, p. 119-121, p. 119.

³DÉTIENNE, Marcel. **Dionysos mis à mort**. Paris: Gallimard, 1998, p. 8.

⁴DELEUZE, Gilles. **A dobra: Leibniz e o barroco**. São Paulo: Papyrus, 2009.

⁵“Ceux qui refusent la toute puissance de la loi et des décisions des détenteurs du pouvoir constituent l'autre

existem dois tipos de juristas. O primeiro tipo, oriundo da família tradicional, cujo raciocínio é mais geométrico, preocupa-se com silogismos, grandes teorizações, conceitos, definições, sempre de maneira dogmática, hiper-racionalista, mas permanecendo submisso à lei ou à doutrina dogmática, sem nenhum espírito crítico ou traço de criatividade. Ademais, impregnado de positivismo⁶, tal modelo de jurista tem a tendência a considerar que as paixões não são nada além da manifestação de um pensamento pré-científico, pré-lógico, uma mentalidade primitiva, infantil, que foi ultrapassada desde muito tempo por nossa razão ocidental cartesiana.

O segundo tipo de jurista, ao contrário, crê que a força de sua arte reside em considerar suas próprias fraquezas e seus próprios limites, e procura, sobretudo, a solução justa para cada caso particular, entre as diferentes fontes do direito, que estão abrigadas em um vasto catálogo que não se limita apenas à lei⁷. Tal modelo de jurista é fruto das transformações do século XX, quando a confiança na razão foi estremecida, resultando em uma reabilitação das paixões nos domínios da antropologia, psicologia e psicanálise. Assim, longe de serem puras elucubrações, produtos de uma origem primitiva, as paixões parecem ser a terra natal de todas as formas simbólicas⁸, como a moral, a política, a linguagem, as artes e o direito.

Com efeito, ao reconhecer que o direito e as emoções parecem vir de mundos muito distantes – o mundo turbulento e ilusório das paixões, de um lado; e o mundo imutável e rigoroso da razão, de outro –, esta pesquisa procurou construir uma ponte entre esses dois mundos, que, em um primeiro olhar, pode parecer frágil, pois a razão não foi concebida para lidar com as emoções.

Todavia, o ato de chamar as emoções para o terreno de observação oferecido pelo direito nos permitiu conjecturar uma ciência jurídica de natureza experimental, mais voltada

famille de juristes.” (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Droit et récit**. Coleção Dikè. Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 2003, p. 13).

⁶O positivismo é tomado como o conjunto de escolas que separam fato e valor, através do postulado da neutralidade axiológica e da procura de uma verdade científica. Já o positivismo jurídico é o agrupamento de teorias que reduzem o direito à lei, através da separação dicotômica entre os poderes legislativo e judiciário; do caractere automático da aplicação da lei pelo juiz; da redução das fontes do direito à lei, esta vista como completa e não contraditória (cf. GOLTZBERG, Stephan. **Chaim Perelman: l'argumentation juridique**. Paris: Michalon Éditeur, 2013, p. 10-14). No mesmo sentido, a realidade coerente com a tradição do positivismo encontra-se dissecada de qualquer conotação relativa ao homem nos seus aspectos sociais, históricos e pragmáticos (REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Duc In Altum Cadernos de Direito**, v. 1, n.1, jul-dez. 2009, p. 21-57, p. 33).

⁷CUNHA, Paulo Ferreira da. **Droit naturel et méthodologie juridique**. Paris: Éditions Buenos Books International, 2012, p. 61.

⁸CASSIRER, Ernst. **La philosophie des formes symboliques: la pensée mytique**. Trad. Ole Hansen-Love et Jean Lacoste. Tomo 2. Paris: Éditions Minuit, 1972, p.7.

para a vida, em detrimento do consolidado saber descritivo-racional que normalmente encerramos sob o conceito de direito. Além disso, entendemos que todo discurso deve se pôr à desconstrução, sob pena de ensimesmar-se e nada construir. É necessário desconstruí-lo para torná-lo trafegável e, quem sabe, melhor frequentado por ideias e pensamentos.

Nesse viés, este trabalho procurou “despir”⁹ o discurso jurídico para desvendar-lhe um novo sentido que possibilite novas pontes, mais flexíveis à modernidade informe, também chamada de líquida ou tardia, e que ora se afirma pós-modernidade¹⁰. Tratou-se de uma proposta crítica, na compreensão do contexto em que o trabalho está inserido, norteadas por um pensamento multidisciplinar, insistente em enfrentar sua própria coerência nessa incessante desconstrução.

O presente estudo não pretendeu apenas oferecer uma resposta aos dilemas abertos na pós-modernidade; ao contrário, seu propósito foi, antes de tudo, revelar a crise do paradigma moderno que enfrentamos. O tipo de jurista engendrado pelo paradigma cultural dominante é um frio cientista do direito que, negativamente, evita os sentimentos, as valorações e as metáforas, contaminações subjetivas de seu discurso, ao mesmo tempo em que assume uma teoria do conhecimento para a qual o direito constitui uma realidade objetiva, capaz de ser observada e descrita com rigor lógico.

Mostramos, aqui, a contribuição das emoções para a esfera do direito, o entrelaçamento do ser e do dever ser, do *lógos* e do *pathos*, da norma e da vida. Através de uma filosofia do direito mais progressista, procuramos trilhar um caminho diferente ao considerar que uma abordagem do fenômeno jurídico não implica necessariamente o desprezo pela condição humana, pois, apesar de reconhecer a inescapável dogmática do direito contemporâneo, é de fundamental importância trazer para o ambiente jurídico não só o texto, mas o contexto, o interlocutor, sua forma de vida e suas paixões.

⁹ROUSSEAU, Dominique. Propositions pour construire la pensée du droit dérobé. In: ROUSSEAU, Dominique (Dir.). **Le droit dérobé**: actes du Colloque de Montpellier, faculté de droit, 10 et 11 avril 2003. Coleção Grands Colloques. Paris: Éditions Montchrestien, 2007, p. 1-16.

¹⁰Para uma severa crítica à concepção pós-moderna do direito, cf. MELKEVIK, Bjarne. **Horizons de la philosophie du droit**. Coleção Dikè. Quebec: Presses de l'Université Laval; Paris: L'Harmattan, 1998, p. 150-175.

1.1 Objetivo

Ultrapassando a oposição clássica, mas estéril, do racional e do irracional – este último, assimilado ao emocional –, nosso objetivo foi mostrar, contra a opinião dominante, que o meio de se chegar à justiça passa por nossa capacidade de sentir. Ou seja, o objetivo deste estudo foi interrogar a articulação do direito e das emoções na pós-modernidade, suas consequências e suas manifestações para a formação do jurista de hoje.

As teorias jurídicas, em geral, se apresentam como aquelas que empurraram a racionalidade ao limite, represaram a contingência através de mecanismos limitadores da subjetividade¹¹, e, por isso, se permitiram menosprezar as paixões. Mas a tese defendida aqui foi a de que o direito não deve romper com sua dimensão emocional, sob pena de perder seu papel de guardião dos valores de justiça e equidade, em proveito de uma racionalidade ascética e desumanizada. Tal foi o objetivo deste trabalho que pretendeu apenas apresentar as bases de uma reflexão sem, portanto, esgotá-las.

O argumento segundo o qual as emoções são a chave para o bom funcionamento da justiça e da democracia pode ter parecido pouco plausível para muitos. Na verdade, ele pareceu ainda mais improvável quando nós apresentamos as maneiras que ordinariamente se articulam as emoções, a faculdade de julgar e a razão¹². Essa tese foi acompanhada de uma constatação ainda mais surpreendente, segundo a qual é possível demonstrar que a juridicidade, tal como é praticada hoje, revela-se bem mais acabada e racional, sendo mais emocional. Mostramos que o direito, mesmo cerceado de toda emotividade, recorre à emoção mais do que se imagina, apesar da intervenção da razão para mascarar esse fato. As injustiças

¹¹DA MAIA, Alexandre. O direito subjetivo como imagem: da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo- comunicacional de Tercio Sampaio Ferraz Jr. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139-167, p. 143.

¹²Um número considerável de livros de filosofia mostraram que as emoções podem ajudar a exercer as escolhas racionais. São eles: FRANK, Robert H. **Passions within reason: The strategic role of the emotions**. Nova Iorque: Norton, 1988; DE SOUSA, Ronald. **The rationality of emotion**. Cambridge: The MIT Press, 1987; GIBBARD, Allan. **Wise choices, apt feelings: a theory of normative judgement**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1990. E, de igual modo, alguns psicólogos afirmaram que as emoções podem nos ajudar a formar um julgamento, tais como: CLORE, Gerald L.; SCHWARZ, Norbert; CONWAY, Michael. Affective causes and consequences of social information processing. In: WYER JR., Robert S.; SRULL, Thomas K. (Eds.). **Handbook of social cognition**. V. 1, 2a ed. Hillsdale: Erlbaum, 1994. Segundo eles, em resumo, os sentimentos nos oferecem um meio alternativo de tomar decisões ao nos fornecer sinais heurísticos, intuitivos, que colapsam o uso explícito da razão. Esses psicólogos afirmam que se pode, perfeitamente, chegar a resultados razoáveis, ainda que o processo não tenha sido apoiado sobre a razão, ela mesma. Na mesma trilha, pretendemos defender que o uso da razão depende das emoções, e que estas podem se constituir como uma alternativa aceitável à razão.

encontradas não estão ligadas ao fato de as pessoas serem dominadas pelas suas emoções e, portanto, *irracionais*.

Nossa proposta foi modesta. Ela consistiu em dizer que o direito deve se construir sobre dados humanos, pois, como produto da práxis, ele tem todo o seu processo de produção informado por emoções, valores, crenças, preconceitos, ideias e interesses. Com isso, pretendemos afirmar que, não obstante o inquestionável, e sempre enaltecido, papel da razão nas questões jurídicas, não devemos dissociar essas duas instâncias, nem menosprezar o peso decisivo que nossa vida afetiva assume no lócus onde reina a justiça.

1.2 Metodologia

Entendemos que a investigação do universo das emoções merece ser retomada metodologicamente com as preocupações de uma jurista. Por isso, seguindo os caminhos abertos por Aristóteles, Adam Smith, Susan Sontag, Martha Nussbaum, Paulo Ferreira da Cunha entre outros, apresentamos uma concepção mais sensível, viva e dinâmica do raciocínio jurídico, de ordem humanista e não-científica, e mostramos como a arte é capaz de exprimir tal articulação. Apesar de referências teóricas distintas quanto a vários aspectos, entendemos que todos esses autores apontam para uma possibilidade de leitura da sociedade e do direito com forte apelo sensível.

A ponte entre o direito e as emoções dar-se-á, sobretudo, através da arte, da imaginação. Nos caminhos abertos pelo Professor Paulo Ferreira da Cunha, concordamos que falar de arte é mais adequado do que falar de “ciência”, pois as “ciências jurídicas” são sobretudo “artes jurídicas”, ainda que a palavra ciência tenha uma magia e um poder legitimador que a arte não pode fornecer nos dias de hoje¹³. No entanto, esse nosso apelo à fantasia não pretende suplantiar a teoria moral e política, nem tampouco substituir as emoções pelos argumentos apoiados sobre os princípios jurídicos. Toda interpretação deste gênero seria contrária ao espírito de nossa pesquisa.

A arte foi chamada porque ela exprime não só os sentimentos, mas as impressões, os impulsos, os vários planos da consciência. Ela é o elo entre o mundo interior e exterior, para a construção de outros mundos. Ao chamá-la para dialogar com o direito e as emoções, as

¹³CUNHA, Paulo Ferreira da. **Droit naturel et méthodologie juridique**. Paris: Éditions Buenos Books International, 2012, p. 46.

linhas que se seguiram não visam propor uma interpretação jurídica das obras artísticas, tampouco afirmar que o direito é uma arte. Tratou-se, simplesmente, de propor uma leitura, não para decifrar uma hipotética mensagem, mas esboçar um diálogo entre a racionalidade jurídica e as paixões humanas. A interpretação artística tem, pois, o mérito de nos fazer refletir sobre a interpretação em geral. Ela permite reconsiderar o fato de que os conceitos desenvolvidos no domínio do direito sejam necessariamente válidos nos outros campos. E uma comparação entre as práticas interpretativas diferentes pode nos ajudar a melhor compreender as especificidades das diversas matérias¹⁴. Se as paixões são a terra natal das formas simbólicas, esta perspectiva pretende ser fecunda.

Quanto aos motivos, as emoções foram escolhidas para dialogar com o direito porque apresentam características interessantes: (1) elas abordam questões polêmicas, havendo fortes controvérsias sobre suas influências no domínio jurídico; (2) o assunto ainda é pouco explorado no Brasil, não havendo grande produção científico-literária; (3) devido à expressiva carga emocional do homem contemporâneo, juízes de primeira instância e tribunais apontam para julgamentos que não são mais fiéis à transcrição literal do texto jurídico.

Diante disso, ao longo dos capítulos, sustentamos a tese segundo a qual os indivíduos podem ser racionais precisamente porque estão sujeitos às emoções, pois são estas que permitem a racionalidade. Em outros termos, as nossas faculdades emocionais estão mais em harmonia do que em desacordo com nossa capacidade de sermos racionais. A razão não é uma faculdade autônoma do espírito, independente das emoções; ao contrário, ela é constituída por um conjunto particular de capacidades movidas pelos sistemas emocionais do cérebro, a fim de nos adaptar aos desafios cotidianos que devemos enfrentar. A prática da justiça não deve, portanto, subestimar o papel das emoções no desenvolvimento da razão.

Tentamos de responder às seguintes questões: que relação haveria entre as emoções e a juridicidade? Os juízos, as condutas e as normas jurídicas devem mesmo ser concebidos como produtos genuínos da razão, sem nenhuma interferência das emoções ou das nossas forças sensoriais inconscientes? Até que ponto devemos nos guiar por emoções para que a lógica não se perca no caminho? É possível decidir sem invocar emoções? É sempre negativa a influência das emoções no processo de tomada de decisão? É possível julgar um caso

¹⁴Sobre interpretação artística e jurídica, cf.: RAZ, Joseph. "Interprétation without retrieval". In: MARMOR, Andrei. (dir.). **Law and Interpretation: essays in legal philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 155-175; RAZ, Joseph. "Why Interpret?". In: **Ratio Juris**. 1996, n° 9.4, p. 349-363 e MARMOR, Andrei. "Three Concepts of Objectivity". In: MARMOR, Andrei. (dir.). **Law and Interpretation: essays in legal philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 177-201.

concreto embasado na justiça sem a presença das emoções? Os juízes são mesmo capazes de alcançar a plena neutralidade em suas decisões? Enfim, o universo do direito deve ser pensado apenas a partir de uma perspectiva racionalista ou devemos também reconhecer a dimensão emocional de sua composição?

O percurso pelo qual nós passaremos passará por oito capítulos. No presente capítulo, apresentamos a temática. No segundo capítulo, intitulado “**PENSAR RAZÃO E EMOÇÃO: CONFLITOS E DIÁLOGOS**”, abordamos as mudanças no modo de ser do homem contemporâneo e a constatação de uma *razão sensível*¹⁵. Em seguida, falamos sobre as dificuldades para se estabelecer uma definição precisa do conceito de emoção, em virtude dos múltiplos significados que ela reúne. Depois, delimitamos os principais conflitos entre razão e emoção, e analisamos as concepções tradicionais das emoções, sua ligação com o pensamento e a ação. Essas concepções encontraram sua origem em um passado distante, mas continuam a desempenhar um papel importante em nossa maneira de avaliar as coisas. E é justamente porque, desde muito tempo, as emoções nos são familiares que não vemos mais como elas funcionam para contaminar ou perverter o campo jurídico. Por último, apresentaremos alguns perigos do estrito uso da razão.

No terceiro capítulo, intitulado “**PENSAR DIREITO E EMOÇÃO: UMA CARTOGRAFIA**”, através de um breve percurso histórico, mapeamos o espaço da emoção no direito. De início, mostramos a recusa dos elementos emocionais no campo jurídico; em seguida, elencamos as influências das emoções em cada matéria do direito. Examinamos a tomada de poder da vítima como sujeito de direito na esfera penal. E, por último, apresentamos os supostos riscos que o direito e a justiça correm ao se envolverem com os sentimentos.

O quarto capítulo, intitulado “**A ERÓTICA JURÍDICA COMO ALTERNATIVA À LEGALIDADE POSITIVISTA**”, é o cerne do nosso estudo. Após percorrer a mitologia grega para investigar os conceitos de *direito*, *justiça* e *erótica* através das divindades Themis, Diké e Eros, propomos o conceito de Erótica Jurídica, para oferecer uma perspectiva renovada – ou resignificada – das emoções no contexto da juridicidade. Aqui, o termo “Erótica” foi tomado emprestado da filósofa Susan Sontag, na obra “Contra Interpretação”, na qual a autora diz que é preciso abandonar as antigas teorias hermenêuticas da arte, e substituí-las por uma

¹⁵ JORON, Philippe. La prime à l’émotionnel. In: MAFFESOLI, Michel; PERRIER, Brice. **L’homme post moderne**. Paris: François Bourin Editeur, 2012, p. 23-32.

“erótica” artística, em que a arrogância da interpretação cederia espaço para o homem recuperar sua dimensão sensorial.

Esta nova visão – ou novo método ressignificado – instaura uma aliança entre nossas faculdades emocionais e racionais, para atender às novas exigências da democracia, nos permitindo desenvolver uma resposta – ou ao menos apresentar um caminho – para a crise do paradigma positivista atual. Ainda neste capítulo, apoiados na obra *Le Droit Dérobé* do constitucionalista francês Dominique Rousseau, vamos despir o direito, retirar as vestimentas que o discurso jurídico tem se utilizado, tal qual um *strip-tease*, para mostrar alguns aspectos do direito contemporâneo que acabaram por provocar fissuras no edifício da racionalidade jurídica, erguido pelo positivismo.

No quinto capítulo, intitulado “**EMOÇÃO, NARRATIVA E DIREITO**”, trouxemos a arte, em especial a literatura, através de duas obras de Martha Nussbaum, para fazer a ponte entre o direito e as emoções. Vale ressaltar, no entanto, que a leitura completa apenas das traduções francesas de *Poetic Justice* e *Love’s Knowledge* não tranquiliza a falta de conhecimento comparado das demais obras de Nussbaum, quanto à profundidade da compreensão que este trabalho poderia ter atingido. E, assim, estas linhas surgiram no desamparo entre a cumplicidade (ao pensamento da autora) e a traição (pela insuficiência de leitura em todo seu trabalho).

No sexto capítulo, “**EMOÇÃO, MÚSICA E DIREITO**”, fizemos uma analogia frente ao modelo interpretativo musical para chamar atenção de alguns elementos semelhantes na esfera jurídica, tais como: a dificuldade para se interpretar uma lei nova, a questão temporalidade entre o surgimento da letra e sua aplicação, e a coordenação dos atos individuais. Ainda, apelando à clássica melodia dos Beatles *All you need is love*, indagamos se o amor é a única emoção suficiente para o progresso da humanidade.

No sétimo capítulo, “**EMOÇÃO, ARTES PLÁSTICAS E DIREITO**”, examinamos algumas representações da deusa da Justiça nas artes plásticas, na qual as faculdades sensíveis terão um papel de destaque. Essa iconografia da Justiça foi de encontro às formas tradicionais de sua representação, para chamar atenção aos aspectos emotivo-sensoriais do direito e do justo.

No oitavo capítulo, intitulado “**DA INTERPRETAÇÃO DAS EMOÇÕES AO PAPEL DAS EMOÇÕES NA INTERPRETAÇÃO**”, analisamos a questão da interpretação e aplicação das normas jurídicas, a partir desse olhar renovado de um direito sensível. Temas

diversos como a *verdade* jurídica, as *habilidades perceptivas* de um bom julgador, o *multiculturalismo* e o respeito à “*soft law*” serão discutidos.

Enfim, longe de ser um tratado sobre o tema direito e emoção, esta tese de doutorado é composta, na verdade, por um conjunto de ensaios, impregnados por uma filosofia jurídica progressista e simbólica, fruto de diferentes aproximações. Do ponto de vista teórico, entendemos que o valor da pesquisa não pode ser avaliado pelo conjunto de seus dados dogmáticos, mas por sua validade na condição de um instrumento de análise da realidade jurídica concreta.

Este trabalho se apresentou como exercício que todo jurista deveria fazer e refazer ao longo da vida. Todos esses exercícios procuraram ângulos diversos para aproximar esta dualidade simultaneamente velada e desvelada do direito. Em outras palavras, esta pesquisa consistiu uma espécie de sinestesia de construção e desconstrução teórica, ao dialogar com elementos provenientes de meios jurídicos, artísticos e epistemológicos. É um texto de cunho libertário, que se recusa ao totalitarismo das certezas, em proveito da liberdade de escolhas e criação. Mais do que o produto de uma pesquisa jurídica, trata-se de um conjunto de linhas humanistas, escritas com rigor e, porque não, arte.

2 PENSAR RAZÃO E EMOÇÃO: CONFLITOS E DIÁLOGOS

Não há superfície bela sem uma profundidade terrível¹⁶.

2.1 O homem contemporâneo é dotado de uma “razão sensível”

Ao se opor a razão à emoção, em geral, ou é para se afirmar a superioridade do raciocínio sobre a intuição sensível ou, ao contrário, para reprovar a “razão fria” por sua característica inumana. No entanto, nenhum desses conceitos devem prevalecer por seu valor. Então, como relacionar dois conceitos de naturezas tão distintas? A passagem do racional ao emocional não se trata, em nenhum caso, de uma evolução ou de uma involução, mas simplesmente de uma mudança, de um deslocamento de visão, próprios aos momentos de crise. Crise dos valores morais e políticos, dos sistemas financeiro e econômico, do saber acadêmico. Crise de identidade; de alteridade cultural; das relações entre si, os outros e o estado-nação. Crise de nossa arrogância face a um mundo que se tornou disforme aos ecossistemas maltratados, para não dizer desfigurados ou, irremediavelmente, aniquilados.

Um feixe de crises múltiplas mostra que algo está mudando: distância e duração se transformam cada vez mais em proximidade e instantaneidade. O homem pós-moderno vive efetivamente aquilo que está ao seu alcance, no instante de seus desejos e de suas paixões. Ele quer consumir para preencher sua vida, sem esperar, os objetos tecnológicos, a moda, o sexo, a aventura. O homem pós-moderno é múltiplo e deseja estar em todos os lugares, se possível, ao mesmo tempo.

Tudo isso revela novos modos de ser e pensar que traem a decalagem entre o querer e o poder, o pensar e o realizar. Nas atuais democracias, o estado de direito foi contaminado por um estado de comoção que contagia o corpo social em seu conjunto. Queixar-se e alegrar-se: as pessoas não sabem mais ocultar a presença de uma nova configuração mental sobre os comportamentos e sobre a ética que as aglutina. Cada um quer, assim, aceder ao conhecimento prático de um mundo cada vez mais complexo, dando suas opiniões em blogs e redes sociais, partilhando aquilo que sentem e reconfigurando os modelos éticos, ao se darem conta de suas novas emoções.

¹⁶ NIETZSCHE. *O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

A constatação de uma razão sensível¹⁷ no homem contemporâneo é fruto de uma revolta contra uma concepção estática do indivíduo, versátil e plural nele próprio. Dessa junção razão-emoção parece nos falar também Alberto Caieiro, um dos heterônimos do poeta Fernando Pessoa, nos versos de *O Guardador de Rebanhos*:

Sou um guardador de rebanhos.
O rebanho é os meus pensamentos.
E os meus pensamentos são todos sensações.
Penso com os olhos e com os ouvidos
E com as mãos e os pés
E com o nariz e a boca.
Pensar uma flor é vê-la e cheirá-la
E comer um fruto é saber-lhe o sentido¹⁸.

Em outras palavras, os tempos atuais nos apresentam um homem que pensa com os sentidos (“com os olhos e com os ouvidos, e com as mãos e os pés, e com o nariz e a boca”), de modo que a razão sensível, o relativismo e a duplicidade detêm uma importância particular hoje. Eles servem de receptáculos interpretativos às lógicas do viver-em-conjunto até então combatidas ou desconsideradas pelos dogmas positivistas de uma modernidade monovalente. Na verdade, a imagem particular do Homem se apagou. O homem, tomado como um sistema fechado, único e autárquico, origem e fim de todas as coisas, que alimentou um certo humanismo no século XIX, desapareceu.

Agora, não se trata mais de *um* homem. As ciências e técnicas foram criadas por um certo número de indivíduos, outros as aplicam, tais aplicações são utilizadas e manipuladas por outros ainda, de modo que não existe mais *um* homem que utiliza sua razão para criar a gerar, de maneira consciente e coerente, instrumentos de dominação da natureza, mas uma multidão de indivíduos, mais ou menos dotados de razão e apetites, mais ou menos antagonistas, que se associam e se combatem no curso de seus encontros¹⁹. Além disso, as descobertas – ou redescobertas – da vida do inconsciente e das motivações dos discursos e das ações dos homens lançam suas raízes profundamente no mundo dito “animal”.

Em outras palavras, o indivíduo hoje é múltiplo, como as infinitas dobras dos arabescos barrocos. Ele está disfarçado por inúmeras máscaras identitárias e animado por uma

¹⁷JORON, Philippe. La prime à l’émotionnel. In: MAFFESOLI, Michel; PERRIER, Brice. **L’homme post moderne**. Paris: François Bourin Editeur, 2012, p. 23-32.

¹⁸PESSOA, Fernando. **O eu profundo e outros eus**: Seleção poética. 5. Ed. Rio de Janeiro: J. Aguilar, 1976, p. 146.

¹⁹ATLAN, Henri. L’usage de l’idée de nature dans le droit des sciences de la vie: les frontières de l’humain. In: ROUSSEAU, Dominique; VIALA, Alexandre (dir). **Le droit, de quelle nature?** Paris: Lextenso Éditions, 2010, p. 83-97, p. 86.

razão permeável às emoções. O homem está em constante ensaio, experimentação e bricolagem com as possibilidades que a vida lhe apresenta. Há a flexibilização de empregos, de relações amorosas, de habitats e, sobretudo, de papéis que cada um tem vontade de exercer. O panorama atual é chamado pelo Prof. Marcílio Franca Filho de “modo de pensar barroco”:

A relação da estética barroca com a modernidade incipiente e ideia de um **mundo em movimento constante, assim como o conjunto de reações emocionais ao qual ele está associado**, fez com que o alcance do conceito extrapolasse também o universo da estética. [...] A persistência da mentalidade barroca na sociedade contemporânea pode ser explicada pelos pontos de contato entre esta e a sociedade moderna na qual o barroco emergiu. [...] **A ciência penetra mais e mais ramos da vida humana**, se infiltrando até mesmo em domínios que, se não eram mantidos no ramo do sagrado, eram, ao menos, vistos como fenômenos além do quantificável, a exemplo da neurociência e da psicologia. **A circulação constante de informações**, pessoas, imagens, notícias não resulta menos em indivíduos desenraizados que em indivíduos que nunca tiveram raízes, **a proliferação de estímulos** faz com que a instantaneidade da experiência da realidade, **a busca pela novidade**, se intensifique, a ideia de subjetividade e da especificidade do ponto de vista é radicalizada a ponto de resultar em uma fragmentação extrema e na ideia de impossibilidade de compreensão da experiência do outro²⁰.

Esse novo cenário, diante da facilidade de produzir, transmitir, armazenar, criar e modificar imagens em um ritmo acelerado, contribui para a modificação de todos os ramos da atividade humana a ponto de influenciar, inclusive, nossa maneira de pensar²¹. Hoje, o indivíduo reage às imagens como se estas fossem um dado da realidade, independente do qual artificial ela possa ser. E essas imagens, inevitavelmente, também penetraram o mundo do direito.

Com efeito, relativismo e duplicidade são solicitados a todo instante para religar perspectivas divergentes ou assumir plenamente posições aparentemente antinômicas. Tudo se torna possível para o indivíduo contemporâneo, pois é dotado de uma razão que não negligencia suas emoções, e às vezes seus delírios, para encontrar outras vias de acesso.

No entanto, atribuir importância às emoções, sem fazer um esforço para compreender seus complexos mecanismos biológicos e socioculturais é perigoso. Tal falta de compreensão sobre a natureza das percepções emocionais e da razão leva a diversas tentativas fracassadas

²⁰FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MAIA, Mariana Lima. Direito, ópera e a mentalidade barroca: contradições, paradoxos e diálogos. In: **Anais do V CIDIL: Justiça, poder e corrupção**. 2017, p.592-618, p. 607 e 611.

²¹SHERWIN, Richard K. **Visualizing law in the age of the digital baroque: Arabesques and entanglements**. London: Routledge, 2002, p. 15.

de explicar algumas atitudes desesperadas ou certos comportamentos irracionais por causas sociais superficiais, bem como a tentativas de remediar os problemas sociais e pessoais com uso de medicamentos e drogas²². Assim, a relação entre emoções e razão sugere que, para aumentar a faculdade de raciocínio, é necessário dar mais atenção à vulnerabilidade do mundo interior.

2.2 Os múltiplos sentidos do sentir e as dificuldades para se estabelecer uma classificação das emoções

Sempre que uma emoção é “arrancada” conceitualmente e sai da situação em que ela se encontra na subjetividade humana para se tornar “palavra”, “linguagem”, há uma perda inevitável. Quando Aristóteles teoriza quinze emoções, Descartes seis, Hobbes sete, Spinoza três (com quarenta e oito derivações), McDougall sete e Tomkins oito²³, a relação imediata entre a emoção e o ponto de vista, ou o quadro em que ela é classificada, é perdida. Nós perdemos indícios preciosos quanto às definições variáveis da realidade que os indivíduos utilizam, quando escolhem uma perspectiva particular. Nós perdemos a ideia de que as emoções refletem a maneira pessoal e pertinente que uma situação se apresenta para um indivíduo. Nós perdemos o que a linguagem das emoções pode nos ensinar. Mas, mesmo assim, vamos tentar entendê-las melhor.

A história das emoções não é uma invenção recente. Ela não saiu do “*emotional turn*” que se situa no curso dos anos 1980-1990. As pesquisas acerca dos sentimentos têm uma rica e variada história, pois uma longa tradição de pensadores, passando de Aristóteles a William James²⁴ não cessaram de interrogar suas misteriosas origens e escrever sobre seus efeitos no pensamento e no comportamento humanos. Os seus trabalhos empíricos remontam há mais de cem anos e, ainda que esses filósofos adotem diferentes pontos de vista sobre as emoções, eles concordam com a potência, o estatuto à parte e a especificidade delas.

Tanto no Ocidente, como na maioria das culturas, as emoções ocupam um lugar central nos discursos. Nós as invocamos para explicar os motivos pelos quais fazemos algo,

²²Sobre esses sinais patentes da “*cultura da queixa*”, característica da sociedade contemporânea, cf. HUGHES, Robert. **The culture of complaint: the fraying of America**. New York: Oxford University Press, 1993.

²³Este também foi o problema da tentativa de Joel Davitz (in: *The language of emotion*. Nova Iorque e Londres: Academic Press, 1969) para elaborar um dicionário das emoções. Da mesma maneira que os linguistas modernos estudam hoje a linguagem tal como é utilizada em um dado contexto, compreende-se melhor a emoção – uma outra forma de linguagem – quando é considerada no cenário social.

²⁴JAMES, William. What is emotion?. In: **Mind**, 9, 1883, p. 188-204.

para descrever o que sentimos em um dado momento, e como percebemos as ações dos outros, sejam no passado, no presente ou no futuro.

Na verdade, este poder explicativo do discurso das emoções repousa sobre um certo número de metáforas²⁵ centrais que formam sua substância. E, às vezes, as boas metáforas acabam por esvaziar-se, não sendo mais percebidas por aqueles que as utilizam. Por isso, antes de adentrar na compreensão das emoções, é preciso nos despir dos significados implícitos, metafóricos, sobre os quais com frequência nós nos apoiamos.

Nós todos mantemos uma íntima relação com nossas emoções, pois elas desempenham um relevante papel na vida e na linguagem que assumimos. Todavia, apesar de sua grande utilidade no cotidiano, elas são igualmente fontes de problemas, pois as ações delas decorrentes são mal compreendidas e seu verdadeiro papel em nossa existência é difícil de apreender, se empregamos um vocabulário ordinário para nos remetermos a elas. Com efeito, para revelar o papel escondido que as emoções desempenham em nossa vida, é preciso esclarecer seus múltiplos sentidos.

Nós já dispomos de um vasto vocabulário para descrever nossas emoções e seus efeitos presumidos. Diariamente, a linguagem das emoções faz parte da vida de todos, e recorremos a ela para nos descrever, inquirir o bem estar do próximo (“como se sente hoje?”, “como se sente no novo trabalho?”), explicar nossos atos e os dos outros (“ele não teria agido assim, se não estivesse sob efeito da raiva”, “você tem disposição para ir ao cinema?”), etc. Além disso, as pessoas sabem estabelecer sutis distinções semânticas quando invocam uma emoção específica, a fim de perceber uma dada situação²⁶. De um indivíduo que cometeu um ato irrepreensível, por exemplo, podemos dizer que ele experimentou a “culpa”, o “desgosto”, a “vergonha”. Ou seja, o termo dificilmente será empregado por acaso, porque somos dependentes de nossa capacidade de compreender e prever o modo como as pessoas agem. E as emoções desempenham um papel central neste trabalho de interpretação.

De maneira geral, quando se fala sobre emoção, pensa-se habitualmente na consciência subjetiva e imaterial que se tem do fenômeno, isto é, do sentimento (ex.: “eu *sinto* medo”). No entanto, a emoção é bem mais do que um fenômeno impalpável. Ela remete a um

²⁵Para tratar da dicotomia entre razão e emoção, nós podemos tomar a metáfora de uma grande casa vitoriana, em que cada cômodo representaria uma faculdade distinta do espírito. Em um cômodo se encontra a razão, e em outro as emoções que procuram sempre se introduzir à força no quarto ao lado (MARCUS, George E. **Le citoyen sentimental: emotions et politique en démocratie**. Paris: Les Presses de Sciences Po, 2008, p. 27.)

²⁶Um estudo encontrou quase setecentos termos em inglês para descrever as emoções. Ver: STORM, Christine; STORM, Tom. “A taxonomic study of the vocabulary of emotions”. In: **Journal of personality and social psychology**, v. 53, n. 4, p. 805-816.

fenômeno com múltiplas facetas, e algumas delas são perfeitamente objetiváveis. Klaus Scherer²⁷ propôs categorizar as diferentes manifestações das emoções em cinco grandes dimensões. A fim de ilustrar, ele tomou como exemplo a ansiedade associada à ideia de uma apresentação em público:

1^a. dimensão: refere-se aos **pensamentos** suscitados pela situação (“e se eu tiver um lapso de memória?”, “e se o auditório rir de mim?”)

2^a. dimensão: refere-se às **manifestações biológicas**, que desdobram em **modificações neuronais** (ex.: ativação da amígdala), **modificações fisiológicas** (ex.: variação do ritmo cardíaco, da pressão arterial, da condutância cutânea, da temperatura corporal, do ritmo respiratório) e **modificações neurovegetativas** (ex.: no caso da ansiedade, suores, palpitações).

3^a. dimensão: concerne às **tendências da ação**. Cada emoção conduz a uma pulsão, a uma vontade de fazer alguma coisa. Assim, o medo conduz à vontade de fugir; a vergonha, ao desejo de se volatilizar; a raiva, à tentação de bater. O fato de estas tendências da ação darem ou não lugar à ação propriamente dita está relacionado à sua possibilidade, às restrições sociais e ao grau de regulação ou controle da emoção.

4^a. dimensão: refere-se às **modificações expressivas e comportamentais**. Se o indivíduo não tentar dissimular, as emoções são acompanhadas por uma modificação da expressão facial, gestual, postural e vocal. Estes são os componentes mais salientes para os olhos exteriores.

5^a. dimensão: refere-se à **experiência subjetiva**, ao sentimento propriamente dito²⁸.

Resumidamente, a emoção é uma sensação física (somática) associada a um comentário significativo que lhe dá sentido. Quando sentimos algo, devemos atribuir uma palavra a esta sensação, recorrendo ao nosso conhecimento da situação. Por exemplo, podemos experimentar uma sensação de náusea acompanhada de suor frio; no entanto, tais sensações físicas, sozinhas, não são suficientes para definir uma emoção, pois é preciso sempre atribuir-lhes uma causa e um contexto. Elas podem ser representadas como os dois lados da mesma montanha. O primeiro é o somático, isto é, a expressão patente dos

²⁷SCHERER, K. R. The Nature and Study of Appraisal: A Review of the Issues, in: SCHERER, K. R.; SCHORR, A.; JOHNSTONE, T. (eds). **Appraisal Processes in Emotion: Theory, Methods, Research**. New York e Oxford: Oxford University Press, 2001.

²⁸Essas cinco dimensões muitas vezes andam juntas ou em pares, mas não é sempre. Sobre o assunto, ver: DERAKSHAN, Nazanin; EYSENCK, Michael W. “Repression and repressors”. In: **European Psychologist** 2.3, 1997, 235-246.

mecanismos adaptativos verificados através das alterações humorais, vegetativas ou posturais (mímica específica, rubor da face, contração pupilar): são sinais específicos aos quais um indivíduo responde rapidamente, antes mesmo de identificá-los. O outro lado é íntimo, ainda que ele module a expressão da emoção: é a avaliação instantânea do significado de uma situação por si mesmo, seja um objeto detectado ou uma frase entendida.

Outra forma de conceituar as emoções seria dizer que elas são respostas adaptativas manifestadas em um contexto determinado, dando origem a um conjunto de [1] sensações, [2] ações sobre o meio ambiente e [3] sentimentos. As **sensações** são resultado das manifestações vegetativas (transpiração, rubor, palidez, constrição pupilar, modificações na atividade cardíaca, respiratória e digestiva) e comportamentais do indivíduo. As **ações** são as mímicas (geralmente as mesmas para o conjunto dos mamíferos, tais como: desgosto, surpresa), as posturas típicas (desânimo, cólera) e as manifestações dinâmicas (explosões de alegria ou de raiva, ataque, fuga). Os **sentimentos**, simples ou complexos, impregnam as experiências vividas e participam da interpretação do mundo e de si mesmo. Eles se caracterizam por uma dimensão de prazer ou de dor, de bem ou de mal estar, por um tônus afetivo positivo ou negativo, por um estado de ativação mais ou menos marcado (agitação, serenidade, abatimento), conforme a consciência da significação social que se aprendeu a dar, em um dado contexto (medo, raiva, tristeza, alegria).

O gatilho da emoção pode ser ambiental (social) ou interno (subjetivo), assim como ela pode ter um significado atual ou se referir ao passado. Por exemplo, o sabor da madeleine amolecida em uma colher de chá morno é um estímulo que começa por emocionar Marcel Proust, e depois o empurra a penetrar no mais profundo de seu ser, para reviver finalmente toda Combray. A emoção também pode nascer de um evento particular, ter uma causa primária e prévia a qualquer interpretação, como a imersão em uma piscina gelada ou um acesso de euforia. Mas ela resulta, na maioria das vezes, do significado que se dá a uma situação e aos sentimentos que se prova. É um estado de circularidade que pode ampliar ou reduzir as primeiras reações, e no qual vão se misturar a análise consciente e as estratégias adaptativas adquiridas²⁹.

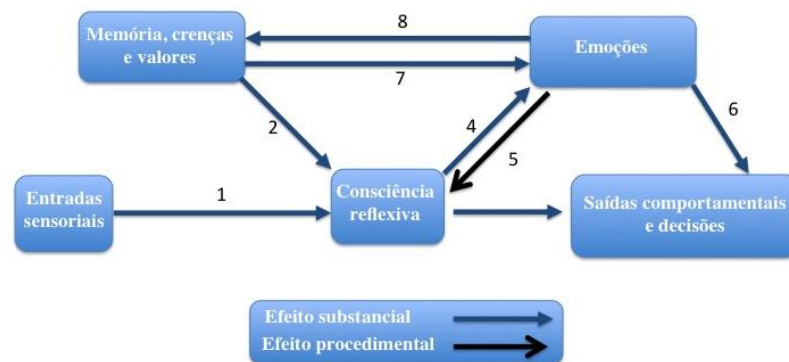
Alguns estudiosos também se preocuparam em especificar os vários tipos de respostas afetivas, classificando-as em [1] emoção, [2] temperamento e [3] afeto. Segundo eles, estas

²⁹SCHENK, Françoise. Les émotions de la raison. In: **Revue européenne des sciences sociales**. Vol. XLVII-144 | 2009. Disponível em: <http://ress.revues.org/75> ; DOI : 10.4000/ress.75. Acesso em: 31 mai. 2017, p. 153.

classificações são importantes e têm implicações teóricas e metodológicas distintas. Geralmente, falam em **afeto** como um termo genérico para incluir todos os tipos de estados afetivos, mas reservam o termo **temperamento** para um estado não-direcionado, inconsciente, de baixa intensidade, mas duradouro que não tem nenhuma causa específica. Por último, o termo **emoção** refere-se ao afeto vinculado a um evento consciente e particular, rico em intensidade, mas de curta duração e facilmente identificado e lembrado³⁰.

Outra maneira de conceber as emoções, se elas pudessem ser representadas de forma simplificada, poderia parecer com a Figura 1. Vejamos:

Figura 1 - Representação tradicional das emoções e da consciência



Fonte: Marcus (2008, p. 26)

Esta figura contém oito conexões. A maioria delas são ditas “substanciais”, isto quer dizer que a informação é transportada da memória, por exemplo, em direção a qualquer outro lugar. O trajeto 1 indica que o estímulo sensorial (*sensory input*) transporta todas as informações que passam por nossos cinco sentidos até a nossa consciência. Assim, a informação que vai de nossos olhos até o córtex visual, passando pelo nervo óptico é apreendida como sentido da visão [1] por nossa consciência reflexiva (*conscious awareness*). O mesmo trajeto 1 compreende ainda todos os outros impulsos sensoriais (sentidos), permitindo descrever tudo o que está diante de nós, assim como os estímulos somatossensoriais (por exemplo, “estou nauseada hoje” ou “isso me dá arrepios”). Essa etapa inicial nos permite atribuir um significado ao que sentimos e, conseqüentemente, trazer à luz os estados afetivos subjetivos que nomeamos “emoções” [4].

³⁰BORNSTEIN, Brian H.; WIENER, Richard, L. Emotion and law: a field whose time has come. In: BORNSTEIN, Brian H.; WIENER, Richard, L. (eds). **Emotion and law: psychological perspectives**. Vol. 56. Nova Iorque: Springer, 2010, p. 1-2.

Nossas lembranças também afetam o que pensamos [2] e o que sentimos [7]. Apelamos, de novo, ao famoso episódio da madalena de Proust: uma emoção atual é capaz de trazer à consciência as recordações [8]. Inclusive, ainda que se espere em geral que nosso comportamento decorra de reflexões conscientes, sabemos que as emoções podem assumir o controle, como acontece quando agimos sob influência da raiva ou do medo [6]. As emoções têm também um outro efeito sob o comportamento: elas podem nos desviar de toda reflexão explícita, como quando agimos “sem refletir” [5]. Portanto, é através dos percursos 5 e 6 que as emoções podem arruinar nossa modesta capacidade de raciocinar com ponderação. O caminho 5 desempenha nesse contexto um papel particularmente importante, pois seu impacto é chamado de “procedimental” na medida em que as emoções podem alterar nosso estado de consciência, levando o indivíduo da calma à perturbação, por exemplo.

Atualmente, diversos estudos científicos mostram que as emoções intensas são acompanhadas por um processamento de dados sensoriais particularmente simples e rápido (entre 100 e 200 milissegundos após a detecção de um sinal) e as informações extraídas são elementares e concernentes às características relevantes dos estímulos (tamanho, cor, silhueta, movimento), e as respostas desencadeadas podem favorecer a adaptação. Este assunto é bastante conhecido no campo da análise das expressões faciais. Como todo sinal social importante, a observação de um rosto, que exprime ou não uma emoção particular, ativa de maneira significativa a região da amígdala (uma estrutura cerebral situada dentro da região anteroinferior do lobo temporal, que anima as respostas emocionais). Em certas ocasiões, ainda, as emoções podem seguramente substituir a razão. E, em dadas circunstâncias, pensar pode ser bem menos vantajoso que não pensar. Esta é a beleza da emoção no curso da evolução: ela confere aos seres vivos a possibilidade de agir inteligentemente sem pensar³¹.

Antonio Damasio, em *O Erro de Descartes*, quebrou diversos paradigmas científicos para explicar que o sistema de raciocínio evoluiu porque ele é uma extensão do sistema emocional automático e que a percepção das emoções exerce uma poderosa influência sobre a faculdade raciocínio: razão e emoção se entrelaçam para assegurar a regulação das funções biológicas do corpo. Segundo ele, a percepção das emoções depende de um sistema especial que compreende numerosos componentes e que está indissociável da regulação biológica,

³¹DAMASIO, Antonio R. *L'Erreur de Descartes: la raison des émotions*. Trad. Marcel Blanc. Paris: Odile Jacob, 2006, p. III.

assim como a faculdade de raciocínio depende de sistemas neuronais específicos que se encontram ligados pela percepção das emoções³².

Nesse sentido, existe um fio condutor que liga, no plano anatômico e funcional, a faculdade de raciocínio à percepção das emoções e ao corpo, como se existisse uma paixão fundamentando a razão, uma pulsão nascendo da profundidade do cérebro, se insinuando nos outros níveis do sistema nervoso, e traduzindo-se, finalmente, pela percepção de uma emoção ou por uma influência não consciente que orienta todo o processo de tomada de decisão.

A razão, de sua forma prática à sua forma teórica, desenvolve-se sobre a base de um pulsão inata, por um processo parecido ao da aquisição de uma competência superior na prática de uma arte. Se nós não tivermos a incitação da pulsão, não adquirimos jamais o domínio da arte. Mas se possuímos a pulsão, isso também não garante que nos tornaremos um mestre.

As emoções, assim como a arte, precisam ser cultivadas³³, pois o que faz a justiça, a virtude ou a bondade de uma pessoa não são apenas as motivações (ou emoções motivacionais corretas), mas igualmente reações emocionais apropriadas.

No entanto, saber que a percepção das emoções desempenha um papel o importante não deve levar o indivíduo a pensar que a razão tem pouco valor ou que não vale a pena esforçar-se para desenvolvê-la. Ao contrário, dar-se conta do importante papel que a percepção das emoções desempenha nos dá a possibilidade de aumentar seu impacto positivo e reduzir seus efeitos nefastos, como, por exemplo, proteger a razão contra os danos que a percepção anormal das emoções pode introduzir no processo de tomada de decisão ou afastar as influências indesejáveis sobre a percepção normal das emoções. Além disso, um conhecimento mais acurado sobre os mecanismos fisiológicos subentendem a capacidade de exprimir e ressentir as emoções, tornando-nos mais conscientes das armadilhas da observação científica.

Nesse contexto, a investigação sobre as emoções tem sido um componente central da sociologia, da filosofia moral e da psicologia, e está cada vez mais integrada em outras

³²DAMASIO, 2006, p. 307.

³³Nussbaum resume o ponto de vista de Aristóteles afirmando que as emoções não são sempre justas, nem mesmo as crenças ou as ações. Elas devem ser cultivadas, isto é, educadas para virem a se harmonizar com uma visão justa da vida. Mas, uma vez educadas, elas não desempenham simplesmente um papel essencial em nossa motivação à ação virtuosa, elas são verdadeiros instrumentos de reconhecimento da verdade e do valor. Como tais, elas não são instrumentos da virtude, elas são parte integrante da ação virtuosa. (NUSSBAUM, Martha Craven. *Aristotle on Emotions and Rational Persuasion*. In: *Aristotle's Rhetoric*. A. O. Rort (ed.). Berkeley: University of California, 1996, p. 316).

subespecialidades dessa área, tais como a psicologia cognitiva e fisiológica. No entanto, apesar da considerável variação no que os estudiosos definem como diferentes estados emocionais, vamos tomar o conceito de emoção em sua acepção geral em face da natureza jurídica desta pesquisa. Dessa forma, o termo emoção será tratado aqui como sensação, sensibilidade, conhecimento dos elementos afetivos e intuitivos, impressão, instinto, em suma, como a opinião que se funda sobre uma apreciação subjetiva e não sobre um raciocínio lógico.

A posição que defenderemos aqui é que, como toda atividade mental, a razão possui uma dimensão emocional, íntima e específica: a face escondida das operações que ela realiza sobre os dados de um ambiente real ou imaginário. Esta perspectiva está ancorada na psicofisiologia, uma disciplina que relaciona os mecanismos biológicos do funcionamento cerebral com os conceitos psicológicos que descrevem as funções mentais. A psicologia, esta “anatomia em movimento” permite favorecer uma visão sistêmica e dinâmica dos processos mentais, assim como o reconhecimento de causalidades circulares. Sobre esse assunto, Schenk afirma que:

A emoção é, portanto, o lado autocentrado das representações alocentradas que se referem a objetos situados no mundo que nos rodeia. **Esta constatação sublinha a consubstancialidade entre emoção e cognição.** Isso permite substituir o termo de valor, geralmente atribuído às emoções, por "relevância para si", segundo o qual toda representação toma um sentido para o indivíduo, traduzindo seu esforço adaptativo e assegurando coerência e inteligibilidade às representações pelas quais ele [o indivíduo] se situa no mundo. **Uma coerência fundamental à racionalidade de uma escolha**³⁴.

A decisão consciente é um processo que demanda tempo. Uma emoção intensa assinala uma urgência adaptativa e pode favorecer decisões pertinentes. Mas a questão aqui é aquela da natureza de uma decisão que não seria tomada na urgência e que, assim, poderia se liberar de um efeito deletério da emoção. A decomposição do processo de decisão em etapas sucessivas cuja primeira seria inacessível à consciência, pois irracional, levou muitos estudiosos a uma armadilha interpretativa.

Assim, o presente deve ser considerado como um tipo de espaço de memória, no qual se misturam lembranças e dados sensoriais atuais, para contribuir à “realidade” de cada indivíduo. É um espaço de debate em que argumentos não são explicitados: é uma estrutura

³⁴SCHENK, 2009, p. 152.

multidimensional, na qual se opera a criação de construções temporárias, como comparações, confrontos e simulações. Além do mais, seria impossível e estéril querer eliminar os componentes emocionais ou procurar processos de decisão lineares³⁵. Em uma perspectiva mais ecológica e menos mecânica, pode-se dizer que é fundamental para dar ao sujeito um sentido de realidade, a evidência natural ligada à continuidade entre presente, passado e futuro (integrados para a representação do presente).

2.3 Emoções: marcas da humanidade, da cultura e do tempo

Não é nossa intenção adentrar com profundidade no campo das psicofisiologia. Na verdade, queremos dizer que as emoções pertencem à humanidade, acompanham-na e parecem existir fora do tempo. Elas aproximam as épocas e os lugares, sugerindo experiências comuns e reações aparentemente partilhadas, como a dor diante da morte de um ente querido, a agitação após algum perigo, a amargura depois de um revés ou a alegria seguida do prazer. São episódios genéricos em que o universal e o atemporal podem se identificar.

As emoções (do latim, *emovere*), como o próprio nome já diz, nos movem para fora de nós mesmos e constitui um dos fatores essenciais do relacionamento do sujeito com seu entorno. Na verdade, o homem está ligado ao mundo por um permanente tecido de emoções e de sentimentos. As emoções são inerentes à nossa humanidade e nos fazem mergulhar na diversidade de culturas e civilizações. Se elas são vistas como algo perigoso, que é preciso erradicar, isso significa dizer também que as emoções não são superficiais, mas têm o poder de trazer uma contribuição notável à nossa vida. O medo, a vergonha, a cólera, a alegria atravessam, sem dúvida, o tempo, parecendo transitarem de uma época a outra.

No entanto, as emoções variam com os indivíduos, as culturas, as sensibilidades. Elas têm estados, modulações, e se singularizam revelando uma fragmentação de possíveis, além de sua existência genérica.

O *Dictionnaire de l'Académie*³⁶, no final do século XIX, descreveu a emoção como uma alteração, uma agitação, um movimento excitado nos humores e na economia e dá a entender que mil variações podem ser pensadas. Já o *Dictionnaire Alphabetique* de Robert³⁷

³⁵SCHENK, 2009, p. 160.

³⁶*Dictionnaire de l'Académie Française*. Paris: Firmin-Didot, 1884, art. "Émotion".

³⁷ROBERT, Paul. *Dictionnaire alphabetique, analogie de la langue française*. Paris: Robert, 1957, art. "Émotion".

(1957), que vê nas emoções um conjunto de sensações, consideradas do ponto de vista afetivo, agradáveis ou desagradáveis, sugere ainda uma diversidade de formas e graus, o que supõe uma multiplicidade de versões possíveis no espaço e na duração, de modo que as suas diferenças se impõem longe das generalidades.

Por exemplo, a *cólera* de Zeus, princípio de legitimidade da condenação no Olimpo homérico, em que toda a sua potência não pode ser contestada, torna-se um princípio esquecido na cena democrática, dando lugar às relações contratuais. Ademais, o *medo* da sanção divina no caso da peste se apaga com o advento do médico do século XVII, mais sensível ao perigo físico do contágio do que à “sobrenatural” punição. O *luto* de Aquiles com a morte de Pátroclo, que a narrativa homérica descreve como uma efusão irresistível, com gritos, arrancamento de cabelos, lançamento de cinzas e terra sobre sua cabeça em sinal de dor e lamento pela perda do companheiro³⁸, não teve mais sentido na sociedade burguesa do século XIX, quando o luto era exteriorizado por um comedimento gestual, pelo silêncio, por uma calma aparente, para melhor significar qualquer trágica supressão da vida³⁹.

Do mesmo modo, o *medo* do combate ostensivamente negado pelo cavaleiro medieval, ao ponto que Jean de Bueil⁴⁰ faz da guerra uma “coisa feliz”, é admitido pelo soldado contemporâneo, quando Gabriel Chevallier⁴¹ faz da guerra uma “insondável fonte de medo”. Ainda, o espetáculo do esquartejamento do condenado, exibido aos olhos de todos para melhor suscitar uma edificação emotiva, não foi mais tolerado algumas décadas mais tarde, tornando-se uma emoção insuportável de tamanha crueldade.

Com efeito, a emoção, em suas variações históricas, suas nuances, suas declinações, é o reflexo de uma cultura e de um tempo. Ela corresponde a um contexto, partilha um perfil de sensibilidade, traduz uma maneira de viver e de existir dependente de um meio preciso, singular, que orienta os afetos e suas intensidades. Todavia, não podemos reduzir nosso estudo a uma fenomenologia histórica das emoções socialmente compartilhadas, que teriam influenciado o estado de uma comunidade existente. Vamos mais fundo.

³⁸HOMERO, *Iliada*, XVIII, 329 e seguintes.

³⁹STAFFE, Blanche. **Règles du savoir-vivre dans la société moderne**. Paris: G. Havard Fils Éditeur, 1893, p. 295.

⁴⁰BUEIL, Jean de. **Le Jouvencel (XV^e siècle)**. Paris: Renouard, 1887, p. 21

⁴¹CHEVALLIER, Gabriel. **La Peur**. Paris: Stock, 1930.

2.4 As principais acusações contra as emoções

De maneira geral, a razão é vista como a única faculdade que pode expor claramente suas reivindicações e colocá-las à disposição do público a fim de que este delibere. Apenas a razão apresenta a vantagem de formular suas demandas em uma linguagem que coloca a universalidade e a igualdade no fundamento da resolução do conflito e da solução procurada, um papel que as emoções não podem desempenhar. Se a razão não é capaz de resistir às investidas das emoções, é dever de todos os que desejam promover uma política racional velar pela proteção de sua soberania e dignidade. Se os cidadãos estão inclinados a se apoiar sobre as emoções, então, devem ser forçados a abandonar a razão, pois cada uma constitui uma entidade separada. Deixar-se guiar por nossas paixões conduz a resultados caóticos e perigosos, pois as forças morais e intelectuais residem no compartimento da razão, enquanto os apetites cegos e descontrolados se situam no exterior, no compartimento das emoções.

Além do mais, as emoções têm uma origem obscura e incerta, permanecendo labirínticas e problemáticas. De modo contrário, a razão e os julgamentos podem ser expostos, discutidos e colocados à prova. Mesmo quando as emoções produzem resultados positivos, não podemos afirmar que são racionais, pois a racionalidade exige um convencimento total.

Como se viu nos parágrafos precedentes, são inúmeros os preconceitos e acusações que envolvem as emoções. A ideia adotada pelos filósofos, de Platão a Descartes, e que foi o elemento central do pensamento dos estoicos tais como Zenão de Eleia, Epiteto e Marco Aurélio, era que a razão e as emoções são duas noções antitéticas, e que estas perturbam aquela⁴².

Muitos estudiosos, ainda, se apoiam em uma convenção estabelecida segundo a qual se associam as emoções aos animais, às mulheres e às crianças, e, a razão, ao homem⁴³. No entanto, teóricos do feminismo repararam esse fenômeno e não apenas rejeitaram a associação de atributos positivos à razão, e negativos à emoção, mas sobretudo trataram de sua aplicação campo jurídico e político⁴⁴.

⁴²NIEDENTHAL, Paula M.; KRAUTH-GRUBER, Silvia; RIC, François. **Comprendre les emotions: perspectives cognitives et psycho-sociales**. Belgique: Éditions Mardaga, 2008, p. 9.

⁴³Preconceitos que associam o homem à razão e a mulher à emoção estão em curso até hoje. Sobre o tema, ver: LLOYD, Genevieve. **The man of reason: “male” and “female” in Western philosophy**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.

⁴⁴Sobre o tema, ver: YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference**. Princeton (N. J.): Princeton University Press, 1990; JAGGAR, Alison M. Love and knowledge: emotion in feminism epistemology. In: **Inquiry**. v. 32, 1989, p. 151-176. Ainda, no campo político, Edmund Burke (in: **Reflexões sobre a revolução**

Para responder à crítica segundo a qual as emoções são irracionais do ponto de vista normativo e, por isso, guias inapropriados para a deliberação jurídica, é preciso apontar os principais argumentos opostos às emoções que são expressos sob a acusação cômoda e genérica de “irracionalidade”. Em alguns casos, esses argumentos não são apenas diferentes, mas apoiados sobre concepções incompatíveis com a natureza das emoções. Assim, qualquer defesa das emoções deve começar por apresentar suas objeções e, apesar do rico conjunto que é possível listar, iremos expor aqui apenas **quatro** argumentos, que julgamos mais pertinentes para o propósito deste estudo.

2.4.1 *A emoção como força animal cega*

Considera-se que as emoções provocam ações sem reflexão, tanto no nível individual quanto coletivo, pois são como forças cegas, incontornáveis, que não têm nada – ou muito pouco – a ver com o raciocínio. São como rajadas de ventos ou correntes marítimas que empurram o agente de um lado para outro, sem direção. E a rapidez com a qual as emoções desencadeiam a ação não permite ao agente tomar o tempo necessário para compreender seu comportamento e encontrar suas bases.

As emoções não encarnam a reflexão e não são sensíveis aos julgamentos da razão. Elas são forças animais⁴⁵ desprovidas de pensamento. As emoções orientam mal a escolha porque não participam da razão, mesmo em sua acepção mais ampla, nem contêm nenhuma percepção do objeto e não repousam sobre crenças. De fato, forças dessa natureza parecem ameaçar um bom julgamento e colocar à prova a capacidade de um indivíduo de exercer as funções de cidadão. Em suma, as emoções são instáveis, em virtude de sua estrutura interna, e estranhas ao pensamento.

Nessa perspectiva, os constitucionalistas acreditam que se for possível reunir uma maioria guiada por suas paixões, as chances de ver emergir um poder tirânico são consideravelmente aumentadas, pois só as ações fundadas na razão podem ser consideradas como justas e democráticas. Já no âmbito da criminologia jurídica, é um lugar comum afirmar

na França. Bauru: Edipro, 2014.) e, mais recentemente, Michael J. Sandel (in: **O Liberalismo e os limites da Justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.), também sublinharam que a razão sozinha não podia soldar uma comunidade, e que os laços afetivos deveriam ser respeitados. No entanto, sobre outros temas, Burke e Sandel têm pontos de vista completamente diferentes.

⁴⁵Esta objeção está ligada à ideia de que a emoção seria “*fêmea*” (mais próximas do extinto animalesco, mais imergidas no corpo); e a razão, “*macho*”.

que a emoção é uma força cega, destruidora da razão que não se importa com o interesse coletivo. E, embora esta afirmação não esteja mais tão em voga atualmente, uma outra tese tem avançado, segundo a qual os crimes violentos, os “crimes passionais”, “a maioria dos homicídios que não são premeditados” porque “de natureza intempestiva, como suas motivações” são cometidos por “assassinos tomados por suas paixões” que “não tiveram o tempo de raciocinar”⁴⁶.

Na verdade, os criminologistas pretendem que a maioria dos homicídios correspondam a esta descrição. E, na condição de indivíduos civilizados, uma tal visão da realidade nos coloca à distância do horror que inspira este tipo de crime, pois nós, seres civilizados cujos atos estão sob o controle da razão, podemos nos distinguir destes “animais” incontroláveis que matam, aparentemente, sem razão. Em suma, para a maioria dos criminologistas: a razão civiliza; a paixão, mata.

2.4.2 *A emoção como marca da incompletude e vulnerabilidade humanas*

Incompatível com a primeira, esta objeção pode ser encontrada nas obras de Platão, Epicuro, estoicistas gregos e romanos e Spinoza. Esses filósofos defendem que as emoções estão intimamente ligadas ao julgamento. No entanto, esses julgamentos estão errados ao atribuírem um alto valor às pessoas e aos eventos exteriores que não são controlados pela virtude ou pela vontade racional do sujeito. Tais julgamentos se tratam, na verdade, de declarações de incompletude e de vulnerabilidade da pessoa⁴⁷: as emoções, aqui, descrevem a

⁴⁶WOLFGANG, Marvin Eugene; FERRACUTI, Franco. **The Subculture of Violence: Towards an Integrated Theory in Criminology**. London: Tavistock Publications, 1967, p. 141, 189, 209, 263.

⁴⁷Sobre o termo “vulnerabilidade”, cf. MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilité de la personne et efectivité des droits de l’homme: une question de potencialité? In: **Effectivité des droits et vulnérabilité des personnes**. PAILLET, Elisabeth; RICHARD, Pascal (dir.). Bruxelas: Bruylant, 2014, p. 167-168. Segundo ele, a vulnerabilidade está condicionada ao humano, atestando que nós somos todos vulneráveis e que a invulnerabilidade é um engodo que provocará inelutavelmente, cedo ou tarde, nossa perda. O autor ilustra o conceito através da bela passagem da epopeia de Siegfried, em que o herói, banhado no sangue do dragão que havia matado heroicamente, obtém por essa imersão o estado de invulnerabilidade. O problema foi que uma folha de árvore, uma pequena lâmina insignificante, colou nas costas de Sigfried enquanto ele mergulhava, e esta folha de árvore impediu que a invulnerabilidade obtida pelo sangue do dragão fosse integral. O herói, por isso, ficou vulnerável neste local preciso, como todo ser humano, e isto provocará, por consequência, sua morte, tal como relata a Edda Poética (compilada no século XIII). O mesmo aconteceu com Aquiles. O “Invulnerável” Aquiles tinha corajosamente triunfado e brilhado por sua bravura entre os homens. O Oráculo (de Delfos) sabia, no entanto, que existia um ponto vulnerável, o ponto fraco que precipitaria a queda dele. Aquiles permanecia, na verdade, um mortal e um vulnerável, pois Thétis, sua mãe, ao mergulhá-lo do rio Estige, quando ele ainda era um bebê, segurou-o por seus dois calcanhares que não foram molhados inteiramente. É o calcanhar de Aquiles que provocará sua morte através de uma flecha bem dirigida. Isso que a tradição ocidental magistralmente aqui nos legou e colocou em palavras, tanto de um ponto de vista poético

vida humana como algo incompleto e frágil, um jogo da fortuna. Para esses filósofos, as pessoas não dependem do mundo exterior, pois as únicas fontes verdadeiramente necessárias vêm do interior, da própria virtude. Em outras palavras, eles estão ancorados sobre o ideal da autossuficiência da virtude, para quem é muito difícil explicar por que a bondade é importante.

Sócrates, estoicos gregos e romanos, Spinoza, Kant consideram que os bens exteriores não têm qualquer importância moral e que apenas a vontade virtuosa é autossuficiente. Segundo eles, um bom juiz é estável e não pode ser influenciado pela fortuna (acaso, destino, sorte), ao passo que as pessoas tomadas pelas emoções são pouco fiáveis e não têm a estabilidade e a solidez do sábio. O comportamento calmo de Sócrates na prisão mostra como o sábio deve acolher o infortúnio: este exemplo é o ideal antitrágico do herói para os estoicos.

Nesta perspectiva, as emoções atribuem importância a coisas exteriores, instáveis. Elas conduzem Ulisses a se amarrar ao mastro do navio para escutar o canto das sereias sem ser influenciado; mostram um herói como Aquiles chorando a morte de Pátroclo, rolando na terra, gemendo, ao invés de reconhecer que tais coisas não têm nenhuma importância verdadeira. Em outros termos, esta objeção diz que os entes queridos, o país e outros objetos situados fora de mim, são desprovidos de valor verdadeiro.

2.4.3 *A emoção como visão imparcial da realidade*

As emoções, segundo esta objeção, são parciais, locais, relativas à primeira pessoa (o “eu”) e se concentram nas relações e nos laços reais da pessoa com os objetos em particular e com as pessoas concretas que lhe são próximas, desconsiderando qualquer abstração, tais como o valor humano ou o sofrimento humano universal. Enquanto o intelecto calculista pretende ser imparcial e capaz de uma justiça estritamente matemática, a emoção aparece partidária e tendenciosa, abrindo espaço para preconceitos e intolerâncias.

No campo das emoções, as relações com nossa família, nossas crenças e nossa comunidade podem encobrir as justas reivindicações provenientes de pessoas estranhas, distantes afetivamente do sujeito. Elas também nos impedem de considerar a ação sob todos os seus aspectos, em especial aqueles decorrentes da ação sobre o outro. Na verdade, as

como simbólico e com uma sutileza de sentido, é uma lição e uma advertência para o indivíduo se colocar distante da insolência, da arrogância e da autossuficiência que acabará por provocar o fim, a perdição, mesmo do mais forte.

emoções são acusadas de favorecer um ponto de vista egoísta, o enfoque da ação sobre nós mesmos, nossa religião, nossos bens. Do ponto de vista da imparcialidade e da universalidade da aplicação, o cidadão apaixonado não é capaz de fazer um uso racional ou razoável de suas faculdades do espírito, o que lhe impediria de conduzir um julgamento justo e igualitário.

As paixões testemunham um certo provincialismo de espírito, empurrando os cidadãos a procurarem seus interesses mais do que a assegurarem o bem de todos. Ou seja, se os cidadãos agem tomando vantagem para si, eles naturalmente têm dificuldades para decidir coletivamente, com vistas a obter resultados justos e iguais, pois equidade e justiça exigem o uso autônomo da razão, a fim de resistirem às forças **singularizantes da paixão**.

2.4.4 A emoção como aspecto individual e não social

Quando se fala sobre emoções associa-se à ideia de preocupação excessiva com si mesmo, desinteresse pelo mundo que nos cerca, aceitação de normas menos exigentes para o desenvolvimento intelectual e atenuação da vontade de manter o “pacto faustiano” que trouxe o progresso à humanidade. As emoções se preocupam demais com elementos particulares e estão muito centradas sobre o indivíduo. Elas negligenciam as unidades sociais mais largas, como as classes.

Nesta perspectiva, a literatura seria um instrumento impróprio à reflexão jurídica e política, por centrar-se sobre o indivíduo concebido como ser particular, separado e qualitativamente distinto, com um valor intrínseco e história singular para narrar. A literatura e o romance estão ligados ao “individualismo burguês” que insiste em uma percepção matizada dos elementos particulares e num exame minucioso das emoções sutis, mostrando uma incapacidade de compreender o direito e a política, que são modos coletivos de ação.

O romance sublinha a importância de respeitar a vida distinta de cada pessoa, e vê-la como um centro próprio de experiência. Ele destaca a interdependência mútua das pessoas, mostrando que, no mundo, cada um é parte integrante do bem e do mal do próximo⁴⁸. Não é por acaso que, muitas vezes, o romance critica os movimentos de massa, por negligenciar a “agentividade” (*agentivity*) de seus membros, a vida privada deles e as suas diferenças qualitativas.

⁴⁸NUSSBAUM, Martha Craven. **L'art d'être juste**: l'imagination littéraire et la vie publique. Trad. Solange Chavel. Paris: Climats, 2015, p. 153.

2.5 As respostas às acusações

Agora, para combater os argumentos acima mencionados e contribuir para a nossa permanência na defesa das emoções, apresentaremos as respostas às essas objeções.

2.5.1 *A crença como guia emocional*

A concepção das emoções como forças irracionais nunca foi defendida por grandes filósofos que trabalharam, com rigor, no campo das emoções e nenhum bom argumento foi formulado para defender essa tese. Atualmente, ela é desacreditada nos domínios onde outrora ela era popular, como, por exemplo, na psicologia cognitiva e na antropologia. No entanto, esta concepção ainda figura nas teorias e discursos informais sobre as emoções, que conservam o legado das teorias behavioristas e empiristas anteriores.

Diferentes pensadores ocidentais, como Platão, Aristóteles, estoicos gregos e romanos, Spinoza, Adam Smith, concordaram em afirmar que é importante distinguir as emoções (tristeza, amor, medo, piedade, cólera, esperança) dos desejos corporais (fome e sede) por dois motivos.

Primeiro, porque **as emoções são sempre guiadas em direção a um objeto ou a uma pessoa**, isto é, no seio da emoção, o objeto ou a pessoa é visto sob uma descrição intencional. Por exemplo, a **cólera** não é apenas um impulso, uma ebulição do sangue: ela é dirigida contra alguém que aparentemente causou algum dano, seja em mim, seja em algo ou alguém importante para mim. Ao contrário, a **gratidão** é direcionada a alguém que suponho querer meu bem. Quanto ao **amor**, que não é cego, ocorre quando seu objeto é percebido com uma importância e um charme particulares. Já o **ódio** difere do amor porque a apreensão do objeto é radicalmente oposta. O **medo** nasce quando acredito que eu mesmo ou alguém importante está em perigo e não sou capaz de prevenir. A **piedade** é experimentada ao crer que alguém sofre de maneira significativamente desproporcional. Em suma, a maneira que eu vejo a pessoa é intrínseca à natureza da emoção. As emoções, quaisquer que sejam, são ao menos em parte maneiras de perceber.

Em segundo lugar, porque as emoções dependem estreitamente de **crenças** a propósito de seu objeto. Na verdade, as emoções são tão dependentes de certas crenças que elas não podem sequer existir sem elas. Se algum aspecto importante desta crença complexa parecer errado [o sujeito muda de opinião sobre a pessoa que lhe provocou um dano, ou sobre o

caráter intencional da ação, ou sobre o fato daquilo que passou a ser realmente danoso], a emoção [cólera] atenuará ou mudará de objeto. As crenças são, portanto, constitutivas das emoções, permitindo identificá-las e distingui-las das outras emoções. Assim, para distinguir um certo sofrimento, não devemos apenas examinar o sentimento, mas considerar as crenças correspondentes que o acompanham.

Com efeito, as crenças podem ser falsas e racionais, quando são fundadas em provas aparentemente sólidas, mas errôneas; bem como verdadeiras e irracionais, quando são formadas de modo precoce e não crítico⁴⁹. Todavia, em nenhuma hipótese, as emoções seriam irracionais no sentido de que elas estariam completamente apartadas da cognição e do julgamento, pois a crença (produto da razão) está na origem da emoção.

Tal perspectiva de avaliar as emoções e reconhecer seu conteúdo cognitivo dominou a tradição do direito penal. A noção de “violenta emoção” seguida de uma “justa provocação”, por exemplo, examina o caráter apropriado da raiva do acusado em uma dada situação, comparando-a à reação de uma pessoa razoável. O direito penal reconhece que alguns eventos provocam uma raiva extrema em uma pessoa razoável, como a violência exercida contra seu filho. Nesse caso, o direito tratará a raiva e suas consequências de maneira diferente daquela de uma pessoa que, simplesmente, se controla mal. Ainda que uma pessoa “razoavelmente provocada” seja acusada de um crime por um ato violento (a menos que se prove a legítima defesa), a existência da “justa provocação” diminuirá, sem dúvida, a qualificação do crime: de homicídio doloso, por exemplo, passará a culposos.

Portanto, não há razão para afirmar que as emoções são forças cegas, capazes de desgovernar a vontade. Ao contrário, as emoções nascem de uma crença e são elementos formadores do caráter de uma pessoa. A partir daí, vem a noção de responsabilidade, pois considera-se que as pessoas são responsáveis por suas emoções, a fim de que elas se aproximem do modelo de um “indivíduo razoável”.

2.5.2 *A vulnerabilidade como chave para o bom julgamento do próximo*

A falta de emoções leva à cegueira social, à incapacidade de perceber o valor e a importância das coisas ao redor de si e de enxergar onde a vida humana deve ser completada

⁴⁹NUSSBAUM, Martha Craven. **L'art d'être juste**: l'imagination littéraire et la vie publique. Trad. Solange Chavel. Paris: Climats, 2015, p. 139.

pelos laços com o outro. As ligações com o próximo se formam através de emoções como medo, gratidão, piedade e compaixão. Esta, por exemplo, é uma das mais importantes emoções para uma vida social e moral, pois ela supõe que alguém sofre gravemente, de maneira desproporcional, sem que tenha contribuído para isso. O fundamento da compaixão, bem como do medo, se encontra na convicção que inúmeras mazelas (a morte de crianças e entes queridos, as dificuldades da guerra, a perda dos direitos políticos, a doença, as debilidades do corpo, a perspectiva da própria morte etc) são, de fato, extremamente importantes.

Nesse sentido, a convicção da vulnerabilidade da vida humana e a necessidade de bens exteriores são fundamentais para o reconhecimento da importância das emoções e para a construção da moralidade social. Rousseau afirma, inclusive, que a ausência de consciência da própria vulnerabilidade conduz, facilmente, à cegueira social e à indiferença:

Por que os reis são impiedosos para seus súditos? É porque eles acham que nunca serão homens. Por que os ricos são tão duros com os pobres? É porque eles não têm medo de se tornarem um deles. Por que a nobreza tem um desprezo tão grande pelo povo? É porque um nobre nunca será um mendigo. [...] cada um pode ser amanhã aquilo que hoje é aquele que lhe ajuda⁵⁰.

É a fraqueza do homem que o faz sociável; são nossas misérias comuns que levam nossos corações à humanidade [...]. Qualquer relacionamento é um sinal de insuficiência: se cada um de nós não precisasse dos outros, não pensaria em unir-se a eles. Assim, de nossa própria enfermidade, nasce a nossa frágil felicidade⁵¹.

Portanto, o cultivo das emoções é um aspecto fundamental para um bom raciocínio. Quando os juízes e os jurados rejeitam a influência das emoções, eles se recusam a enxergar nuances essenciais no mundo. E um julgamento oriundo de tal raciocínio não seria racional.

⁵⁰Tradução livre: “*Pourquoi les rois sont-ils sans pitié pour leurs sujets? C'est qu'ils comptent de n'être jamais hommes. Pourquoi les riches sont-ils si durs pour les pauvres? C'est qu'ils n'ont pas peur de le devenir. Pourquoi la noblesse a-t-elle un si grand mépris pour le peuple? C'est qu'un noble ne sera jamais roturier. [...] chacun peut être demain ce qu'est aujourd'hui celui qu'il assiste.*” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Émile ou de l'éducation**. Chicoutimi: Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, 2003, p. 19)

⁵¹Tradução livre: “*C'est la faiblesse de l'homme qui le rend sociable; ce sont nos misères communes qui portent nos cœurs à l'humanité. [...] Tout attachement est un signe d'insuffisance: si chacun de nous n'avait nul besoin des autres, il ne songerait guère à s'unir à eux. Ainsi de notre infirmité même naît notre frêle bonheur.*” (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Émile ou de l'éducation**. Chicoutimi: Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, 2003, p. 15-16).

2.5.3 *A emoção como visão completa do mundo*

Ainda que as emoções tenham seus limites e perigos e que o papel delas no âmbito do raciocínio moral deva ser cuidadosamente delimitado, as emoções trazem uma visão parcial, porém forte, da justiça social e fornecem grandes motivações para uma conduta justa. A visão abstrata do intelecto calculista é míope, injusta e indiscriminada, se ela não for apoiada em uma imaginação empática. As emoções são partes integrantes de uma visão mais completa da realidade e a insensibilidade emocional leva o homem à incapacidade de perceber o sofrimento do outro.

Em outras palavras, as emoções não nos revelam a maneira de resolver os problemas, mas elas mantêm nossa atenção concentrada sobre esses problemas e nas agruras que possivelmente causam no outro. Ao apoiar o desenvolvimento do indivíduo sobre as emoções, nós lhe ofereceremos um sólido guia para as relações humanas importantes. E, ao contrário, a repressão das emoções pode levar à autodestruição e, de fato, à irracionalidade.

2.5.4 *O ideal das necessidades individuais*

Toda forma de ação coletiva deve visar, como um ideal, às necessidades e às circunstâncias particulares dos indivíduos. Uma história da qualidade de vida humana que passa à sombra da história dos atores individuais é vaga e não mostra como os recursos são capazes de promover efetivamente os diferentes tipos de funcionamento humano; assim como uma história de ações de classe que não dão importância à história dos indivíduos, negligencia o sentido e a significação das ações de classe que visam sempre à melhoria das vidas individuais. Ou seja, a compreensão humana está fundada, em parte, sobre reações emocionais e sobre uma abordagem formal e abstrata bem concebida.

2.6 Os perigos do estrito uso da razão

A razão também tem limites e remeter-se sempre a esta faculdade pode trazer problemas. Três exemplos tendem a mostrar que as capacidades da razão não são sem fronteiras e que não se deve confiar inteiramente nela para conduzir o direito e alcançar a justiça.

2.6.1 A questão do tempo e da experiência

O Iluminismo nos deixou não só o pensamento em toda sua prioridade como, por exemplo, as “ideias inatas”⁵² cartesianas, mas também deu aos sentidos um papel primordial na construção do indivíduo e na experiência destes como “fornecedora da matéria do saber”⁵³, tal como sugere John Locke. A instalação de uma tradição empírica, de Locke a Hume, que sustentou que o conhecimento resulta dos sentidos antes de decorrer do pensamento, trouxe inúmeros avanços. E uma só frase de Locke é suficiente para mostrar: “a alma, no início de sua existência, é como uma tábula rasa, sem ideias, sem personagens, e é apenas pela experiência que ela adquire um grande número de ideias e conhecimentos que ela tem em seguida”⁵⁴.

David Hume, por sua vez, concebe a justiça como um misto de interesse, razão e imaginação⁵⁵. Sobre a questão do conhecimento, ele considera que todo ele tem origem na experiência, sendo os dados ou impressões sensíveis as suas unidades básicas. Na obra *Tratado da Natureza Humana*⁵⁶, ele mostra que é preferível confiar no tempo e na experiência (categorias empíricas) do que na razão, pois apenas a prática, através de sucessivas tentativas, pode nos indicar o que funciona ou não, e o que poderia ser melhorado através de experimentações. Hume inicia sua investigação levando em conta as controvérsias filosóficas surgidas na transição dos séculos XVII e XVIII, que diziam respeito aos fundamentos da moral:

⁵²“*Or, de ces idées, les unes semblent nées avec moi...*” (DESCARTES. *Méditations métaphysiques: oeuvres et lettres*. Paris: Gallimard – Bibliothèque de la Pléiade, 1958, p. 287).

⁵³POLIN, Raymond. Locke. In: MERLEAU-PONTY, M. (dir.). **Les philosophes de l'Antiquité au XX^e siècle. Histoire et portraits**. Paris: Le Livre de Poche – La Pochothèque, 2006, p. 568.

⁵⁴Tradução livre: “*L'âme, au commencement de son existence, est comme une table rase, sans idées, sans caractères et c'est par l'expérience seulement qu'elle acquiert un grand nombre d'idées et de connaissances qu'elle a dans la suite*” (GOYARD-FABRE, Simone. **La philosophie des Lumières en France**. Paris: Klincksieck, 1972, p. 187).

⁵⁵CLÉRO, Jean-Pierre. La justice, les passions et les fictions: la théorie de la justice selon Hume, Bentham et Rawls. In: COURNARIE, Laurent; DUPOND, Pascal (dir). **Penser la justice**. Toulouse: CRDP Midi-Pyrénées, 1998, p. 89.

⁵⁶O objeto do *Tratado* é o ser humano, e a tarefa de Hume consistia em explicar o modo pelo qual chegamos a desenvolver nossas convicções acerca da realidade, bem como os julgamentos sobre a conduta de nossos semelhantes. Nesta obra, o filósofo defende que as impressões e ideias que se distinguem quanto ao grau de força e vivacidade. Assim, as impressões são percepções vivas e mais fortes do que as ideias, que são percepções fracas ou menos vivas (cf. HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Trad. Débora Danowsk. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009).

se eles [os fundamentos da moral] derivavam da razão ou do sentimento, se obtemos conhecimento deles por uma sequência de argumentos e induções ou por um sentimento imediato e um sentido interno mais refinado, se – como em todos os julgamentos corretos acerca da verdade e da falsidade – eles deveriam ser os mesmos para todos os seres racionais e inteligentes ou – como na percepção da beleza e da deformidade – fundamenta-se inteiramente na estrutura e constituição próprias da espécie humana⁵⁷.

Na mesma linha, John Dewey afirma que há uma intrincada colaboração entre organismo e ambiente a que o filósofo denomina de **experiência**⁵⁸. Aqui, a experiência não designa exatamente a mesma coisa do que aquilo que os alemães nomeiam Erlebins, e que nós traduzimos por “experiência” ou “experiência vivida”, para designar o que vive um sujeito em sua consciência. A noção deweyana de experiência recobre o conjunto das trocas – das transações – que operam no contexto integral das relações com os objetos, ou mais profundamente, entre o vivente e seu meio ambiente. Dewey define o conceito de experiência com base na continuidade; ele entende que não há rupturas entre mente e corpo, conferindo à experiência um papel elementar no processo de desenvolvimento cognitivo de qualquer organismo.

A experiência não se limita, ainda, ao ato no presente, mas remonta ao que foi aprendido no passado e se reporta ao futuro para aprimorar a inteligência quando existe algum problema. O ser humano sofre a experiência e reage ao mesmo tempo. É um ser vivo que está em seu ambiente, sente a repercussão, reage com a razão e busca conseguir os meios para se adaptar. O ponto central para Dewey não é o sujeito nem o objeto, nem a natureza ou o espírito, mas as relações entre eles: a experiência significa integração. Tanto em Hume, como em Dewey, a razão não tem o dom de previsão, gozando apenas de um poder teórico e não prático. Esse poder se revela na capacidade de conhecer por demonstração, estabelecendo relações entre as ideias e se informando junto à experiência sobre as ligações constantes entre os fatos⁵⁹.

⁵⁷HUME, David. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora da Unicamp, 1995, p. 20.

⁵⁸A noção deweyana experiência estava intimamente ligada à sua noção de natureza, a qual era concebida como um sistema em estado de transição de mudanças naturais, que dá margem a uma distinção tripartida entre o nível psicoquímico, o nível psicofísico e o nível da experiência humana. (In: AUDI, Robert (dir.). **Dicionário de Filosofia de Cambridge**. São Paulo: Paulus, 2011, p. 227-229).

⁵⁹MALHERBE, Michel. **La Philosophie Empiriste de David Hume**. Paris: PUF, 1984, p. 205-206.

Já no campo do direito, o Realismo – movimento teórico desenvolvido no século passado principalmente nos Estados Unidos e no norte da Europa⁶⁰ – propaga uma doutrina jurídica que se dedica a elaborar um método de apreciação de elementos jurídicos que podem ser evidenciados e coletados a partir da experiência que contextualiza o direito. Nesse sentido, Oliver Holmes, em uma de suas mais eloquentes passagens, afirma que:

A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão somente axiomas e corolários de livros de matemática⁶¹.

Assim, o fenômeno jurídico não pressupõe processos formais que conduzem ao surgimento do direito, mas os elementos da observação da realidade empírica que, frequentemente, acabam influenciando a formação das preferências daqueles que são responsáveis pela produção das decisões judiciais.

Essa valorização da experiência também pode ser ilustrada através de um exemplo oferecido pelo hiper-realismo do pensamento jurídico chinês. O Prof. Bjarne Melkevik sublinha que a lei chinesa é a pura expressão empírica da vontade pessoal do soberano, que remete a “um direito empírico, burocrático, inteiramente desprovido de transcendência ou de idealidade, que se resume ao anonimato de um poder administrativo e penal que prefere a sombra dos escritórios”⁶². A referência apenas à realidade (“*physis*”) reduziu esse sistema jurídico a um papel meramente instrumental, nas mãos dos burocratas.

⁶⁰LEITER, Brian. **Naturalizing Jurisprudence**: Essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011, p. 01.

⁶¹Tradução livre: “*The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation’s development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics*” (HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991, p. 1).

⁶²MELKEVIK, Bjarne. **Philosophie du Droit**. Volume 1. Québec: Presses de l’Université Laval, 2014, p. 332.

2.6.2 *A questão da taxonomia*

Todo o conhecimento racional depende de nossa definição de categorias idôneas. Nossos julgamentos apoiam-se sobre taxonomias (classificações, categorizações) que permitem reagrupá-los segundo diferentes critérios, implícita ou explicitamente considerados, como um aspecto crucial da definição⁶³. No entanto, tais definições são muitas vezes confrontadas com exemplos contingentes, oriundos de nossos órgãos sensoriais, que são falhos.

Além disso, tudo o que percebemos deve ser descrito por palavras precisas, a fim de delimitar os objetos e pormenorizar nossa percepção desta delimitação. Entretanto, toda definição pode se tornar imprecisa, pela própria imprecisão dos termos que a designam. Estas barreiras naturais vêm, então, obstruir nossa clara compreensão das coisas: a indistinção do objeto, a imperfeição dos órgãos sensoriais e a inadequação da via de nossas ideias.

Assim, antes mesmo de se chegar ao complexo problema da emoção e do interesse pessoal, nós enfrentamos algumas barreiras incontornáveis que são obstáculos a um conhecimento verdadeiro. Os julgamentos são, portanto, inevitavelmente suspeitos, pois qualquer definição ou taxinomia, na qualidade de criações humanas, caem nos abismos mencionados.

2.6.3 *A questão dos limites biológicos*

A razão não é falha somente de modo vago e distante. A razão enfrenta deficiências que decorrem das características biológicas do homem e que restringem a faculdade de seu espírito adquirir um conhecimento suficientemente justo e pleno para servir de base à ação. Hume considera que a razão tem claros limites, indo de encontro à concepção que reduz o homem a um ser caracteristicamente racional e que, partindo desta visão, procura fundamentar, apenas na razão, o conhecimento e o julgamento moral. Segundo o filósofo, as paixões constituem o fundamento da nossa moralidade, pois são o elemento determinante das ações humanas, já que “a razão sozinha não pode produzir nenhuma ação ou volição”⁶⁴.

⁶³STEINBERGER, Peter J. **The Concept of Political Judgment**. Chicago: University of Chicago Press, 1993.

⁶⁴HUME, David. **Tratado da Natureza Humana**. Trad. Débora Danowsk. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009, p. 450.

A razão não pode servir como fundamento de nossos julgamentos, nem, tampouco, elucidar as distinções morais, pois ela “é, e deve ser, apenas escrava das paixões, e não pode aspirar a outra função além de servir e obedecer a elas”⁶⁵. Essa declaração provocadora de Hume implica um laço entre a razão e as emoções que põe em questão todas as concepções normativas sustentadas pela tradição dominante atual, pois se a razão é escrava da paixão, não há nenhuma esperança que ela possa, de maneira autônoma, orientar os julgamentos em direção à justiça e ao bem comum. Assim, ao passo que defende a preeminência do sentimento em matéria de moral, Hume tenta delinear os limites da razão alegando que o seu papel é o de apenas determinar os meios para os fins da ação. Ou seja, a razão está subordinada aos interesses das paixões e o seu papel é tão somente instrumental.

Não havendo a possibilidade de conflito entre razão e paixão, o que ocorre é uma cooperação entre essas duas faculdades. As paixões indicam ao indivíduo o que ele deve perseguir e cabe à razão descobrir os meios de obtê-lo. As crenças ou os cálculos racionais desempenham uma função meramente auxiliar e subordinada, servindo para determinar os meios para a realização e a satisfação dos nossos desejos pessoais e escolhas. Todavia, apesar de Hume reconhecer que a razão desempenha um importante papel (ainda que secundário) na constituição das ações humanas, ele não a vê como uma faculdade capaz de dar origem às nossas apreciações morais: “a razão e o juízo podem, é verdade, ser a causa mediata de uma ação, estimulando ou dirigindo uma paixão, não pretendemos afirmar, porém, que um juízo dessa espécie seja acompanhado, em sua verdade ou falsidade, de virtude ou de vício”⁶⁶.

A recusa da ideia de que a razão constitui um fundamento para a moralidade integra a tese humeana segundo a qual os nossos juízos morais baseiam-se no sentimento. Ele alega que os indivíduos são dotados de uma sensibilidade moral e, conseqüentemente, as qualidades dos seres humanos – incluindo as suas motivações morais – podem desencadear sentimentos distintos que refletem diferentes motivos. Ao considerar que a razão sozinha é incapaz de fornecer a distinção entre a virtude e o vício, Hume acrescenta que é por meio do sentimento que eles (virtude e vício) nascem, sendo também tal sensação o meio que nos permite diferenciá-los.

Desse modo, observa ele que “a impressão derivada da virtude é agradável, e a procedente do vício é desagradável”⁶⁷ e conclui que as distinções morais que nos permitem

⁶⁵HUME, 2009, p. 451.

⁶⁶HUME, 2009, p. 501-502.

⁶⁷HUME, 2009, p. 510.

conhecer o bem e o mal morais envolvem, preliminarmente, dores e prazeres particulares (sensações primitivas originárias). Assim, os critérios que balizam os nossos juízos morais têm seu fundamento nas paixões, ou seja, em sentimentos de aprovação ou de censura que experimentamos em face de certas ações, comportamentos e inclinações. Desse modo, para Hume, consideramos uma ação certa (virtuosa) ou errada (viciosa) em função da extensão da nossa percepção de que tal ação ocasiona prazer ou sofrimento.

3 PENSAR DIREITO E EMOÇÃO: UMA CARTOGRAFIA

*Mais les juristes? Qui oserait prétendre, un seul instant, que les juristes rêvent? Que ces êtres froids, calculateurs, qui rédigent des lois, des règlements, des contrats, sont des rêveurs impénitents?*⁶⁸

A expressão “cartografia” é bastante utilizada pelo Professor Gustavo Just em seus cursos e aulas, assumindo aqui o significado de “mapeamento”, pois neste capítulo iremos localizar o lugar das emoções no direito, especificamente, em dois momentos. Primeiro, vamos apresentar a recusa dos sentimentos na juridicidade, para, em seguida, mostrar onde eles aparecem.

3.1 A recusa inicial das emoções na tradição do pensamento jurídico

O tema direito e emoção é inabitual, quase improvável. Isso se explica porque os “movimentos do coração”⁶⁹ talvez tenham sido abandonados do direito pelo projeto iluminista⁷⁰, para serem tratados mais frequentemente pela psicologia e pelas letras. Nestas, eles têm um lugar de destaque e inspiram a literatura, o teatro, a poesia e as artes em geral. Mas por que os juristas se interessaram pouco pelas emoções? Porque elas lhes parecem completamente estranhas ao direito, uma vez que o modelo padrão de educação jurídica trata a interpretação da lei como uma ciência, o raciocínio legal como um processo puramente dedutivo e a emoção como inimiga da razão.

Para retomar a célebre distinção kantiana, enquanto o remorso é o instrumento de que se serve a moral para combater a transgressão de um ponto de vista de foro interno, é por meio dos atos físicos que o direito reprime, de um ponto de vista externo, os comportamentos violentos. Segundo Kant, ainda, o centro das condutas morais e, notadamente, as jurídicas provém unicamente da racionalidade humana. Assim, somente o homem, ser racional, é capaz de fazer leis que fundam e orientam suas ações. O filósofo ensina que, apesar de suas necessidades primitivas (paixões e inclinações naturais), o indivíduo racional é capaz de se determinar com base na autonomia da vontade e seguir o que preconiza o imperativo

⁶⁸EDELMAN, Bernard. **Quand les juristes inventent le réel**. Paris: Hermann, 2007.

⁶⁹CORNU, Gérard. **Vocabulaire juridique**. Puf, Quadriage. 7. ed. 2005.

⁷⁰DA MAIA, 2010, p. 166.

categorico: agir por dever. A lei oriunda da razão é a única condição possível de constituição dos princípios de justiça e de realização da liberdade. O direito não se refere, portanto, ao universo íntimo do ser humano, aquele dos sentimentos. Incapaz de penetrar nos corações, o direito toma a forma de um discurso racional, frio e rígido.

Nesse modelo tradicional, as emoções são individuais, arbitrárias, inalisáveis e, ultimamente, uma ameaça ao próprio funcionamento do sistema jurídico. Elas são, nas palavras de Fiss, inconsistentes com muitas normas que governam e legitimam o poder judicial⁷¹ e tal postura é ainda muito difundida no direito. Até recentemente, os juristas diziam que o conhecimento de outras disciplinas era irrelevante para o direito e que o sistema jurídico é e deve ser um sistema autônomo de pensamento, que basta a si mesmo⁷².

O instrumento de trabalho do jurista, por muitos séculos, foi apenas o texto, de modo que tal atitude contribuiu para perpetuar um sistema antiquado, apesar de todas as evidências contradizerem sua exatidão. O professor Bjarne Melkevik bem traduz esse apego do jurista ao texto ao afirmar que “um jurista trabalha com textos e estes são para ele meros instrumentos de trabalho. [...] Isso significa que, da mesma maneira que um carpinteiro trabalha com um martelo, uma serra, uma furadeira, etc. [...], o jurista trabalha com textos”⁷³.

Já para os adeptos do positivismo legalista, o direito não passa de um conjunto de normas e regras estatais, coercitivas, de organização social. Todavia, filiamo-nos à lição do professor Paulo Ferreira da Cunha⁷⁴, para quem tal definição é errônea ao se observar a realidade. Segundo o professor Cunha, há um direito que não é nem regra, nem norma, como o costume, o contrato, a jurisprudência e a doutrina. Há um direito que também não é estatal, como o direito internacional, dos organismos interestatais, da União Europeia, das autarquias, etc. Há também um direito que não é coercitivo, como o direito internacional clássico. E, finalmente, a regulamentação estatal pode ser feita por várias outras formas não-jurídicas, tais como a religião, a moral, o convívio social, a etiqueta etc. Mas os positivistas não se preocuparam muito com a imperfeição desta definição, pois o importante para os adeptos dessa corrente é a prática totalmente dependente dos textos legais.

O direito não é um sistema fechado em si mesmo, que se organiza em virtude de seu aparato conceitual, ou seja, da coerência interna de suas estruturas, conceitos, princípios e

⁷¹FISS, Owen. **Reason in all its splendor**. Brooklyn Law Review, v. 56, 1990, p. 789-804.

⁷²LANGDELL, C. C. **A selection of cases on the law contracts**. Boston: Little Brown, 1871.

⁷³MELKEVIK, Bjarne. **Épistémologie Juridique et Déjà-Droit**. Paris: Buenos Books International, 2014, p. 57-58.

⁷⁴CUNHA, 2003, p. 12.

formas; a ordem jurídica está sempre relacionada ao objeto material a que ela visa⁷⁵. E qualquer atitude formalista contra essa ideia está em desacordo com o crescente consenso em outras disciplinas, segundo o qual as emoções estão profundamente interligadas com o raciocínio jurídico, pois, quando normas ou decisões estão baseadas em noções sem fundamentos ou erradas de como as pessoas se comportam, a justiça pode ser comprometida.

A tradicional suposição de que os juristas não devem transitar no terreno das emoções tem trazido grandes lacunas ao conhecimento dos atores do direito, incluindo promotores, advogados, defensores públicos e legisladores, pois, apesar de eles estudarem bastante, seus conhecimentos raramente se concentram em suas emoções e, menos ainda, nas emoções coletivas. Como Terry Maroney⁷⁶ discutiu em sua pesquisa, a emoção dos juízes recebe cada vez menos atenção porque, na maioria das vezes, eles são vistos como praticantes da razão pura, isenta de emoção. Além disso, a afiada dicotomia razão *versus* paixão embaça a questão acerca de como os argumentos persuadem⁷⁷, e a crença em que a emoção não desempenha um bom papel no raciocínio jurídico teve ainda um poderoso, e às vezes pernicioso, efeito na educação dos juristas⁷⁸.

Ademais, a invocação da justiça em situações estruturadas pela emoção (um família feliz, um casal de namorados, um grupo de bons amigos) soa tão estranho quanto supérflua a invocação das emoções no âmbito de um processo judicial. Como regra, considera-se que o recurso à justiça destrói as emoções, da mesma forma que se acredita que eles separam a justiça do seu caráter neutro e cego, uma vez que as emoções revelam um outro mundo: o espaço do foro íntimo do homem, o espaço da intimidade sobre a qual o direito não pode ter influência. Aliás, as definições de direito e emoções são antíteses uma da outra: o direito é um conjunto de normas de conduta social editadas e sancionadas pelo Estado, enquanto as emoções são disposições psicológicas que revelam a afetividade, o amor, o ciúme e a raiva.

Para um bom número de pessoas, a justiça é frequentemente percebida como fria, implacável e cega, bem distante das tormentosas paixões humanas e o direito serve para cristalizar as emoções humanas no ordenamento social, restringindo-as e, às vezes,

⁷⁵MOOR, Pierre. **Perméabilités du système juridique: essais sur le droit de l'état de droit**. Québec: Presses de l'Université Laval – Collection Dikè, 2016, p. 93.

⁷⁶MARONEY, T. A. Law and emotion: a proposed taxonomy of an emerging field. In: **Law and human behavior**. v. 30, n. 2, p. 119-142, 2006.

⁷⁷BANDES, Susan; SALERNO, J. Emotion, Proof and Prejudice: The Cognitive Science of Gruesome Photos and Victim Impact Statements. Arizona, **State law journal**, v. 46, 2014, p. 1003-1056.

⁷⁸BANDES, Susan. Repression and Denial in Criminal Lawyering. **Buffalo criminal law review**, n. 9, 2006, p. 339-389.

aniquilando-as. Nesse sentido, Carlos Maximiliano, ao discorrer sobre a aplicação viciosa do direito, afirma que:

toda inclinação simpática, ou antipática, enfraquece a capacidade de intelecto para reconhecer a verdade, torna-o parcialmente cego. A ausência de paixão constitui um pré-requisito de todo o pensamento científico. Em verdade, o trabalho do intérprete pode ser viciado, não só pelas causas apontadas, como também por qualquer prevenção, ou simpatia, que o domine, sem ele o perceber talvez, relativamente a parte, por sua classe social, profissão, nacionalidade ou residência, ideias religiosas e políticas⁷⁹.

Ao investigar suas características, tudo parece opor o direito às emoções. O direito é objetivo, a emoção é subjetiva; o direito é controlador, a emoção é insubordinada; o direito é ordem, a emoção é confusão⁸⁰. O direito, sobretudo, revela o espírito da lógica e da razão; já as emoções dependem do coração, o qual tem “razões que a própria razão desconhece”⁸¹. Como se observa, o pensamento moderno e, particularmente, o pensamento jurídico, ao longo de sua história privilegiou a razão em detrimento das emoções. Isso se explica também porque a razão sempre esteve calcada na invariabilidade, eternidade e origem divina, ao passo que as emoções foram retratadas como manifestações de caráter inconstante e enganoso.

Logo, os juristas deram pouca atenção às emoções e desconfiaram delas, porque, segundo o senso comum, elas desviam o homem da reta razão. O legislador que legisla com emoção perde de vista o interesse público; o juiz que julga com seus sentimentos afasta-se da objetividade e imparcialidade. “Quando um sentimento é exagerado”, dizia Gustave le Bon, “a faculdade de raciocinar desaparece”⁸².

Por isso, as emoções foram tratadas como perigosas para os juristas e mantidas à distância dos tribunais e das faculdades de direito. Esse narcisismo da razão, inerente ao mundo jurídico, excessivamente apegado à lógica formal e ao racionalismo, jamais permitiu a emergência de conteúdos que agregassem princípios, valores e conceitos oriundos de campos menos ortodoxos, como aquele no qual se situam os sentimentos humanos.

Assim, a maioria das perspectivas contemporâneas de abordagem normativa do direito e da postura dos seus operadores têm demonstrado não dar a devida atenção à influência das emoções na constituição dos ordenamentos normativos, nem, tampouco, levar em conta a

⁷⁹MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**, 10 ed., Forense, 1988, p. 103.

⁸⁰ZWEIG, Stefan. **La confusion des sentiments**. Paris: Le livre de poche, 1992.

⁸¹PASCAL, Blaise. **Pensées, article IV, des moyens de croire**. Ed. Brunschvicg. Paris: Garnier, 1964, n° 277.

⁸²LE BON, Gustave. **Hier e demain: pensées brèves**. Paris: Flammarion, 1918, p. 12.

influência de experiências sensoriais nos processos de tomada de decisão jurídica. No entanto, os juristas não têm razão para se distanciar das emoções ou acusá-las de ameaçar a racionalidade, pois se elas forem adequadamente limitadas e filtradas, elas podem oferecer uma orientação insubstituível para o raciocínio jurídico. Ademais, as emoções não devem ser afastadas do direito, porque fazem parte da própria natureza humana: o direito é feito pelos homens e para os homens.

Os teóricos do direito e os jus-filósofos ao elaborarem seus conceitos de interpretação e aplicação das leis, de argumentação e racionalidade jurídica, acabam se afastando do mundo empírico e dos elementos que caracterizam a dimensão sensorial do humano. Eles tendem a criar, paralelamente ao universo real, um universo ideal, um modelo abstrato que obedece à sua própria lógica e constitui um instrumento de medida imparcial para regular as oposições dos interesses do mundo real.

É possível exemplificar essa percepção incorreta da realidade, em decorrência do estrito uso da razão, trazendo à luz a figura de Creonte, símbolo da supremacia da razão e do Estado, personagem da tragédia grega de Sófocles (495-406 a.C.). Creonte, fascinado pelo seu esforço teórico para definir todos os problemas humanos em termos de eficácia para o bem comum, não percebe que mandou matar seu próprio filho, Hêmon. O arrependimento de Creonte está em reconhecer o completo colapso de seu mundo e a derrota de seus princípios, pois a razão e a reflexão teórica sobre um conflito moral são insuficientes no momento da prática, isto é, da escolha por uma ou outra alternativa de ação, diante da norma legal. O drama de Creonte consistiu no fato de que a razão por si só não o protegeu do erro. Ao agir precipitadamente, condenou não só a outros, mas a si mesmo. Ao ter uma percepção lacunosa da realidade e faltar-lhe prudência, ele sofreu as consequências de sua ação e adquiriu dolorosamente a experiência. Ao fim, apesar de a lei da pólis lhe dar abrigo, ele procurou uma solução mediadora para corrigir seu excesso, fazendo valer a prudência e a temperança, produtos da experiência.

Na mesma trilha literária, uma passagem da peça *O Mercador de Veneza*, de Shakespeare, também narra dois fatos que muito contribuem para a discussão entre o direito formal e o sentimento do justo, mostrando que a simples subsunção do fato à norma não é sinônimo de justiça. O primeiro deles descreve o nascimento de um contrato pactuado entre Shylock e Bassânio e garantido por Antônio. O segundo, decorrência do primeiro, relata o processo judicial através do qual Shylock pleiteia a execução da cláusula penal estipulada em função do inadimplemento do contrato no prazo. Trata-se de um contrato de mútuo a título

gratuito, no qual Shylock cede à Bassânio a quantia de três mil ducados pelo prazo de três meses e no qual Antônio figura como fiador. Pelo não pagamento do valor emprestado na data e local estipulados, estabelece-se como penalidade uma libra da carne de Antônio, que poderia ser escolhida e cortada a critério do credor.

No curso do julgamento, Bassânio, recém chegado à cidade, oferece seis mil ducados como pagamento pelos três mil tomados emprestado, os quais Shylock recusa prontamente. Este invoca a lei de Veneza, exigindo que ela seja estritamente observada e, portanto, que seu direito à libra de carne seja garantido, pois o contrário representaria a ruína do próprio direito⁸³. Em seguida, entra Pórcia, disfarçada de Baltazar, para encaminhar o julgamento. Ela tenta persuadir Shylock, a fim de mitigar o rigor da justiça, entendida como o estrito cumprimento da lei, no caso, como a fiel execução da cláusula penal em favor do judeu⁸⁴. Todavia, Shylock nega qualquer perdão e insiste na fiel aplicação da lei. Ao fim, proclamada a sentença, Pórcia se utiliza de artifícios legais, encontrados nos decretos de Veneza, para impedir a execução do julgado⁸⁵.

Nos dois momentos mencionados, seja na execução do contrato, seja na decisão do tribunal, a justiça foi restringida ao estrito cumprimento da lei. As palavras de Shylock e Pórcia evidenciam tal perspectiva: aqui, o direito foi abreviado à mera forma, equívoco no qual incorrerá toda a tradição juspositivista, na medida em que os juristas deixaram de se preocupar com a substância do dever imposto, para interessar-se apenas na autoridade do dispositivo legal e com os meios judiciais para torná-lo efetivo.

Nessa perspectiva, a concepção de homem é a de um ser dessubstancializado e dessensibilizado, a fim de melhor enquadrá-lo aos estatutos legais. O indivíduo não vive; sua

⁸³SHYLOCK: “Esta libra de carne que reclamo, custou-me muito dinheiro, é minha e eu a conseguirei. Se ela me for negada, anátema contra vossa lei! Não há força nos decretos de Veneza! Quero justiça. Será que a conseguirei?” (SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza**. Trad. F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 88.)

⁸⁴PÓRCIA: “Portanto, judeu, embora a justiça seja teu ponto de apoio, considera bem isto; nenhum de nós encontrará salvação com estrita justiça; rogamos para solicitar clemência a este mesmo rogo, mediante o qual a solicitamos, a todos ensina que devemos mostrar-nos clementes para nós mesmos. Tudo o que acabo de dizer é para mitigar a justiça de tua casa; se persistes, este rígido Tribunal de Veneza, fiel à lei, nada mais tem a fazer do que pronunciar a sentença contra este mercador.” (Ibd., p. 92.)

⁸⁵PÓRCIA: “Espera um momento. Ainda não é tudo. Esta caução não te concede uma só gota de sangue. Os termos exatos são: ‘uma libra de carne’. Toma, pois, o que te concede o documento; pega tua libra de carne. Mas, se ao cortá-la, por acaso, derramares uma só gota de sangue cristão, tuas terras e teus bens, segundo as leis de Veneza, serão confiscados em benefício do Estado de Veneza. [...] Prepara-te, pois, para cortar a carne; não derrames sangue e não cortes nem mais, nem menos, do que uma libra de carne; se tiras mais, ou menos, do que uma libra exata, mesmo que não seja mais do que a quantidade suficiente para aumentar ou diminuir o peso da vigésima parte de um simples escrúpulo, ou, então, se a balança se desequilibrar com o peso de um cabelo, tu morrerás e todos os teus bens serão confiscados.” (Ibd., p. 96-97.)

condição humana é apenas para existir dentro de certas regras e relações jurídicas limitadas. O indivíduo que o direito considera deve ser, antes de tudo, contido de suas paixões, freado de seus impulsos para seu próprio bem e da sociedade.

Todavia, essa postura epistemológica tradicional é hoje abalada por um desejo de individualização, de reconhecimento do sujeito na sua singularidade, que se manifesta por um pedido de valorização dos sentimentos no direito. A satisfação desse pedido importaria uma nova vocação para o direito: concorrer para o desenvolvimento – florescimento – do indivíduo. Esse movimento apreende a pessoa humana não mais apenas como um ser dotado de razão, mas igualmente capaz de emoções.

Em outros termos, trata-se de restituir ao sujeito uma profundidade que o direito lhe teria privado. É possível observar nesta valorização contemporânea do florescimento da pessoa humana um declínio dos valores e das instituições coletivas para mobilizar a adesão dos indivíduos para participar indiretamente da construção da personalidade.

A *personalização* do ser que se assiste hoje, portanto, pode ser interpretada como o produto de uma recusa à homogeneidade implícita pela generalidade das normas e dos modelos sociais. Esta rejeição toma a forma da insaciável demanda por originalidade, singularidade e integração no direito dos sentimentos de cada um.

3.2 Tópos jurídico: breve percurso da união entre direito e emoção

O Professor Paulo Ferreira da Cunha ensina que uma das querelas que ainda marca o universo dos juristas é a disputa entre aqueles que concebem o direito como um pensamento quase matemático, ou seja, geométrico, rigoroso, dedutivista, racionalista, em síntese, os adeptos do pensamento sistemático, e aqueles que consideram o discurso jurídico como algo muito mais complexo, permeável à argumentação, aos lugares comuns, aos mitos, com raízes no imaginário e no subconsciente. Este pensamento que analisa quais são as ideias-forças que empurram a lógica (bastante sentimental, mas de um sentimento escondido) do direito é chamado de um “pensamento tópico”⁸⁶.

Em outras palavras, uma opinião *a priori* nos conduz a olhar o direito como um instrumento radicalmente estranho ao universo das emoções. Destinado a enquadrar o comportamento dos indivíduos no seio da coletividade, o direito ignora as manifestações mais

⁸⁶CUNHA, 2003, p. 16.

profundas da alma humana, e apenas a dimensão objetivamente perceptível de sua existência é suscetível de ser levada em consideração, pela ordem jurídica, como fato gerador de sanção. Essa valorização da razão acabou por desconsiderar o valor da vida afetiva do sujeito (paixões, emoções, afetos, sentimentos, pulsões), na medida em que esta passou a ser considerada como um obstáculo à sua ação livre e consciente.

Porém, nenhum indivíduo pode ser definido apenas por sua capacidade de usar a razão. O *homo é sapiens*, mas, antes disso, ele sempre foi *sentiens*, pois, do ponto de vista de nossa origem natural, o sentimento antecede todas as nossas demais faculdades, incluindo o pensamento. O direito, apesar de se apoiar em argumentos e métodos intelectualistas, é uma disciplina que leva em consideração essencialmente as emoções, as paixões e os sentimentos.

A própria etimologia da palavra sentença nos remete à relevância e à autoridade do sentimento no âmbito da juridicidade, pois o ato final de um processo jurídico se dá através da declaração do que sente o juiz, ou seja, mediante a sentença, termo cuja origem se encontra no latim, *sententia*, *sentiendo*, gerúndio do verbo *sentire*, que significa sentir.

Filósofos, juristas, romancistas e sociólogos abordaram desde a antiguidade essa intrínseca afinidade entre o direito e a afetividade. Na *Retórica*⁸⁷, Aristóteles afirma que, para decidir, há quatro poderes da alma que exercem influência ao longo do processo: percepção; emoção; desejo e razão. Toda decisão depende da percepção sensível dos cinco sentidos do que se passa; decidir é sempre em um determinado contexto. Aristóteles também expôs, na *Política*, que é o sentimento de justiça o que serve para distinguir o homem do animal, uma vez que o senso do justo e do injusto, do bem e do mal, são específicos do ser humano:

a característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constitui a família e a cidade⁸⁸.

Cesare Beccaria, em *Dos delitos e das penas*⁸⁹, sustentou que “toda lei que não for estabelecida sobre essa base [os sentimentos] encontrará sempre uma resistência à qual será

⁸⁷ ARISTÓTELES. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2005.

⁸⁸ ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, I, 1253b.

⁸⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. eletrônica Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/>>. Acesso em: 10 set. 2014, p. 25.

constrangida a ceder. [...] Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir”.

Barbey d’Aurevilly⁹⁰, literata francês do século XIX, numa obra intitulada *Le bonheur dans le crime*, apresentou uma íntima relação dos sentimentos com o direito penal.

Rudolf von Jhering, em *A luta pelo direito*⁹¹, afirmou que a natureza e a importância do direito se revelam quando o homem é atingido em seu direito, em sua personalidade, e aparece sob a forma de enfermidade moral: “aqueles que não tiveram ocasião de medir pessoalmente esta dor não sabem o que é o direito, ainda que tenham em sua cabeça todo o *Corpus Juris*; e isto por que não é a razão, mas o sentimento que pode resolver esta questão”. Posteriormente, Jhering pronunciou, perante a tradicional Wiener Juristische Gesellschaft, a sua conferência *Sobre o Nascimento do Sentimento Jurídico*⁹².

Émile Durkheim dialogou com o direito e o sentimento, principalmente, com o denominado sentimento coletivo, na obra *As regras do método sociológico*:

Com efeito, para que os sentimentos coletivos protegidos pelo direito penal de um povo, num momento determinado de sua história, consigam penetrar nas consciências que lhes eram então fechadas ou ter mais influência lá onde não tinham bastante, é preciso que eles adquiram uma intensidade superior à que possuíam até então. É preciso que a comunidade como um todo os sinta com mais ardor; pois eles não podem obter de outra fonte a força maior que lhes permite impor-se aos indivíduos que até então lhes eram mais refratários⁹³.

John Rawls, em *Uma teoria da justiça*⁹⁴, explica que os sentimentos morais são os elementos motivadores dos comportamentos humanos e da coesão social.

É preciso recordar, ainda, que Tobias Barreto, o grande escritor e jurista brasileiro, em meados do século XIX, já afirmava que “o direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente”⁹⁵.

Na mesma linha, Pierre de Tourtoulon afirmou que “a tendência do direito é expressar sentimentos de simpatia ou, pelo menos, de indiferença simpática e desejo de viver em paz e harmonia com o próximo”⁹⁶.

⁹⁰BARBEY D’AUREVILLY, Jules. **Le bonheur dans le crime**. Paris: Maxi Livre, 2001.

⁹¹JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2009, p. 42-43

⁹²JHERING, Rudolf von. **Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico**. Madrid: Trotta, 2008.

⁹³DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 68-69.

⁹⁴RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

⁹⁵BARRETO, Tobias. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Landy, 2001, p. 38.

O jus filósofo argentino Luís Alberto Warat também desvelou as máscaras do óbvio, mostrando que no âmbito da teoria do direito as certezas e verdades transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Em *A ciência jurídica e seus dois maridos*⁹⁷, ele propôs a volta ao mundo de Dona Flor, famosa personagem de Jorge Amado, como a heroína da ambivalência e metáfora para a realização da conjunção positiva entre os desejos, os afetos e as leis. Seus dois maridos apontam para a ambiguidade da vida, da qual não pode se esquivar o direito. Vadinho é o marido que volta da morte para temperar com a vitalidade e a mobilidade de Eros a realidade unívoca, tediosa e insossa de Diké, vivida por Flor com o legalista Teodoro.

No entanto, a inserção na filosofia jurídica de algumas posições irracionalistas seguindo os caminhos de Nietzsche, Bergson e outros, foi praticamente ilustrativa, ainda que tenha servido para sublinhar as inconsequências da dogmática jurídica conceitualista⁹⁸.

Apenas no início do século XX, o movimento Realista afirmou que a insularidade do sistema jurídico blindou-o contra as influências políticas, psicológicas e sociais que ajudam a moldar o raciocínio e as instituições legais⁹⁹. Apesar de parecer evidente que a teoria e a prática jurídicas são influenciadas pelas forças sociais e políticas, esta visão foi fortemente resistida até a década de 1980 e, no final do século XX, particularmente no despertar do influente movimento do Direito & Economia – que utiliza a teoria econômica para analisar o direito e prever situações regidas pelas leis –, os juristas começaram a olhar em direção a outras disciplinas para compreender o funcionamento do sistema jurídico.

Além disso, teóricos do feminismo e críticos do racismo foram montando poderosos desafios à ideia de que o raciocínio jurídico é algo desprovido de valor. Esses desenvolvimentos coincidiram com uma nova visão das emoções nos campos da psicologia, neurociência, sociologia e filosofia. E, nesse cenário, o estudo do papel da emoção no direito finalmente ganhou um ponto de apoio. O princípio orientador do campo do direito e emoção é que o direito não deve confiar em suposições não testadas ou inexatas sobre o funcionamento

⁹⁶ Tradução livre: “The tendency of the law is to express sentiments of sympathy, or, at least, of sympathetic indifference, and the desire to live in peace and harmony with one’s neighbor” (TOURTOULON, Pierre de. **Philosophy in the development of law**. Trad. Martha McC. Read. Nova Iorque: A.M. Kelly, 1969, p. 136)

⁹⁷ WARAT, Luís Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

⁹⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

⁹⁹ LLEWELLYN, K. **Jurisprudence: realism in theory and practice**. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

das emoções, mas deve fazer escolhas e projetar as instituições à luz dos melhores conhecimentos disponíveis.

3.3 Os sentimentos nos domínios do direito

“Iramoufuriam non novit jus”: o direito não conhece a cólera ou a fúria, assumidas aqui como protótipos emocionais. Isso significa que o direito não conhece nada além dele mesmo. Em uma definição necessariamente circular ou redundante, toda tentativa de definição do direito (seja brutal ou sofisticada), acaba sempre por agregar o adjetivo “jurídico” para qualificá-la¹⁰⁰. Ao se estabelecer a lei, a regra, a sanção, a autoridade, o bem comum, o monopólio da violência, o Estado etc., é necessário especificar “que eles sejam juridicamente fundados”. Com efeito, uma verdadeira tautologia faz parte da definição do direito, de modo que, para descrevê-lo convincentemente é preciso se instalar nele, auto-referenciá-lo

Isso mostra que, na teoria jurídica, o papel das emoções usualmente é desprivilegiado e, em geral, o direito só aparece como a última ferramenta contra as paixões humanas. A proteção do pródigo contra os ímpetos que levam à dilapidação de seus bens, ou a defesa contra as paixões dos adolescentes que desejam se casar sem consentimento dos pais, são meros exemplos de como a história jurídica tentou arrefecer nossos sentimentos.

Em outra hipótese, a audição da palavra “emoção” em um contexto jurídico nos leva logo a pensar no crime passionai e na cena de um marido enganado, influenciado pelas emoções (cólera, ciúmes etc.), que pega uma arma e persegue o amante que escapará por uma janela ou pelo telhado. No entanto, ao refletir sobre o lugar dos sentimentos no direito, é possível identificar elementos dessa intersecção em quase todos os seus domínios, como a infância, a família, a pena, o trabalho, o consumo, o processo.

Todavia, de acordo com Popovici¹⁰¹, o comportamento social decorrente do amor enseja consequências jurídicas variadas e o direito não regula apenas algumas instituições diretamente ligadas ao amor, como o casamento, mas impõe aos indivíduos um certo número de obrigações ou lhes confere um certo número de direitos, em nome da moral, da ordem

¹⁰⁰PAPAUX, Alain. Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit. In: **Revue européenne des sciences sociales** [on line], v.47, n.144, 2009. Disponível em: <<http://ress.revues.org/70>>. Acesso em: 10 out. 2017, p. 105-119, p. 106-107.

¹⁰¹POPOVICI, Adrian; PARIZEAU-POPOVICI, Micheline. **L’amour et la loi**. Montréal: Éditions du Jour, 1971, p. 9-10.

pública ou mesmo da proteção dos interesses privados. Nesse sentido, certas manifestações de amor são permitidas, como a união estável; outras são coibidas, como o incesto; e outras são simplesmente toleradas como o concubinato e o adultério.

Enfim, os grandes sentimentos dos homens e mulheres – o amor, o ódio, o ciúme, a deslealdade, o luto – quando são transformados em fatos jurídicos, podem desembocar nos aparatos jurisdicionais. Por isso, vejamos alguns exemplos – não exaustivos – da influência dos sentimentos em alguns ramos do direito.

3.3.1 O direito constitucional e os sentimentos

No campo constitucional, as emoções são tuteladas quando o ordenamento jurídico resguarda a vida privada ou refuta a tortura, o discurso do ódio, o bullying, o racismo, a homofobia etc.

Em um caso específico, em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, inovou¹⁰² no acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54/DF, em que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) pleiteava a declaração de inconstitucionalidade na interpretação de interrupção de gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Neste episódio, o STF tinha de discutir, no mérito, um assunto delicado no que diz respeito ao direito constitucional à vida, a possibilidade, ou não, da antecipação terapêutica do parto de fetos diagnosticados com anencefalia (prática identificada por alguns juízes como o crime de aborto), bem como garantir tal direito sem a apresentação de requerimento judicial.

Como se observou em diversas passagens, a questão dos sentimentos foi amplamente abordada: ora os sentimentos dos próprios Ministros e da sociedade, ora os sentimentos da gestante, da família e do feto. E, ao fim do julgamento, a Corte reconheceu, em votos divergentes, a situação difícil em que se encontrava, e foi possível constatar que ela não se manteve apática às questões sentimentais.

¹⁰²LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. O pragmatismo jurídico aproximando Thêmis e Eros: o sentimento do Supremo tribunal federal na ADPF 54/DF. **Revista de Direito Brasileira**, Ano 5. v. 2, 2015, p. 216-238.

Verificou-se que os Ministros apegaram-se à sensibilidade, sem abandonar a razão, para decidir o caso, demonstrando que o discurso jurídico não é, e não pode ser construído como mera subsunção, com base apenas na ideia de incidência automática e infalível da norma jurídica. O próprio Ministro Cezar Peluso, apesar do voto divergente da maioria, enfatizou que a decisão de cada magistrado ultrapassa a frieza da norma e “envolve a formação, a cultura, o modo de ver, o modo de ser de cada magistrado, de cada homem e de cada mulher, que está atrás de cada toga”¹⁰³.

3.3.2 *O direito civil e os sentimentos*

As emoções no direito civil estão presentes de forma abundante nos temas referentes às doações, contratos, danos morais, adoção, alienação parental, uniões estáveis, reconhecimento de famílias homoafetivas etc. Aqui, o direito figura como um prolongamento das paixões humanas, em especial, das paixões amorosas, quando disciplina o casamento e elenca os deveres dos cônjuges para a sua manutenção (como: fidelidade, vida em comum, mútua assistência, sustento dos filhos e respeito, segundo o artigo 1.566 do Código Civil).

Ainda no direito de família, o direito regulamenta o comportamento social em caso de ausência ou desaparecimento dos sentimentos, como o divórcio, a separação de corpos (medida protetiva), o abandono afetivo do pai com sua prole, o dano emocional do cônjuge infiel ou do noivo que desfaz o matrimônio no altar.

No domínio das liberalidades, o direito (cf. artigos 550, 555 e 557 do Código Civil brasileiro) assegura, em certa medida, a sanção dos sentimentos pouco honráveis do autor da liberalidade ou daquele que a recebe. Quando o donatário, longe de responder à generosidade do doador através de um certo reconhecimento de sua parte (a gratidão), o direito prevê que ele seja destituído do bem. Inclusive, certas legislações – tais como os códigos brasileiro e alemão¹⁰⁴ – preveem a revogação da doação quando a ingratidão é produzida não somente em relação ao donatário, mas também em relação aos seus próximos.

No direito das obrigações, os sentimentos igualmente não são ignorados, e atribui-se um papel de destaque à psicologia e à sociologia. Assim, consequências práticas importantes

¹⁰³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 / DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2012, p. 375.

¹⁰⁴MECHRI, Farouk. **Le sentiment d'affection & le droit de la famille**. Tunis: Éditions Latrach, 2015, p.9.

podem ser deduzidas de investigações psicológicas que estudam a estrutura contratual. Por exemplo, é possível dizer que nos dias atuais a sedução operada pela publicidade de massa se constitui um vício de consentimento nas relações com os consumidores.

No campo contratual, ainda, pode-se opor a vontade ao sentimento, destacando no direito o declínio do papel da vontade e a progressão do papel do sentimento (deslealdade). No entanto, quando o direito considera a vontade, o que importa menos não é a essência da vontade, mas sua exteriorização. Ou seja, o elemento primário do contrato é a lealdade, manifestada através da boa-fé do contratante, mais do que sua vontade propriamente dita. Por isso, todas as vezes que essa vontade não se manifestar fiel aos objetivos intimamente perseguidos, se diz que houve vício, mais precisamente: vício do consentimento.

Ademais, os sentimentos no direito civil também aparecem de forma considerável nas questões relativas ao “preço da dor”, isto é, no que tange à reparação dos danos morais, violações aos sentimentos íntimos juridicamente tutelados.

3.3.3 O direito penal e os sentimentos

As paixões são a trama da ciência penal. Aqui, os sentimentos exibem toda a sua realidade trágica, em estado de crise. Nas sociedades pós-modernas, os crimes passionais se multiplicam e são largamente midiaticizados. Qualquer que seja o rigor da lei, os tribunais – sobretudo o júri popular – levam em consideração os motivos que determinaram os dramas passionais.

O homicídio pode ser movido não somente pela paixão, mas também pela piedade: é o caso do homicídio a pedido, quando o agente mata para atenuar o sofrimento da vítima. São exemplos, a eutanásia (tratada como “homicídio qualificado” no Código Penal Brasileiro, pois ainda não foi expressamente tipificada) e o auxílio ao suicídio (art. 122, CP).

Segundo a tese do positivista Ferri que preceitua a impunidade desse ato, o homicídio a pedido não deve ser punido em virtude da máxima de Ulpiano: *Volenti et consentienti non fit injuria*. Em outras palavras, o direito de morrer que um indivíduo pode exercer sobre ele mesmo, pode se estender a outra pessoa, com o seu consentimento¹⁰⁵. Ao contrário, os

¹⁰⁵Essa tese é combatida com o argumento segundo o qual a pessoa humana não dispõe de sua vida, pois esta não é um interesse privado, mas público. (Cf. LEGROS, Bérengère. La douleur comme fondement de l'euthanasie. In: DURAND, Bernard; POIRIER, Jean; ROYER, Jean-Pierre (Orgs). *La douleur et le droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 389-410.)

escolásticos não admitem essa doutrina, porque reprovam o suicídio por várias razões. A primeira delas é o amor que todos os indivíduos devem ter uns com os outros, velando pela própria conservação. A segunda é que a existência é um dom de Deus, de modo que só Ele é o mestre da morte e da vida.

É possível exonerar de toda sanção penal as pessoas que matam o próximo por compaixão? A priori, não, pois o móbil é indiferente, e a conduta de matar a pedido é tipificada como ato de auxílio ou provocação ao suicídio. Nem a súplica do enfermo, nem o seu consentimento, constituem justificativas ou excusas legais para retirar do “homicídio por piedade” seu caráter de infração penal. Na maioria das legislações (tais como os códigos penais da Holanda, Noruega, Polônia, Dinamarca, Itália, Rússia e Líbano¹⁰⁶), esses dois elementos (piedade e consentimento) não têm nenhuma influência para o estabelecimento da culpabilidade, apenas para a moderação no pronunciamento da pena.

Uma exceção é o novo Código Penal do Uruguai que, em seu art. 37, foi mais longe e inovou ao permitir ao juiz excluir de qualquer pena o autor do homicídio cometido por motivo de piedade: “Art. 37. Del homicidio piadoso. Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima”¹⁰⁷.

Em nome do sentimento de afeição familiar, o Código Penal brasileiro assegura a isenção de pena para quem comete um crime em prejuízo dos ascendentes ou descendentes; esposo ou esposa, mesmo divorciados; irmãos ou irmãs, legítimos ou ilegítimos; tios e sobrinhos, com quem o agente coabita (arts. 181 e 182 do CP). Na mesma ordem de ideias, o direito francês e o direito otomano também preveem a impunidade absoluta para resguardar o sentimento de afeição familiar¹⁰⁸. No entanto, a consideração da afeição familiar presumida entre parentes se opõe contra aqueles que cometem roubo ou extorsão, para que sejam julgados penalmente, em nome do abuso de confiança.

Ademais, a proteção da honra (arts. 138 a 145 do CP), do sentimento religioso (art. 208 do CP), do respeito aos mortos (art. 209 a 212 do CP) são amostras que o direito reprime alguns comportamentos que vilipendiam a dimensão sentimental das vítimas.

¹⁰⁶MECHRI, 2015, p.8.

¹⁰⁷URUGUAI. Código Penal. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=196342>. Acesso em: 04 out. 2017.

¹⁰⁸MECHRI, 2015, p.8-9.

Quanto à sanção, não se pode esquecer que quando o réu é tomado por uma “violenta emoção” sua pena será atenuada, ou seja, quando alguém mata durante um episódio de raiva, geralmente é culpado por um crime menos grave do que quando mata em um estado de ânimo sem exaltação. Com efeito, a emoção é causa de diminuição de pena em algumas circunstâncias previstas no Código Penal, como nos crimes de homicídio simples (art.121 parágrafo 1º) e de lesão corporal (art.129 parágrafo 4º), e ainda constitui atenuante genérica (art. 65, inciso III, alínea “c” do CP). Por último, os critérios de dosimetria e fixação da pena (art. 59 do CP) são subjetivos, não estando imunes aos sentimentos do juiz e da sociedade.

3.3.4 *O direito comercial e os sentimentos*

O direito comercial não escapa da influência dos sentimentos, e duas matérias aparecem para exemplificar o assunto. A primeira delas é a **concorrência desleal** *ato sensu*, ou seja, quando o empresário utiliza práticas ilícitas para angariar clientela, prejudicando seus concorrentes, sendo que para sua configuração pouco importa os resultados obtidos com a deslealdade e sim os meios que foram empregados para a consecução do fim da atividade empresarial que é, além dos lucros, os clientes. A segunda prática que atenta contra os sentimentos de boa fé e lealdade são as dívidas delituosas do falido, conhecida como **fraude contra credores**, ou seja, quando o devedor dilapida seu patrimônio tornando-se insolvente, com a intenção deliberada de não pagar suas dívidas.

3.3.5 *O direito do trabalho e os sentimentos*

Três categorias de sentimentos podem ser encontradas no domínio do direito do trabalho: a fidelidade; a lealdade e o amor.

O artigo 482, alínea “c”, da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe sobre o dever de fidelidade, através da não-concorrência nas transações rotineiras, ao fixar que a “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” constitui justa causa para a rescisão do contrato pelo empregador. Nesse sentido, o dever de **fidelidade** do empregado pode dar lugar a um pacto convencional (cláusula da não-concorrência), através do qual o empregador procura assegurar a proteção de seus interesses, principalmente, após a saída do empregado, ao limitar o direito deste de lhe fazer

concorrência. Constitucionalmente, é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais (art. 5º, XIII, CF). Porém, não há direitos absolutos, de modo que se o trabalhador tem o direito constitucional quanto à sua liberdade de dispor da sua força de trabalho, o empregador, por seu turno, tem o direito de resguardar sua propriedade, seus inventos, seus segredos comerciais etc.

A **lealdade** está presente nas obrigações do empregado previstas no contrato de trabalho e na relativização do poder de fiscalização do empregador. A lealdade é uma atitude psicológica, um comportamento ético, uma regra de vida social, que revela mais da moral que do direito. Na verdade, a lealdade está impregnada no direito através do princípio da boa-fé, cuja função é estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais. A realização do trabalho deve acontecer em um universo de confiança mútuo. O empregado deve obedecer às instruções recebidas e manter o respeito escrupuloso às ordens. Em consequência, ele deve se abster de todo ato que seja prejudicial ao seu empregador, devendo consagrar todo o tempo de trabalho previsto a serviço da empresa. A obrigação de lealdade inclui ainda que o empregado, informado de um certo número de práticas, procedimentos ou segredos de fabricação da empresa, não os revele, sob pena de incorrer no crime de violação de segredo profissional, previsto no art. 154 do Código Penal.

No mesmo espírito, a obrigação de lealdade proíbe o empregado de receber, sem o consentimento de seu empregador, presentes ou comissões de terceiros, seja em pecúnia ou *in natura*, para fazer ou se abster de um ato relevante de sua função, sob pena de incorrer no crime de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal.

Nos cargos em comissão ou de gerência, a situação é diferente, porque o empregador investe uma confiança maior à medida que o empregado ascende na hierarquia dos quadros da empresa. Os mais altos cargos se beneficiam de uma delegação de poder, de modo que os empregados são tomados por um dever de lealdade reforçado que induz à exclusão de todo desacordo fundamental entre as orientações gerais da empresa, definidas pelo empregador, e suas opiniões pessoais. Com efeito, uma divergência de apreciação no que tange às orientações estratégicas da empresa pode ensejar uma crise de confiança e macular o sentimento recíproco necessário ao bom andamento da empresa.

Convém sublinhar, também, que se a execução do contrato de trabalho implica a lealdade do empregado, é porque a relação de trabalho deve se executar em uma clima de confiança. Mas isso só pode ser plenamente atendido se uma obrigação de lealdade pesar também sobre o empregador cuja consequência é a limitação do direito que ele tem de

fiscalizar a atividade de seus empregados. O direito de fiscalização decorre do poder hierárquico; no entanto, certos meios de monitoramento devem ser proscritos, por terem um efeito negativo e contribuírem para quebrar o clima de confiança necessária entre as partes. Trata-se, notadamente, dos meios de investigação que atentam contra a dignidade humana, como a revista íntima, a gravação de palavras ou imagens realizadas sem a ciência do empregado, o desprezo pelo sigilo de sua vida privada, a coleta de informações pessoais em redes sociais. Todo excesso no monitoramento das atividades laborais poderá ensejar indenização por dano moral, por ofender o princípio constitucional da inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

Para os empregados, a mistura de **amor** e trabalho pode ser sinônimo de conflito, invasão da vida privada no âmbito profissional, ou ainda uma enredada dificuldade quando o casal briga ou se divorcia. Para os empregadores, a existência de relações amorosas no trabalho perturba a concentração dos colaboradores, criando tensões e exigindo às vezes modificações no organograma da empresa para separar os amantes do passado. Quanto à jurisprudência, esta tem se mostrado hostil às cláusulas de celibato em contratos de trabalho ou regulamentos internos, em nome do respeito à liberdade amorosa ou matrimonial dos empregados.

3.3.6 O direito processual civil e os sentimentos

O Código de Processo Civil é seguramente aquele que, nas instituições que regulamenta, faz as maiores considerações oriundas da psicologia das partes. Afinal, não é surpresa que todo processo constitui um combate no qual dois adversários se afrontam, movidos pela vontade de vencer. A conduta no processo civil pertence, sobretudo, às partes, por isso o legislador foi levado a se preocupar com a psicologia dos adversários, perscrutar seu estado de espírito, desmascarar suas intenções escusas e desvendar os móveis de seu comportamento.

Se a habilidade é permitida, a malícia e a má-fé devem ser banidas. No conjunto de ações processuais das partes que apresentam perigos, podemos classificar, a título exemplificativo, três tipos de atores: o temerário; o malicioso e o perverso.

- **Malicioso:** aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo

ilegal; ou opuser resistência injustificada ao andamento do processo (art. 80, I, II, III e IV, do Código de Processo Civil).

- **Temerário:** aquele que proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (art. 80, V, do Código de Processo Civil).
- **Perverso:** aquele que provocar incidente manifestamente infundado; ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 80, VI, do Código de Processo Civil).

Com efeito, para produzir um resultado de intimidação e prevenção, coibir manifestações perigosas do comportamento psicológico das partes e restituir o respeito e a lealdade à regra jurídica, o art. 81 do Código de Processo Civil estabeleceu a multa e a indenização por perdas e danos ao litigante de má-fé.

Outro exemplo da importância dos sentimentos diz respeito à impossibilidade moral da prova pré-constituída. Se a maioria dos contratos são executados sem incidentes relativos à existência ou ao conteúdo da convenção, isso se deve principalmente à prévia redação de um escrito que torna vãs as eventuais contestações sobre o documento. A esta produção antecipada dá-se o nome de “prova pré-constituída” (arts. 381 a 383 do Código de Processo Civil). Todavia, nem sempre é suficiente afirmar a indispensabilidade de uma prova pré-constituída: é necessário que ela seja possível, pois a experiência demonstra que, às vezes, certas circunstâncias não tornam possível a prova escrita. A impossibilidade moral resulta de obstáculos não externos, mas internos às partes do ato jurídico. A redação de um contrato, apesar de facilmente realizável no plano material, vai de encontro aos reflexos psicológicos. Um juiz deve, portanto, considerar esses reflexos e ponderar que eles constituem um empecilho para pré-constituir a prova escrita. Notadamente, deve-se reputar que a confiança nascida no seio da afecção ao seio da família é um obstáculo à pré-constituição de uma prova, pois a intimidade dos corações impede as formalidades da prova.

O sentimento de afeição familiar não obriga, mas conduz naturalmente à confiança: uma mãe não exige a assinatura de seu filho, nem um marido de sua esposa. O inverso seria uma marca de desconfiança incompatível com a vida e os afetos familiares. Assim, a jurisprudência deve aplicar a noção de impossibilidade de prova pré-constituída no domínio das relações familiares, assim como os tribunais devem reconhecer a inviabilidade moral para se estabelecer por escrito contratos firmados entre pais e filhos, irmãos e irmãs, primos, avós e netos. Quanto às relações entre cônjuges, é admissível que exista uma impossibilidade moral de exigir um escrito; no entanto, o juiz não se limitar a constatar a relação matrimonial entre

os contratantes. Aqui, entendemos que é preciso explicitar as circunstâncias particulares das quais decorre a pretendida impossibilidade, pois a prova do contrato entre esposos deve ser feita por escrito.

Na mesma ordem de ideias, questiona-se se a impossibilidade moral pode ser apresentada em contratos entre concubinos ou companheiros. Recusando-se adentrar no plano moral da defesa da família legítima, as cortes europeias têm admitido que os laços de afeição que unem um casal podem justificar a impossibilidade legal da prova escrita¹⁰⁹. No entanto, para os cônjuges, o simples fato da união, sem outras circunstâncias, não constitui uma impossibilidade moral.

Outros exemplos da importância das emoções presentes no Código de Processo Civil são a suspeição e o impedimento. Os casos de impedimento são mais graves e têm, como consequência, a proibição do juiz de atuar no processo. Impedimento é objeção ou matéria de ordem pública não sujeita à preclusão. Os atos praticados são nulos, e cabe ação rescisória contra decisão proferida pelo juiz impedido (artigo 966, II, CPC/2015). Já nos casos de suspeição, o juiz poderá atuar no processo se não for arguida sua suspeição no prazo legal. Não cabe ação rescisória, e a invalidação dos atos processuais depende da prova do prejuízo causado à parte, já que os atos processuais realizados pelo juiz suspeito podem ser ratificados pelo juiz substituto. Caso haja interesses pessoais (jurisdição tendenciosa), o magistrado fica impossibilitado de agir judicialmente, pois é sabido que não há a possibilidade da separação completa da vida pessoal e profissional do juiz.

3.3.7 O direito processual penal e os sentimentos

No processo penal, também é possível reconhecer sentimentos bastante heterogêneos em seus atores:

Quadro 1 – Sentimentos dos principais atores jurídicos

<i>Sentimentos do acusado</i>	<i>O ciúme, a ira, a ambição, a cobiça, a ganância</i>
Sentimentos da vítima	A vingança, o rancor, a injustiça, o ódio, o perdão
Sentimentos do juiz	A justiça, a lealdade, a imparcialidade
Sentimentos dos jurados	A incompreensão, a justiça, o medo
Sentimentos do público	A consternação, o horror, a insegurança, o temor, a perplexidade

Fonte: SAUTEL, 2014, p. 2

¹⁰⁹MECHRI, Farouk. *Le sentiment d'affection & le droit de la famille*. Tunis: Éditions Latrach, 2015, p.15.

3.3.8 *A advocacia e os sentimentos*

A advocacia desperta uma série de questões sentimentais. O relacionamento com clientes pode levantar questões de lealdade, empatia, raiva, frustração e tristeza. Os advogados de defesa de crimes dolosos devem atender a medos, passar confiança em circunstâncias difíceis, bem como lidar com suas próprias emoções quando um cliente é condenado ou executado¹¹⁰; já os promotores devem lidar com emoções das vítimas e de suas famílias, bem como com a raiva da comunidade¹¹¹. Estas são apenas algumas emoções evocadas pela advocacia, no entanto, a maioria das faculdades e dos profissionais da área parte do pressuposto de que seus instrumentos de trabalho são puramente cognitivos.

3.3.9 *A expertise técnica e os sentimentos*

Na construção do trabalho de argumentação necessária à elaboração de uma decisão judiciária, frequentemente, o juiz se confronta com uma questão cuja resposta não é de ordem jurídica, mas oriunda de uma disciplina científica ou técnica que lhe é estranha. Nesse caso, ele deve apelar aos conhecimentos de um especialista competente, para que a intervenção da ciência seja um instrumento primordial na busca da objetividade necessária à produção dos elementos de convicção do juiz¹¹².

Neste domínio, os sentimentos são tomados como “dados jurídicos” da palavra sagrada do *expert* científico, isto é, do perito judicial ou do assistente técnico. Tratam-se de profissionais especializados no campo das emoções (psicólogos, psiquiatras, psicanalistas, neurofisiologistas) que são convocados para contribuir com a verdade dos fatos, elaborando laudos, munidos de objetividade, em investigações ou processos judiciais, com vista a auxiliar os juízes na solução do caso concreto. No direito de família, são comuns estudos psicossociais para analisar as condições emocionais e sociais de genitores que pleiteiam a guarda de filhos menores. No direito previdenciário, é imprescindível o lado psicológico para instruir pedidos de aposentadoria por invalidez, aplicável para doenças psíquicas dentre as quais se incluem a

¹¹⁰SCHEFFER, S. **Fighting for their Lives: Inside the Experience of Capital Defense Attorneys**. Nashville: Vanderbilt University Press, 2013.

¹¹¹BANDES, Susan. Loyalty to One's Convictions: The Prosecutor and Tunnel Vision. **Howard Law Journal**, 2006, p. 475-494.

¹¹²TRIMAILLE, Gilles. L'expertise médico-légale: confiscation et traduction de la douleur. In: DURAND, Bernard; POIRIER, Jean; ROYER, Jean-Pierre (Orgs). **La douleur et le droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, pp. 489-500.

depressão. No direito do trabalho, laudos psicológicos também são requisitados em casos de assédio moral no emprego. Esses são apenas alguns exemplos do tratamento “científico” que as emoções recebem no direito.

3.4 A vítima e o reconhecimento de suas emoções na legislação brasileira

Historicamente ignoradas do processo penal, as vítimas são agora atores imprescindíveis. Nossa época se afigura como a do reconhecimento das vítimas. Até a segunda metade do século XX, um espaço mínimo era ocupado pela vítima nas sociedades ocidentais, tanto em relação aos sistemas de regulação jurídicos, quanto à consciência coletiva. E, assim, a vítima foi, durante muito tempo, mantida à distância do processo, porque toda agressão contra uma pessoa era considerada como uma violação contra a sociedade e a autoridade do Estado, e não somente como um ato de violência sofrido por alguém. Todavia, hoje, a vítima ocupa um assento de destaque na cena jurídica e social, e a sua notoriedade é o resultado da ação conjunta de vários acontecimentos no debate criminal e social. Além disso, a nova atenção concedida à vítima se desenvolveu em um contexto social de valorização das emoções.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, surgiram vários fenômenos sociais que contribuíram para o aparecimento da categoria jurídica e social de “vítima”, em decorrência do sofrimento impingido ao povo judeu. A tomada de consciência dos crimes tenebrosos perpetrados e seus milhões de padecedores deram origem à emergência de uma sensibilidade pelo sofrimento da vítima. No contexto de desenvolvimento de uma política do Estado-providência, sistemas de indenizações e serviços públicos e privados de ajuda foram criados para auxiliar as pessoas afetadas. Ademais, uma série de movimentos de direitos civis nasceram globalmente para a proteção dos direitos das vítimas e de suas necessidades em matéria de assistência, tornando-se porta-vozes de todos aqueles que são julgados vítimas da sociedade, tais como: o movimento feminista, a batalha contra o racismo, a proteção da infância e do idoso, a luta contra a discriminação sexual. Por último, de maneira geral, o interesse pela vítima é a nova preocupação para o risco e a segurança. A exigência de se precaver contra o risco característico de nossa sociedade contemporânea contribuiu para impulsionar a vítima na cena do discurso da segurança, pois os testemunhos de sofrimento, transmitidos e destacados pelos políticos e pelos meios de comunicação, através da

instrumentalização de imagens puras e inocentes, ajudaram a difundir, na sociedade, o sentimento segundo o qual cada um é uma vítima em potencial.

3.4.1 O crescimento dos direitos das vítimas

De simples testemunha e instrumento da máquina judiciária, a vítima se tornou um protagonista do processo penal cujas necessidades são cada vez mais consideradas. As vítimas deixaram de ser meros provedores de provas a quem a justiça não dava qualquer importância especial para se beneficiarem, por exemplo, de direitos no processo penal com vistas à proteção de sua personalidade, tais como as audiências fechadas em segredo de justiça, a possibilidade de não se confrontar com o agressor, ou de não testemunhar sobre fatos que concernem à esfera privada. Como consequência, elas passaram a não mais relutar em denunciar a agressão, por medo da experiência judicial e do risco associado à vitimização secundária. Essa hesitação era compreensível, pois, em regra, as vítimas que denunciavam seus ofensores eram alvo de novas experiências negativas e traumatizantes, em decorrência da falta de proteção, de assistência, de informação, e até mesmo de outras agressões em função do percurso judiciário.

Após a década de oitenta, os direitos das vítimas foram consideravelmente reforçados, tanto do ponto de vista de sua posição no sistema penal, como em relação às políticas de ajuda em numerosos países, para tornar a experiência judiciária menos traumatizante. O movimento para a melhoria dos direitos das vítimas começou nos anos oitenta e se concretizou através da implementação de legislações nacionais e instrumentos normativos internacionais que definiram tais direitos. O primeiro texto internacional a reconhecer a ajuda às vítimas através de princípios gerais foi a “Declaração de Princípios Básicos de Justiça Relativo às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder”, das Nações Unidas em 1985. Este texto abriu a porta para o desenvolvimento da ajuda às vítimas e da extensão de seus direitos no plano nacional, com a edição dos seguintes documentos:

- **Lei de Crimes Hediondos:** Lei Federal nº 8.072/1990;
- **Estatuto da Criança e Adolescente:** Lei Federal nº 8.069/1990;
- **Lei da Tortura:** Lei Federal nº 9.455/1997;
- **Multa reparatória do Código de Trânsito:** Lei Federal nº 9.503/1997;
- **Composição civil dos danos da Lei de Juizados Especiais Criminais:** Lei Federal nº 9.099/1995;

- **Estatuto do Idoso:** Lei Federal nº 10.741/2003;
- **Lei contra a discriminação por orientação sexual:** Lei do Estado de Pernambuco nº 12.876/2005 e a Lei do Estado da Paraíba nº 7.309/2003;
- **Lei da Maria da Penha:** Lei Federal nº 11.340/2006;
- **Alterações no Código de Processo Penal:** Lei Federal nº. 11.690/2008;
- **Lei contra a discriminação racial:** Lei 12.228, de 20/07/2010;
- **Lei contra a discriminação do portador do vírus HIV:** Lei Federal nº 12.984/2014;
- **Lei contra a discriminação do portador de deficiência:** Lei Federal nº 13.146/2015.

3.4.2 *O sofrimento da vítima: uma perspectiva empática*

As sensibilidades contemporâneas são fortemente dominadas pelos sofrimentos exprimidos pelas vítimas. Esta é onipresente, tanto no discurso social cotidiano, como na regulação dos comportamento sociais. Em um mundo em que o individualismo é exacerbado, este fenômeno acompanha o crescimento das subjetividades, ou seja, vemos uma valorização dos sentimentos e emoções individuais. O sujeito se tornou o elemento dominante dos debates políticos e intelectuais. E o interesse de reintegrar a vítima em sua individualidade agredida, ao reconhecer sua subjetividade e sua personalidade individual ultrapassa a simples reprovação oficial do ato criminoso sofrido. Nessa perspectiva, a violência é vista como uma verdadeira negação do sujeito-vítima. Ela destrói as referências subjetivas até a completa despersonalização. O sofrimento se tornou um caractere incontestável inerente à condição de vítima. Se o lugar das emoções no direito está geralmente submetida a certas limitações, com vistas a evitar sua intrusão no raciocínio jurídico, elas parecem invadir as políticas penais, pois o medo do crime e a indignação pública face à violência são destacados para justificar um endurecimento das respostas penais contra a delinquência.

A inversão considerável da vítima no cenário do crime é um dos sinais marcantes da transformação das relações entre os cidadãos e o Estado. A jurisdição penal tende, cada vez mais, a ser avaliada pelo critério da satisfação da vítima como consumidora da justiça. Com efeito, a justiça vem sendo compreendida como uma instância de reconhecimento do sofrimento da vítima expresso pela vítima. A compaixão pelo sofrimento e seu reconhecimento tornaram-se os principais motores das respostas políticas.

A necessidade do legislador de levar em consideração o sofrimento da vítima é cada vez mais valorizado pelas instituições nacionais e internacionais que recomendam a adoção de

medidas nesse sentido. O Código de Processo Penal teve sua redação alterada em 2008 para fazer cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao ofendido, em especial o art. 201, §§ 5º e 6º e o art. 217, segundo os quais:

Art. 201, § 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

Art. 201, § 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Ou seja, não se trata unicamente de proteger os interesses das vítimas no âmbito do processo penal em sentido estrito, mas sobretudo tomar medidas necessárias para assistir as vítimas ao longo da experiência judiciária, com vistas a atenuar o sofrimento delas. A evolução da noção jurídica de vítima no Brasil testemunha, assim, esta tendência, ainda que de maneira bem menos explícita. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a determinação do estatuto de vítima se apresenta ainda muito mais dependente das consequências diretas da infração sobre a vítima, do que da gravidade da infração.

No entanto, o discurso legislativo e político atual em matéria de vítima não deve se contentar unicamente em fazer referência à necessidade de fornecer diferentes formas de apoio – psicológico, social, jurídico, etc –, mas incluir, explicitamente, disposições penais que façam referência a conceitos tais como “vitimização secundária” ou “necessidade de ser compreendido”, pois só assim a justiça poderá se aproximar do sofrimento das vítimas.

Entendemos que as vítimas, expostas a uma experiência penal, devem se beneficiar de três categorias de direitos fundamentais: o direito ao **reconhecimento**, ao **acompanhamento** e à **reparação**. O reconhecimento engloba o fato de considerar a vítima como indivíduo detentor de uma personalidade própria. Nesse sentido, a escuta e a empatia são indispensáveis para que se sinta reconhecida, e a despersonalização da vítima pelos atores penais deve ser evitada. Escutar não se restringe apenas a coletar provas da culpabilidade do autor, mas também reconhecer o caractere central e doloroso da narrativa. O acompanhamento supõe que a vítima seja não apenas entendida, mas sobretudo acreditada. Aqui, a investigação da

verdade é essencial e a vítima deve ser informada de toda a evolução de seu caso no curso do processo penal. Ademais, a proteção da vítima do risco de vitimização secundária por parte do ofensor é fundamental. Por fim, a reparação compreende a indenização material, mas ainda o aspecto simbólico da restauração da vítima através de sua participação na implementação da justiça.

As três categorias de direitos fundamentais às vítimas não concernem ao domínio processual estrito senso. Elas dizem respeito ao aspecto emocional e subjetivo. Isso nos leva a admitir que a perspectiva empática orienta o estudo concernente às vítimas. Com efeito, a relação da vítima com a justiça não é mais descrita em termos puramente processuais, mas em termos de satisfação de necessidades emocionais, tais como: apoio; escuta e reconhecimento; com vistas a ajudá-la a ultrapassar as consequências emocionais da agressão. Ou seja, dizer sua história, ser entendida, fornecer elementos para a resolução do caso, obter respostas, conhecer a verdade, ser testemunha do remorso de seu agressor e viver uma experiência de justiça através de sua reintegração ao tecido social são formas de contribuir para amortizar o luto emocional pós-agressão e devolver sua humanidade.

3.5 O direito além da racionalidade

Por todo o exposto, percebe-se que o direito é tanto uma questão de sentimento como de racionalidade; entretanto, ele foi concebido para julgar esse fenômeno emocional do modo mais racional possível. A prova disso é que o direito romano foi declarado como a “ratio scripta”. Com São Tomás de Aquino, as descrições da lei eterna e da lei positiva medievais ressaltavam a razão, distanciando-se das correntes voluntaristas (Duns Scoto, Guilherme de Ockham). O processo de racionalização e consequente formalização do direito, em todos os seus domínios, foi crescendo cada vez mais, conforme se avançava em direção ao Estado moderno e contemporâneo¹¹³.

Mas, se todo o direito está construído por causa do homem, há de se tomar este como razão e emoção, como ser que pensa e que sente, como racionalidade fundada sobre sentimento. Nesse sentido, ainda resta uma vantagem a creditar aos sentimentos: o fato de eles fornecerem uma energia essencial e necessária às democracias. Enquanto a devoção ao regime

¹¹³VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional**: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 1.

democrático leva o cidadão a votar ou ser votado, são as emoções e os interesses pessoais que alimentam os partidos e as facções necessárias para o debate político no país.

As emoções são imprescindíveis para reforçar o contraditório e engendrar os desacordos inevitáveis, sem os quais uma democracia representativa liberal perderia seu objeto. As emoções desempenham um relevante papel na formação dos laços entre cidadão-partido-programas-de-governo-eleitos. A atenção levada pelos cidadãos aos problemas sociais, ao país e aos partidos é o cimento que permite ao espaço político se estruturar e se orientar. Enquanto os sentimentos são consagrados apenas em nível local, individual; os partidos desempenham o papel de catalizadores das emoções, permitindo a um eleitorado mais vasto formar relações com pessoas até o momento desconhecidas. Esses laços, reforçados indubitavelmente pela corrida eleitoral e por outros interesses particulares, são fortes o suficiente para que várias distâncias (geográficas, sociais, econômicas, religiosas etc.) sejam cruzadas, mobilizando o eleitorado em favor das vastas propostas lançadas pelos partidos.

Não se espera da população que ela tenha um comportamento racional em suas ações políticas; ao contrário, o sistema representativo e os mecanismos institucionais permitem que os desejos do povo se desenvolvam tanto quanto as ações do governo, em direção ao bem público e à justiça e, ao mesmo tempo, opondo-se à corrupção e às injustiças. O exercício da cidadania implica, assim, um importante equilíbrio entre razão e paixão: as duas estão intimamente ligadas e exercem uma ação recíproca uma sobre a outra. É preciso, no entanto, vencer os preconceitos, a fim de preservar a justiça e o bem comum, para que a parcialidade inscrita no coração das emoções seja neutralizada por um bom uso da razão, permitindo a emergência da objetividade. Como diz Hobbes, “não faças aos outros o que não consideras razoável que seja feito por outrem a ti mesmo”¹¹⁴. Ao aplicar essa regra, cada indivíduo deverá sopesar suas próprias ações e as do outro, de modo que suas paixões e seu egoísmo não acrescentem nada ao peso obtido. Com efeito, as emoções devem ensejar uma parcialidade que vá ao encontro das exigências da razão, a qual comanda a igualdade de todos, sem favor ou desfavor, pois a justiça não nos permite conceder benefícios àqueles que amamos e privar os que odiamos, simplesmente em razão de nossas relações pessoais.

¹¹⁴HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 92.

4 A ERÓTICA JURÍDICA COMO ALTERNATIVA À LEGALIDADE POSITIVISTA

*Nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité*¹¹⁵.

4.1 Um breve retorno à mitologia grega para falar sobre direito e emoção

Em nossa tradição ocidental, a noção de mito, que herdamos dos gregos, define-se de maneira negativa, em oposição ao real¹¹⁶. O mito é uma narrativa fabulosa, de origem popular, na qual agentes impessoais, ou quase sempre forças da natureza, são representados sob a forma de seres pessoais, cujas ações ou aventuras têm um sentido simbólico¹¹⁷. Ao narrar lendas sobrenaturais sobre o início do mundo, a origem dos homens, a vida, a morte, e constituir uma história fora do tempo, o mito se abre sobre o instante primordial onde tudo era confundido: deuses; homens; animais. Ele retrata fábulas repulsivas do reino dos mortos, as descidas ao tártaro e os retornos ao mundo dos vivos. Ele coloca em cena aventuras improváveis, absurdas, selvagens e escandalosas. Ele relata aventuras infames e ridículas dos deuses, descreve-os como incestuosos, adúlteros, assassinos, ladrões, cruéis, canibais. Por sua abertura ao irracional, ele mergulha nas paixões para exprimir uma forma de pensamento distante da razão jurídica.

Em suma, o mito trata do imaginário, da fantasia. Ao contrário, o direito, um conjunto de regras de conduta destinadas a regular as relações sociais¹¹⁸, inscreve-se plenamente no domínio da realidade e se apresenta como uma atividade séria. Se o mito revela o imaginário coletivo, repousa sobre crenças arcaicas, alimenta-se de lendas, o direito pretende comprimir a realidade em um conjunto de obrigações e proibições¹¹⁹. Enquanto o mito se abre ao improvável e libera o campo dos possíveis, o direito codifica a realidade e a confina em uma rede de convenções. Nada parece mais longe de nossa racionalidade jurídica, e, dificilmente, é possível enxergar uma relação entre esse conjunto heteróclito de histórias bizarras e o

¹¹⁵GIRAUDOUX, Jean. **La guerre de Troie n'aura pas lieu**. Paris: Larrousse, 1959, Ato 2, Cena 5.

¹¹⁶CASSIRER, E. **La philosophie des formes symboliques**: La pensée mytique. Tomo 2. Paris: Ed. Minuit, 1972, p.7; VERNANT, J.P. **Mythe et société en Grèce ancienne**. Paris: La Découverte, 1974, p. 195.

¹¹⁷LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: PUF, Vº: Mythe.

¹¹⁸CORNU, G. **Vocabulaire juridique**. Paris: PUF, Verbete: Droit.

¹¹⁹OST, François. **Raconter la lois**: Aux sources de l'imaginaire juridique. Paris: Odile Jacob, 2004, p. 10.

comportamento do homem em sociedade. Além disso, o direito e o mito se distinguem em sua dimensão temporal por dois motivos.

Em primeiro lugar, porque, na condição de narrativa lendária, o mito reproduz a cultura e o imaginário coletivo e testemunha, por consequência, uma “memória” comum do passado. O direito, ao contrário, pretende construir as bases do futuro, pois uma lei editada hoje servirá para orientar os fatos de amanhã.

Em segundo lugar, o tempo jurídico é linear, unidirecional e irreversível: é o tempo que passa, o decorrer do tempo, a flecha do tempo. Já o tempo do mito é circular, como o das paixões. No tempo do mito observa-se o retorno eterno de todas as coisas, mesmo após uma série quase ilimitada de eventos e de transformações cíclicas. O passado retorna indefinidamente e o futuro se realiza inexoravelmente, como o mito de Prometeu acorrentado em um rochedo do Monte Cáucaso, em que seu fígado era devorado diariamente por uma ave de rapina e reconstituído à noite; e o mito de Sísifo, condenado a rolar uma rocha até o topo de uma montanha, de onde a pedra recai pelo seu próprio peso, e, no dia seguinte, ele recomeça o mesmo trabalho inútil e vão.

No entanto, o pensamento jurídico, ao mesmo tempo que se interroga sobre o futuro, deve também voltar-se para o passado, suas origens, para se compreender em uma perspectiva histórica. E uma das primeiras funções do mito foi narrar a instituição da comunidade humana. É preciso reconhecer que, talvez, são essas metanarrativas que dão sentido à nossa existência e que podem reforçar a legitimidade do direito em sua dimensão institutiva.

Nesses cruzamentos do positivismo jurídico, uma teoria do direito como discurso narrativo se desenvolve desde muito tempo, destacando a dimensão simbólica¹²⁰ do direito e, notadamente, o papel pedagógico que ele exerce ao proclamar sua ligação com os valores. Aqui, o recurso à simbólica jurídica tenta explicar o inefável através de suas metáforas e de suas representações figuradas.

Neste ponto, o movimento Direito e Literatura, iniciado nos Estados Unidos, propõe-se a dialogar com grandes obras literárias, com vistas a tecer o pano de fundo de uma teoria do direito recontado¹²¹. Todavia, ainda que essa iniciativa seja particularmente fecunda, uma

¹²⁰Sobre a simbólica jurídica, cf.: TZITZIS, Stamatios. **La personne, l'humanisme, le droit**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2001, p. 137 e seguintes.

¹²¹OST, François. **Raconter la lois: aux sources de l'imaginaire juridique**. Paris: Odile Jacob, 2004, p. 34 e seguintes.

das principais críticas endereçadas a tal teoria diz respeito ao risco de se levar o direito à “não-realidade” da ficção, à diluição da racionalidade formal na frivolidade estética.

Então, por que apelar à mitologia grega para falar sobre direito e paixões? Por vários motivos. Em primeiro lugar, porque, em diferentes níveis, os mitos exprimem os mesmos valores, as mesmas inquietações e os mesmos segredos da alma humana¹²², que é o terreno das paixões. Em segundo lugar, porque, na Grécia, os mitos apresentam a particularidade de estarem integrados na cidade e nas instituições políticas. O momento trágico, entre os séculos VI e V a.C., marca a transição da tradição mítica para o pensamento jurídico e político, isto é, do irracional ao racional¹²³; e, no final do século VII, dá-se o nascimento do *nomos*, como lei humana. Em terceiro lugar, se o direito representa o espaço veiculado pelas leis, o justo remonta a uma cultura situada entre o mito e a razão, ou seja, nas fronteiras da opacidade e da transparência do ser, lá onde o racional se considera muito limitado para explicar algumas relações ético-jurídicas¹²⁴.

4.1.1 O direito na *Oresteia* de Ésquilo

A *Oresteia*¹²⁵, de Ésquilo (525-456 a.C.), uma das maiores e mais antigas peças sobreviventes da cultura ocidental, possui um importante significado para a aproximação positiva do direito e da emoção¹²⁶. Nesta obra, que celebra a instauração do tribunal de Atenas, onde o direito e a potência da cidade vêm substituir a antiga lei de expiação por assassinato, Ésquilo traz à luz a origem da justiça, tal como nós conhecemos hoje. A *Oresteia* descreve a passagem da vingança privada à justiça instituída¹²⁷. Aqui, o problema do direito é tratado sob a forma de um grande conflito entre o direito antigo, aquele das Erínias, e um direito novo, ligado à ordem da cidade. O novo direito aparece como uma solução necessária

¹²²JUNG, Carl Gustav. **Les racines de la conscience**. Paris: Buchet-Chastel, 1971.

¹²³VERNANT, J.P.; VIDAL-NAQUET, P. **Mythe et tragédie en Grèce ancienne**. Tomo 1. Paris: La Découverte, 2001, p. 16.

¹²⁴TZITZIS, Stamatios. **La personne, l'humanisme, le droit**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2001, p. 137.

¹²⁵ÉSQUILO. **L'Orestie**. Paris: Flammarion, 2001.

¹²⁶“Avec tout le pathos que peut contenir une tragédie grecque, Eschyle montre dès l'Oreste où mène la puissance qui n'est pas encore publique, à savoir le principe de la vendetta” (HÖFFE, Otfried. **Un droit pénal interculturel**. Trad. Lukas K. Sosoe. Collection Dikè. Québec: Presses de l'Université Laval, 2016, p. 65).

¹²⁷OST, 2004, p. 91.

para colocar fim à justiça privada fundada na vingança. Ele repousa sobre a figura do terceiro imparcial que torna possível a triangulação do litígio¹²⁸.

O enredo nasce quando Agamenon, ao partir do cerco de Troia, confia a guarda de sua esposa e dos seus Estados a Egisto, encarregando um poeta e músico de confiança de vigiar a conduta do tenente e da esposa. Os dois foram infiéis: Egisto apaixonou-se por Clitemnestra e combinou com ela a morte do seu marido. Quando Agamenon retornou, a esposa adúltera mandou assassiná-lo, primeiro para vingar a morte de sua filha Ifigênia, mas sobretudo para tomar o poder com a cumplicidade de seu amante Egisto. Depois do assassinato, Clitemnestra casa-se publicamente com Egisto e lhe pôs a coroa na cabeça. Os conspiradores pretendiam também matar Orestes, filho de Agamenon, que poderia, depois de adulto, tornar-se perigoso. Electra, irmã de Orestes, salvou a sua vida mandando-o secretamente para a casa do tio, rei da Fócida, e, por meio de mensagens, lembrava frequentemente ao irmão o dever de vingar a morte do pai. Quando se tornou homem, Orestes consultou o oráculo de Delfos, que fortaleceu sua intenção de vingança. Orestes foi então para a cidade de Argos e, com autorização de Apolo, vingou-se, matando a mãe e seu amante. O matricídio provocou a ira das Fúrias, ou Erínias, as deusas que personificam a vingança. Elas punem homicidas com remorsos de modo implacável, com torturas que podem levar à loucura.

A tragédia de Ésquilo representa claramente a violência: o infanticídio da filha, o assassinato do esposo e o matricídio cometido por Orestes, desencadeando o ciclo infernal da vingança que não conhece nenhuma trégua. O quadro do pintor francês do século XIX, William Bouguereau, retrata a cena de Orestes perseguido pelas Fúrias:

¹²⁸LARRIEU, Peggy. **Mythes grecs et droit**: Retour sur la fonction anthropologique du droit. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2017, p. 33.

Figura 2 - O remorso de Orestes, de William Bouguereau.



Fonte: google.com

Na pintura, observa-se o contraste de quatro corpos em movimentos, e um paralisado. Trata-se de Orestes, tapando os ouvidos, enquanto é perseguido por três mulheres furiosas - as Eríneas -, que fixam o olhar sobre ele e apontam-lhe o dedo indicador, chamando a atenção do jovem para a figura de sua mãe, a rainha Clitemnestra, desfalecida, apunhalada no coração por ele.

Além da instauração do tribunal do Areópago, outros dois aspectos do direito são especialmente importantes na Oresteia; a paixão é vista como um elemento central e necessário do direito e este é tomado como um fenômeno de gênero¹²⁹. O ponto de partida, segundo Gewirtz, é entender o que são as Fúrias e o que elas representam. São elas que levam a acusação contra Orestes, culpado pelo homicídio de sua mãe, e representam complexas

¹²⁹Sobre a questão de gênero que há na trilogia, observa-se que os deuses masculinos foram substituídos pelas figuras femininas como governantes do universo. As Fúrias são forças femininas que insistem em conferir um lugar às emoções – emoções de dor, de raiva, de terror – fora da esfera familiar (GEWIRTZ, Paul. *Aeschylus' Law*. Faculty Scholarship Series. 1710, 1988, p. 1051). Athena, por sua vez, representa o princípio masculino e a construção da ordem jurídica, é filha de Métis, e teve a prudência de associar as figuras femininas na fundação do Areópago, o tribunal humano (LARRIEU, 2017, p. 38).

forças de paixão, ligadas em vários pontos à vingança, ao medo, à raiva, à violência, à consciência, ao instinto, à sensação de dor, à memória de tristeza, ao primitivo, ao emocional e ao irracional¹³⁰. No entanto, essas emoções muitas vezes falham em mostrar o aspecto positivo que Ésquilo vê nas Fúrias ao instaurarem uma nova ordem.

Na estrutura da Oresteia, as Fúrias não representam uma ameaça; elas são parceiras do direito (*law's partner*), reforçam o respeito às normas jurídicas e promovem a “reverência” pelo justo, o que, por sua vez, é uma fonte de prosperidade social. Vejamos esse trecho do Coro:

Às vezes o temor é bom e deve,
como se fosse um guardião da mente,
manter-se vigilante em seu lugar.
É útil aprender sabedoria
tendo por mestre o próprio sofrimento.
Quem não refreia o coração com o medo
- tanto as cidades como os habitantes -
não é capaz de curvar-se à justiça¹³¹.

Como se observa, as emoções “negativas” são benéficas, de modo que direito e paixão são inseparáveis. As Fúrias não são agentes da razão; elas conduzem os espíritos da lei, mostrando que um direito estável está enraizado nas paixões e não é transcendente. Através das Fúrias, o direito é reforçado pelo terror, o julgamento legal é amadurecido pela dor e um conjunto de emoções são suscitadas no ordenamento jurídico como uma fonte de ação social e compreensão frutíferas e, às vezes, perturbadoras. Em suma, a inclusão das Fúrias é um desafio para algumas visões do direito segundo as quais as regras da razão devem dominar os julgamentos. Gewirtz aponta que o direito não é, e não pode ser uma operação da razão sozinha, mas inclui emoções não-rationais como um ingrediente central e essencial. Segundo ele,

direito pode ser em parte – talvez na maior parte – um processo de julgamento racional, mas ele também recruta forças além da razão, como a maioria das coisas da vida. É insensato e talvez perigoso, nessa visão, imaginar que o direito pode ou deve ser feito de modo perfeitamente racional. Em parte, forças não-rationais têm um lugar no direito, simplesmente porque o “terreno do direito (e o terreno da advocacia) deve ser as realidades da vida, em toda a sua emaranhada

¹³⁰GEWIRTZ, 1988, p. 1.046-1.047.

¹³¹ÉSKUO. **Eumenides**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/50491028/Esquilo-Eumenides>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

complexidade”. Toda sociedade atual contém forças que rebaixam modelos lógicos e claras linhas de autoridade¹³².

Na verdade, no início da tradição do pensamento ocidental, na Grécia, Ésquilo antecipou a complexidade da ordem jurídica que, desde a origem, está enredada em um conjunto de contradições e dualidades: o direito se relaciona com o divino, mas é incontestavelmente humano; aspira à objetividade, mas encontra a subjetividade de modo inevitável; molda o futuro, mas está amarrado ao passado; segue o compasso da razão, mas seu ritmo vêm das paixões.

Ao final, a Oresteia se fecha em um conflito não resolvido. As oposições entre o antigo e o novo, o feminino e o masculino, a vingança bárbara e a justiça humana são deixadas sem solução. Todavia, contrariamente ao que se pensou durante séculos, os mitos e as tragédias não são desprovidos de razão. Eles apresentam uma forma de lógica, chamada de “lógica do ambíguo, do equívoco, da polaridade”¹³³. Essa lógica da ambivalência é uma especificidade da tragédia: mais do que evoluir, ela pretende dar lugar à coabitação, mostrar uma dupla visão, debater com um passado sempre vivo, com um outro, permitindo manter uma certa tensão entre os opostos¹³⁴.

4.1.2 *O nascimento de Eros*

A antiguidade nos legou três versões para o nascimento do deus. Na primeira delas, apresentada por Hesíodo na Teogonia, Eros é uma força que existe no Caos, e que ordenou os elementos garantindo o seu eventual desdobramento em Cosmos. Ou seja, embora confundido como desordem e confusão, Eros restaura e organiza a massa informe e aberta, o que lhe confere uma força ordeira e de atração ao aproximar os corpos dispersos e soltos. A potência de Eros se estende para além da natureza viva e animada: ela aproxima, une, mistura, multiplica, varia as espécies de animais, de vegetais, de líquidos, de fluidos, enfim, de toda a criação¹³⁵. Segundo Junito Brandão, Eros é “a pulsão fundamental do ser, a libido, que impele toda a existência a se realizar na ação. É ele que atualiza as virtualidades do ser, mas essa

¹³² GEWIRTZ, Paul. *Aeschylus Law*. Faculty Scholarship Series. 1710, 1988, p. 1049.

¹³³ VERNANT, J.P. *Mythe et société en Grèce ancienne*. Paris: La Découverte, 1974, p. 250.

¹³⁴ LARRIEU, Peggy. *Mythes grecs et droit: retour sur la fonction anthropologique du droit*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2017, p. 39.

¹³⁵ COMMELIN, Pierre; MARÉCHAUX, Pierre. *Mythologie grecque et romaine*. Paris: DUNOD, 1995, V. Eros, p. 12.

passagem ao ato só se concretiza mediante o contato com o outro”¹³⁶. Ou seja, Eros é uma força perturbadora que desencadeia a ação. Ele é quem inspira ou produz esta invisível e inexplicável força de atração entre os seres.

Em outra variante do mito, Eros aparece como filho de Ares, deus da guerra, e Afrodite, deusa do amor. Tal filiação nos conduz a enxergar características de ambos os genitores: Eros detém a energia destruidora de Ares, o flagelo dos homens, mas também a necessidade de unir-se a outro, como sua mãe, Porné, deusa das meretrizes. Dessa junção, nasce a ideia do amor tido como concupiscência: desejo (por Afrodite) e morte (por Ares), símbolo de uma realidade que tanto destrói, como fecunda.

Por último, Platão, na obra *O Banquete*, nos deixou uma versão para o nascimento de Eros. Este é filho de Poros e Pênia, a abundância e a penúria, duas realidades que se contradizem, mas que se manifestam mutuamente na figura do deus, que foi concebido no dia do nascimento de Afrodite (coincidência muito pertinente). Vejamos essa ambivalência:

concebido nas festas em honra do seu nascimento, [Eros] é, por natureza, um apaixonado do Belo, pois que Afrodite é bela. Por outro lado, a condição de filho do Engenho e da Pobreza ditou-lhe o seu destino. Condenado a uma perpétua indigência, está longe do requinte e da beleza que a maior parte das pessoas nele imaginam...Rude, miserável, descalço e sem moradia, estirado sempre por terra e sem nada que o cubra, é assim que dorme, ao relento, nos vãos das portas e dos caminhos: a natureza que herdou de sua mãe faz dele um inseparável companheiro da indigência. Do lado do pai, porém, o mesmo espírito ardiloso em procura do que é belo e bom, a mesma coragem, persistência e ousadia que fazem dele o caçador temível, sempre ocupado em tecer qualquer armadilha; sendo de saber e invento, passa a vida inteira a filosofar, este hábil feiticeiro, mago e também sofista! Deste modo, não é por natureza mortal nem imortal. No mesmo dia, tanto floresce e vive, segundo está senhor dos seus recursos, como morre para voltar à vida, graças à natureza do seu pai. Porém, os seus achados escapam-lhe continuamente das mãos, de tal sorte que nunca se encontra na indigência nem na riqueza: antes num meio termo que é, de igual modo, entre sabedoria e ignorância¹³⁷.

O discurso de Sócrates, por Diotima, sobre o nascimento de Eros nos oferece a imagem precisa sobre o amor como experiência ambígua, contraditória, entre duas realidades díspares, a vida e a morte. Assim, a gênese de Eros é o diálogo, mais do que possível, entre o fatídico e a experiência da paixão. Nossa tarefa agora será encontrar os pontos de apoio que nos autorizam a falar de direito e paixão como fenômenos que se interpelam.

¹³⁶BRANDÃO, Junito. **Mitologia Grega**. Volume I. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 189.

¹³⁷PLATÃO. **O Banquete**. Lisboa: Edições 70, 2006, p. 71-72.

4.1.3 *Um encontro entre Eros e Diké*

Pelos motivos elencados acima, entendemos que é preciso unir Eros, deus das paixões, a Diké, deusa de justiça e representante da instauração de um direito novo na pólis¹³⁸. Embora na mitologia grega não haja referências ao relacionamento dessas duas divindades, no âmbito do direito, Diké, representando a dogmática jurídica, a esfera da legalidade e da normatividade do direito, e Eros, símbolo da afetividade, do entusiasmo, da ternura não cronometrada, encontrar-se-ão indissociavelmente unidos.

Thêmis, filha de Urano, o Céu, e Gaia, a Terra, faz parte da geração dos Titãs. Deusa da ordem e da Justiça, ela personifica a ordem do mundo, o equilíbrio de todas as coisas, a lei divina e moral (*thêmis*, em grego, significa “aquilo que é estabelecido como regra”¹³⁹). Ela inventou os oráculos, os ritos e as leis. Thêmis é a segunda esposa de Zeus, após Métis. De sua união com o mestre dos deuses, nasceu Diké, deusa da justiça, irmã de Aletheia, deusa da verdade. Interessando-se, essencialmente, pelas querelas dos homens, Diké se torna o símbolo da justiça; e a palavra do juiz é a sua encarnação. De acordo com o professor português Sebastião Cruz, a deusa Diké era representada na Antiguidade, sem a venda, com uma espada na mão direita e uma balança na mão esquerda, seus olhos estavam sempre bem abertos¹⁴⁰. A visão, portanto, não é um sentido dispensável para a concepção de justiça grega.

Eros, que faz parte das divindades primordiais, ainda que seu papel seja mais passivo em Hesíodo, representa aquele que conduz os deuses a copularem e se unirem indefinidamente. Ele é quem liga, quem junta. No entanto, este acoplamento não conhece freios, nem limites, e, por isso, produz o incesto, o canibalismo, a partenogênese. Apenas através de uma distância, que percorre emoções de raiva, de ira e de dor, a ordem pode ser instaurada. Essa distância, que repousa sobre a Discórdia, é simbolizada por Éris, filha da Noite. A ação de Éris, cujo nome se assemelha ao das Eríneas (deusas da vingança), tem a função de diferenciação, separação e distanciamento, que são condições necessárias para o nascimento do indivíduo na sociedade. Sem ruptura, sem separação, tudo seria indiferenciação, fusão e caos. A partir da separação, o espaço e o tempo aparecem para permitir o estabelecimento de uma ordem estável. A ordem nasce a partir de uma desordem

¹³⁸RAMNOUX, Clémence. *La Nuit et les enfants de la Nuit dans la tradition grecque*. Paris: Flammarion, 1986, p. 137.

¹³⁹COLLOGNAT, Annie (dir). *Dictionnaire de la mythologie gréco-romaine*. Paris: Omnibus, 2012, V. Thémis, p. 862.

¹⁴⁰CRUZ, Sebastião. *Ius. Directum (Directum)*. Coimbra: Edição do Autor, 1974, p. 27.

que confina o informe. Com a saída do caos original, da indiferenciação, torna-se possível a instauração de uma ordem político-jurídica. Todavia, esta ordem não pode se manter sem a intervenção das forças de ligação.

Portanto, a união de Diké e Eros, do direito e das paixões, possui a característica da ambivalência, permitindo manter os elementos opostos em um estado de tensão dinâmica. Entre os polos opostos, identificados por Éros e Diké, existe um movimento incessante de transformação dialética que assegura um equilíbrio sempre renovado¹⁴¹. Os dois opostos, dois termos contrários, coexistem e coabitam porque não conhecem jamais a exclusão. É esta coexistência, sempre impossível e sempre realizável, de um mundo privado e de um mundo comum ou público, que permite a emergência do social¹⁴². Ninguém melhor do que o poeta Luís Vaz de Camões para explicar essa ambivalência:

Amor é um fogo que arde sem se ver;
É ferida que dói, e não se sente;
É um contentamento descontente;
É dor que desatina sem doer¹⁴³.

Essa também foi pensada pelos filósofos pré-socráticos do século VII a.C.¹⁴⁴, que se vinculavam a princípios abstratos, tais como a vida e a morte, o ser e o não-ser, a aparência e a essência. Dois séculos antes de Aristóteles, Heráclito rejeitou o princípio da não-contradição, proclamando a unidade e a indissociabilidade dos contrários¹⁴⁵. Na verdade, mais do que uma unidade, fala-se em coexistência de contrários que cedem lugar às transformações de cada um dos polos. Longe de serem indiferentes e confundidos, esses contrários coabitam. Umberto Eco também explica essa ambivalência presente no mundo grego:

O mundo grego é constantemente atraído pelo Apeiron (infinidade). Infinitude é aquilo que não tem *modus*. Foge à norma. Fascinada pela infinitude, a civilização grega, ao lado do conceito de identidade e não-contradição, constrói a ideia de metamorfose contínua, simbolizada por Hermes. Hermes é volátil e ambíguo. É pai de todas as artes, mas também o deus dos ladrões – *juvenis et senex* ao mesmo tempo. No mito de Hermes, encontramos a negação do princípio de identidade, de não-contradição, e do terceiro excluído, e as cadeias causais enrolam-se sobre si

¹⁴¹LARRIEU, Peggy. **Mythes grecs et droit: retour sur la fonction anthropologique du droit**. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2017, p. 42.

¹⁴²LARRIEU, 2017, p. 28-30.

¹⁴³CAMÕES, Luís de. **Poesias lyricas selectas de Luiz de Camões**. Imprensa da Universidade, 1876.

¹⁴⁴DUMONT, J. P. **Les écoles présocratiques**. Paris: Gallimard, 1991.

¹⁴⁵HERÁCLITO. **Fragments**. Paris: Flammarion, 2004, n°. 51: “l’harmonie est le résultat d’une tension entre contraires, comme celle de l’arc et de la lyre”.

mesmas em espirais: o “depois” precede o “antes”, o deus não conhece limites espaciais e pode, em diferentes formas, estar em vários lugares ao mesmo tempo¹⁴⁶.

Ainda, segundo a fórmula de Michel Foucault, a lógica do mito é uma “lógica da conexão do heterogêneo e não de homogeneização dos contrários”¹⁴⁷. Termos bipolares opostos não são excluídos; eles combatem, sem se destruírem. Cada um dos polos pode tomar, alternativamente, a posição dominante. No mesmo sentido, a professora mineira Mônica Sette Lopes nos fala sobre mito e direito:

No seio do grupo, a presença concreta da realidade oferecia-se à recepção imediata dos sentidos. **A regra e o fato que ela visava a regular se conectavam como uma faculdade do próprio corpo**, como mais um elemento que se agregava àqueles que fomentavam a possibilidade de sobrevivência¹⁴⁸.

Não pretendemos aqui dizer que a lógica da ambivalência seja superior ao princípio da não-contradição e à racionalidade jurídica. No entanto, o ponto fraco da racionalidade jurídica é que ela abafa um dos polos da contradição, aquele que está ligado à destruição, à violência, à miséria e ao mal¹⁴⁹. Ela tenta impedir as contradições até o ponto em que todas as ambiguidades, as oposições, abram caminho às significações unívocas. Ela reprime o conflito, unindo-se exclusivamente a um dos polos opostos¹⁵⁰. A resolução do conflito é pensada pela racionalidade jurídica como a possibilidade de sua superação; todavia, essa visão conduz não somente à erradicação da alteridade, mas sobretudo a um pensamento asséptico do direito, reduzido a um universo pacífico, livre da violência, do conflito, do mal e da transgressão. Ou, nas palavras do Professor Paulo Ferreira de Cunha, “o direito vive um dualismo ou um antagonismo intrínseco, que não é necessariamente uma coisa ruim, mas que não lhe dá paz”¹⁵¹.

Ao contrário, as paixões reconhecem a fecundidade da transgressão ou, ao menos, a necessidade de lhes conceder um assento em nossa sociedade. O termo transgressão é oriundo do latim *transgressio*, que significa “passar para o outro lado”, “atravessar”, “ultrapassar um

¹⁴⁶ECO, Humberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34.

¹⁴⁷FOUCAULT, Michel. **Naissance de la biopolitique**. Paris: Galimard, 2004, p. 44.

¹⁴⁸LOPES, Mônica Sette. **Uma metáfora: música e direito**. São Paulo: LTR, 2006, p. 25.

¹⁴⁹GIRARD, René. **La violence et le sacré**. Paris: Albin Michel, 1990, p. 387.

¹⁵⁰BENASAYAG, Miguel; DEL REY, Angélique. **Éloge du conflit**. Paris: La Découverte, 2007.

¹⁵¹“*Le droit vit un dualisme ou un antagonisme intrinsèque, qui n'est pas nécessairement une chose mauvaise, mais qui ne lui donne de paix*” (CUNHA, 2003, p. 12.)

limite”, daí a ideia de enfrentar uma ordem, uma proibição, uma regra, uma lei¹⁵². A transgressão é, portanto, um convite a “ultrapassar”, mas também uma operação de delimitação daquilo que é proibido e permitido. É um instrumento que traça, de maneira fictícia, o espaço do dever ser. Ela dá origem ao possível quando delimita o que “é” e o que “deve ser”.

A transgressão pressupõe, assim, a existência de uma proibição: transgredir é enfrentar uma regra ou violar uma lei: “ela é uma passagem da lei ao fora da lei, do permitido ao proibido [...], ela é uma garantia do estabelecimento de uma ordem social”¹⁵³. Logo, sem proibição não há transgressão; e sem transgressão, não há mais proibição. Existe uma dualidade paradoxal, mas fundamental, na transgressão. De um lado, ela é destruidora, animada pela violência física ou simbólica; de outro, ela é criadora de novos sistemas de valores. Trata-se de uma forma de violência regeneradora que permite assegurar a perenidade da ordem estabelecida.

O drama de Adão, por exemplo, no paraíso é que ele não podia tocar no fruto proibido. Mas é quando ele transgride essa proibição que ele dá origem ao desenvolvimento da sociedade humana. Ou seja, é uma transgressão fundadora: a interdição divina e sua transgressão criam o homem.

No mesmo sentido, a tragédia de Prometeu é a fatalidade do homem acorrentado pelo pathos, porque transgrediu as leis divinas, ousou ultrapassar os limites possíveis e desceu do Olimpo, onde desfrutava de paz e sublimes banquetes, até a Terra. A descida de Prometeu é simultaneamente gloriosa e trágica: ao presentear com o fogo olímpico os mortais, ele é condenado ao confinamento na condição de um titã inferior. Apaixonado pela raça humana, era preciso se oferecer a ela. Mas seu ato de imprudência, a intenção de promover a civilização do homem, resultou em sua condenação. O roubo do fogo divino e a descida prometeica são o seu declínio. Prometeu é, assim, a imagem da transgressão, da híbris, da rebeldia de um impulso que não isentou nem mesmo os imortais.

O pensamento de Durkheim também coloca em evidência a fecundidade da transgressão¹⁵⁴. Segundo ele, o crime é um fenômeno útil, pois contribui para a evolução das

¹⁵²LAROUSSE. **Dictionnaire**. Vº. “Transgression”. Disponível em: <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/transgression/79136>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

¹⁵³MARRANI, David. La transgression comme acte fondateur de la société humaine. In: SUEUR, Jean-Jacques; RICHARD, Pascal (dir). **La transgression**. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 479-496, p. 479.

¹⁵⁴DURKHEIM, Émile. Crime et santé sociale. **Revue philosophique**. 1985, nº. 39. Disponível em <http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_2/textes_2_04/crime_sante_sociale.html>.

consciências e constitui uma antecipação da moral que virá. Uma sociedade sem transgressão seria impossível e, sobretudo, estéril, pois é com a lei e o crime que nasce o homem civilizado, através da oscilação entre a transgressão e a renúncia à transgressão. Sem crime, a punição não existiria e o caráter coercitivo do direito seria uma mera ficção. O ritual judiciário se opera em nós como uma memória, para nos lembrar a ambivalência fundadora do direito, permitindo-nos ligar o tribunal psíquico e o tribunal “social”. No fundo, por trás do ritual judiciário, esconde-se o sagrado, o religioso, o mágico que liga o tempo e o espaço, para nos dizer que o homem não é mais livre como era no início. O limite entre o exterior e o interior é um muro de separação entre dois espaços, o de dentro e o de fora, e nós nos deslocamos do exterior ao interior do espaço sagrado da justiça. Os muros dos tribunais separam o profano do sagrado, o tempo iluminado pela justiça dos lugares sombrios consagrados à criminalidade¹⁵⁵. Eles impõem a separação do bem e do mal. As representações do tribunal e da transgressão contribuem para a junção entre direito e paixões, entre justiça e desenvolvimento humano.

Com efeito, esse jogo permanente entre os elementos heterogêneos do direito e das paixões manifestar-se-á através do que chamaremos de Erótica jurídica. Ela carrega, em si mesma, a possibilidade de transformações dialéticas entre os polos opostos. Todavia, sua ambivalência em nada se compara a um retorno à indiferenciação; a Erótica jurídica se afirma como um pensamento do diálogo e da complexidade¹⁵⁶ fundadora do pluralismo de valores.

4.2 Por uma Erótica jurídica, a cópula entre direito e emoção

Nos últimos anos, o paradigma positivista entrou, como se sabe, em um colapso radical. O debate desenvolvido no cerne da tradição epistemológica, de uma parte, e o crescente êxito da reflexão hermenêutica, de outra, estimularam a busca de nexos relevantes entre aqueles dois mundos que o positivismo queria separar: entre o mundo do sujeito, das paixões, dos esquemas valorativos, do enraizamento ambiental; e o mundo da lógica rigorosa e das demonstrações retóricas.

Acesso em: 17 ago. 2017.

¹⁵⁵MARRANI, 2013, p. 495.

¹⁵⁶“O termo complexidade evoca mais do que uma simples complicação. Ele reconduz à ideia de recursividades e emaranhamentos de relações de um nível institucional a outro. Nesse ponto de vista, a complexidade é inerente às relações sociais e econômicas e, também, às relações jurídicas” (ARNAUD, André-Jean. *Modélisation de la décision complexe en droit: quelques pistes de recherche*. In: COURNARIE, Laurent; DUPOND, Pascal (dir). *Penser la justice*. Toulouse: CRDP Midi-Pyrénées, 1998, p. 242.).

A partir dessa perspectiva, entendemos que não existem os fatos de observação pura. Toda a observação é necessariamente plasmada pelas construções teóricas, pela linguagem, pela cultura, pela identidade subjetiva do observador. Os discursos do saber não mantêm uma relação direta e mimética com a realidade, não a reproduz pelo que é, mas intervêm seletivamente sobre os dados da experiência, propondo-os de forma diferente em cada ocasião. Desse modo, elaborar um discurso científico em torno de um objeto é uma complexa atividade que não se esgota na representação de algo existente, mas que procede de uma combinação dos materiais mais diversos, em que demonstrações rigorosas avançam junto com associações metafóricas em um mundo indissolúvel entre a lógica e a imaginação. Nesse sentido, contra a representação da racionalidade jurídica frequentemente veiculada, é preciso trazer à tona alguns argumentos de apoio à tese inversa que toma o direito como reflexo de nossos sentimentos, pois, nas palavras do Prof. George Browne,

por mais elucidativo que um texto possa parecer, ele se torna pobre em relação ao inesgotável potencial interpretativo que suscita. Por conseguinte, ele estará sempre aberto ao contínuo exercício espiritual da arte hermenêutica, na sua incansável faina de trazer à tona o que a própria contextura escrita do texto oculta e que, por si mesma, não é capaz de revelar¹⁵⁷.

Ao levar para o campo da arte a questão da hermenêutica, a filósofa americana Susan Sontag convida seu leitor a abandonar toda a racionalidade fria da hermenêutica contemporânea para substituí-la por uma verdadeira “erótica” artística, em que a arrogância da interpretação deveria ceder espaço para que o homem recupere sua dimensão sensorial e aprenda a ver mais, a ouvir mais, a sentir mais. Segundo Sontag:

A nossa cultura é baseada no excesso, na superprodução; a consequência é uma perda constante da acuidade de nossa experiência sensorial. Todas as condições da vida moderna – sua plenitude material, sua simples aglomeração – combinam-se para embotar nossas faculdades sensoriais. [...] O que importa agora é recuperarmos nossos sentidos. Devemos aprender a ver mais, ouvir mais, sentir mais. [...] Em vez de uma hermenêutica, precisamos de uma **erótica da arte**¹⁵⁸.

Com essa provocação, Sontag quer dizer que nossas experiências com a arte não devem ser limitadas à sensação pura; ela sugere que nós, como observadores, devemos nos

¹⁵⁷REGO, 2009, p. 21.

¹⁵⁸SONTAG, Susan. **Contra a interpretação**. Trad. Ana Maria Capovilla. Porto Alegre: L&PM, 1987, p. 23.

aproximar da arte como experiência sensorial completa, sem o peso do conteúdo da interpretação em nossas mentes. Tal como acontece com muitos outros argumentos em *Contra a interpretação*, Sontag desafia os leitores a se esforçarem para uma nova tomada de consciência dos problemas de interpretação e abordagem da arte, através de uma visão livre do peso opressivo das restrições hermenêuticas, pois “o estilo moderno de interpretação escava e, à medida que escava, destrói”¹⁵⁹.

A interpretação, como modo de percepção, é um processo biológico, mas também é fruto da institucionalização hierárquica. Os seres humanos não podem evitar a interpretação, porém, o processo natural foi interrompido e dominado por teorias formalistas cuja origem remonta à mímese na teoria literária grega. E, em resposta às regras e diretrizes exclusivas e rigorosas associadas à interpretação da arte, criadas pelos gregos e adotadas pelos teóricos e críticos ocidentais, Sontag nos propõe uma *erótica da arte*.

O cenário sociocultural traçado por Sontag é bastante similar ao atual panorama jurídico, marcado pelo excesso de normatividade, pela abundância de litigiosidade, pela tecnicidade fria e pelo formalismo estéril¹⁶⁰. Por isso, é preciso reconquistar o caminho provocador das emoções, dos sentidos e do sentimento no direito. Esta retomada dos sentidos seria, para nós, a manifestação da **Erótica jurídica**: uma alusão a Eros, deus grego do amor e das paixões que, aqui, entregar-se-á a Diké, deusa guardiã dos juramentos dos homens e das leis.

Usamos os verbos reconquistar e retomar, porque, primeiro, trata-se de uma reabilitação da “*art iuris*” como arte dialética dos antigos¹⁶¹, entre a rigidez e a flexibilidade legais; e, segundo, porque a preocupação pelos pilares e nuances sensoriais do direito não é um tema exatamente novo, como já tratamos no subitem 3.2 intitulado “Tópos jurídico: breve percurso da união entre direito e emoção”, na terceira parte deste trabalho.

Ao recuperar a noção de *Erótica*, é necessário esclarecer que a compreensão tradicional e moralmente¹⁶² orientada da palavra “erótica” deve ser evitada, pois este conceito não se restringe apenas aos sentimentos apaixonados associados ao amor erótico. O que se

¹⁵⁹ SONTAG, 1987, p. 20.

¹⁶⁰ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; CARNEIRO, Maria Francisca. Os sabores do direito: uma conjectura livre sobre o paladar da juridicidade. *Themis*, ano XVI, n.º 28/29, 2015: 23-50, p. 26.

¹⁶¹ CUNHA, 2012, p. 77.

¹⁶² O amor romântico e erótico é um tema raramente abordado pela filosofia moral. Em parte por uma questão de pudor, pois essa tradição filosófica se dobra em uma moralidade que condena a expressão e a discussão pública dos sentimentos profundos. Algumas dessas razões são kantianas, pois o amor romântico escapa do controle da vontade (NUSSBAUM, Martha Craven. *La connaissance de l’amour*: essais sur la philosophie et la littérature. Trad. Solange Chavel. Paris: Les Éditions du CERF, 2010, p. 496-497).

pretende aqui é agregar todas as possibilidades e vivências dos desejos, das frustrações, das expectativas, dos sentimentos, das paixões, das invejas, dos estágios de consciência etc., que não se cristalizam nem ficam abandonadas no tempo.

A Erótica jurídica sugere algo impregnado de subjetividade, prazer e sensibilidade, pois é o prazer que empurra o homem a ir além de seus limites e de suas possibilidades. A cultura, compreendida como o conjunto de instituições sociais, é uma continuação desse jogo dialético dos prazeres; e o prazer é uma memória histórica altamente erótica¹⁶³. Assim, é possível conceber um direito erótico que vai do prazer pessoal à dor do outro. O “eu” e o “outro” entram em conflito, porque o prazer individual, em vista de se satisfazer, vai sempre de encontro ao prazer do outro. Daí, a dor do outro, efeito de meu próprio prazer, em seu ímpeto desordenado. O eixo de toda a reflexão é a natureza humana, ponto de partida e de chegada de todos os fenômenos jurídicos.

A Erótica jurídica aparece como um método tangível de observar o direito, através de uma abordagem direta de seus elementos empíricos. É uma forma de abordagem jurídica com uma consciência sensorial elevada e uma mente aberta para experimentar o direito de maneira nova, não defensiva.

Diferente é uma perspectiva segundo a qual a “realidade” reduz-se à sua dimensão física e empírica, de maneira que são apenas esses elementos fáticos capazes de influenciar a formação do direito, a Erótica Jurídica assume, como aspecto central, uma concepção ontológica e densa da realidade. Em outras palavras, ela é um meio de abrir novos horizontes para o direito usando partes de nosso corpo e de nosso cérebro que não foram exercitadas ou desafiadas em uma abordagem hermenêutica tradicional e, assim, transformando as experiências (sejam elas decisões, normas, interpretações etc.) seguintes. Nas palavras de Stamatios Tzitzis: “juridicamente, eu existo porque o ego é manifestado pelo corpo. O direito sanciona os gestos do corpo, símbolos do estado da alma”¹⁶⁴.

Com efeito, a Erótica jurídica não se vê como o produto abstrato do puro subjetivismo solipsista de um autor. Ela é flexível, foge dos apelos fundacionistas, incorporando vários significados e possibilidades, opondo-se a toda concepção metafísica na descrição do direito e de seu conteúdo. Ela não propõe um dogma, mas uma interpretação dialética permanente do

¹⁶³ TZITZIS, Stamatios. La douleur sadienne et sa justification par les lois naturelles. In: DURAND, Bernard; POIRIER, Jean; ROYER, Jean-Pierre (Orgs). **La douleur et le droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 119.

¹⁶⁴ Tradução livre: “*Juridiquement j’existe, car l’ego se manifeste par le corps. Le droit sanctionne les gestes du corps, symboles de l’état d’âme*” (TZITZIS, Stamatios. **Esthétique de la violence**. Paris: P.U.F., 1987, p. 80).

direito. Nos caminhos abertos pelo Professor Alexandre da Maia, imagina-se aqui a “subjetividade” da Erótica,

não como a consagração de um modelo ideal e metafísico do sujeito, mas sim pela multiplicidade de desejos, vontades, pensamentos, reflexões, inseguranças incertezas que vivenciamos. A subjetividade assim imaginada é um paradoxo da unidade da diferença do sujeito no próprio sujeito. Ou seja, das múltiplas facetas com as quais ele mesmo se percebe¹⁶⁵.

O direito ganha uma dimensão erótica, quando deixa de ser abstração e se torna uma “experiência” para o ser humano, afunilando, ao máximo, a relação entre teoria e prática. Ele abstém-se de ser razão para brotar da interação entre indivíduo e natureza como forma de experiência sensível. Isto é, a compreensão de um direito erótico só se dá a partir de um desvio: é preciso desviar a atenção para o mundo empírico, solo comum, de onde o homem advém, para ir além do que a lei preconiza. É preciso desviar-se de si mesmo, da razão solitária, e voltar-se para a experiência e para os sentidos. Mario de Andrade ressaltava algumas características desta experiência de proximidade com outras partes do corpo:

Se a despreocupação pela inteligência lógica os priva de uma concepção mais técnica, mais prática da existência, por outro lado, o exercício constante das outras partes do ser, bem como a violenta luta pela vida, os leva a desenvolver extraordinariamente certas faculdades do corpo, o faro, a tatilidade, os instintos e pressentimentos¹⁶⁶.

A Erótica Jurídica valoriza a oralidade do direito, do discurso e da escrita, daquilo que serve para falar e que pode ser dito, como também os demais sentidos: o toque; o paladar; a visão e o olfato (aqui, se inclui também o “faro”, marca da intuição, da procura pelo “*fumus boni iuris*”) que a tradição jurídica atrofiou, voluntariamente, ao longo de sua história. O direito quase não toca mais as coisas. Passou a idealizá-las mentalmente, proclamá-las, mas tocá-las apenas com luvas, como num exame de corpo de delito. Para exemplificar, trazemos à tona o exemplo de Fides (origem da palavra fidúcia), a deusa da fé e lealdade que residia na palma da mão dos contratantes, e servia para selar a confiança nos contratos. Era o princípio do direito civil expresso pelo brocardo “*pacta sunt servanda*”. Todavia, foi ganhando espaço uma gradual diminuição do contato físico com os seres e as coisas no direito, em virtude do

¹⁶⁵DA MAIA, 2010, p. 144.

¹⁶⁶ANDRADE, Mário de. **Pequena história da música**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 26.

desrespeito reiterado à Fides, e esta foi substituída pela consignação por escrito dos pactos. Assim, o direito também foi aos poucos se tornando insípido e inodoro¹⁶⁷.

Ao contrário da corrente que mata os sentidos, a Erótica jurídica está em sintonia com o Direito Multissensorial ou Multisensory Law, conceito criado em 2011 pela Profa. Colette R. Brunschwig, da Faculdade de Direito da Universidade de Zurique, que concebeu a referida expressão a partir da constatação de que manifestações jurídicas verbi-voco-olfato-palato-tato-visuais eram não apenas possíveis, mas necessárias na sociedade cada vez mais plural em que se vive:

Qual é o objeto do direito multissensorial? Em termos simples, essa nova disciplina jurídica explora os fenômenos sensoriais do direito, sejam eles unissensoriais (i.e., visuais, auditivos, sinestésicos, e assim por diante) ou multissensoriais (i.e., audiovisuais, táteis-sinestésicos, visuais-sinestésicos, e assim por diante). O direito multissensorial tem por foco o direito como fenômeno uni e multissensorial dentro e fora do contexto legal. Ele lida apenas marginalmente com os fenômenos uni e multissensoriais nas fontes jurídicas em sentido estrito, porque estas são exploradas principalmente pelas já estabelecidas disciplinas jurídicas sobre o direito aplicável¹⁶⁸.

O direito erótico é ambivalente, recusa-se aos totalitarismos das certezas e aos dualismos culturais, tais como: razão-emoção; mente-corpo; alma-matéria; espírito-carne; pois esses pontos extremos, na verdade, não são opostos, mas continuidades empíricas¹⁶⁹. E a continuidade é o fio condutor da história dos homens. Uma visão unificada, portanto, é necessária para compreender a realidade, para perceber o conjunto que associa os fatos imediatos e os dados fundamentais. A continuidade não significa estagnação, ela implica um movimento contínuo, sem ruptura, mas aliança; sem oposição, mas unidade, entre a estabilidade e a mobilidade¹⁷⁰.

¹⁶⁷CUNHA, Paulo Ferreira da. **Le droit et les sens**. Paris: Atelier de l'Archer, 2000, p. 130-131.

¹⁶⁸BRUNSCHWIG, Colette R. "Law is not or must not be just verbal and visual in the 21st Century: Toward Multisensory Law". In: SVANTESSON, Dan Jerker B.; GREENSTEIN, Stanley (editors). **Internationalisation of Law in the Digital Information Society: Nordic Yearbook of Law and Informatics 2010-2012**. Copenhagen: Ex Tuto, 2013, p. 231-283, p. 240-241.

¹⁶⁹Para Dewey, essas continuidades empíricas são chamadas de díades e servem, comumente, para especificar dois polos entre os quais um domínio pode ser localizado – os pontos finais, por assim dizer, de um segmento de reta em um espaço conceitual [...]. O que transforma uma díade em um dualismo é considerar que os dois componentes se dividem e se opõem por sua própria natureza, interpretando-os à maneira dialética transcendental de Kant, como categorias da realidade, e não como formas de pensamento. [...] Dewey resolve os dualismos não por se recusar a contemplar as distinções traçadas pelos dualistas, mas por reinterpretar as diferenças consideradas substantivas e intrínsecas como sendo, ao contrário, funcionais e contextuais. (KAPLAN, Abraham. Introdução. In: DEWEY, 2010, p. 15.)

¹⁷⁰AVON-SOLETTI, Marie-Thérèse. La continuité: réalité d'une cohérence issue de l'unité entre dynamisme et

Por conseguinte, o direito erótico só pode ser pensado através de um estudo sistêmico que: (1) o considere como um todo, sem que ele seja reduzido à soma de suas partes, ou seja, como uma unidade complexa; (2) reconheça no sistema jurídico uma ficção que autorize um contínuo e permanente vai-e-vem entre o fato e a norma; (3) admita que todo direito funciona se transformando, e se transforma funcionando, ou seja, que ele se compreende pela conjunção necessária de seu funcionamento e de suas transformações; (4) se recuse às categorias disciplinares clássicas e (5) reconheça a identidade dos saberes em uma colaboração capaz de transgredir os métodos analíticos.

As tentativas de contenção das emoções se justificaram em nome, por exemplo, da “necessidade de segurança jurídica”. No entanto, o direito erótico adquire segurança quando se identifica com os elementos que o circundam, e passa a possuir, portanto, um caráter operante, o que confere ao jurista a característica de não se restringir à mera aplicação passiva da norma, desinteressada do mundo. A experiência ativa e dinâmica, as paixões, a história, a vida, a cultura seriam os fundamentos da Erótica jurídica.

Com isso, a Erótica jurídica se distancia das concepções de direito que espiritualizam-no, retirando-o da ligação com os objetos da experiência concreta, assim como das teorias que isolam o direito e a interpretação jurídica, colocando-os em um campo desvinculado das outras modalidades do experimentar.

A Erótica jurídica se coaduna com a noção de justiça como um valor sublime e infinito¹⁷¹, impossível de ser exaustivamente contida numa forma. Como tal, a justiça só pode ser experienciada no caso concreto, pois o texto legal é incapaz de realizar a justiça, assim como o texto da tragédia era incapaz de realizar o sentimento, outro dado da realidade que ultrapassa os limites da compreensão. A transcendência do sublime leva o indivíduo – no caso do direito, o juiz – a transcender a si próprio e colocar-se em sintonia com a realidade:

Tal experiência não anula os dados da realidade imediata que guiam, inevitavelmente, uma decisão: a experiência momentânea do sublime resulta, na verdade, em uma consciência fortalecida da contingência dos dados da realidade, da posição do indivíduo, do outro e das coisas no mundo. A posição relativa do decisor, todavia, não é um empecilho ao julgamento ético, mas sim uma condição: é dessa relatividade, e da contingência do problema colocado para resolução, que surge a necessidade de decidir. O que distingue a decisão ética e justa do mero exercício

estabilité. In: KOUBI, Geneviève; LE FLOCH, Guillaume; GUGLIELMI, Gilles J. (dir). **La notion de continuité, des faits au droit**. Paris: L'Harmattan, 2011, p. 37-38.

¹⁷¹SHERWIN, 2002, p. 178.

arbitrário de poder é a consciência dessa contingência e dos valores infinitos para os quais ela aponta, consciência essa proporcionada pela experiência do sublime¹⁷².

A tarefa da Erótica jurídica, portanto, é estabelecer a continuidade entre, de um lado, as formas refinadas e intensificadas da razão que são normas jurídicas genéricas e abstratas e, de outro, os eventos, atos e sofrimentos do cotidiano universalmente reconhecidos como constitutivos da experiência¹⁷³. Dentro de uma perspectiva pragmática, ambas – a razão e a paixão, a norma e a vida – constituem continuidades (não, opostos) fundamentais, pois, sozinhas, nenhuma delas é decisiva. No dizer de Benjamin Cardozo, ao expor como o juiz deve proceder:

Todos os ingredientes que ele dispõe – filosofia, lógica, analogias, história, costumes, senso de justiça e tudo que se segue – ele deve pôr na balança. Pois, colocando um peso aqui e retirando outro lá, ele deve descobrir, com toda a sabedoria possível, a maneira de equilibrar os pratos da balança¹⁷⁴.

Apenas dessa forma, o direito mantém vivo o poder de sentir o mundo em sua plenitude e torna a nossa presença nele mais significativa. A essência e o valor do direito não estão nos seus instrumentais teóricos e procedimentos de per se, mas na atividade humana dinâmica, em desenvolvimento experimental através da qual tais ferramentas são criadas e percebidas. Tal noção pode ser sintetizada, no dizer da professora pernambucana Luciana Browne, como um modo de pensar que “privilegia a experiência, a equidade e o bom senso, através da análise de cada caso concreto, o que só poderia ocorrer por meio da alforria do

¹⁷²FRANCA FILHO, 2017, p. 616.

¹⁷³As noções de experiência e continuidade podem ser aprofundadas no primeiro capítulo do livro “Arte como experiência”, no qual John Dewey expõe sua tese central, segundo a qual toda criatura recebe e sofre a influência do meio, através de uma continuidade entre os eventos cotidianos, ou seja, “*o passado se transpõe para o presente, expandindo e aprofundando o conteúdo deste último*” (DEWEY, 2010, p. 91). A partir daí, Dewey promove uma quebra de dicotomias, funde sujeito e objeto, e reconhece que a arte é consequência da interação sucessiva e cumulativa de um eu orgânico com o mundo. A estética de Dewey é profundamente hegeliana em suas qualidades holísticas, historicistas e organicistas. Ainda é necessário lembrar-se – como Nietzsche, cujo pensamento está próximo do pragmatismo em mais de um aspecto – que valores e cultura se articulam às crenças e estas não são simples ideias, mais hábitos de ação; e que possibilidades de vida ali estão certamente engajadas.

¹⁷⁴Tradução livre: “*Tous les ingrédients dont il dispose – philosophie, logique, analogies, histoire, coutumes, sens de la justice et tout ce qui s’en suit – il doit les jeter dans la balance. Puis, ajoutant un poids ici et en retirant un autre là, il doit découvrir, avec toute la sagesse possible, la manière d’équilibrer les plateau de la balance.*” (CARDOZO, Benjamin N. **La nature de la décision judiciaire**. Trad. Gwénaële Calvès. Paris: Éditions Dalloz, 2011, p. 103.)

sistema puramente formal e legalista atualmente utilizado por grande parte dos juízes e Tribunais”¹⁷⁵.

O conceito de Erótica jurídica não contradiz a postura nietzschiana que denuncia a lógica mortífera do direito, que mata a vida, quando o direito resulta de uma operação de objetividade e racionalidade de certo número de valores cujas origens residem nos sentimentos. Nessa perspectiva, o direito erótico seria um “anti-direito” ou um “não-direito”¹⁷⁶ (violência)? Não. Mas uma modalidade de direito prático, um *savoir faire* jurídico e, assim, mais próximo das coisas, da realidade empírica, do palco dos problemas jurídicos.

A noção que poderia se instalar rapidamente quando se evoca a Erótica jurídica e as relações entre direito e emoções seria a de um direito repleto de irracionalidades ou uma “sentimentalidade que não pensa”¹⁷⁷. Tal ponto de vista é, por excelência, veiculado pelo positivismo jurídico que considera, na linha de Auguste Comte, que a observação científica e racional dos fatos, afastada de toda a tentação metafísica, é o único método capaz de compreender o mundo e dirigir a sociedade. Nesse sentido, o único objeto a que deveria se interessar o jurista deveria ser o direito positivo, tornando a confecção de leis uma tarefa racional, científica, desprovida de toda contaminação pelos valores e pela moral.

De fato, reconhecemos que a racionalização, formalização e sistematização do direito são indispensáveis e supõem um indubitável progresso jurídico. Sem dogmática jurídica, sem conceitos, categorias, figuras e postulados jurídicos, a ciência do direito não existiria. No entanto, a conceitualização do direito não suprime a necessidade do sentir jurídico, pois sabe-se que o sentimento do justo e do injusto nem sempre se satisfaz com a formalização do direito. Do mesmo modo que a normatividade jurídica puramente lógica não gera efetividade, um sentimento jurídico intensamente passional ou patético pode dissolver a normatividade. Deve-se aceitar o pluralismo das visões do mundo e propor uma perspectiva plausível de mediação entre os extremos que estão sendo colocados.

O direito ganha um ponto erótico unindo-se à emoção, para afastar-se da abstração e das teorizações *a priori*, com vistas a eleger a experiência, a equidade e o bom senso, através da análise de cada caso concreto, que representam a possibilidade de superação do dualismo

¹⁷⁵BROWNE, Luciana Pereira Gomes. Ensaio sobre pragmatismo jurídico à luz do direito civil-constitucional: a importância do método pragmático para o sistema judicial brasileiro. In: FALCÃO, Clóvis; NÓBREGA, Flavianne; BASTOS, Ronaldo (Org.). **Pragmatismo jurídico**: Fundamentos e métodos de uma doutrina interdisciplinar. Recife: Editora UFPE, 2014, p. 479-496, p. 479.

¹⁷⁶BOLLERI-SCHENIQUE, 2015, p. 119-121, p. 119.

¹⁷⁷RICOEUR, Paul. **Amor e justiça**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes WMF, 2012, p. 5.

razão x emoção. Ou seja, esse **sentir** não trabalha com o dualismo racional x irracional, tão próprio das teorias jurídicas tradicionais. Pelo contrário, ele admite que as pretensas luzes da razão são apenas uma forma contingente de projeção de possibilidades da subjetividade, e não a única possibilidade¹⁷⁸.

Com isso, o juiz (estatal ou não) integra, num plano único, o mundo dos fatos e do direito, o que só pode ocorrer por meio da alforria do sistema puramente formal e legalista, utilizado por grande parte dos juízes e tribunais. No dizer do Prof. Franca Filho, são a intuição criativa e a invenção localizadas os elementos essenciais para uma decisão justa e prudente:

A intuição é a reação corporificada e sensorial integrada experimentada pelo sujeito frente à situação, enquanto a invenção é a busca e o encontro de meios disponíveis – as regras jurídicas – aplicáveis à cognição de uma dada situação; esses aspectos representam, respectivamente, o *pathos* (aspecto sentimental) e o *logos* (aspecto linguístico) capazes de informar uma decisão. A eloquência da interpretação prudente, por fim, é a condição para a atuação dentro da vida pública dessa moralidade produzida a partir da intuição e da invenção. **A eloquência combina a intuição criativa e a invenção localizada para criar uma decisão capaz de, mais do que exprimir, incorporar o valor da justiça descoberto pela experiência, integrando todos os aspectos, jurídicos ou não, do problema dado;** atualizar as potências neste disponíveis¹⁷⁹.

Essa concepção de decisão opera nos limites do direito, partindo da ideia de que é das ausências do direito que surgem seus significados, os quais não estão contidos no texto legal, não se tratando a decisão da mera aplicação de uma regra formal a um fato. Assim, na sinérgica relação entre direito e sentimento, o justo só será alcançado através da plenitude de atuação do potencial **reflexivo e intuitivo** do seu lidador, como na famosa frase de Ortega y Gasset¹⁸⁰, “eu sou eu e minhas circunstâncias”. Circunstância é o que está ao redor do homem, o que lhe ladeia. É o contorno físico e histórico-cultural que domina a vida em parte: a linguagem, a arte, a religião, o direito, o estado etc. No mesmo caminho, Frei Beto¹⁸¹, em “Aldeia do Silêncio”, afirma que “não vemos apenas com os olhos do rosto; vemos também com os da mente e do coração”, o que possibilita enxergar o outro antes de si mesmo, de modo que para descortinar a justiça é preciso extirpar preconceitos, desconfianças, difamações e tabus.

¹⁷⁸DA MAIA, 2010, p. 145.

¹⁷⁹FRANCA FILHO, 2017, p. 617.

¹⁸⁰ORTEGA Y GASSET, José. **Meditações do Quixote**. Trad. G. M. Kujawski. São Paulo: Ibero-Americano, 1967, p. 52.

¹⁸¹BETO, Frei. **Aldeia do Silêncio**. Rio de Janeiro: Rocco, 2013, p. 44.

Assim, entendemos que o direito precisa de um ponto erótico, sobre o qual nos fala Sontag. Não tem como viver em estado democrático sem romper com a estática de um direito formal. É preciso uma estética que passe a interpretá-lo de modo a acompanhar as necessidades de uma sociedade complexa e mutante. Hoje, no campo da teoria jurídica – com as perspectivas abertas pelas teorias pós-positivistas e hermenêuticas do direito – o pensamento procura uma via intermediária. Uma mutação parece se anunciar ao admitir a dinâmica da razão e dos sentimentos humanos e reconhecer que, no direito, não existem verdades eternas, de modo que não é possível buscar um sentido “correto”, “dado” ou “em-si”, construído solipsisticamente, que esteja na norma, como se esta fosse o veículo de essências de coisas e de fatos sociais.

No que diz respeito à lei pelos membros da sociedade, entendemos que a razão da validade do direito não reside em sua força obrigatória, de ordem mística, que seria intrínseca às proposições imperativas que compõem a lei. Uma concepção erótica do direito refuta a teoria tradicional que explica o respeito à lei pela existência de uma força restritiva, obrigatória, que se situa fora do mundo real. Uma tal teoria metafísica, segundo seus próprios termos, é inaceitável, pois não tem qualquer relação com os fenômenos temporais e espaciais que pertencem ao mundo humano.

Em um ponto de vista erótico, a verdadeira razão do respeito à lei, na realidade, é o resultado de um processo de interação psicossocial entre os membros da sociedade, na qualidade de atores sociais, aos quais pertence a tarefa de infundir os imperativos legais de maneira sistêmica. Ou seja, essa explicação reside no funcionamento psíquico dos indivíduos, propriamente ditos, e na influência recíproca que eles exercem uns sobre os outros. O respeito às regras jurídicas não pode ser atribuído a uma organização (por exemplo, ao Estado), nem a um ou vários indivíduos determinados, mas a um “sentimento” de vinculação, de pertencimento e de participação na vida em sociedade, geralmente transmitido pela geração antecedente (educação dos pais, da escola etc.).

4.3 Erótica, nudez e um novo paradigma no direito

O modo de se vestir formal, os ornamentos e a indumentária (a toga, a peruca, a seda, a gravata, o cabelo etc.) sempre estiveram ligadas ao mundo jurídico; a prova disso é a obra

“*La justice: les habits du pouvoir*”¹⁸², em que Jacques Boedels comenta cada detalhe dos trajés dos profissionais da justiça e de suas representações nas obras de arte.

No entanto, constatamos que a vestimenta que o discurso jurídico tem se utilizado não tem relação com a realidade. A toga do magistrado esconde suas emoções, os ritos judiciais (em especial, as regras de procedimento) as diluem até quase sua extinção, e os ternos pretos, cinzas ou azuis-marinhos dos funcionários da justiça contribuem para o distanciamento do emocional¹⁸³. Por isso, se para amar é preciso despir-se, para julgar também!

O direito despido é uma alusão à obra *Le Droit Dérobé* em que o constitucionalista francês Dominique Rousseau, arriscando-se a fazer uma comparação entre o trabalho hermenêutico e o *strip-tease*¹⁸⁴, indica a seguinte direção: “pensar o direito despido seria pensar o direito retirando suas roupas que o apresentam e o significam como direito, seria pensar o direito nu”¹⁸⁵.

Para o professor D. Rousseau, no entanto, a exposição a nu não significa, tal qual o fim de um o *strip-tease*, o revelar da verdade do direito. A nudez jurídica seria o aprendizado dos limites, não somente porque o desvelamento do direito é um gesto infinito, impossível de se saber quando se chega à completa nudez, mas também porque ao desnudá-lo nos colocamos no coração do mistério daquilo que é feito o direito. Ao vê-lo despido, porém, não poderíamos dar-lhe uma significação, sob pena de vesti-lo novamente. O direito nu seria, assim, o direito que aceita sua finitude, que se despe de toda a apropriação de significados, o que não quer dizer que é um direito que se despe da razão, mas que se abre a novas reflexões, a novos espaços de significação.

A compreensão de um direito despido, portanto, desfaz-se de toda metafísica, de todo conhecimento em direção a uma finalidade, a um lugar final onde, supostamente, repousaria a integralidade do saber e da verdade sobre o direito. O direito nu é o que se despe sem cessar de sua significação, ou que postula sem resposta a questão sobre aquilo que faz com que uma

¹⁸²BOEDEL, Jacques. **La justice: les habits du pouvoir**. Paris: Antébi, 1992.

¹⁸³PAPAU, 2009, p. 106.

¹⁸⁴Ao falar de *strip-tease*, Dominique Rousseau refere-se à obra “*Un tout petit monde*”, em que seu autor, David Lodge, diz que “a dançarina de *strip-tease* provoca seu auditório, assim como o texto provoca seus leitores, e ela dá esperança de uma última revelação que ela posterga ao infinito. Os véus, as peças de roupas, caem um após o outro, mas é a temporização no despir que torna tudo excitante, não o despir em si mesmo; pois quase como um segredo que foi revelado que nós nos desinteressamos e desejamos um outro [...] Assim como *strip-tease*, é a leitura. Todos os esforços que fazemos para sondar o coração de um texto e possuir seu sentido são vão”. (LODGE, David. **Un tout petit monde**. Trad. Maurice e Yvonne Couturier. Paris: Editions Rivages, 1992, p. 54.).

¹⁸⁵ROUSSEAU, 2007, p. 4.

regra seja chamada de “regra de direito”. Esse postulado de não-saber é, precisamente, a condição de possibilidade de um pensamento livre de restrições, aberto à pluralidade e à comunicação dos significados.

Despir o direito é, na verdade, um convite ao prazer de desvelar o direito: seus atributos, seu objeto, suas significações. E mais, é um prazer sem fim, porque todos os esforços para se apropriar da verdade do direito são vãos. Com a sagesse própria dos grandes poetas, Fernando Pessoa bem resume essa infinita constância da busca hermenêutica em seu poema “A Montanha por Achar”, de 1934:

A verdade, se ela existe,
Ver-se-á que só consiste
Na procura da verdade,
Porque a vida é só metade¹⁸⁶.

Ainda, despir o direito, retirar as vestes que o adornam, dissimulam e imprimem um sentido, significa fazer um exame das forças que atuam sobre a criação e a interpretação do texto jurídico, para compreender a passagem do texto escrito à realidade da ação¹⁸⁷. Dizer que o direito se despe é dizer que um certo número de fenômenos jurídicos não são mais analisáveis no quadro do paradigma sobre o qual está apoiada hoje a comunidade de juristas. Um certo número de fatos jurídicos apresentam-se sem que o paradigma atual possa abarcá-los, colocando-se, portanto, a questão de uma possível mudança de paradigma. Que fatos seriam esses?

4.3.1 *A descontinuidade das normas*

Segundo o paradigma atual dos juristas, o modo de representação da ordem jurídica é o da continuidade das normas. Elas se encaixam umas nas outras, de modo que cada camada de norma decorre, de maneira linear, da camada superior até a mais baixa, para formar um conjunto coerente, hierarquizado e integrado. Esta é a metáfora de unidade e acabamento bem conhecida da pirâmide e a visão monista do sistema jurídico que o acompanha. Porém, vários fatos vêm ferir esta representação linearizada da ordem jurídica, pois eles não se encaixam no

¹⁸⁶PESSOA, Fernando. **A montanha por achar**. 1934. Disponível em: <<http://arquivopessoa.net/textos/470>>. Acesso em: 8 set. 2017.

¹⁸⁷BENYEKHEF, Karim. Introduction. In: BENYEKHEF, Karim (dir.). **Le texte mis à nu**. Montréal: Les Éditions Thémis, 2009, p. 1.

quadro conceitual proposto pelo paradigma kelseniano. Por exemplo, quando a validade de tratado internacional é subordinada à conformidade de um texto nacional – a Constituição –, quando um princípio constitucional nacional obstaculiza a aplicação de uma convenção internacional, ou quando as disposições de um contrato se impõem à lei. Esses exemplos mostram um modo de produção do direito que não se adequa à imagem da cascata da qual decorrem as normas de maneira harmoniosa e linear, no mesmo sentido, de cima para baixo.

4.3.2 *O desenvolvimento de novos instrumentos jurídicos*

De acordo com o paradigma atual dos juristas, a representação hierarquizada da ordem jurídica tem a primazia acordada pela Constituição à lei como fonte formal única do direito. Expressão da vontade geral, a primazia da lei nos conduz à origem eleitoral do legislador, como também às propriedades conferidas à legalidade: a forma abstrata, geral e impessoal das leis; sua sistematização em um conjunto claro, coerente e compreensível (os códigos); e a previsibilidade das decisões das autoridades administrativas e jurisdicionais submissas à lei e, portanto, reduzidas a um simples trabalho de aplicação da legalidade a um caso concreto.

Porém, esta representação da ordem jurídica hierarquizada sobre o primado da lei não permite dar razão a um certo número de fatos, tais como o desenvolvimento massivo de novos instrumentos jurídicos. Por exemplo, o contrato. Se este sempre foi um instrumento concorrente da lei, agora ele parece o modo de organização privilegiado das relações sociais: contrato nupcial; contrato de aglomeração; contrato local de segurança; contrato territorial de exploração etc. Os indivíduos sociais tornam-se “legisladores” no lugar dos eleitos pelo povo e definem, por negociação, as regras que lhes concernem. A prática da deliberação substitui a unilateralidade da lei, como modo de produção da norma. E tudo isso se circunscreve nos domínios onde a autoridade da lei poderia parecer, *a priori*, inexpugnável.

Outros instrumentos concorrem com a lei em sua pretensão de ser a única fonte criadora do direito. São eles: as diretivas, os princípios gerais, as decisões das autoridades administrativas etc. E, se tal pluralismo de instrumentos normativos não for necessariamente novo, ele é hoje mais abundante, mais visível, e produz uma representação marginalizada da lei. Ele leva a uma racionalidade diferente daquela que informa a primazia hierárquica da lei.

Na verdade, a **generalidade** e a **impessoalidade** das regras desaparecem com os contratos, quando eles abrem às partes – concretamente identificadas – o poder de negociar suas regras particulares; a **sistematização** também desaparece quando as regras são

construídas caso a caso, por juízes guiados apenas pelo ânimo de tomar uma decisão particular, ou pelos contratantes movidos somente pela satisfação de seus interesses pessoais; e a **previsibilidade** desaparece quando as partes podem modificar as regras à medida que seus interesses exigirem. Em outras palavras, o contrato, o julgamento e todos os instrumentos concorrentes à lei passaram por um processo de mudança, em virtude dos novos aspectos que a vida concreta adquiriu, ou seja, das considerações morais, sociais, econômicas, que são “problemas” dificilmente analisáveis dentro do quadro da racionalidade atribuído à legalidade.

4.3.3 A tomada de poder dos juízes

Conforme a representação da organização dos poderes no paradigma atual dos juristas, o poder judiciário é um poder secundário. E isso decorre dos dois elementos precedentes, constitutivos do paradigma (a descontinuidade das normas e o desenvolvimento de novos instrumentos jurídicos). Se a lei – e, então, o legislador – ocupa o primeiro assento na hierarquia das fontes formais do direito, as autoridades jurisdicionais têm, necessariamente, um lugar secundário, pois elas não poderiam decidir a partir de sua vontade própria, mas da vontade da lei à qual estão submetidas. Porém, hoje, esta representação do lugar e do papel do juiz se revela incapaz de fornecer os quadros conceituais que permitem pensar o fenômeno da tomada de poder. A lei tem perdido seu lugar de ato soberano, sua posição de prestígio na ordem jurídica e sua qualidade de expressão da vontade geral da população. A representação do juiz simplesmente como boca da lei ou da Constituição é substituída por um juiz construtor da norma.

4.3.4 A disponibilidade da Referência

Segundo o paradigma atual, o ordenamento jurídico não pode ser deixado à disposição dos fatos da história e, em particular, da vontade dos homens, pois, assim, ele seria um direito que não se engajaria a nada, que não se ligaria a coisa alguma, que não teria nenhum caractere de restrição, porque ele poderia ser modificado livremente e os indivíduos teriam a faculdade de alterá-lo conforme as circunstâncias, as utilidades e os sentimentos do momento. Convém salientar, portanto, que, para que as regras sejam ditas como sendo de direito, elas devem ser remetidas à “alguma coisa” superior e exterior aos fatos e à subjetividade das vontades

humanas. Esta característica de superioridade e de exterioridade constitui a qualidade de indisponibilidade da “coisa” que lhe permite garantir a objetividade, a normatividade e a juridicidade de uma regra¹⁸⁸. De um paradigma a outro, as figuras das “coisas” mudaram, mas sua indisponibilidade é sempre postulada. Essa “coisa” é chamada, pelo professor Dominique Rousseau, de Referência¹⁸⁹, como sendo a condição indispensável à normatividade jurídica de um enunciado.

Nos paradigmas jusnaturalistas, as figuras da Referência eram o Cosmos, Deus ou a Natureza. Qualquer um deles presumia que as leis da cidade não encontravam sua razão de ser na vontade dos homens, mas na ordem do cosmos, na ordem divina ou na ordem natural das coisas (ou seja, em um lugar que escapa da contingência e do arbítrio humanos e que possui as qualidades requeridas para garantir a normatividade). O que funda a juridicidade das leis se situa assim em uma ordem metafísica ou transcendente que exige que elas sejam traduzidas sob pena de perder sua objetividade e de voltar a ser simples artificios humanos. Em seguida, nos paradigma positivistas, essas figuras se laicizaram e passaram a ser o Estado, a ordem jurídica ou a *grundnorm* (a norma fundamental kelseniana), mas as “Referências” permaneceram para ancorar a normatividade jurídica das regras.

Em outras palavras, o que fundamenta a juridicidade das normas é a possibilidade de referi-las ao Estado, tomado como o único detentor do poder para atribuir-lhes esta qualidade, ou, em uma lógica kelseniana, é a possibilidade de referir esta norma a uma outra que lhe é superior. O ponto em comum entre esses dois paradigmas é que a normatividade jurídica de uma regra depende da conformidade dessa regra a um objeto “exterior”. Ambos os paradigmas recusam a vontade dos homens como condição suficiente para a juridicidade.

Porém, hoje, não apenas as diferentes figuras da Referência se despem, mas a própria ideia da indisponibilidade de uma Referência parece se despir. Primeiro, porque a ideia de Cosmos, Deus e Natureza são referências “mudas” e, portanto, disponíveis a qualquer interpretação, maleáveis, submetidas à vontade dos homens, incapazes de preencher o papel de determinante objetivo do caráter jurídico das regras; e, depois, porque a figura do Estado se despe cada vez mais, em virtude da mundialização liberal que reduz o seu espaço e também da neutralidade axiológica que o distancia da subjetividade do mundo dos valores. Assim,

¹⁸⁸ROUSSEAU, 2007, p. 10.

¹⁸⁹Ibid., p. 9.

“pensar o direito despido seria tentar pensar o direito sem referência indisponível, ou, com uma referência que se despe sem cessar”¹⁹⁰.

O pensamento de um direito erótico e, portanto, despido se constrói como uma recusa contra a representação dos valores sobre um mundo binário (razão x emoção, sujeito x objeto, exterior x interior), pois tal imagem empobrece o pensamento. Em contrapartida, esse pensamento faz uma crítica à metafísica e, em particular, a toda ideia e de uma referência indisponível, e propõe aos juristas reinventar o campo dos valores, sem arriscar reconduzir-se ao dogmatismo jurídico dos jusnaturalistas ou ao decisionismo subjetivista dos realistas.

4.3.5 *A diversificação dos interesses públicos*

No atual paradigma, as diversas atividades de polícia do Estado – proteção da ordem pública, da saúde, da moralidade etc. – não interessam umas às outras, pois aquilo que é feito em um domínio, não traz consequência para os outros campos.

Porém, hoje, isso não é tão simples, uma vez que os efeitos daquilo que se faz para a proteção da natureza ou do meio ambiente, para o desenvolvimento territorial, para a produção e economia de energia, para o crescimento econômico, para os transportes etc., repercutem em todas as demais áreas jurídicas. Os domínios de atividades se misturam mutuamente, e as intervenções em cada um deles devem levar em consideração as consequências nas demais searas. Disso resulta uma diversidade de interesses coletivos, que conduz a uma complexidade da regulamentação jurídica para que esta seja representada do modo mais adequado possível.

4.3.6 *O predomínio de situações concretas na aplicação da lei*

A mediação de interesses divergentes, sejam eles públicos ou privados, nem sempre é realizável no plano abstrato, isto é, quando da confecção das leis. Muitas vezes, as situações de conflito só aparecem na presença de configurações concretas, sobre o terreno preciso de um assunto sobre o qual a coletividade deve tomar uma decisão, de modo que o conflito só pode ser regulamentado adequadamente em função das especificidades próprias de cada situação. Isso significa que a justa medida da aplicação da lei só pode ser feita através de uma

¹⁹⁰ROUSSEAU, 2007, p. 11.

competência discricionária. Com efeito, para elaborar a melhor solução, é preciso que se leve em conta a especificidade de cada caso, tal fato implica que o aplicador da norma (seja ele a Administração Pública, o juiz, o mediador etc.) desfrute de uma certa liberdade em sua concretização.

A ponderação dos interesses deve repousar, portanto, não só sobre as características próprias de cada sujeito, mas também de cada lugar, pois o equilíbrio dos valores engajados não é o mesmo em todos os espaços, nem podem ser ponderados abstratamente. É preciso, na maioria das vezes determinar, nas situações concretas, a solução que mais se aproxima da justa medida, pois tanto um homem, como uma floresta, uma estrada ou um monumento “têm sempre uma individualidade própria que impede que seu valor possa ser juridicamente apreendido com o apoio de critérios gerais e abstratos válidos identicamente em todas as situações”¹⁹¹.

4.4 O direito erótico precisa do direito teórico, e vice-versa

Tanto um direito puramente teórico, fruto da presunção, da subsunção, afastado da realidade concreta, assim como um direito tão somente erótico, um pensamento ancorado no puro sentimentalismo romântico, são perigosos. O primeiro é insuficiente para a descrição fiel do humano, e o segundo corre o risco de ser substituído pelo anti-pensamento, uma prática simplesmente casuística, sem valor, sem princípios, sem regras de interpretação. Desse modo, a questão da Erótica Jurídica não é estranha a uma orientação jurídico-metodológica, pois é fundamental para o corpo jurídico a dimensão dialética¹⁹² entre **pensamento sistêmico e dogmático** versus **pensamento tópico e problemático**.

Assim, nenhum direito erótico pode determinar, por si mesmo, as cores da bandeira nacional ou dos impressos oficiais, o percentual exato dos tributos federais ou a pena atribuída a um infrator, pois o arcabouço normativo que o Positivismo Jurídico nos legou, aliado ao raciocínio técnico-jurídico, o domínio da lei, o exame escrupuloso das provas

¹⁹¹MOOR, 2016, p. 87-88.

¹⁹²O termo dialética deriva da palavra grega “*dialekein*”, composta por “*legein*”, falar, e “*dia*” que indica a ideia de relação, de troca. A dialética grega é, então, a prática do diálogo, da arte da discussão regrada, a troca de argumentos na controvérsia. A dialética é o discurso que se elabora entre dois interlocutores. A origem do pensamento filosófico da dialética é geralmente atribuída a Heráclito. Segundo ele, a harmonia universal repousa sobre a oposição, a unidade se produz da multiplicidade, e a estabilidade procede do movimento. (KERCHOVE, Michel van de; OST, François. **Le droit ou les paradoxes du jeu**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992, p. 82).

apresentadas, as restrições institucionais e a experiência dos precedentes jurisprudenciais têm uma função central na cena jurídica e são concebidos como limites necessários dentro dos quais a criatividade do juiz deve atuar, para não cair num sentimentalismo romântico e passional.

Tais limites garantem a estabilidade e a segurança, limitam os prejuízos e minimizam os erros de julgamento. No entanto, esses julgamentos devem se adaptar às circunstâncias. Isso significa que o juiz não pode se resumir apenas a um poeta, nem tampouco ao homem prudente no sentido aristotélico. É preciso articular as concepções artística e aristotélica, dentro das fronteiras institucionais, para se chegar a uma forma complexa e potente de imparcialidade e realização da justiça. Os aspectos artísticos devem ser integrados a uma compreensão do raciocínio jurídico apenas como parte da reflexão de um juiz de verdade, pois este deve, igualmente, possuir diferentes competências e conhecimentos.

A imaginação, com seu lado lúdico e erótico, é o fundamento necessário para se governar um país com cidadãos livres e iguais. Sem ela, a razão é implacavelmente fria e cruel. As artes, as narrativas e a imaginação não são opostas à argumentação racional; ao contrário, elas podem lhe oferecer elementos imprescindíveis.

Todavia, a imaginação é apenas um elemento da racionalidade pública; ela não é tudo. Inclusive, seria perigoso substituir a imaginação empática pelo raciocínio moral guiado por regras, e não se pretende sugerir tal substituição. Na realidade, a imaginação é só um ingrediente necessário para uma atitude moral que reclama atenção para os seres humanos que estão longe de nós. Sem o cultivo dela, perde-se uma via de acesso essencial à justiça social. Se abandonamos a fantasia, abandonamos nós mesmos¹⁹³.

Aqui, uma concepção de direito como ciência, sistematização, conceito e rede de conceitos, lógica, alia-se a um direito como diálogo, arte, reconstrução permanente, lógica subordinada a uma razão mais flexível, notadamente a uma lógica impregnada de valor, que não é hostil aos sentimentos, à sensibilidade, às dimensões que o direito tradicional esqueceu ou sufocou, ao caminhar ao lado de outros poderes.

Nesse sentido, o Professor Paulo Ferreira da Cunha ensina que:

O excesso de pensamento sistemático (é preciso sempre uma certa sistematicidade no direito, mas com discernimento) se transforma, na verdade, em dogmatismo estéril e mesmo nocivo, estanho à Justiça como à realidade, seja ela natural ou

¹⁹³NUSSBAUM, 2015, p. 22.

social. Ao contrário, o excesso de pensamento tópico e problemático consistiria em cair no subjetivismo do “direito livre” (concentrado sobre a subjetividade do juiz e do rousinol que o inspira ou não na noite estrelada ou não), desprezando os modelos normativos em vigor, julgando ou pleiteando claramente *contra legis* (sem que a questão da lei injusta intervenha)¹⁹⁴.

Por conseguinte, através de combinações menos usuais, híbridas ou mutantes, os juristas têm a possibilidade de compreender melhor cada uma das realidades que ele acreditava que era antagônica, para oferecer uma solução mais adequada ao caso concreto. Apenas a partir de uma dialética entre esses dois modelos, é possível reencontrar a arte do direito, “não por um justo meio cinza, mas pela compreensão – verdadeiro sentido das proposições em jogo”¹⁹⁵. Assim, a dimensão erótica do direito não recusa nenhuma racionalidade, nem mesmo nenhuma prática. Ela ultrapassa a ambas, ao colocá-las em discussão, em diálogo.

¹⁹⁴Tradução livre: “*L’excès de la pensée systématique (in faut toujours une certaine systématité en droit, mais avec discernement) se transforment en fait en un dogmatisme stérile et même nuisible, étranger à la justice, autant qu’à la réalité, qu’elle soit naturelle ou sociale. En revanche, l’excès de la pensée topique et problématique consisterait à tomber dans le subjectivisme du «droit libre» (concentré sur la subjectivité du juge et du rossignol qui l’inspire ou non dans la nuit étoilée ou non), méprisant les modèles normatifs en vigueur, jugeant ou plaidant clairement contra legis (sans que la question de la loi injuste intervienne)*”. CUNHA, 2012, p. 61.

¹⁹⁵Tradução livre: “*non par un juste milieu gris, mais par la compréhension du vrai sens des propositions en jeu*”. Ibid., p. 72.

5 EMOÇÃO, NARRATIVA E DIREITO

*pois o estilo para o escritor, assim como a cor para o pintor é um problema não de técnica, mas de visão. É a revelação, impossível por meios diretos e conscientes, da diferença qualitativa decorrente da maneira pela qual encaramos o mundo, diferença que, sem a arte, seria o eterno segredo de cada um de nós [...] Graças à arte, em vez de contemplar um só mundo, o nosso, vemo-lo multiplicar-se [...] Em suma, esta arte tão complicada, é justamente a única viva. Só ela exprime para os outros e a nós mesmos e mostra a nossa própria vida, essa vida que não pode ser “observada”, cujas aparências observáveis precisam ser traduzidas, frequentemente lidas às avessas, e a custo decifradas*¹⁹⁶

5.1 Arte e direito: um encontro

Recorremos à arte, universo da simbólica jurídica para, através de suas metáforas, tentar decifrar o inefável, pois suas metáforas expressam mensagens ontológicas que revelam o sensível. Em “A desumanização da arte”, Ortega y Gasset nos apresenta o caso de um ilustre cidadão que agoniza no leito de morte¹⁹⁷. Na “cena do perecimento” que descreve, sua esposa está junto à cama, enquanto um médico mede o pulso do moribundo. Ainda no fundo do quarto estão um jornalista e um pintor. Todos eles estão a presenciar o mesmo fato. Todavia, um único e mesmo fato – o sofrimento humano – se mostra a cada um dos especialistas de maneiras diferentes. Tão diferentes são esses aspectos, diz o filósofo, que quase seria mais exato dizer que os espectadores assistem a cenas diferentes:

Resulta, pois, que uma mesma realidade se quebra em muitas realidades divergentes quando é vista de pontos de vista distintos. E nos vem a pergunta: **qual dessas múltiplas realidades é a verdadeira, a autêntica?** Qualquer decisão que tomemos será arbitrária. Nossa preferência por uma ou por outra só pode fundar-se no capricho. **Todas essas realidades são equivalentes; cada uma é autêntica para o seu congruente ponto de vista.** O único que podemos fazer é classificar esses pontos de vista e escolher entre eles aquele que praticamente pareça mais normal ou

¹⁹⁶PROUST, Marcel. **O tempo redescoberto**. Trad. Lúcia Miguel Pereira. São Paulo: Globo, 2001, p. 172

¹⁹⁷ORTEGA Y GASSET, José. **A desumanização da arte**. Trad. Ricardo Araújo. São Paulo: Cortez, 1991, p. 33- 38.

mais espontâneo. Assim chegaremos a uma noção nada absoluta, mas, ao menos, prática e normativa da realidade¹⁹⁸.

Com suas especulações, Ortega y Gasset quer dizer que, com base nas idiossincrasias dos personagens (o sofrimento da esposa; o profissionalismo do médico; o fingimento do repórter; a atitude contemplativa do pintor), essas “realidades possíveis” reclamam um mesmo pressuposto: a experiência, a realidade vivida. E a pintura do cenário retratado, à conta da passividade do artista, representaria um grande esforço para, com a arte, modificar-se a própria realidade vivida. As metáforas, as artes, as imagens e os procedimentos de reescritura da realidade possuem esta magnífica liberdade: eles nos fazem encontrar uma semelhança e desenvolver com persistência, um pouco de lógica e alguma eloquência, o salutar exercício do retorno, para revisitar conceitos e poder sublinhar alguns traços que antes não eram visíveis.

Mas não é nada nova a aproximação do direito com a arte. A prova disso é que, desde os romanos, o conhecimento jurídico se associa ao referencial da arte¹⁹⁹. O direito e a arte, mesmo utilizando modos de apresentação diversos, partilham e valorizam o momento da “criação”, ou seja, a capacidade de produzir, pois através de seus instrumentos respectivos, um universo de sentidos ganha vida na realidade material, modificando-a até a sua completa transformação.

De todas as semelhanças do jurídico com o artístico, uma das que mais apreciamos é aquela segundo a qual há três tipos de juízes: **os juízes-artesãos**, verdadeiros autómatos que, usando só as mãos, proferem sentenças em série e em quantidades industriais, sem descer ao humano ou à ordem social; **os juízes-artífices**, que utilizam as mãos e o cérebro, mas se submetem aos métodos de interpretação tradicionais, que inevitavelmente os levam a tentar transcrever a vontade do legislador; e **os juízes-artistas**, que, com a ajuda da cabeça, das mãos e do coração, abrem melhores horizontes aos cidadãos, sem virar as costas à realidade nem às situações concretas²⁰⁰. Aqui, o juiz-artista se diferencia do artesão na medida em que, ao primeiro, vinculam-se os atributos da sensibilidade. Assim, surge a tarefa do juiz de julgar o sensível, o contingente, o belo, o terreno sobre o qual a arte se funda, não apenas tomada em sua clássica e plurívoca acepção de “belas artes”²⁰¹.

¹⁹⁸ ORTEGA Y GASSET, 1991, p. 34.

¹⁹⁹ Não é demasiado recobrar o clássico laudatório de Celso segundo o qual o direito é a arte do bom e do justo (“*Jus est ars boni et aequi*”).

²⁰⁰ NANCLARES ARANGO, Andrés Fernando. **Los jueces de mármol**. Medellín: La Pisca Tabaca Editores, 2001, p. 14.

²⁰¹ Em regra, às belas artes está associado um ideal de beleza formal exclusivamente contemplativo. No entanto,

Sobre essa junção, também nos fala o professor Marcílio Franca, trazendo à tona o artigo 20, parágrafo 3º, da Constituição alemã, segundo o qual “os Poderes Executivo e Judiciário obedecem à lei e ao direito”²⁰². Ele afirma que:

A totalidade do Direito não está contida na lei, porque a lei, simplesmente, não comporta todo o Direito. [...] Há um direito que ultrapassa a letra da lei, e é possível encontrar o Direito fora (aquém ou além) dos limites da norma jurídica positiva. Um Direito fora-da-lei, que pode estar plasmado em inúmeras outras manifestações culturais da sociedade, entre elas, e sem dúvida, as artes plásticas²⁰³.

Todos esses enunciados apontam para as insuficiências e contradições do positivismo e nos conduzem a admitir que falta um ingrediente essencial de humanidade na lógica racionalista dominante que poderia ser denominado de visão poética do mundo. Se entendermos como Heidegger que a intuição poética dos artistas é a que melhor capta a essência das coisas, podemos encontrar, na arte, uma valiosa contribuição para nos ensinar a olhar o mundo jurídico de modo mais verdadeiro; pois, na verdade, arte e direito são ambos produtos da experiência uma vez que absorvem os propósitos e valores da vida e nascem dos processos de interação entre organismo e meio.

Para Pascal Nouvel, é a lógica literária a que mais concorda com a análise dos sentimentos²⁰⁴, uma vez que a literatura (tomada em sentido lato, para incluir a totalidade das artes narrativas, como teatro, cinema, romance, poema narrativo etc) funciona segundo a lógica particular dos sentimentos, como um meio de observação, um telescópio deles, pois ela desdobra aquilo que está contido nos afetos e visita suas inúmeras significações²⁰⁵. A literatura permite produzir descrições dinâmicas do sentimento. Ela mostra o sentimento em seu movimento que se comunica com o ser²⁰⁶.

haveria beleza em um crime tenebroso? Sim, mesmo o mais cruel dos crimes há uma face bela, tal qual o quadro Guernica de Pablo Picasso, representativo do trágico bombardeio sofrido na cidade espanhola de mesmo nome. Sobre a estética do crime, cf. BROWN, Michelle. *The Aesthetics of Crime*. In: Arrigo, Bruce A.; Williams, Christopher R. (orgs.). **Philosophy, Crime and Criminology**. Chicago: University of Illinois Press, 2006.

²⁰²“Die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.”

²⁰³FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. *Ceschiatti e a Justiça Além da Lei: Duas Lições para uma Poética do Espaço-Tempo*. In: FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão, PAMPLONA FILHO, Rodolfo (eds.). **Antimanual de Direito & Arte**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 56.

²⁰⁴NOUVEL, Pascal. **Axiématique des sentiments**. Paris: Hermann Éditeurs, 2015, p. 5.

²⁰⁵NOUVEL, 2015, p. 174.

²⁰⁶NOUVEL, 2015, p. 178.

5.2 A tese de Nussbaum: a literatura como ponte entre o direito e a emoção

Martha Nussbaum, em *Poetic Justice* e *Love's Knowledge*, concentra-se na defesa da imaginação literária, na condição de catalisadora de emoções racionais, enfatizando suas contribuições para a racionalidade pública. Ela defende uma visão mais humanista do direito e, sem descartar o raciocínio moral regido por regras, acrescenta-lhe a imaginação empática, isto é, a capacidade daqueles que julgam de entrar, por imaginação, na vida de pessoas que lhe são distantes e sentir as emoções correspondentes.

Na verdade, nessas duas obras, Nussbaum nomeia um adversário: os modelos utilitaristas de escolha racional, que reduzem seus objetos de estudo a números estatísticos e porcentagens, e que hoje constituem a regra em matéria de políticas públicas, ciência política e economia do desenvolvimento. Segundo a lógica utilitarista, os indivíduos devem ser movidos pelos seus próprios interesses como maximizadores racionais de satisfação. Assim, as emoções entravam a racionalidade, pois nos conduzem a exagerar os laços pessoais, a preferir o próximo ao distante e não permitir a atitude plenamente imparcial que é a marca da racionalidade utilitarista.

O utilitarismo, que tem dominado os modelos econômicos e as esferas de deliberação públicas, é atacado em quatro pontos cruciais por Nussbaum²⁰⁷, a saber: a **comensurabilidade**, segundo a qual todas as coisas dotadas de valor podem ser medidas segundo uma única escala que comporta apenas diferenças de quantidade e não de qualidade; a **agregação**, cujo significado indica um resultado social e que é obtido através da reunião dos dados referentes à vida dos indivíduos, desconsiderando que as fronteiras entre essas vidas são importantes para a decisão; a **maximização**, segundo a qual a racionalidade social tem por objetivo alcançar a maior quantidade possível de felicidade humana (compreendida frequentemente com riqueza, satisfação e prazer); e, por fim, as **escolhas endógenas**, pelas quais as preferências dos indivíduos podem ser consideradas, do ponto de vista econômico, como um dado e não como frutos de uma escolha social. Segundo essa visão, a individualidade das pessoas, suas diferenças qualitativas, seus limites e suas liberdades de escolha não têm qualquer importância.

Através do movimento Direito e Economia, tais procedimentos passaram a exercer uma crescente influência sobre a formação de juízes e advogados. Mas Nussbaum contesta a

²⁰⁷NUSSBAUM, 2015, p. 51-52.

comparação do direito com a economia e recusa uma concepção exclusivamente científica do direito que conduz a um processo decisório quase mecânico, pois os fatos da economia política são, na realidade, percepções redutoras que só levam em consideração a aparência superficial dos objetos, e sua “razão” é uma operação dogmática do intelecto incompleta e pouco fiável²⁰⁸. Ainda que as normas tenham um papel importante a desempenhar no processo de tomada de decisão jurídica, o juiz deve estar atento à heterogeneidade dos contextos práticos, considerando a história particular e as circunstâncias dos envolvidos. Nesse sentido, o direito é uma disciplina tão humanista quanto científica e o julgamento deve se desfazer de uma visão abstrata e pseudo-matemática dos seres humanos.

Na realidade, os modelos utilitaristas elaboram perspectivas simplificadoras dos seres humanos, ao esvaziá-los do seu universo particular e privá-los de singularidade e autonomia de escolha. Nussbaum questiona, assim, a veracidade de uma construção tão imprecisa e abstrata da realidade e propõe que, na condição de norma de racionalidade científica, o utilitarismo apresenta uma visão empobrecedora do humano, ao mesmo tempo que encerra uma lógica artificial que se traduz em mecanismos de exclusão que atentam contra a dignidade humana. Através de uma metáfora da cegueira, ela nos diz que:

o espírito econômico é cego: cego à riqueza qualitativa do mundo perceptível; ao caráter separado das suas pessoas, à profundidade interior do humano, esperanças, amores e medos; cego ao que é viver uma vida humana e tentar atribuir-lhe um significado humano. Cega, sobretudo, ao fato de a vida ser algo misterioso e extremamente complicado, algo que exige ser abordado com faculdades da mente e recursos da linguagem adequados à expressão dessa complexidade [...] Se o papel da ciência é registrar e agarrar todos os fatos relevantes, a teoria de Gradgrind é má ciência, uma vez que muitos fatos humanos relevantes não são, simplesmente, notados²⁰⁹.

São as metáforas²¹⁰ que proporcionam ao pensamento abstrato, cego de imagens, uma intuição vinda do mundo que permite revelar a realidade dos conceitos e, com isso, eliminar o distanciamento que era sua condição primária de existência. A linguagem poética, todavia,

²⁰⁸ NUSSBAUM, 2015, p. 73.

²⁰⁹ NUSSBAUM, 2015, p. 74-75.

²¹⁰ Sobre metáfora e ordem jurídica, ler TIMSIT (2001, p. 3-18), segundo o qual existem duas concepções de metáforas: a primeira trata a metáfora como **figura** particular da realidade, com aplicações parciais e limitadas; a outra, apresenta a metáfora como processo fundamental de similaridade. Nesta última, a metáfora é tratada como **estrutura**, mais fundamental, não como figura de linguagem. Aqui, ela deixa de ser somente um procedimento de comparação artificial para se tornar um instrumento de compreensão essencial, perdendo seu aspecto superficial de referência a uma aparência aproximada para adquirir uma outra dimensão – aquela da implantação de uma ordem interna, até então escondida.

não é metafórica na acepção simplificada do termo: substituir um nome para um objeto que não aquele a que ordinariamente a palavra se reportou. A metáfora vai além: ela implementa a passagem de um estado existencial (o do pensamento), para um outro (o das aparências). Em Homero, percorremos esse tipo de metáfora, que, progredindo entre os objetos visíveis, simboliza, por trás, uma história encoberta. Vejamos o contexto do diálogo entre Ulisses e Penélope (Odisséia, XIX, vv. 203- 209):

E ela, enquanto ouvia,
vertia uma torrente de lágrimas,
a ponto de parecer que o próprio rosto se derretia.
Como a neve se derrete nas montanhas mais elevadas,
quando o Euro aquece o que o Zéfiro fez nevar,^[L]_[SEP]
e a neve, ao derreter, faz aumentar o caudal dos rios –^[L]_[SEP]
assim se lhe derretiam as belas faces em torrente de lágrimas,
chorando pelo marido, que estava à sua frente.

Essa metáfora aparenta combinar somente elementos visíveis: o pranto na face de Penélope é como a neve que derrete. No entanto, o imperceptível que a metáfora torna aparente é o longo inverno de separação e saudade de Ulisses, a frieza apática e sem vida, a inexorável dureza de todos aqueles anos que, aos primeiros sinais que deixavam esperar uma restabelecimento de vida, começam a dissipar-se. Em outras palavras, as lágrimas exprimiam apenas a tristeza de Penélope, mas a comparação com a “neve que derrete” faz o leitor captar toda a sua dor e desgosto em face da ausência de Ulisses, pois a metáfora abre as portas da dimensão complexa e viva do humano.

O romance nos convida a interpretar as metáforas, ou melhor, o romance se apresenta, ele próprio, como uma metáfora para não olharmos o mundo à maneira das ciências exatas. Ao ler um romance, não obtemos apenas um conjunto de imagens concretas que permitem imaginar um mundo particular, porém, mais profundamente, o romance nos causa uma reviravolta no espírito que nos permite abordar nosso mundo interior. E é justamente esse recurso – de ver uma coisa como outra – de adotar uma forma tão apreciável de percepção rica e plural, de conduzir o visível a despontar para qualquer coisa além de si mesmo, contemplando o invisível do que está ao alcance da mão. É tal concepção generosa da metáfora do visível, que acaricia todas as coisas como fins em si mesmas, que Nussbaum chama atenção para dizer que imaginar é aprender que, na vida humana, nem tudo tem que ser útil.

Com efeito, de modo contrário à proposta utilitarista, o ponto de vista de Nussbaum está revestido de um dinamismo vanguardista que a leva a propor uma alternativa viável para a racionalidade pública, lançando os alicerces do que poderia despontar como um “novo iluminismo”, no qual a razão iluminada pelos sentimentos e pela imaginação poética daria luz a um pensamento verdadeiro sobre o mundo e a vida, ensejador de escolhas e decisões adequadas à construção da sociedade justa que todos almejam. A construção literária da realidade humana e social parece mais verdadeira e informada, oferecendo bases mais seguras para o raciocínio público. Os utilitaristas não aprovam a maneira viva, colorida e singular que a imaginação retrata os possíveis, pois esta faculdade, ligada à particularidade e ao reconhecimento da incomensurabilidade, ameaça todo julgamento imparcial dos fatos e probabilidades.

A literatura assume, nesse contexto, uma função central no projeto de reforma de Nussbaum, na qualidade de espaço privilegiado para desenvolver a imaginação e cultivar a humanidade. Nussbaum mostra como certas obras literárias podem se tornar um instrumento para o raciocínio jurídico e um elemento fundamental para a educação dos juristas, em virtude do tipo de olhar que elas ensinam, permitindo-lhes adquirir ou desenvolver faculdades indispensáveis para a prática do direito.

Para melhor compreender o papel que Nussbaum atribui à imaginação literária, ela afirma que a leitura de romances, especialmente das obras realistas, além de experiências prazerosas, nos proporcionam experimentar emoções racionais. A leitura de uma boa obra literária conduz o leitor para um novo mundo de possibilidades, pois a trama que embala os personagens também lhe seduz: suas alegrias, seus medos, seus sofrimentos, suas decepções, têm o poder de nos transpor – enquanto leitores – para um novo campo de racionalidade criado pela cumplicidade entre o leitor e os personagens. Absorvidos pela leitura de um romance, provamos emoções sentidas por eles que nos instigam e afetam enquanto dramas humanos.

A apreciação de algumas obras literárias tem a capacidade de provocar, nos leitores, uma vasta experiência imaginativa e empático-emotiva²¹¹. A leitura de obras realistas permitiria conduzir o leitor (espectador judicioso) a uma posição privilegiada diante do problema apresentado na narrativa. Tal prática, enquanto recurso epistemológico e metodológico, evidencia grande pertinência e relevância no horizonte da resolução dos casos

²¹¹ SMITH, A. *The theory of moral sentiments*. V. 1. Liberty Fund Org., 1759, p. 72.

difíceis. No entanto, a imaginação literária às vezes pode se mostrar impermeável à discriminação e incapaz de acabar com os preconceitos enraizados de inúmeros seres humanos e instituições. Afinal, o recurso à fantasia, mesmo quando é concebido adequadamente, é um poder frágil em um mundo repleto de toda sorte de discriminação, dificuldade e sofrimento. Todavia, as intolerâncias humanas não podem ser encaradas como um defeito da imaginação, mas como uma deformação dos indivíduos que não exercem corretamente a fantasia.

A solução, portanto, não é rejeitar a fantasia, mas cultivá-la de modo mais coerente e humano, construindo instituições e atores que encarnem e protejam, pela solidez institucional, as intuições de uma imaginação simpática²¹². No entanto, não só a imaginação dos indivíduos é necessária. Não devemos apoiar nosso raciocínio apenas sobre esta, pois as instituições também são e devem igualmente ser penetradas pelas intuições da fantasia.

Com efeito, na trilha aberta por Nussbaum, ressaltamos que o romance e a fantasia literária não pretendem denegrir o papel da razão ou a procura científica da verdade. Nossa crítica é dirigida a uma abordagem científica bem precisa que pretende representar a verdade e a razão, mas que fracassa por deformar a complexidade dos seres humanos e de suas vidas. Ela falha em representar a razão porque se apegue, de maneira cega, a percepções e teorias psicológicas grosseiras. Ao contrário, o romance não fala em rejeitar a razão, mas de chegar até ela de uma maneira iluminada pela fantasia, considerada aqui como uma faculdade criadora. Para Nussbaum, a fantasia seria a habilidade de imaginar as possibilidades não efetivas e conceber uma coisa como outra, para experimentar uma forma de vida mais complexa:

A fantasia é uma capacidade humana e animal mais ampla – a capacidade de se concentrar sobre um objeto concreto, presente ou ausente, de modo a vê-lo (ou percebê-lo) como algo, iluminando suas principais características, discernindo seu conteúdo. Nesta função, ela [a fantasia] designa o aspecto ativo e seletivo da percepção. Mas a fantasia funciona também em uma ligação estreita com a memória, permitindo a criatura se concentrar sobre objetos da experiência ausentes, na sua concretude, e ainda formar novas combinações, não experimentadas, a partir de objetos da experiência sensível²¹³.

²¹²NUSSBAUM, 2015, p. 21.

²¹³NUSSBAUM, 2010, p. 121.

Por último, Nussbaum introduz a figura do poeta-juiz, capaz de produzir julgamentos equânimes, adaptados às complexidades históricas e humanas do caso particular. Essa figura, como veremos mais adiante, retoma a concepção de espectador judicioso (imparcial) de Adam Smith, na obra *Teoria dos Sentimentos Morais*.

5.3 O romance como palco das emoções

A tese que Nussbaum expõe em *Poetic Justice* e que fundamenta sua prática docente na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago é que a leitura de romances é um instrumento indispensável à formação dos juristas. No entanto, o grande diferencial desta filósofa do direito é que ela não recomenda apenas que o jurista se interesse, especificamente, pelos romances que tratem de direito e processo. Ao contrário, ela sustenta que o romance, como gênero literário, é necessário aos juristas em virtude do tipo de conhecimento sobre o homem que ele carrega:

Com os estudantes de direito, nós lemos Sófocles, Platão, Sêneca, Dickens. Em conexão com o trabalho literário, nós discutimos a compaixão e a clemência, o papel da emoção no julgamento público, o que está envolvido na imaginação da situação de alguém diferente de si. Nós falamos das diferentes maneiras cujos diferentes tipos de texto apresentam os seres humanos [...] ²¹⁴.

Mas por que a escolha da leitura de romances como forma de imaginar o mundo e humanizar o direito em vez de tratados ou outras formas de narrativas, como a história ou a biografia? A resposta para essas questões vem de Aristóteles ²¹⁵. Segundo ele, a arte literária é mais filosófica que a história, porque enquanto esta se contenta em nos mostrar aquilo que aconteceu, as obras literárias nos mostram diversos “possíveis”, tudo aquilo que poderia acontecer em uma vida humana. A literatura é mais filosófica e de caráter mais elevado que a história, porque permanece no universal, enquanto a história trata apenas do particular. Em outras palavras, as obras históricas e biográficas nos dão informações empíricas e se limitam a informar aquilo que efetivamente passou. A literatura, em particular o realismo, interessa-se pelas possibilidades e convida o leitor a interrogar-se sobre ele mesmo, colocando-os no lugar

²¹⁴NUSSBAUM, 2015, p. 15.

²¹⁵ARISTÓTELES. *Poética*. Trad. Ana Maria Valente. 3ª. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, capítulo IX, 1451b 4-5.

de pessoas completamente diferentes e fazendo com que viva suas experiências. Desse modo, o leitor é chamado para refletir sobre o desenvolvimento humano e ver como homens e mulheres semelhantes a si tomaram rumos diferentes, em virtude de circunstâncias contingentes.

Através de uma forte tese humanista que considera a escrita literária como uma fonte de ensinamentos, além de uma reflexão sobre o verdadeiro, o justo e o bem, Nussbaum sustenta que os textos literários são um suporte particularmente pertinente para falar do homem e das questões sociais fundamentais. As obras literárias transmitem o sentimento que existe nos possíveis laços entre os personagens e o leitor, de modo que as emoções e a imaginação deste são extremamente ativas. E é a natureza desta atividade o ponto relevante para o pensamento público e para a construção da decisão judicial.

A boa literatura provoca intensas emoções, perturba, desconcerta e questiona, inspirando a desconfiança face às convenções tradicionais e confrontando os próprios pensamentos e intenções. Ela apresenta formas persistentes de desejos humanos em situações sociais particulares. Segundo Nussbaum²¹⁶, três mundos sociais estão em jogo na literatura: o da ação do romance, o da voz do autor e o do leitor. Este último é múltiplo, pois o romance não se limita aos leitores de uma mesma época e lugar. O romance também se desenvolve através de uma conversação com outros leitores cujas percepções se contradizem ou se completam.

Apesar de diferente de Nussbaum em outros aspectos, o professor Bjarne Melkevik também atribui uma grande importância ao leitor, pois é ele que dá vida à palavra. Segundo Melkevik, a literatura é, antes de mais nada, o leitor: “é o leitor que extirpa o produto cultural, isto é, a literatura, de seu estado material, a fim de permitir que ela se afirme enquanto tal, e, pela leitura, transforme-se em palavra que ganha então vida nos leitores”²¹⁷. É, também, na literatura que se constata o pulso da sociedade, onde se revela, mesmo que sempre parcialmente, os homens e as mulheres que a compõem.

O romance constrói uma complexa relação com seu leitor na qual, de um lado, o leitor é convidado a estar atento a alguns aspectos e circunstâncias da história; mas, de outro, ele é lembrado constantemente que os seres humanos de diferentes esferas partilham paixões, esperanças e medos, tais como a necessidade de afrontar a morte, o desejo de conhecimento,

²¹⁶NUSSBAUM, 2015, p. 38.

²¹⁷MELKEVIK, Bjarne. **Droit, mémoire et littérature**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2010, p. 11.

os profundos laços de família. As imagens literárias estão aptas a revelar os meandros do bem e do mal que formam nossa humanidade, pelas quais se expõem os traços de nossos atos nos labirintos da vida. As emoções que o romance suscita são, na maioria das vezes, confiáveis porque elas provocam reações profundas em seus leitores que vão além das fronteiras geográficas e temporais.

Ao adotar uma concepção geral do ser humano, o romance é particularista, sem ser relativista, ou seja, ele reconhece necessidades humanas que ultrapassam as fronteiras do tempo, do espaço, da classe social, da religião, da etnicidade, e coloca, no coração da deliberação moral, a questão de sua satisfação adequada²¹⁸. Esta concepção, que é extremamente geral, apoia-se sobre um ideal universal e não é nem local, nem sectária. Mas supõe um profundo respeito às diferenças qualitativas, à variedade e à concretude dos cidadãos, às suas contingências históricas e pessoais.

Com efeito, podemos dizer que as obras artísticas apresentam um expressivo conteúdo emocional. Com relação à contribuição da dança e da música na deliberação pública, esta é limitada pela natureza onírica e indeterminada dessas formas de arte. Quanto ao cinema, apesar de apressada e simplista, a afirmação de que a experiência imaginativa proporcionada pela obra literária é superior, os filmes podem trazer valiosas contribuições à vida pública. No entanto, a imaginação e a fantasia são bem mais solicitadas quando o indivíduo não dispõe das imagens da grande tela do cinema para ingressar no mundo da ficção; no romance, toda construção da cena, palco dos personagens, é por conta do leitor.

Apesar de a leitura de romances não nos dizer tudo sobre a justiça, ela pode constituir um ponto em direção a uma visão de justiça e a implementação social desta visão. O ato de ler e de avaliar aquilo que se leu assume um valor moral preciso, porque exige a imersão e a conversação crítica, bem como a comparação de sua própria experiência com as reações e argumentos de outros leitores. Essa articulação de sua própria imaginação com períodos de exame críticos e interativos nos permite ver a leitura de um romance como uma atividade pertinente para o raciocínio público em uma sociedade democrática. Por último, o romance se interessa pelo ordinário, pela vida das massas, e isso explica, em grande parte, sua ligação com a democracia.

Além do mais, o Estado não pode examinar a história de cada cidadão como faz o romance para cada um de seus personagens. Entretanto, ele deve ser capaz de saber que cada

²¹⁸NUSSBAUM, 2015, p. 108.

indivíduo possui uma história complexa, e compreender que o ideal deveria ser de reconhecer a individualidade, a liberdade e a diferença qualitativa de cada um à maneira do romance.

5.4 As emoções racionais e o juiz como espectador imparcial

Contrária à crença alicerçada de que a razão e a emoção pertencem a mundos diferentes, diametralmente distantes, Nussbaum retoma a concepção de espectador judicioso de Adam Smith, na obra *Teoria dos Sentimentos Morais*, e concilia razão e emoção. No plano da racionalidade pública, Smith e Nussbaum concebem a ideia de que a decisão mais adequada aproxima a razão e as emoções enquanto unidade racional. Adam Smith não pensava que a racionalidade ideal fosse desprovida de emoções. Ao contrário, ele segue a concepção cognitiva das emoções proposta pelos gregos, os quais afirmam que a piedade, o medo, a cólera e a alegria são fundadas sobre a crença e o raciocínio. Smith consagrou grande parte de sua carreira desenvolvendo uma teoria da racionalidade emocional, pois acreditava que as emoções seriam um guia indispensável para a razão pública. Nessa obra, ele descreve uma figura, a quem chama de espectador imparcial, cujos julgamentos e reações devem oferecer um paradigma da racionalidade pública, tanto para o governo, quanto para o cidadão.

O ponto de vista do espectador imparcial é rico em emoções, pois ele imagina a situação com força, compaixão e simpatia, como também medo, angústia, raiva, esperança e certas formas de amor²¹⁹. É impossível omitir essas emoções, pois elas são suscitadas pelos pensamentos que cultivamos em relação à pessoa que se encontra sob nossos olhos. Em outros termos, essas emoções fazem parte do contexto da tomada de consciência daquilo que se passa.

As reações do espectador imparcial não são atitudes que ele adotaria voluntariamente, são verdadeiras emoções, as quais Smith acredita que é importante para a vida do cidadão saber cultivá-las. O cultivo de emoções apropriadas é útil para nos mostrar aquilo que nós poderíamos fazer, pois elas carregam um valor moral intrínseco. As emoções racionais motivam as ações apropriadas. O espectador imparcial tem por objetivo oferecer um ponto de vista moral racional, assegurando que ele contenha os pensamentos, sentimentos e fantasias, que fazem parte de uma composição racional do mundo. Na verdade, o espectador imparcial é

²¹⁹Smith imagina o amor que nós sentimos por nossos amigos e concidadãos, bem como o amor da humanidade. Ele exclui apenas o amor erótico, que ele pensa que é fundado sobre qualidades sem pertinência moral e, portanto, impossíveis de serem justificadas em um processo público de argumentação.

entendido como a ferramenta capaz de conduzir a uma “filtragem” das emoções, e a leitura literária seria uma atividade eficaz para criar, artificialmente, a posição de tal espectador.

Mas nem todas as emoções são bons guias para a ação. Para que sejam guias adequados, é importante que elas sejam nutridas por uma concepção justa do evento: a) o julgador tenha uma compreensão global²²⁰ e concreta do caso em litígio; b) faça um panorama real da dimensão e importância para as pessoas envolvidas²²¹; c) sua emoção seja a de um observador, e não a de um participante emocionalmente envolvido²²².

O espectador imparcial é, antes de tudo, um observador, alguém que não está pessoalmente enredado nos eventos, não é influenciado e observa a cena que se apresenta a ele, de certa forma, com desapego. No entanto, esse espectador não é desprovido de sentimentos. Entre suas faculdades morais mais importantes, encontra-se a capacidade de imaginar vividamente o que é ser cada uma das pessoas que representam a situação. Porém, esta capacidade é particularmente desenvolvida pela leitura de romances, pois eles favorecem a imaginação literária.

O espectador judicioso não está diretamente implicado com os proveitos das partes e seu julgamento está livre da influência dos sentimentos, como a sua segurança pessoal ou a sua felicidade, o que tornaria o seu julgamento imparcial. No entanto, ele não está destituído de suas emoções e sua análise não visa aboli-las. Entre o espectador e a parte instaura-se uma relação de compaixão. A sua atuação empático-emotiva na narrativa possibilitar-lhe-ia atingir um grau de compaixão racional diante do sofrimento de outrem.

O espectador judicioso pode combinar referências de sua trajetória pessoal, porém, tais referências devem ser exploradas criticamente, com vistas a não tornar sua decisão arbitrária e tendenciosa, ou seja, uma sentença aparentemente imparcial, mas que, em sua essência, encerra seus próprios objetivos e interesses. Um dos recursos mais relevantes de que dispõe o espectador judicioso é a sua aptidão para imaginar o que representa estar na posição de cada um dos indivíduos participantes do caso fático-problemático que se projeta à sua frente, sem qualquer envolvimento pessoal com o resultado do litígio²²³. O espectador experimenta os

²²⁰ Trata-se da compreensão não apenas dos fatos e de sua significação, mas também de tudo aquilo que poderia escapar da consciência dos atores ou que eles percebessem de maneira deformada.

²²¹ Para Smith, esta distinção nos ajuda a conceber como devemos nos comportar como cidadãos: interessados pelo bem-estar dos outros, mas sem excessos ou interesses pessoais. Por exemplo, se meu amigo chora a perda de um ente querido, eu compartilho de sua tristeza, mas não do exagero que cega e paralisa.

²²² Isso significa que devemos omitir cada parte da emoção que deriva de nosso interesse pessoal ou que visa nosso próprio bem-estar.

²²³ SMITH, 1759, p. 71.

sentimentos diante dos casos-problemas que lhe são relatados, como resultado de sua imaginação vívida. No entanto, enquanto espectador e não parte do processo, suas emoções não o comandam levemente, embaçando sua aptidão de julgar de modo equânime e racional. A medida, isto é, a proporção racional do problema ou do sofrimento é angulada como componente fundamental de uma sentença justa.

O exercício da leitura de obras literárias é concebido, por Nussbaum, na trilha de Adam Smith, como um mecanismo metodológico-pedagógico essencial, pois o leitor de uma obra literária exerce, artificialmente, o posto de espectador imparcial, isto é, de observador preocupado que se identifica, em certo grau, com os sofrimentos experienciados pelas personagens, na condição de dramas humanos. A literatura, nesse sentido, é uma fonte de orientação moral. Sua importância vem do fato de que a leitura é uma construção artificial que nos conduz a adotar, de maneira agradável, a atitude que convém a um bom cidadão e a um juiz.

Ao ler um romance, os leitores tornam-se participantes imersos e implicados na intriga. Eles se identificam parcialmente com os personagens, mas não têm a emoção intensa e confusa que nasce da ideia de que é sua própria vida que está em jogo. Isso significa também que eles não têm preferência pelos personagens, podendo partilhar os sentimentos destes de maneira mais equilibrada, precisamente porque o leitor é, ao mesmo tempo, cada um e nenhum dos personagens.

No entanto, Nussbaum atenta que não é qualquer obra literária que proporciona ao leitor experimentar a atitude ideal de espectador judicioso²²⁴. É preciso assumir uma conduta duplamente crítica: elegendo criteriosamente quais obras estariam mais predispostas a este fim e, no decorrer da leitura, enfrentando os apelos da prosa bem concatenada e da estética apelativa, com vistas a preservar um pensamento crítico-reflexivo, fundado em valores ético-morais e políticos.

Com a assunção de uma necessária postura crítico-reflexiva diante da obra e da experiência literária, na qualidade de experiência emotiva, há que se admitir, como Nussbaum, que a estrutura formal implícita na experiência literária pode nos levar a experimentar sentimentos racionais e tal prática tem a capacidade de favorecer o aperfeiçoamento de nossa capacidade crítica e empático-emocional.

²²⁴NUSSBAUM, 2015, p. 162.

5.5 O cultivo da imaginação e a tese do poeta-juiz de Whitman

Nussbaum acredita que os romances suscitam as emoções e a fantasia, isto é, a capacidade de conceber uma coisa como outra. Apoiando-se sobre diversos romances, entre eles *Maurice* (Edward Morgan Forster, 1971), *Native son* (Richard Wright, 1940) e *Tempos Difíceis* (Charles Dickens, 1857), ela mostra como os romancistas convidam seus leitores a colocarem-se no lugar de outras pessoas e a viver suas próprias experiências. Na própria maneira de se dirigir ao leitor, o romance comunica a emoção que existe nos possíveis laços entre os personagens e o leitor, que é empurrado a se interessar pelos personagens, seus projetos, suas expectativas e suas crenças nas circunstâncias particulares e apreende a profundidade e a complexidade da vida interior de cada personagem.

A forma de construir a compaixão nos leitores leva-os a se preocuparem com o sofrimento e os males do outro, com suas vulnerabilidades e a se identificarem com o próximo, porque os personagens da trama revelam nossas próprias possibilidades. Como os espectadores de teatro e cinema, os leitores de romance sentem empatia pelos personagens, experimentam aquilo que acontece com eles, mas a partir de seu próprio ponto de vista²²⁵.

Nussbaum dá uma atenção particular ao romance *Tempos Difíceis*, de Dickens, para servir de enquadramento ao seu argumento a favor do papel da imaginação literária. Numa construção generosa e realista do mundo, o romance de Dickens mostra como a educação pode formar ou deformar o espírito, conforme estimula ou reprime o uso da fantasia e da imaginação criadora. Nesse romance, o autor coloca o personagem em cena Thomas Gradgrind, que parece retratar uma caricatura maldosa do espírito utilitarista. Trata-se de um homem calculista, que se refere ao mundo sempre com a razão, relegando, para um segundo plano, suas percepções sentimentais; ele considera os seres humanos como algo que é preciso pesar e medir sempre e está sempre determinado a ser realista, não sentimental, exato e sem parcialidade para aquilo que está próximo dele²²⁶.

Na educação que Gradgrind dá aos seus filhos e alunos, ele ignora a complexidade própria de cada vida, transparecendo a ideia de que uma simples aritmética pode resolver todo o problema humano. Desde jovens, eles aprendem a olhar o mundo da natureza sem nenhum sentimento de mistério ou admiração. Para Gradgrind, a pessoa é um simples número de uma

²²⁵NUSSBAUM, 2015, p. 145.

²²⁶NUSSBAUM, 2015, p. 74.

operação matemática que trata a unidade social como um sistema vasto e único, no qual as preferências e satisfações de todos estão misturadas²²⁷.

Sissy Jupe é, ao contrário de Gradgrind, a personagem que encarna o “novo iluminismo”, a nova racionalidade iluminada pela imaginação empática e benevolente. As suas intervenções, supostamente inadequadas, revelam seu discernimento sobre os mistérios da vida e da psique humana que despertam a atenção do leitor, levando-o a contemplar o mundo de um modo reconfortantemente humano. Todavia, o mesmo já não se pode dizer de Bitzer, o estudante exemplar da escola de Gradgrind, que provoca repugnância no leitor pela frieza do seu egoísmo e ausência de empatia.

O romance de Dickens nos faz, ainda, penetrar nos lares dos operários das fábricas, ver a pobreza em que vivem, as condições opressoras do trabalho a que estão submetidos, suas emoções e aspirações. Quando Louisa, filha de Gradgrind, visita pela primeira vez a casa do operário Stephen Blackpool, ela é brutalmente expulsa do mundo racionalista em que vive e percebe que por trás da classe operária, há nomes, rostos, vidas cotidianas, histórias e almas complexas. Esta passagem, uma das mais marcantes do romance, vem depois de numerosas descrições detalhadas da vida de Stephen Blackpool e nos faz observar que nossa experiência, na condição de leitor, foi bem diferente daquela de Louisa, que se queixa porque seu pai fracassou ao educar suas emoções, o que a deixou injusta e incapaz de compreender as situações dos operários de Coketown. Ao contrário, as sólidas reações emocionais de Sissy Jupe diante da necessidade do outro são elementos essenciais de sua capacidade de formular respostas sensatas às questões hipotéticas distantes²²⁸.

O argumento essencial desenvolvido por Nussbaum neste momento é o de que ler um romance como *Tempos Difíceis* nos faz reconhecer a igual humanidade dos membros de classes sociais diferentes, e os operários como sujeitos que guardam um rico mundo interior. Além do mais, Nussbaum desenvolve uma proposta de educação para a moralidade e para a cidadania através da leitura, ao evidenciar a forma como os dois tipos distintos de educação (utilitarista x humanista) marcam a imaginação de maneiras diferentes, conduzindo-a a projetar múltiplas perspectivas do mundo e da realidade humana.

A imaginação literária proporciona uma identificação empática que conduz o leitor ao respeito pelo outro e ao reconhecimento da humanidade do outro como uma virtude que deve

²²⁷NUSSBAUM, 2015, p. 65.

²²⁸NUSSBAUM, 2015, p. 148.

ser preservada, visto tratar-se de um ser que sente e sonha como nós. Ainda, ao posicionar o leitor no lugar do outro, através da identificação a que convidam as suas personagens, a literatura desempenha um papel ético fundamental. Pela estrutura de sua narrativa e pela sedução de sua linguagem, ela instiga o leitor a sair de si para compartilhar a vida de seres diferentes de si, expandindo a sua concepção sobre o que representa o ser humano em sua totalidade.

Um outro romance evocado por Nussbaum é *Maurice* que também ilustra como a literatura nos ajuda a compreender formas de vida, diferentes da nossa, mas não menos legítimas. Este romance nos permite imaginar um homossexual em um país que o reprovava, através da vida de um homem como outros sob muitos aspectos, um corretor de títulos, proveniente da classe média. O romance conduz o leitor a ver, em *Maurice*, qualquer um que ele poderia conhecer cujos desejos não são nem inquietantes, nem perigosos. No entanto, quotidianamente, o protagonista se depara com o medo e a culpa. Seus amigos recusam-se a conhecer sua diferença ou, se eles a reconhecem, afastam-se dele com horror como se, de repente, ele se transformasse em um monstro. Eles não podem imaginar o efeito disso em *Maurice*. Contrariamente aos personagens, o leitor é convidado a se entregar à imaginação e, tal como um espectador imparcial, ele se conscientiza dos prejuízos sociais dos quais *Maurice* é vítima.

Através desses exemplos e de outros, Nussbaum mostra a importância da imaginação literária. Esta não é científica, mas influencia o pensamento social científico, de modo que o seu engajamento irracional nas emoções é criticado e, por último, a imaginação é vista como uma ameaça à imparcialidade e à universalidade associadas à lei e ao julgamento público. Entretanto, a imaginação constitui um elemento indispensável para uma atitude moral que solicita, ao leitor, interessar-se pelo bem de pessoas estranhas cujas vidas estão distantes da sua. Ademais, a imaginação literária pode suscitar, no leitor, um conjunto de emoções: medo; piedade; cólera; alegria... Tais emoções, claramente fortes, são ressentidas com certa distância, pois o leitor não está pessoalmente envolvido na trama. Ele é um mero espectador, empático, mas imparcial, já que seu próprio destino não está em jogo.

Nesse sentido, a atitude adotada pelo leitor pode se aproximar daquela de um juiz, porque deste não se espera unicamente que ele seja um competente técnico do direito, mas também que ele adote a postura de um observador atento, capaz de se colocar no lugar do outro. É isto que enriquecerá o conhecimento da situação sobre a qual ele deve proferir um julgamento. A técnica jurídica tem sua utilidade, todavia, raramente, ela é suficiente para

compreender as relações entre os cidadãos, uma vez que, sem o suporte da imaginação literária, as coisas são grotescas.

O modelo de julgador construído por Nussbaum alcança e respeita a autonomia do direito e a singularidade de seus contornos, ao reconhecer a limitação normativa de regras e princípios (aparatos jurídicos) e admitir que tal carência só pode ser eliminada pela criatividade e imaginação literárias e pelos propósitos que elas despertam. O juiz, assim como o poeta, é aquele que, rejeitando a visão abstrata dos seres humanos, acolhe a riqueza da especificidade concreta de cada vida. Por isso, é equitativo, trocando as considerações abstratas e formais por juízos que se adequam às complexidades do caso concreto. O espectador de Nussbaum não está comprometido no que testemunha, não tem objetivos nem projetos pessoais a proteger, muito embora se importe com as partes, em cujas existências entra imaginativamente como um amigo preocupado. Tudo isso encontramos nos versos de Whitman:

Nestes estados, o poeta é o homem equitativo,^{[1][SEP]}
 Não nele, mas fora dele, as coisas são grotescas, excêntricas, incapazes de conceder
 o seu benefício total,...^{[1][SEP]}
 Ele atribui a cada objeto ou qualidade a sua proporção adequada, nem mais, nem
 menos,
 Ele é o árbitro da diversidade, ele é a chave,^{[1][SEP]}
 É Ele é o que nivela a sua época e o seu país, ...^{[1][SEP]}
 Mantém com a sua firme fé os anos que se perdem a caminho da descrença,^{[1][SEP]}
 Não argumenta, ele é o julgamento (A Natureza aceita-o absolutamente),^{[1][SEP]}
 Julga não como julga um juiz, mas como o sol que cai em volta de um objeto
 inerte,...^{[1][SEP]}
 Vê a eternidade nos homens e nas mulheres, não vê os homens e as mulheres como
 sonhos ou pontos²²⁹.

Whitman chama de poeta-juiz o homem equitativo cujo ideal de raciocínio jurídico se situa em uma herança de pensamento que remonta a Aristóteles. Esse legado propõe uma concepção normativa do julgamento equilibrado, mais flexível e contextualizado para substituir o reducionismo dos princípios gerais abstratos, pois o poeta-juiz não se contenta com as reflexões abstratas e formais do direito. Aristóteles não traça um limite claro entre o cognitivo e o emocional. A emoção pode desempenhar um papel cognitivo, e a emoção, se ela for adequadamente formada, deve repousar sobre o trabalho dos elementos emocionais. A escolha é uma capacidade que está na fronteira entre o intelectual e o passional, e participa

²²⁹ WHITMAN, Walt. **Folhas de erva**. Trad. Maria de Lourdes Guimarães. Vol. II. Lisboa: Relógio d'Água, 2002.

dessas duas naturezas, e pode ser descrita, nos diz Aristóteles, seja como uma “deliberação desejante”, seja como um “desejo deliberativo”²³⁰.

Aristóteles ressalta que mesmo quando se está diante de uma escolha correta, mas desprovida de emoção, tal conduta é menos virtuosa do que aquela oriunda de uma escolha emocional. Uma escolha apática (isto é, sem “pathos”) não é virtuosa em nada, pois a pessoa não enxerga verdadeiramente o que aconteceu; ela não tem consciência da realidade concreta do evento. Para que uma ação seja virtuosa, ela não deve apenas ter o mesmo conteúdo da ação da pessoa virtuosa, mas ela também deve ser construída da mesma maneira que a ação daquele cujas paixões são orientadas em direção à justiça e ao bem. Sem emoção, uma parte da percepção correta falha.

No entanto, não podemos afirmar que precisamos de emoção para formar a justa percepção intelectual de uma situação. Para Nussbaum²³¹, isso está certo, mas não é tudo. Também não podemos dizer que as emoções trazem ao conhecimento elementos exteriores suplementares, sem os quais a virtude seria incompleta. As emoções são, elas mesmas, modos de ver e de reconhecer o mundo. As reações que elas provocam são uma parte do conhecimento delas próprias. Muitas vezes, o apoiar-se apenas sobre os poderes do intelecto pode constituir um verdadeiro obstáculo à percepção moral.

Ao combinar esses diferentes elementos, razão e paixão, prolonga-se a análise do direito, permanecendo fiel ao seu espírito. Pode-se dizer que o poeta-juiz é um ser dotado de sabedoria prática que cultiva a abertura e a sensibilidade emocional, quando se depara com um novo caso concreto, pois, na maioria das vezes, será sua resposta emocional, do que seu raciocínio destacado da realidade, que o guiará em direção à solução apropriada. A função do intelecto é, tão somente, questionar essas emoções para tirar delas a verdadeira natureza da situação. Sem elas, o caso concreto permanecerá cego e fechado em si mesmo.

Tais descrições mostram que a percepção não é simplesmente movida pela emoção, mas é igualmente em parte constituída pela reação apropriada. Uma boa percepção é um reconhecimento completo da natureza da situação prática. Aristóteles nos diz claramente que os indivíduos dotados de sabedoria prática, tanto na vida pública quanto privada, cultivam a emoção nelas mesmas e nos outros, e têm cuidado para não se apoiarem em uma teoria puramente intelectual que poderia dificultar essas reações. Essas pessoas cultivam a fantasia e

²³⁰ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991,1113a10-12, 1139b3-5.

²³¹NUSSBAUM, 2010, p. 124 e seguintes.

a emoção por meio de obras literárias que ensinam as reações adequadas com todas as suas nuances. Enfim, consideramos infantil ou prematuro não chorar, não ter raiva, ou não exprimir uma emoção quando a situação requer.

A flexibilização dos elementos emocionais e cognitivos não leva à irracionalidade; ela conduz à expressão mais acabada da racionalidade jurídica, pois é o poeta-juiz que dá a justa medida, ele confere, a cada objeto ou qualidade, a sua proporção adequada, sem carência ou demasia, levando em consideração as necessidades de uma população heterogênea, com o olhar em direção às normas, à complexidade histórica e ao mundo humano. O homem não pode ser tomado através de uma abstração quase científica, pois há, no poeta-juiz, um ideal de imparcialidade judiciária que não está relacionada a uma concepção geral e distante do humano, mas a uma fecunda dimensão de sua realidade histórica.

Em alusão ao poema de Whitman acima mencionado, Nussbaum compara o julgamento à claridade do sol e a penumbra ao encobrimento de preconceitos e favoritismos²³². Ela diz que assim como o sol cai e é capaz de iluminar cada curva, cada recôncavo de um ^[1]SEP objeto inerte, sem nada encobrir ou escapar à percepção, o julgamento do poeta-juiz deve ser adequado para perceber e revelar cada detalhe escondido ou não revelado por concepções formalistas do direito. Ainda sobre os versos de Whitman, o juiz deve ser o “árbitro da diferença”, um “fazedor de igualdade”. Para exercer bem a sua função, ele deve estar preparado para proceder a julgamentos equânimes, isentos de parcialidade e em conformidade com a complexidade histórica e humana dos envolvidos. No entanto, a maior parte dos juízes não atua assim, pois, muitas vezes, tão inclinados à teoria, seguros de suas capacidades intelectuais e orgulhosos de possuírem as técnicas que permitem resolver os problemas práticos, eles são conduzidos por seus engajamentos teóricos a negligenciar as emoções e a imaginação, dois elementos essenciais à percepção correta.

Todo o exposto tem importantes consequências para as contemporâneas teorias da decisão racional que partilham os mesmos objetivos e procedimentos do professor Gradgrind, e cultivam o intelecto calculista, sem qualquer apelo à fantasia e à imaginação. Tais teorias não se interessam pelas obras literárias que desenvolveriam nos leitores as reações apropriadas; elas recusam implicitamente qualquer emoção em favor da racionalidade. É imperioso, assim, que os magistrados parem de julgar como juízes e passem a julgar como poetas-juízes.

²³²NUSSBAUM, 2015, p. 172.

O poeta-juiz é aquele que compreende a dimensão real do caso concreto e que apreende empático-emocionalmente – enquanto espectador – a sua essência e alcance para cada um dos sujeitos envolvidos no litígio. A imparcialidade autêntica pressupõe uma apreensão minuciosa e precisa do caso problema – enquanto prosa singular – que faça justiça à vida humana. A solução jurisdicional deve ignorar a pura empatia e alcançar a valoração alicerçada na perspectiva do julgador – do sentido e do infortúnio das partes e suas consequências.

Entretanto, Nussbaum elucida que a tese do poeta-juiz de Whitman não deve ser aceita sem obstáculos e que essa atividade imaginativa do juiz deve encontrar limites bem estabelecidos no campo da realização do direito. Ela insiste sobre a necessidade que todo juiz tem de respeitar as exigências da lei e do precedente, estabelecendo aquilo que ele considera pertinente ou não ao caso concreto, sem olvidar de enxergar a vida das partes à maneira de um romancista. No terreno do raciocínio jurídico, deve-se incorporar ao paradigma do espectador judicioso de Smith, os limites institucionais *lato sensu*, com vistas a atingir uma solução juridicamente adequada²³³.

Assim, faz sentido ler e narrar histórias, para que o romance e a imaginação literária difundam a sua luz sobre o direito: não para buscar a substituição de alicerces institucionais impessoais pela imaginação, mas para conceber instituições e atores institucionais que, através da solidez institucional, incorporem e protejam as contribuições da imaginação.

O poeta-juiz não é cético, nem cientista, não está sujeito a decisões mecânicas. Ele procura a imparcialidade de maneira coerente, fundamentando a sentença na história e no contexto social, pois o direito é, além de uma disciplina científica, uma disciplina humanista, de modo que as qualidades exigidas do juiz são aquelas próprias do raciocínio prático, que leva em conta as transformações históricas, a complexidade da vida real e a diversidade das coisas. O poeta-juiz é um espectador imparcial que não se compadece por sentimentos infundados, sua neutralidade não requer uma distância da realidade social. Ao contrário, ele deve estudar esta realidade social com cuidado, através de uma concepção racionalista das emoções, permitindo fazer um laço entre a singularidade de uma situação e a necessária generalidade que se espera de um julgamento.

O poeta-juiz pensa o direito não como um conjunto de normas com sentidos em si-mesmos, latentes, pré-constituídos, mas, sim, como um conjunto de normas que,

²³³ NUSSBAUM, 2015, p. 173.

permanentemente, (re)clamam sentidos, onde o processo de produção de sentido é assumido como inexorável. A estrutura do romance, sua maneira de apresentar o mundo e seus convites para o leitor se identificar com certos personagens mais do que com outros, leva-os a uma atitude afetiva, sem indiferença cética, que não supõe que aquilo que poderia acontecer aos personagens não tenha importância. Se o leitor não se recusar aos convites do romance e continuar a seguir a história com atenção, cedendo aos seus apelos, ele será tocado pelos personagens e fará julgamentos. No caso do romance “Tempos Difíceis”, tais julgamentos versarão sobre a revolução industrial, o utilitarismo, a legislação do divórcio, a educação moral das crianças.

Com efeito, o romance transforma o leitor em um tipo particular de juiz, levando-o a debater sobre o que é justo e conveniente, segundo a importância de cada personagem. Esses julgamentos não são fundados sobre o ordinário, nem desprovidos de critérios ou a-históricos. Tais juízos não têm sentido apenas para a experiência pessoal do leitor, mas para outros com quem desejamos viver em sociedade. Na condição de leitores engajados, eles procuram o Bem humano para realizar na e pela comunidade. As diretrizes para seus julgamentos estão na própria experiência, no esforço e na coerência para levar a cabo tal projeto.

A tese da valorização das emoções para a racionalidade pública não pode ser resumida a um jogo gratuito de faculdades interpretativas ou de forças políticas, pois o poeta-juiz é dotado de uma neutralidade que não lhe permite influenciar-se pelos grupos de pressão (política, religiosa etc): ele é um espectador imparcial que não se compadece com sentimentos impertinentes ou infundados. Todavia, essa neutralidade não exige uma distância da realidade social; ao contrário, ela deve estudar essa realidade com cuidado, com a imaginação concreta e com as reações emocionais que convêm ao espectador imparcial. Além disso, o direito é uma disciplina tão científica, quanto humanista, e as qualidades que ele exige são próprias do raciocínio prático, tal como é compreendido pelas humanidades. Como Aristóteles afirmou, o raciocínio em ética e política deve ser e é diferente do raciocínio dedutivo das ciências duras, pois leva em conta, de maneira fundamental, as mudanças históricas, a complexidade dos contextos práticos reais e a simples diversidade das coisas.

Isso posto, mesmo se o direito procura e emprega certas regras para se guiar, ele se mostrará igualmente atento aos detalhes, sem se contentar em supor que a norma estabelecida antecipadamente permitirá cobrir todos os casos concretos. As regras fixas desempenham um papel importante no julgamento, porque garantem estabilidade, limitam os prejuízos e

minimizam os erros de decisão. Todavia, os julgamentos devem também se adaptar às circunstâncias e aos valores que mudam.

A justiça poética se concretiza através de um exame íntimo e imparcial do caso; amando sem preconceitos; pensando o todo, sem defender um grupo particular; buscando, através da fantasia, a riqueza e a complexidade do mundo interior de cada cidadão. O poeta-juiz, como o poeta Whitman, enxerga, nas folhas de erva, a dignidade igual de todos os cidadãos, como também outras imagens, mais misteriosas, de desejo erótico e de liberdade pessoal.

O apelo à Erótica, ou seja, ao universo de Eros, das emoções, da sensibilidade, bem como a utilização da arte (literatura, poesia, música) torna o juiz e o operador do direito mais humanos, sensíveis à realidade que lhes cerca e ao mundo tal como efetivamente deve ser. Esta justiça exprime uma visão bem diferente daquela recomendada pelo positivismo jurídico.

O exame que Nussbaum apresenta acerca da dimensão cognitiva das emoções é bastante interessante e frutífero: as emoções podem ser racionais, recuperando uma importante função na tomada pública de decisão; e a castração delas, ao contrário do que opina acriticamente o senso comum, pode culminar em injustiças materiais. Os juízes não devem empregar a mera justiça formal. A solução do caso concreto só será adequada se o juiz alcançar o problema jurídico de maneira abrangente e for capaz de enxergar além de sua dimensão e do seu alcance para cada uma das partes envolvidas. Esta relação pode transcender a mera empatia, mas não pode nunca se transformar em sentimentalismo. Pesquisas recentes no campo da psicologia e das neurociências ratificam essa afirmação e aparentam admitir fortemente que a bagagem imaginativa, enquanto exercício prático-emocional (realidade psíquica), teria a potencialidade de concorrer para a construção de um “eu sou” mais receptivo, inclusive, às agruras alheias.

A apreciação de obras literárias, na condição de recurso pedagógico, pode favorecer a construção de um jurista mais humano, compreensivo à diferença e capacitado a apresentar soluções mais compatíveis para os casos-problemas ocorridos na esfera da vida. Contudo, há que se reconvocar a objeção de quais obras deveriam ser recrutadas para tal intento, pois não há como definir, *a priori*, quais obras poderiam ser interpretadas como apropriadas para a atividade empático-emocional do espectador-judicioso, uma vez que uma obra classificada como “inadequada” pode propiciar uma vasta experiência imaginativa e empático-emotiva, de grande relevância para a tomada de decisão pública. Ademais, a experiência imaginativa é

uma experiência significativamente solitária, na qual incidem variáveis diversas como a história de vida do leitor, o seu contexto atual etc.

Daí também vem o pensamento de José Renato Nalini²³⁴ para quem o julgar do ser humano deve ser cada vez mais humano, pois este penetra na vida íntima dos personagens, e na contemporaneidade, que trouxe uma rede de novas oportunidades e relacionamentos, o acesso cada vez maior à justiça fez do direito uma ciência cada vez mais complexa e multidimensional.

Portanto, para compreender os meios de se chegar ao reinado da justiça é preciso distanciar-se da crença segundo a qual o texto normativo encerra o direito, pois isso levaria o juiz a sumir atrás da vontade do legislador, numa atividade puramente mecânica e automática, o que não contribuiria para a evolução do direito, nem para a realização da justiça. O jurista não deve se deixar guiar apenas pelo texto da lei, mas por um conjunto de outros elementos, pois só assim ele poderá compreender as contradições entre o justo e o jurídico e poderá ainda ver a discrepância entre o direito nos livros (*law in books*) e o direito na prática (*law in action*)²³⁵.

É preciso, portanto, reabilitar as emoções! O sonho de uma razão autônoma deve ceder lugar a uma interação mais complexa e sutil entre pensamento e sentimento, para melhor compreender os mecanismos que tornam possível a realização da justiça, bem como o modo pelo qual os fundamentos desse debate estão inscritos em nossa constituição biológica, antes de nos serem impostos pelas instituições externas.

Tais observações nos conduzem à ideia segundo a qual é preciso ponderar as técnicas e procedimentos do direito e deixar o operador praticar sua “arte”, pois ao falar de emoção e estética, ao contrário de afastá-lo do vínculo normativo, novas possibilidades são abertas e questionam a sensibilidade do intérprete em relação ao texto. O sentido normativo é dinâmico e conformado contextualmente, de modo que deixar-se “afetar-se” pelo texto significa ir de encontro a modelos pré-estabelecidos que enrijecem seu sentido.

É preciso, também, deixar que o caso concreto imprima sua marca, em vez de deter sua expressividade ao enquadrá-lo apressada e irrefletidamente em um modelo abstrato já traçado, desde sempre, no passado. Enfim, o direito necessita da emoção, pois só com “juristas ou juízes apaixonados”, animados por suas emoções, eles farão uso adequado de seu

²³⁴NALINI, José Renato. In: PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 5. ed., São Paulo: Millenium, 2010, p. 12.

²³⁵CUNHA, 2003, p. 24.

raciocínio; ao prendê-los em demasia à manipulação de conceitos, o ânimo e a vivacidade serão aniquilados e passarão a ser meros repetidores, genuínos burocratas.

6 EMOÇÃO, MÚSICA E DIREITO

Do lado esquerdo do meu peito mora algo que o direito desconhece²³⁶

6.1 Da partitura musical ao texto jurídico

A intenção do legislador, impessoal e múltiplo, que deve refletir também os valores e as aspirações da democracia que ele pretende reger, não se descobre facilmente. Porém, o texto jurídico não é o único campo do saber que reclama a intercessão de um terceiro – o intérprete – a fim de se tornar real. Para melhor explicar essa passagem, é preciso adentrar no domínio das artes. Aqui, é possível distinguir dois tipos de expressão artística: as artes **autográficas** (pintura e romance) e as artes **alográficas** (música e teatro)²³⁷. Em ambas, há interpretação, mas são distintas uma e da outra.

Nas artes **autográficas**, o autor contribui sozinho para a realização da obra. Já nas artes **alográficas**, a obra de arte só se completa com o concurso de dois personagens: o autor e o intérprete. A execução é, portanto, a razão de ser das artes alográficas. Assim, a lei, tal qual a partitura musical e a performance teatral, exige a mediação de um terceiro, o intérprete, com vistas a elucidar seu sentido, sua musicalidade, seu ritmo, seu objeto, pois a "completude" da obra, ou do texto, somente é alcançada quando o sentido por ela expressado for reproduzido, como nova forma de expressão.

O primeiro elemento comum entre música e direito, portanto, é o texto. Em música, o texto é constituído pela partitura, ou seja, um conjunto de sinais que, utilizando a notação musical, fixam um conteúdo determinado que constitui a obra musical. Por conseguinte, o texto é a obra de um autor que dá, a este conjunto de sinais, sua intenção artística, ou melhor, o conteúdo estético que ele deseja comunicar. Assim, é possível dizer que a música é um objeto intencional, porque, com a atividade de fixação escrita através da partitura, o compositor torna conhecido o resultado de seus processos mentais, anteriormente impenetráveis. Uma vez que a obra de arte nasce, ela se desprende do mundo da intenção do autor para viver sua própria vida. A fixação do discurso musical por meio da escritura e da função de distanciamento operam de maneira análoga ao discurso jurídico, que se fixa a partir da utilização da linguagem técnica do direito.

²³⁶MIRÓ, Sennor Ramos. **Miró até agora**. 2ª. edição. Recife: Cepe, 2016.

²³⁷GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 374.

A complexa passagem do escrito à realidade da ação articula-se em torno de uma regra de ouro que é a determinação da vontade do legislador (*mens legislatoris*). Como determinar esta intenção? Tal qual o músico decifra a partitura, o jurista decifra a lei? Esses instantes na vida dos intérpretes podem esclarecer o jurista quando ele procura compreender o sentido de um texto jurídico. A análise das analogias entre o direito e música coloca em evidência a natureza sociológica e emotiva do ato de interpretar. Nesta ótica, a interpretação do direito é uma leitura da sociedade e sua implementação comporta, inevitavelmente, uma reflexão ética, ou seja, um ajustamento contínuo do direito ao estado dos meios e dos valores.

Com efeito, a realidade atual, pela sua complexidade, exige do intérprete da lei (e da mesma forma do músico, do comediante, do cidadão) muito mais que a simples execução conforme o procedimento estabelecido. Exige-se que ele aprenda a formular outras questões, saia do conformismo de seu ambiente, e se torne, em vez de mero guardião dos valores tradicionais garantidores da sobrevivência da sociedade, um promotor de novos valores de desenvolvimento. Assim, ele pode contribuir com suas próprias forças para a solução dos problemas da sociedade que não eram previstos, quando do nascimento da lei pelo legislador originário.

Esse novo tipo de personalidade é chamado, por Donald Schön, de “o prático reflexivo”, uma personalidade criativa, preocupada com as instituições estabelecidas, mas também capaz de adaptá-las aos valores essenciais, às situações que engendram os casos específicos²³⁸. É esta personalidade que permite ao Estado de direito se perpetuar e se renovar constantemente. O juiz, ou o jurista, se tornam então redutores de conflitos e fomentadores, ao lado de legisladores e outros atores sociais, da ordem social.

François Ost²³⁹ apresenta Hermes como a figura do juiz contemporâneo. Hermes é, essencialmente, o mediador, o mensageiro dos deuses, aquele que percorre as redes da vida social. Este Hermes se vê confrontado com os dilemas provenientes das três figuras ou tipos ideais de intérprete: a música jupiteriana imposta por um compositor todo poderoso e imutável, que não cede nenhum espaço para a interpretação; o intérprete herculeano que improvisa segundo seu bom gosto e para seu público; e, enfim, o casal Hermes-Euterpe que

²³⁸SCHÖN, Donald. **Le praticien réflexif. À la recherche du savoir caché dans l’agir professionnel**. Trad. J. Heynemann e D. Gagnon. Montreal: Éditions Logiques, 1994.

²³⁹OST, François. **Jupiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez**. Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho. Ano 4, Número 8, 2007, ISSN 1667-4154, p. 101-130

estabelece as pontes entre diferentes possibilidades ou contradições, de onde surgem os potenciais criativos, no seio de contextos sempre novos.

Hermes se beneficia de estar perto de Euterpe, sua meia-irmã, deusa da Música, da lira cujas cordas sofrem a tensão do arco no conflito sonoro, nas vibrações harmoniosas da interpretação. Ele, como um juiz técnico (um prático) deve se fazer o ator e o árbitro do ajustamento mútuo, aquele que é menos juiz dos homens e mais da sociedade, aquele que procura as linhas de força que tornam a vida social possível e coesa, que contribuem para a recriação da ordem no seio da aparente desordem.

Tanto a letra da lei como a partitura musical são suscetíveis de execuções diferentes. No entanto, o que é marcante no século XX, tanto em direito como em teoria musical, é que a figura de Júpiter (da interpretação neutra ou conforme a letra vinda de cima) e a figura de Hércules (do intérprete carismático que se autoriza toda forma de interpretação) serão recusadas, em troca de uma boa performance, que não é aquela totalmente livre, nem tampouco que tende unicamente a reencontrar a intenção do compositor. Hoje, requer-se uma interpretação, sobretudo, humana, sincera e viva, capaz de comunicar uma emoção em um momento preciso diante de um auditório. A interpretação deve reconhecer o valor de um processo dinâmico, a existência de um triângulo de existências recíprocas entre o criador do texto, o intérprete e os auditórios.

Nesse contexto, a interpretação (seja do direito, ou seja da música) será vista como uma “criação sujeita a restrição”²⁴⁰, pois a construção do sentido pelo **intérprete** comporta um importante aspecto social, na medida em que ele **não é totalmente livre para agir apenas segundo sua fantasia**. Primeiro, porque as restrições, mais ou menos determinantes conforme as circunstâncias, vão pesar sobre o processo de interpretação. Segundo, porque o intérprete precisa convencer um “auditório” da aceitabilidade do sentido que ele propôs dar ao texto. E, terceiro, porque o intérprete faz parte de uma “comunidade de interpretação” que o impede de oferecer um sentido totalmente esdrúxulo ao texto. Concretamente, isso significa que ninguém pode ler e executar uma partitura sem ter ao menos noções musicais elementares, necessárias para dar sentido às notas escritas de acordo com as convenções doutrinárias. O mesmo se passa na sociedade contemporânea, onde o direito atingiu um grau de complexidade tão alto que se tornou quase hermético aos não-especialistas. Assim, a aquisição de uma bagagem técnica para a leitura de uma partitura ou de uma lei é fruto da

²⁴⁰CÔTÉ, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Montréal: Éditions Thémis, 2009, p. 22.

transformação do objeto a interpretar, que evoluiu cientificamente assim como as exigências e necessidades da sociedade.

6.1.1 O modelo de interpretação de Pierre-André Côté

O modelo de interpretação proposto pelo professor Pierre-André Côté²⁴¹, como alternativa à teoria tradicional da interpretação das leis, pode facilmente ser utilizado como modelo de interpretação da música. Esse autor toma, como ponto de partida, a ideia segundo a qual o sentido de um texto não é jamais simplesmente “descoberto” pela interpretação; ao contrário, é a interpretação de um texto que lhe confere sentido. O único produto da ação legislativa é o texto, e não as regras de direito. As regras de direito não repousam em estado latente no texto, mas é o processo de interpretação que as elabora, que as “constrói”.

Côté contribui, assim, para renovar a concepção da interpretação jurídica como puramente reprodutora do sentido já fixado pelo legislador. Em outras palavras, a lei não fixa um sentido, pois este nasce da interpretação. No entanto, a lei pode restringir um sentido ao fixar-lhe limites. Isso significa que o papel criador do intérprete deve estar sempre aliado às reservas institucionais. A margem de manobra que o redator quer deixar ao intérprete orienta sua redação de maneira mais ou menos precisa. Por exemplo, a intensidade comunicacional do redator de uma lei tributária é elevada, através de uma formulação detalhada e minuciosa das regras, para restringir o máximo possível a margem de criação do intérprete; já nas declarações de direito, essa intensidade comunicacional é mínima, através de uma vagueza terminológica, para delegar ao intérprete o poder de precisar a norma no caso específico.

Com efeito, a aplicação ou a execução é resultado de uma produção, e não apenas da descoberta das intenções escondidas ou implícitas do legislador ou do compositor. Se as regras formais são restrições que pesam sobre a execução e a criação, elas não são determinantes ao ponto de não deixar nenhuma liberdade aos juízes ou aos músicos-intérpretes envolvidos no diálogo com o público respectivo. Tais regras deixam um certo espaço de criação, pouco importando se o juiz, o jurista ou o músico deva interpretar um texto antigo ou moderno. Porque o sentido de um texto é construído por aquele que processa a sua interpretação, de modo que não é possível negligenciar o peso do elemento emocional e subjetivo da atividade interpretativa.

²⁴¹CÔTÉ, 2009,p. 23-24.

Um mesmo texto, portanto, presta-se à elaboração de vários sentidos aceitáveis, na medida em que as restrições que pesam sobre a criação do sentido se revelam incapazes de orientar o intérprete em direção a uma única interpretação. Logo, entre as diversas interpretações razoáveis de um texto, o juiz deve escolher a que lhe parecer melhor, ao levar em conta os objetivos que ele persegue.

A arte de interpretar permite, assim, reunir as posições adversas em conflito, no seio de uma nova ordem partilhada. Essa nova ordem partilhada, que refunda o mutualismo, constitui um conjunto renovado de princípios, de *standards* de equidade, que definem o domínio do conciliável, a partir do conflito gerador de movimento, de mudança. A nova ordem constitui uma (re)solução sempre inédita de formas em oposição. Como na arte, há sempre uma necessária alternância entre a Tensão e a Distensão (ou apaziguamento). O juiz e o intérprete contribuem para realizar a Harmonia dos polos antagônicos, tal qual a filosofia de Heráclito de Éfeso.

Nesse sentido, o jurista, bem como o prático-reflexivo, é aquele que permite à função estatal produzir as condições da ordem, e não reproduzir as desordens existentes, diante das múltiplas situações conflituosas que dão origem aos vários movimentos sociais, os costumes, as éticas, as morais em emergências, as ordens jurídicas não-estatais etc.

A analogia com a música nos faz ver o trabalho do juiz, do jurista, como de todo intérprete, realizar-se em uma dimensão “artística”, mais próxima inclusive das artes cênicas do que da literária. Ele desenvolve uma maneira, uma “arte de fazer” no plano jurídico, que o torna um “prático reflexivo”, um criador da ordem. Esse *savoir faire* do jurista realça faculdades do espírito que são de espécies diferentes da pura indução lógica e do simples recurso a uma visão científica. Essa dimensão artística permite fazer a ponte entre a rigidez das regras e a adequação aos casos em espécie.

6.1.2 *A dificuldade para executar a primeira obra*

As dificuldades que a interpretação musical e jurídica devem enfrentar são bastante similares, principalmente, no que tange ao problema de uma primeira obra. O compositor, naturalmente, tem uma ideia mais ou menos precisa do modo pelo qual a obra deva ser executada. Todavia, nem sempre isso está claro ao executante, de modo que a primeira dificuldade que este vai enfrentar é a de não poder contar com o arcabouço de interpretações precedentes que lhe podem servir de modelo estético. Em direito, esse problema é igualmente

comum, cada vez que uma nova lei entra em vigor, pois a ausência de uma orientação interpretativa – que se concretiza através de julgamentos e perspectivas jurisprudenciais – deixa o intérprete sem orientação.

6.1.3 *O tempo*

Um aspecto interessante para o estudo das relações entre direito e música é a temporalidade²⁴². Em ambos, o tempo tem a característica de ser uma convenção criada pelo homem e para o homem. Sabe-se que o discurso musical é formado pelo ritmo, pela harmonia e pela melodia. O ritmo é a modulação do tempo que rege uma execução; e o metrônomo, criado em 1815, foi uma tentativa do homem de controlar o fluxo do tempo, através de regras fixas²⁴³.

Ao pensar em diferentes melodias que dão vida a uma composição, é possível utilizar esta analogia para indicar uma aproximação pluralista de interpretação jurídica. Se em direito existem elaborações legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias que tentam dar um sentido às expressões “intenção comum das partes” ou “boa fé”, o mesmo acontece na música para distinguir um “lento” de um “andante”. Assim, o que há de comum tanto no direito quanto na música é que ambos não escapam do paradoxo, ao menos aparente, que cria regras para interpretar e exige que tais diretivas de interpretação sejam também interpretadas. Estas constituem critérios e orientações essenciais para a atividade interpretativa, todavia, nos dois domínios, são intrinsicamente relativas.

Além disso, todas as artes têm, como objetivo principal, dar à obra criada, uma existência objetiva, de modo a permitir o desenvolvimento de duas funções principais: a conservação e a possibilidade de comunicação. Todavia, nas artes alográficas (música e teatro), assim como no direito, esse processo se realiza em dois tempos, o da criação e o da execução (ou recriação). No primeiro tempo, o da criação, é possível dar um sentido ao texto ou à partitura através da escrita de um sistema de sinais que dão significado à obra de arte. No

²⁴²OST, François. **Le temps du droit**. Paris; Odile Jacob, 1999.

²⁴³PICOZZA, E. L'interpretazione musicale ed il metronomo. Problemi di interpretazione tra diritto e musica. In: **Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica**, 2004, n° 9, p. 327-366.

segundo tempo, ao contrário, a representação ou interpretação recria o texto precedente pela execução, que é uma forma concreta de existência, um modo de ser original²⁴⁴.

6.1.4 *A coordenação dos atos individuais*

Um outro aspecto que caracteriza a obra musical e que a torna apta a se confrontar com a experiência jurídica é a capacidade de coordenação das ações individuais através de sua execução²⁴⁵. Assim, se considerarmos a orquestra como uma unidade de agentes cujo objetivo é a execução de uma sinfonia por um número considerável de músicos, a performance é constituída pelos atos individuais de cada membro da orquestra, mas com a particularidade que a execução é tratada como um ato coletivo. Com efeito, o único meio para se chegar à execução correta é remetendo-se à partitura como texto sujeito a restrições.

A função de coordenação exercida pela orquestra, através da interpretação do texto musical, coloca em evidência, assim como nas normas jurídicas, as restrições no que concerne à esfera externa das condutas individuais. Partilhar a experiência de uma execução orquestral não implica que os músicos devam partilhar também tudo o que concerne à orquestra como entidade coletiva. Tanto na coordenação da norma jurídica, como da partitura musical, é a interpretação-execução de um texto que obriga a orientar a ação comum, cuja identidade emerge apenas pela soma dos atos individuais que a realizam²⁴⁶. A atribuição do sentido, integrada pela dimensão prática da aplicação, é o elemento essencial através do qual é possível coordenar as ações individuais. Isso permite colocar-se, no que concerne à descoberta da utilidade da música para o direito, no domínio da prática social e da coordenação de ações coletivas.

6.1.5 *A última “nota”*

Pelo exposto, do ponto de vista prático, é possível falar de música para refletir sobre os problemas hermenêuticos do direito. A música tem uma dimensão de arte prática por excelência e uma complexidade semelhante ao direito, pois ambos se utilizam de uma

²⁴⁴IZZO, Valerio Nitrato. “Interprétation, musique, droit: performance musicale et exécution de normes juridiques”. In: *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*. 2007/1, Volume 58, p. 99-127, p. 117.

²⁴⁵DWORKIN, Ronald. “Liberal Community”. In: *California Law Review*, 1989, n° 77.3, p. 479-504.

²⁴⁶VIOLA, Francesco. *Il diritto come pratica sociale*. Milão: Jaca Book, 1990, p. 159.

linguagem aberta. Assim, a indeterminação do sentido da linguagem jurídica e musical constitui o ponto de partida para uma análise, no plano epistemológico, da utilidade da metáfora musical para o processo interpretativo jurídico.

Um texto jurídico, tal como uma obra musical, não pode ser compreendido sem o engajamento do intérprete que o provoca inteiramente, não somente pela inteligência, mas também pela imaginação, pela sensibilidade e pela intuição. Essa dimensão presente, mas impalpável do direito, é implementada cotidianamente pelos juízes. Muitos julgamentos prolatados pelos juízes de primeiro grau e tribunais inferiores são decisões intuitivas de equidade, pois a abundância de termos vagos ou polissêmicos contribui para essa prática. Sabe-se disso, mas dificilmente ousa-se exprimir publicamente. Nesse sentido, os autores Simard e Morency afirmam que:

A inteligência do executante é função de seu nível de cultura, não somente como resultante de conhecimentos puros, mas sobretudo como um conhecimento vivo do mundo que o entorna e que adere ao seu próprio ser. **Em nossa opinião, as qualidades afetivas e emocionais do intérprete são tão importantes quanto sua inteligência e seu senso prático.** Se elas vêm a faltar, a inspiração jurídica mesma seria extirpada de sua fonte e o intérprete perderia o poder de indicar o texto que deve ser aplicado. Nós assistiríamos, então, a aplicações sem dúvida ainda literalmente corretas, mas não vivas ou adaptadas, do direito canadense²⁴⁷.

Assim, o intérprete deve se debater para apreender a finitude dos textos jurídicos. Rico de possibilidades, o intérprete poderá empreender com mais facilidade o diálogo entre todos os interventores do processo judicial e fixar um sentido que será o objeto de um consenso aceitável entre as partes. O intérprete é, nesse cenário, convidado a implementar todos os recursos pessoais, afetivos, intelectuais, deontológicos, mas sobretudo recursos criativos e éticos, para que o direito, entre a razão e a paixão, aponte para uma estética, uma ética viva, capaz de influenciar o desenvolvimento social e humano, ao ter Hermes e Euterpe sempre reunidos e renovados.

²⁴⁷Tradução livre: “L’intelligence de l’exécutant est fonction de son niveau de culture, non seulement comme résultante de connaissances pures, mais surtout comme une connaissance vivante du monde qui l’entoure et qui adhère à son être même. À notre avis, les qualités affectives et émotionnelles de l’interprète sont aussi importantes que son intelligence et son sens pratique. Si elles venaient à manquer, l’inspiration juridique même serait coupée de sa source et l’interprète perdrait le pouvoir de saisir le texte qui doit être appliqué. Nous assisterions alors à des applications sans doute encore littéralement correctes, mais non vivantes ou adaptées, du droit canadien.” SIMARD, Jeanne; MORENCY, Marc-André. L’interprétation musicale comme analogue à l’interprétation des lois: Hermès rencontre Euterpe. In: BENYEKHEF, 2009, p. 102-103.

Hermes é a figura do juiz contemporâneo apresentado por Ost em diversos de seus artigos, em que ele aparece como um “virtuoso do jogo de linguagem”, um ser que reflete e que não leva o julgamento jurídico à improvisação, nem a simples determinação de uma regra superior. Este juiz-intérprete, como prático reflexivo, ocupa o espaço do jogo imposto pela complexidade da vida social, com suas numerosas ordens normativas em competição, e onde ele se engaja, com outros, em um processo de deliberação ética.

Ele termina por encontrar Euterpe, “a doadora dos prazeres”, uma figura feminina, musa da música, que sabe, com virtuosismo, ao som de sua flauta, apaziguar os deuses e encantar os humanos. Essa reflexão nos mostra que a interpretação na arte e, mais precisamente na música, contribui para enxergar melhor certos aspectos incontornáveis da interpretação das leis. O intérprete ou o juiz deve desenvolver uma nova sensibilidade para as dinâmicas materiais e coletivas.

6.2 The Beatles, direito e amor: *all you need is love*?

Em 1967, a banda de rock britânica “The Beatles” gravou a música *All you need is love*. Escrita por John Lennon, a canção é famosa por repetir o refrão “*all you need is love, all you need is love, love, love, love is all you need*”. A canção foi escrita para uma transmissão ao vivo via satélite, Our World, realizada durante a Guerra do Vietnã. A palavra amor é mencionada mais de setenta vezes num intervalo de três minutos e quarenta segundos de canção; de acordo com ela, o amor ajuda a salvar os outros, ensina como você deve ser, fazer e aprender coisas. Tudo é fácil, você só precisa de amor; amor é tudo o que você precisa²⁴⁸.

No mesmo percurso da arte, Banksy, famoso artista de rua britânico, fez um grafite na região de High Line, em Nova Iorque, em que Albert Einstein aparece segurando uma placa que diz: “Amor é a resposta”.

²⁴⁸It's easy / All you need is love / All you need is love / All you need is love, love / Love is all you need (BEATLES, The. *All you need is love*. Por John Lennon e Paul McCartney. Londres: EMI Studios, 1967.)

Figura 3 - Love is the answer, de Banksy



Fonte: <https://www.eycem.com/p/65591008>

No campo do direito, o amor também foi trazido à pauta pelo jurista Jacob Dolinger (2009, p. 3) quando este afirma que “foi concedida a mais nobre de todas as missões, a de transmitir às novas gerações o Direito fundamentado na tolerância e no amor, no amor que humaniza a regra, que suaviza a técnica, que ameniza a formalidade do direito”. Resumidamente, de um lado, o direito deve conter a explosão das paixões humanas, para lembrar o homem da ordem; mas, de outro, os sentimentos devem aproximar o direito do humano²⁴⁹. Na mesma linha, Santo Agostinho, Martha Nussbaum, Martin Luther King, entre outros, defendem que a sociedade precisa de amor.

No entanto, nós assumimos a posição segundo a qual o amor, bem como outras emoções positivas como a empatia e a compaixão, não são suficientes para a construção de um Estado justo e pacífico. As emoções negativas não podem ser negligenciadas. Raiva e ressentimento são necessárias para a nossa sociedade política e as instituições jurídicas, pois

²⁴⁹KASSOUL, Hania. L’emprise du droit sur l’amour. In: BOLLERI-SCHENIQUE, Laurie; LANZARA, Delphine; GHELFI, Fabienne. **Le droit et les sentiments**. Paris: Harmattan, 2015, p. 123-149, p. 148.

são “inerentemente motivacionais”²⁵⁰. Se as “boas emoções” podem gerar efeitos positivos, as “más” levam à discórdia e à intransigência. Ocorre que esses últimos efeitos são igualmente positivos em seu aspecto reformador, revolucionário e mutante, e, sobretudo, se forem sentidos com a ponderação necessária que leva à virtude²⁵¹.

A América, em especial o Brasil, tem suas virtudes, mas também muitos vícios (racismo, sexismo, divisão de classes, brutalidade policial, homofobia, exploração econômica e sexual, desigualdade educacional, medo de corpos negros e pardos etc). Nesse contexto, precisamos de todas as emoções para criar instituições, capacitar-nos a esmagar as injustiças e criar um espaço onde as pessoas sejam respeitadas como seres humanos, porque elas empreendem uma tarefa preciosa na estruturação dos movimentos sociais e na conquista de direitos.

Não pretendemos defender aqui uma doutrina da necessidade de emoção, até porque emoções como malícia e amargura talvez não tenham lugar nesse cenário²⁵², mas a **raiva** e o **ressentimento** devem ter um assento na primeira fila. Afinal, precisamos bem mais do que o amor para melhorar nosso sistema jurídico. Experimentar da simpatia por uma luta encabeçada por outros, ter força de vontade para obter algumas vantagens ou lutar contra certos dissabores devem encontrar um ponto de apoio nas emoções para ganhar uma dimensão político-jurídica.

Nesse contexto, pelo menos quatro características são importantes para nossa compreensão das emoções: (a) as emoções possuem um elemento cognitivo importante, ao encarnarem os modos de interpretar o mundo; (b) elas são culturalmente constituídas, de modo que têm a marca de uma sociedade; (c) elas exprimem nossa vulnerabilidade às circunstâncias, uma vez que “a história de uma emoção é a história dos julgamentos sobre as coisas importantes, julgamentos pelos quais nós reconhecemos nosso estado de necessidade [neediness] e nossa incompletude diante desses elementos que nós não controlamos

²⁵⁰CHERRY, Myisha. **Why love is not all we need for justice**. Central American Philosophical Association Meeting, 2015, p. 8.

²⁵¹Para Aristóteles, “tanto o medo como a confiança, o apetite, a ira, a compaixão, e em geral o prazer e a dor, podem ser sentidos em excesso ou em grau insuficiente; e, num caso como no outro, isso é um mal. Mas senti-los na ocasião apropriada, com referência aos objetos apropriados, para com as pessoas apropriadas, pelo motivo e da maneira conveniente, nisso consistem o meio-termo e a excelência característicos da virtude” (ARISTÓTELES, 1991, cap. 6, 1.104 a 11-27).

²⁵²“Nem toda ação e paixão admitem um meio-termo, pois algumas têm nomes que já de si mesmos implicam maldade, como o despeito, o despudor, a inveja, e, no campo das ações, o adultério, o furto, o assassinio. Todas essas coisas e outras semelhantes implicam, nos próprios nomes, que **são más em si mesmas**, e não o seu excesso ou deficiência. **Nelas jamais pode haver retidão, mas unicamente o erro** (ARISTÓTELES, 1991, cap. 6, 1.104a 11-27).

completamente”²⁵³; (d) elas nos ajudam a distinguir aquilo que é importante para o indivíduo. Seus objetos são revestidos de um valor que não deve ser interpretado de maneira instrumental ou utilitarista.

A **coragem**²⁵⁴, por exemplo, foi uma aliada preciosa para os manifestantes dos movimentos sociais “a favor” (pro-choice) e “contra” (pro-life) o aborto que ocorreram nos Estados Unidos; assim como a **solidariedade** no ativismo estudantil no Brasil, em 1964, que levou estudantes, profissionais liberais, artistas, operários e donas-de-casa, aterrorizados pela censura, pelo controle social e pela violência dos militares a lutarem contra a ditadura, para reclamar justiça em nome de todos. A solidariedade, nesse contexto, se constitui igualmente uma importante gratificação às ações coletivas.

A **ansiedade**, emoção largamente negligenciada por não ser agradável, tem a faculdade de criar um espaço público e privado onde justiça pode encontrar seu lugar, pois ela nos permite não apenas ser criatura de hábitos, ou seja, criaturas de estímulo-resposta. Ao contrário, a ansiedade nos permite fixar novos objetivos e engendrar reações por antecipação de um estímulo. A ansiedade nos desprende dos hábitos, incitando-nos a criar novas possibilidades. E as escolhas operadas por cidadãos ansiosos atingem um status mais próximo da autonomia, ao menos temporariamente²⁵⁵. O **medo**, sentimento de insegurança, de não ter o domínio sobre os acontecimentos, se impõe como um princípio positivo para a sociabilidade, pois, desde os tempos primitivos, a ameaça do perigo contribuiu para a aproximação dos indivíduos e para a colaboração social.

No entanto, o que está em jogo aqui não é a identidade efêmera de uma comunidade, adquirida em um momento preciso, devido a uma emoção específica. A existência das emoções em todo indivíduo também não é de ordem puramente espontânea, nem revela o acaso. Nada nelas é arbitrário²⁵⁶. As emoções exprimem uma racionalidade e uma forma de reflexão próprias. Uma comunidade não se limita a sentir coletivamente emoções: em uma emoção compartilhada, uma comunidade percebe e, ao mesmo tempo, define algo de sua mais profunda identidade. As emoções coletivas são expressões do cogito coletivo: o amor, o

²⁵³ NUSSBAUM, Martha. Emotions as Judgements of Value and Importance. SOLOMON, Robert C. (dir.). **Thinking about Feeling**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 184.

²⁵⁴ Aristóteles dá uma atenção especial à coragem. Segundo ele, “em relação aos sentimentos de medo e de confiança, a coragem é o meio-termo. Enquanto o que excede na audácia é temerário, o que excede no medo e mostra falta de audácia é covarde”. (ARISTÓTELES, 1991, cap. 7, 1122 a 20-29; 1122 b 10-18.),

²⁵⁵ MARCUS, George E. **Le citoyen sentimental**: Emotions et politique en démocratie. Paris: Les Presses de Sciences Po, 2008, p. 197.

²⁵⁶ BODEI, Remo. **Géométrie des passions. Peur, espoir, bonheur**: De la philosophie à l’usage politique. Trad. Marilène Raiola. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 13.

entusiasmo, o medo e outras emoções podem, portanto, transformar-se no **lugar** e no **espaço** da construção voluntária e consciente da identidade²⁵⁷. O instrumento principal da construção voluntária e consciente – a identidade coletiva – é o que se chama de **instituição**. Por isso, é necessário integrar a simples constatação histórica do papel das emoções no processo de constituição das instituições e na definição do campo jurídico.

Assim, a psicologia política deverá estender, à coletividade, o princípio do “Sinto, logo, existo”, em oposição ao “Penso, logo, existo”, que permitiu a Rousseau²⁵⁸ afirmar a primazia das emoções contra o racionalismo de Descartes.

As emoções são a matéria-prima, o cimento e a forma do processo de autoconstrução consciente, sábio e arbitrário que se chama Estado. As emoções não se constituem como objeto, mas meio da construção social, política e institucional. Por isso, é preciso ultrapassar a análise do papel das emoções em uma realidade política já constituída e, fundamentalmente, inafetada, à ideia de que as emoções constituem a matéria sem a qual se fazem as instituições (e não apenas as comunidade e as sociedades). Em outras palavras, as emoções são a matéria prima do direito e da política. Passar de comunidade à instituição significa passar da questão de fato à questão de direito, do empírico ao transcendental, da constatação sociológica à regra jurídica²⁵⁹.

Como diz Peter Sloterdijk²⁶⁰, as instituições políticas na Europa têm, desde sempre, uma base *thymótica*, pois elas empregam e capitalizam a cólera, o sentimento de orgulho e de vingança, assim como o ressentimento. A base de toda instituição política segundo esse autor seria, então, a paixão [*thymos*] e não a razão, isto é, a capacidade de sentir emoções [*pathêmata*] e não a capacidade de palavra [*logos*]. Nessa perspectiva, toda instituição política teria uma fachada histórica de nossa afetividade. Em outras palavras, o que permite transformar uma multidão em comunidade política, em povo, não é o acordo jurídico, nem a partilha de bens, mas uma identidade de emoções compartilhadas.

O laço político primário não é o direito, mas o desejo racional motivado pelo phatos, pois ele permite medir o pertencimento étnico não sobre um dado geográfico ou cultural, nem sobre um estatuto, mas sobre uma atividade afetiva: são emoções que ligam e separam os

²⁵⁷ COCCIA, Emanuele. **Citoyen par amour**. Émotions et institutions. L’Atelier du Centre de recherches historiques. v. 16, 2016. Disponível em: <<http://acrh.revues.org/7348>>; DOI: 10.4000/acrh.7348>. Acesso em: 10 set 2017, p. 2.

²⁵⁸ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Les Confessions**. Oeuvres complètes. Paris: Gallimard – Bibliothèque de la Pléiade, 1959, p. 8.

²⁵⁹ COCCIA, 2016, p. 2.

²⁶⁰ SLOTERDIJK, Peter. **Colère et temps**: Essai politique-psychologique. Trad. Olivier Mannoni. Paris: Meta-Éditions, 2007, p. 37-40.

homens, e não suas origens, suas genealogias, a posição recíproca ou absoluta que seus corpos ocupam na terra. Não é o poder que define a consistência da relação política, o assujeitamento a um outro indivíduo, a ligação passiva do governo a um indivíduo (seja no interior da família ou no espaço público), mas as emoções. Ou seja, uma atividade de ligação que, acima de tudo, revela uma escolha.

Se o sentimento pertence a um povo, ele não se mede nem com o direito, nem com a geografia ou com a genealogia, mas com emoção, a paisagem política do mundo não é definida pela nações, pelos reinos, pelos impérios. Isto é, a história humana não é esculpida pelo ritmo de engendramento e de corrupção das nações, como a história nos narra, mas pelas paixões de seus cidadãos.

A vida política coincide com a vitalidade das paixões. E, em revanche, as paixões, suas formas, seus objetos, suas intensidades, são a causa imediata dos povos, das instituições políticas, de suas qualidades morais e, sobretudo, do direito. Por outro lado, esse deslocamento da origem do laço político nos permite fazer da subjetividade algo mais que simples emoções. Trata-se de uma verdadeira **força** que define os acordos e as tensões entre os sujeitos. E não apenas de uma força puramente interior, mas algo capaz de conduzir os sujeitos em direção àquilo que se encontra além de sua realidade.

As emoções não são somente forças políticas; são, também, um valor estritamente jurídico, pois são sinônimos de uma vontade consciente e livre, que é fundamental de todo ato normativo. Elas são a matéria originária de toda forma de justiça. Portanto, a cena jurídica não pode ser unicamente consagrada ao debate sereno e apático. Ela deve ser um espaço espetacular, capaz de reunir a atenção de todos, suscitar emoções e provocar a participação democrática, pois, apenas em tais condições, o direito dará origem a novas perspectivas.

7 EMOÇÃO, ARTES PLÁSTICAS E DIREITO

“Todos os homens têm, por natureza, desejo de conhecer. A prova disso é o prazer das sensações, pois, fora até da sua utilidade, elas nos agradam por si mesmas e, mais que todas as outras, as visuais”.

Aristóteles

7.1 Semelhanças entre direito e pintura

A tarefa do pintor e do jurista são semelhantes: ambos retratam a natureza, ora a morta, ora a humana. Para ser um bom jurista, assim como para se tornar um bom pintor, é preciso, antes de tudo, possuir um olhar apreciativo. Enquanto o jurista vê e constrói teorias, visões do real, que ele descreve à sua maneira, segundo as cores e a ordem que ele escolhe; o pintor, face ao real, também nos dá uma interpretação de suas experiências sensíveis.

Ambos precisam possuir o sentido das proporções, uma certa harmonia e prudência no momento da decisão e da execução. Ambos, jurista e artista, ensaiam controlar a existência, através da proposta utópica de possuir e aprisionar o real, fazendo-o passar por seus filtros (estéticos ou institucionais), em que congelam uma versão, sempre fictícia, daquilo que se passou²⁶¹. A paisagem na pintura, assim como uma sentença no direito, é a natureza congelada, de um certo tempo e espaço, que se perpetua através de uma apreensão subjetiva do momento, captada pelo pintor ou pelo jurista.

Tal como o quadro de Paul Cézanne, “O Pêndulo Negro” (1869-1871), em que o artista retrata a natureza morta e o relógio de mármore negro sem ponteiros, indício de um tempo sem tempo, estagnado, o legislador procura, na codificação, cristalizar as leis. Mas, ainda que a natureza morta seja cômoda, prática, decorativa, às vezes até aprazível, ela não passa de “morte”. Na cena jurídica, os códigos são mortos-vivos ambulantes do direito mumificado, enquanto outras fontes, como a doutrina e a jurisprudência, isto é, a prudência dos juízes, são a voz viva das leis. Elas são responsáveis pelo renascimento da letra morta dos textos legais.

²⁶¹CUNHA, 2000, p. 60.

Figura 4 - La Pendule Noire, de Paul Cézanne



Fonte: https://fr.wikipedia.org/wiki/La_Pendule_Noire

Da pintura também decorre o grande perigo de um quadro totalmente abstrato, fruto da pura subjetividade do pintor, em um paraíso artificial interior. Para o direito, isso revela o risco de uma decisão puramente teórica, decorrente da presunção, da subsunção, distante da realidade concreta. A abstração, portanto, denigre a prática dos dois ofícios.

Qual a solução, então, na aproximação entre pintura e direito, entre o minimalismo da natureza morta e a intangibilidade da abstração, ambas distantes da vida? Entendemos que a paisagem parece ser uma solução possível, em sua diversidade humana e natural. Os elementos da paisagem simbolizam a vida (de uma certa forma, paradoxal, pelo caráter estático, sem movimento, da pintura) que se desenrola diante de nós: a vida dos homens, do gênero, da humanidade. A paisagem com seus elementos simbólicos e culturais sacralizados e seus cenários civilizados são a própria natureza humana cristalizada, a vida em sua fugacidade e vulnerabilidade. Os objetos artístico e jurídico são, assim, os mensageiros de uma ideia, reflexos de um homem, uma sociedade e um tempo conhecido.

A cultura, a ação humana, a normatividade nos leva ao direito. Este, como toda pintura, é um produto cultural que deriva de uma realidade, de dados da natureza, do intelecto e da subjetividade humana. Aqui, os sentimentos do belo e do justo se aproximam, através da

visão e da imaginação do pintor e do jurista, com vistas a transformar o real. Este “não é apenas o visto, nem mesmo o aparente, mas o profundo”²⁶². Pintor e jurista representam a natureza segundo seus olhos e suas mãos, seus sentimentos, seu meio-ambiente e sua vontade.

7.2 Sucinta nota sobre a personificação da Justiça

A Justiça é um conceito muito complexo, talvez porque expresse um dos sentimentos mais relevantes para o homem, tanto individualmente, como no marco das relações humanas, desde que as sociedades se constituíram como tal. A partir da Antiguidade até o mundo contemporâneo, os homens têm se utilizado de ícones de natureza simbólica, para materializar suas ideias, seus valores e seus particulares modos de expressão. E, como veículos ideológicos de cada tempo, as artes plásticas refletem a diversidade de concepções e múltiplos aspectos da Justiça: a justiça divina, a justiça humana; o direito; a lei; a injustiça; o juiz; a salvação...

Personificar um conceito, afirma Gombrich²⁶³, contribui para o seu esclarecimento, para que ele se torne acessível ao espírito humano, convertendo em familiar algo que, em um primeiro momento, parece distante e incompreensível. Embora a justiça seja uma noção familiar a todos os juristas, sua conceituação é bastante difícil, como se prova através das diversas discussões que remontam a Platão e Aristóteles na Antiguidade Clássica. Com efeito, a “visualização” de um conceito facilita sua compreensão. E, por isso, trouxemos **quatro** representações da Justiça nas artes plásticas, para tentar encontrar qual delas mais se assemelharia à noção de *Erótica jurídica*.

Personificar uma difícil noção como a de Justiça, porém, envolve um risco: nem todas as interpretações da imagem serão iguais. Como seria, então, a representação de uma justiça “erótica”? As representações que trouxemos não pretendem oferecer uma resposta definitiva a esta questão. Nossa intenção é, sobretudo, dialogar com os universos da emoção e do direito através da arte, mostrando o fascínio que a ideia de Justiça – com maiúscula, como pessoa – símbolo da justiça – sempre exerceu na mente humana, em diferentes épocas e contextos²⁶⁴.

²⁶²Tradução livre: “*Or, le réel n’est pas seulement le vu, il n’est parfois même pas l’apparent, mais il est le profond*” (CUNHA, , 2000, p. 91).

²⁶³GOMBRICH, Ernst. **Ícones symbolicae**. Filosofía del simbolismo e loro portata per l’arte. In: *Immagini simboliche*. Milano: Leonardo Arte, 2002, p. 131-192. p. 137.

²⁶⁴LACERDA, Bruno Amaro. Personificações da Justiça. In: LACERDA, Bruno Amaro; LOPES, Mônica Sette. **Imagens da justiça**. São Paulo: Editora LTR, 2010, p. 55.

7.3 Os símbolos da Justiça: a balança, a espada e a venda

Em um primeiro olhar, os símbolos do direito, da lei e da justiça parecem se alternar monotonamente entre imagens habituais, quase banais, de representações femininas com três elementos: a **balança**; a **espada** e a **venda** nos olhos, alegorias do poder soberano que os juristas e os homens do Estado procuram encarnar²⁶⁵. Segundo o Professor Paulo Ferreira da Cunha,

os símbolos jurídicos são os sinais de perenidade do direito: eles devem resistir em silêncio, lá onde a verbalização poderia corromper as ideias universais e duráveis (eles aprisionam para preservar); eles precisam também estar presentes e falar visualmente a todos, iniciados e profanos, em uma comunhão vital para a solidificação dos valores coletivos²⁶⁶.

A **balança** apela ao equilíbrio, à harmonia e à ordem. Ela mede e pondera bens e, por extensão, os valores; é símbolo da atribuição de cada coisa (riqueza) a cada um (distribuição), que deve ser feita com peso e medida (equidade). A **espada**, cuja origem remonta à mitologia grega em que ela era um dos atributos de Nímesis, a deusa da vingança, é símbolo da força, da coerção jurídica, de sua imperatividade, indicando seja a defesa do caminho do bom direito, seja a punição inerente à infração. A espada e a balança são instrumentos da verdade. Como tal, elas lembram ao jurista que o poder de julgar é examinar e pesar, mas também decidir e punir, pois sem força para aplicar as decisões, a balança é um instrumento imprestável.

A **venda** da Justiça significa a impossibilidade de ver as pessoas que se apresentam diante dela, ou seja, a não aceção de pessoas, a igualdade, a imparcialidade independente da força ou da fraqueza das partes. E a cegueira é a melhor maneira de garantir essa objetividade. Assim, alegoricamente, a Justiça não pode adivinhar para qual lado pende a balança, nem golpear na boa direção. A venda é para o jurista, a depender da interpretação, uma medida de precaução para não ser influenciado erroneamente, ou uma forma de reforçar o sentido da

²⁶⁵CUNHA, , 2000, p. 18.

²⁶⁶Tradução livre: “*Les symboles juridiques sont des signes de pérennité du droit: ils doivent résister sans mots, là où la verbalisation pourrait corrompre les idées universelles et durables (ils renferment pour préserver); ils sont aussi tenus d’être présents et de parler visuellement à tous, initiés et profanes, dans une communion vitale pour la solidification des valeurs collectives*” (CUNHA, Paulo Ferreira da. **Le droit et les sens**. Paris: Atelier de l’Archer, 2000, p. 14).

audição, para que apenas os argumentos fossem entendidos, numa cultura da dialética, da argumentação, da palavra e, portanto, do *logos*, da racionalidade.

Os cegos de toda a história, sobretudo na Antiguidade, estão lá para demonstrar que é preciso fechar os olhos físicos, para abrir os da alma e enxergar além das aparências. O poeta Homero, o advinho Tirésias e o rei Édipo eram cegos, mas foram capazes de enxergar nuances desconhecidas de sua história.

No caso da iconografia da Justiça, a venda lhe propicia uma cegueira artificial, a fim de valorizar o sentido da audição: fecha os olhos, para abrir os ouvidos! Isso sublinha uma importante diferença entre as representações de Thêmis, a deusa grega, e Iustitia, a deusa romana, pois enquanto Thêmis tinha os olhos bem abertos em direção ao céu, a fim de encontrar as verdades eternas de seu ofício; Iustitia, ao contrário, simbolizando o isolamento de um direito não determinado pelo exterior, era vendada, para que o juiz pudesse melhor escutar as partes²⁶⁷.

Na verdade, a iconografia da justiça é, em grande parte, uma estética da segurança, um realismo figurativo sem nenhuma liberdade, desprovido de imaginação, que não nos causam mais o “espanto” próprio das obras-de-arte. No entanto, reproduzimos as palavras de Pierre Legendre ao sublinhar que “o termo ‘estética’ deve ser compreendido literalmente, ou seja, como apreensão sensual do pensamento”²⁶⁸.

Por isso, neste capítulo, a arte, a estética e a erótica vão se combinar para compreendermos o pensamento jurídico. Aqui, partes do corpo privilegiadas – como o coração, os olhos, os pés, as mãos, bem como a própria nudez – serão apresentadas, não por falta de decoro, mas para demonstrar a necessidade, a eficácia, a legitimidade e a justiça de decisões que ultrapassam a simples letra da lei.

7.4 Cordis Ponderatio, de Benedictus van Haeften

Esta representação é o emblema de página, de 1663, da edição de *Schola Cordis*, de Benedictus van Haeften. A imagem, intitulada *Cordis Ponderatio*, mostra um anjo portando

²⁶⁷CUNHA, , 2000, p. 19.

²⁶⁸“Le terme ‘esthétique’ doit être compris littéralement, c’est-à-dire comme appréhension sensuelle de la pensée” (LEGENDRE, Pierre. Le pouvoir et son révélateur esthétique. In: STOLLEIS, Michael. *L’œil de la loi: histoire d’une métaphore*. Paris: Mille et une nuits, 2006, p. 14).

uma balança na mão esquerda, em que pesa as Tábuas da Lei, símbolo do direito, e o coração, representando a sensibilidade²⁶⁹.

Figura 5 - Edição de Schola Cordis, de Benedictus van Haeften



Fonte: Google.books

A presença do anjo na imagem sugere uma concepção ideal, divina ou celestial da justiça. A sua mão direita não segura a espada, símbolo da guerra, mas está espalmada, em sinal de paz. No nosso entendimento, o anjo estaria entregando a justiça divina nas mãos da mulher, que seria a representação da justiça secular, dos homens. E por que a justiça, uma palavra feminina, é frequentemente representada por uma mulher? A resposta vem do professor Bruno Amaro Lacerda:

²⁶⁹LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; MAIA, A.; ESTEVES, J. Uma erótica jurídica: o lugar do sentimento na juridicidade e o nascimento do poeta-juiz. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. n. 3, 2016, p. 241-257.

A razão disso é que o Direito é uma luta, “a luta de cada dia”, ao passo que a justiça é o escopo dessa luta, ou seja, “concordia e paz”. O direito lembra-nos desavenças, demandas, processos e litígios. A justiça recorda-nos equilíbrio e harmonia, como, aliás, sugere a balança que sua personificação com frequência traz em mãos. Como a harmonia, tradicionalmente, é uma qualidade mais “feminina” que “masculina”, não é de estranhar que a justiça, harmonia oriunda do conflito, seja representada com as feições de uma mulher. Não se deve esquecer também que, além da justiça, as demais virtudes, tanto as cardeais (a temperança, a coragem e a prudência) quanto as teologais (caridade, fé e esperança) foram com frequência representadas, a partir do Renascimento, por imagens de mulheres²⁷⁰.

Associadas à ideia de que a lei vem de Deus, as Tábuas da Lei adquiriram um valor profano remarcável em 1789, quando os revolucionários franceses as escolheram para simbolizar o estabelecimento da nova ordem. Eles queriam uma lei justa e igual para todos, ao contrário do arbítrio real. O símbolo das Tábuas da Lei é definido pelos livros sagrados do Êxodo e Deuteronômio em que Deus gravou os Dez Mandamentos dados a Moisés. Em seguida, elas foram colocadas na Arca da Aliança, que permaneceu por muitos anos no Templo de Salomão, em Jerusalém: um emblema do pacto divino entre Deus e seu povo; e, desde a Antiguidade, as noção de aproximação e aliança são, portanto, inerentes às Tábuas.

A justiça também é receptiva à miséria humana e tal complacência é simbolizada pelo joelho nu, atributo corporal da piedade, da magnanimidade e da benevolência dos poderosos²⁷¹.

A falta da venda, tanto no anjo como na mulher, aponta para a necessidade de ter os olhos bem abertos para discernir as diferenças, a alteridade e, sobretudo, para que nenhum pormenor, relevante para a decisão, escape à Justiça. Nas palavras de Michael Stolleis, “a Justiça é, em primeiro lugar, a virtude da atenção em direção às circunstâncias dos fatos”²⁷².

Enquanto a venda nos olhos traduz uma Justiça que se concentra no exame dos argumentos²⁷³, o propósito de objetividade, o espírito de igualdade e o desejo de nivelar todos os jurisdicionados, quem quer que sejam; a ausência da venda atesta que a Justiça está atenta

²⁷⁰ LACERDA, Bruno Amaro. Personificações da Justiça. In: LACERDA, Bruno Amaro; LOPES, Mônica Sette. **Imagens da justiça**. São Paulo: Editora LTR, 2010, p. 54-63, p. 54-55.

²⁷¹ Les symboles de la Justice. Disponível em: <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/les-symboles-de-la-justice-21974.html>. Acesso em: 19/10/2017.

²⁷² “la justice est, en premier lieu, la vertu de l’attention portée aux circonstances des faits.” (STOLLEIS, Michael. **L’œil de la loi: histoire d’une métaphore**. Paris: Mille et une nuits, 2006, p. 57).

²⁷³ STOLLEIS, Michael. **L’œil de la loi: histoire d’une métaphore**. Paris: Mille et une nuits, 2006, p. 57.

e em observação, e vai analisar todos os detalhes que o conflito levado a ela exige, buscando a verdade dos fatos²⁷⁴.

A ausência da espada denota a adoção de um direito não imperativo (*soft law*), de medidas não coercitivas, penas alternativas, despenalização etc.? Ou, simplesmente, significa que quem portará a espada, em um segundo momento, será a mulher?

A balança é o símbolo mais ou menos universal do julgamento e está ligada, sobretudo, à valorização das ações humanas em vista de um julgamento divino, após a morte²⁷⁵. Ela significa que a atividade de julgar requer a necessidade de sopesamento dos argumentos, que traduzem, pela palavra, o conflito, suas vicissitudes e os fatos em que se baseia. A proporção se impõe como um dos pontos fundamentais para a compreensão do pensamento em torno da justiça.

É preciso, portanto, realizar uma adequada ponderação da normatividade e do sentimento jurídicos, equidistantes do racionalismo e do romantismo em todas as suas exteriorizações. Para nós, esta seria a representação da justiça aristotélica, na condição de prudência, ponderação; ou da justiça de Nussbaum, segundo a qual o que deve importar para o poeta-juiz é transitar pelo instigante e necessário caminho das emoções-rationais, no equilíbrio entre a lei e as paixões.

7.5 Alegoria da justiça, de Lucas Cranach

Esta obra é a Alegoria da Justiça (óleo sobre tela, 72x49 cm), pintada em 1537, pelo alemão Lucas Cranach (1472 – 1553). Ela representa a Justiça harmoniosamente nua sob o aspecto estético. Embora, socialmente, a nudez possa simbolizar algo desagradável, nessa imagem a nudez é positiva e representa a transparência das ações do jurista, em uma sociedade assumidamente desigual.

²⁷⁴LACERDA, Bruno Amaro. Ver ou cegar-se? Considerações sobre a origem e o sentido da venda da justiça. In: LACERDA, Bruno Amaro; LOPES, Mônica Sette. **Imagens da justiça**. São Paulo: Editora LTR, 2010, p. 23-39, p. 26-27.

²⁷⁵CUNHA, 2000, p. 17.

Figura 6 - Alegoria da Justiça, de Lucas Cranach



Fonte: <https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Gerechtigkeit-1537.jpg>

Tal como na representação anterior, a ausência da venda reproduz a necessidade do jurista de melhor sopesar as diferenças, de manter os olhos atentos aos pratos da balança, bem como de possuir mais destreza no manuseio da espada, empunhada com a mão direita. Vale ressaltar que os pratos da balança não estão em equilíbrio, o que chama atenção para a igualdade material, isto é, a que estabelece um tratamento diferenciado segundo as particularidades da parte.

Outra característica é a expressão de tranquilidade. Seu rosto não revela emoções deletérias, como dor, vingança, severidade ou ódio. Talvez seja a expressão da impessoalidade, do respeito aos limites da lei que representa alegoricamente.

O tecido transparente sobre a mulher, como se um voal fosse, dá a entender que nada a macula, que a justiça é, assim, uma qualidade pura, incorruptível, de modo que é seu desvirtuamento, a injustiça, que a deixa impura. Nesse sentido, as palavras de Pierre-André Côté apontam que a transparência em matéria de interpretação significa que:

Uma justiça de qualidade é uma justiça transparente, em que as razões que o tribunal usa para apoiar sua decisão refletem fielmente os fatores que levou em consideração. [...] Para assegurar mais transparência, é preciso que os tribunais, sem renunciar fazer referência à intenção legislativa, evitem fazer acreditar que a procura desta intenção constitui o só e único motivo da sua atividade interpretativa²⁷⁶.

Diferente da primeira imagem, expressão de uma justiça divina, a pintura de Cranach parece refletir uma justiça do caso concreto, da dimensão vivida, contingente. Nua, ela simboliza sua essência. Ela é uma justiça também sensorial, com mãos que portam balança e espada, olhos e ouvidos atentos. Seria esta a representação que mais se aproxima das noções de direito multissensorial de Colette Brunschwig?

7.6 Verity, de Damien Hirst

Assim como o direito contemporâneo deixou de lado os antigos paradigmas (por exemplo, a procura da “intenção do legislador”, o princípio de continuidade das normas, a lei como única fonte formal do direito, e mesmo as noções tradicionais de família, parentalidade, contrato, fronteira etc), a arte contemporânea nasce, efetivamente, a partir da desagregação dos sistemas clássicos de referência, tais como a imitação, a fidelidade à natureza, a ideia de beleza, a harmonia etc., e pela dissolução dos critérios arcaicos.

A arte contemporânea é hoje o resultado da mistura e da hibridização de práticas e de materiais. A unidade das belas artes – desenho, pintura, escultura, arquitetura – que legitimou, durante dois séculos, a elaboração de classificações pelos historiadores e filósofos da arte se rompe, para se abrir em um vasto domínio de inovações, experimentações, correspondências inéditas, em busca de uma nova coerência²⁷⁷. Ademais, a noção de artes plásticas permite englobar, sob um mesmo vocábulo, um conjunto heterogêneo de práticas artísticas que percorrem da xilografia à infografia, passando pelo *ready-made*, pelas performances, pelos *happenings*, pelas instalações, pelo *body-art* etc. Em suma, tudo aquilo que valia para a esfera das belas artes no sistema kantiano, ou seja, que todo objeto considerado como arte

²⁷⁶ Tradução livre: “*Une justice de qualité est une justice transparente, où les raisons que le tribunal donne pour étayer sa décision reflètent fidèlement les facteurs qu’il a pris en compte. [...] Pour assurer plus de transparence, il faudrait que les tribunaux, sans renoncer à faire référence à l’intention législative, évitent de donner à croire que la recherche de cette intention constitue le seul et unique objectif de leur activité interprétative.*” (CÔTÉ, Pierre-André. L’empereur est nu... et le juge? In: BENYEKHEF, 2009, p. 169-185, p.183 e 184).

²⁷⁷ JIMENEZ, Marc. *La querelle de l’art contemporain*. Paris: Editions Gallimard, 2005, p. 20.

encontrava-se sob o regime da beleza, não convém mais, pois os critérios tradicionais de avaliação foram abalados.

O fim da unidade das belas artes se caracteriza pela disseminação dos modos de criação, a partir de formas, materiais, objetos e ações heterogêneas que a expressão “arte contemporânea” define imperfeitamente. E essa disseminação corresponde à extrema diversidade de experiências sensíveis, propriamente estéticas e fortemente individualizadas, que nos oferecem a multiplicidade de públicos e práticas culturais. Desse modo, a antiga teoria de avaliação da arte, herança do século XVII, parece obsoleta.

Nesse viés, se Cranach trouxe a nudez na justiça, Damien Hirst foi ainda mais longe e expôs as vísceras, as entranhas de uma Justiça grávida. Localizada no distrito de North Devon (Inglaterra), criada em 2005 e esculpida em bronze, com 20,25 metros de altura, a obra mostra uma mulher nua, com metade de seu corpo expondo dissecações na pele que revelam seu crânio, seus ligamentos, sua musculatura e um feto em desenvolvimento no seu ventre.

Figura 7 - Verity, de Damien Hirst (1)



Figura 8 – Verity, de Damien Hirst (2)



Fonte: <http://www.damienhirst.com/verity>

Alguns aspectos da representação merecem destaque e outros permanecem sem respostas. O primeiro aspecto é o título da obra, “*Verity*”, em alusão à Verdade. Aqui, Justiça

e Verdade estariam juntas, numa mesma representação, tal qual a Ma'at egípcia, deusa da justiça e da verdade²⁷⁸. No entanto, a simples nudez da Justiça não seria suficiente para se chegar à verdade. Esta não seria encontrada pelo simples exame da aparência exterior da Justiça. Para Hirst, foi preciso anatomizá-la, cortar sua pele e adentrar a superfície, indo além da aparência extrínseca, para se constatar a essência, a substância da Justiça.

Um outro aspecto é que a mulher não possui a venda nos olhos habitual nas representações da Justiça. A mulher está de olhos bem abertos. Aqui, a venda sugere a ideia de alguma coisa escondida, desconhecida, obscura, em um certo sentido arbitrária (roda da fortuna), irracional (Éros, deus do amor, aparece sempre vendado ou – como se diz popularmente – é cego), insensível à verdade diante dos olhos²⁷⁹.

Além disso, ela está em pé sobre alguns livros jurídicos e empunha confiantemente uma espada com a mão esquerda, enquanto segura uma balança atrás de suas costas e fora de equilíbrio com a mão direita. O que tudo isso significa? Que a espada pode se tornar um instrumento perigoso de poder nas mãos de uma Justiça que se situa acima da lei e sem o perfeito equilíbrio da balança? Ou, e aqui nós filiamos nosso entendimento, que a Justiça é punitiva, e a sua verdadeira essência não se alcança através do puro exame da letra da lei, sendo preciso ir além do texto e desnudá-la, ou mais fundo, dissecá-la, para se chegar mais próximo da verdade dos fatos, através de um intencional desequilíbrio dos pratos da balança, como alegoria da necessidade das distinções particulares dos diferentes? Seria esta a representação que mais se aproxima das noções de direito despido de Dominique Rousseau?

A escultura grávida exprime a fertilidade da deusa. Porém quem a Justiça trará à luz? A mitologia grega nos oferece um direcionamento ao dizer que, de sua união com Zeus, a deusa Thêmis deu origem às **Horas** (Irene, a paz; Diké, a justiça; e Eunomia, a ordem ou a boa lei), às **Moiras** (Átropos, a cortadora implacável que sela os destinos; Laquisis, a distributriz, ou mediadora; e Cloto, a avaliadora, tecendo os destinos), à **Virgem Astreia** e, em algumas tradições, às **Hespéridas** e também a **Prometeu**²⁸⁰.

No entanto, o sinal mais visível, mais evidente, da Justiça de Hirst é seu corpo. E a marca de pertencimento à espécie humana é, sem dúvida, o corpo humano, com suas relações ambíguas, que vão desde a indumentária (traço da cultura) à nudez (reflexo da verdade, da

²⁷⁸CUNHA, 2000, p. 17.

²⁷⁹CUNHA, 2000, p. 18.

²⁸⁰COLLOGNAT, 2012, p. 862.

autenticidade). Para o Professor Paulo Ferreira da Cunha, “o rosto humano (vendado ou não) é o mais importante para o Homem e o grande símbolo de sua dignidade”²⁸¹.

O corpo do *homo sapiens*, com seu rosto, foi imediatamente percebido como humano, o que mostra que a humanidade da espécie, ou seja, de todos, está concentrada no corpo de cada um, na realidade de sua fisiologia e na aparência de sua forma, na qual se exprime também a realidade de sua existência social²⁸². E essa definição empírica pode servir de princípio regulador para resolver problemas éticos difíceis que muitas vezes necessitam de intervenções jurídicas, tais como a questão da ontogênese: a partir de quando um corpo é um corpo humano?

Enfim, esta humanidade do homem, personificada na Justiça de Hirst, está em perigo, como estava no passado, pois cada progresso do conhecimento traz em si novos riscos e ameaças, uma vez que o conhecimento é intrinsecamente ambivalente, bom e mau: ele perturba e abre novos possíveis a partir de certezas antigas. Como toda atividade criadora, está em perene construção e desconstrução. Porém, a humanidade não pode parar de conhecer. O desejo de conhecimento é consubstancial à condição humana. E, diante do que nos ensina a procura rigorosa e desinteressada da verdade, a lucidez é do que é feita a dignidade humana.

7.7 O Julgamento de Salomão, de Nicolas Poussin

O último quadro é “O Julgamento de Salomão”, pintado em 1649, por Nicolas Poussin, em que vários momentos da narrativa bíblica²⁸³ são representados simultaneamente, retratando a complexidade em torno da questão da dificuldade inerente de um julgamento justo. A narrativa de Salomão é edificante porque faz referência ao dogmatismo que ameaça nossa sensibilidade e nossos engajamentos em direção ao outro e ao mundo.

Na pintura, Poussin retrata a presença de um jovem homem, Salomão, que ocupa o centro do quadro e, sobre um alto pedestal, ele domina a situação. As duas colunas que o enquadram e as linhas de fuga do pavimento acentuam essa centralidade. A face do jovem é o

²⁸¹ Tradução livre: “Et le visage humain (bandé ou non) est le plus importante pour l’Homme et le grand symbole de sa dignité” (CUNHA, 2000, p. 27).

²⁸² ATLAN, 2010, p. 96.

²⁸³ BÍBLIA. Livro de Reis. 1 Reis 3, 16-28.

vértice mais alto de um triângulo cuja base é representada por seus dois braços abertos. Esta importante simetria também evoca a tríade da relação processual, anunciando uma tragédia cujos personagens são as duas mulheres, e os pratos de uma balança, símbolo da Justiça.

Figura 9 - O Julgamento de Salomão, de Nicolas Poussin



Fonte: <http://pt.wahooart.com/@/7Z4QKD-Nicolas-Poussin-o-julgamento-de-salom%C3%A3o>

A história bíblica é a seguinte:

16 Então vieram duas mulheres prostitutas ter com o rei, e se puseram diante dele.
 17 E disse-lhe uma das mulheres: Ah, meu senhor! eu e esta mulher moramos na mesma casa; e tive um filho, estando com ela naquela casa.
 18 E sucedeu que, no terceiro dia depois de meu parto, também esta mulher teve um filho. Estávamos juntas; nenhuma pessoa estranha estava conosco na casa; somente nós duas estávamos ali.
 19 Ora, durante a noite morreu o filho desta mulher, porquanto **se deitara sobre ele**.
 20 E ela se levantou no decorrer da noite, tirou do meu lado o meu filho, enquanto a tua serva dormia, e o deitou no seu seio, e a seu filho morto deitou-o no meu seio.
 21 Quando me levantei pela manhã, para dar de mamar a meu filho, eis que estava morto; mas, atentando eu para ele à luz do dia, eis que não era o filho que me nascera.
 22 Então disse a outra mulher: Não, mas o vivo é meu filho, e teu filho o morto. Replicou a primeira: Não; o morto é teu filho, e meu filho o vivo. Assim falaram perante o rei.
 23 Então disse o rei: Esta diz: Este que vive é meu filho, e teu filho o morto; e esta outra diz: Não; o morto é teu filho, e meu filho o vivo.
 24 Disse mais o rei: Trazei-me uma espada. E trouxeram uma espada diante dele.

25 E disse o rei: **Dividi em duas partes o menino vivo, e dai a metade a uma, e metade a outra.**

26 Mas a mulher cujo filho era o vivo falou ao Rei (porque em suas entranhas se lhe enterneceram por seu filho), e disse: Ah, meu senhor! dai-lhe o menino vivo, e de modo nenhum o mateis. A outra, porém, disse: Não será meu, nem teu; dividi-o.

27 Respondeu, então, o rei: **Dai à primeira o menino vivo, e de modo nenhum o mateis; ela é sua mãe.**

28 E todo o Israel ouviu a sentença que o rei proferira, e temeu ao rei; porque viu que havia nele a sabedoria de Deus para fazer justiça.

A narrativa apresenta, em um quadro hermenêutico, dois cenários. O primeiro é a morte do recém nascido e a sua substituição pelo bebê vivo por uma das mulheres. Nesta cena, o bebê falace por um acidente durante o sono. Nós podemos facilmente, com compaixão, reconstituir a situação em que uma destas mães, exaustas, acidentalmente sufoca seu filho. O que fazer diante de uma catástrofe como essa? Substituir o bebe? Talvez a resposta fosse “sim”. O segundo cenário é o da mãe que acorda e constata seu filho morto. A partir daí, o desenrolar é totalmente psicológico. Trata-se da recusa, da negação e da distorção psicológica de aceitar a realidade que se impõe à mãe. A recusa da verdade, aqui, poderia ser uma poderosa aliada das emoções para se proteger contra uma insuportável dor e, ainda, para se construir uma verdade a partir do bloqueio psicológico diante do cadáver do filho.

Em suma, é nesta verossimilhança, igual e desigual dos cenários que o rei-juiz Salomão é confrontado. O julgamento preliminar de Salomão é um artifício, uma estratégia. Trata-se da primeira parte da narração em que o Rei-Juiz ordena que a criança seja cortada ao meio, que o objeto da controvérsia (o menino vivo) seja dividido em duas partes iguais, e que cada uma das mães receba uma metade. Na verdade, Salomão se refere alegoricamente à igualdade formal ou comutativa. Se a justiça é a divisão em partes iguais, não devemos, na ausência de testemunhas e de provas sólidas e verdadeiras, dividir o objeto disputado em partes idênticas?

No quadro de Poussin, ao pronunciar seu primeiro julgamento, a indicação da mão direita de Salomão designa o soldado que cortará a criança na metade e dará uma parte a cada mulher (versículo 25). O soldado, imediatamente, pega a criança pelo pé, o que reforça o efeito dramático, toma a espada e inicia a rotação de seu braço que lhe permitirá cortar o menino ao meio.

Em seguida, observamos que Salomão não se refere, como em um raciocínio jurídico ordinário, à **balança** dos interesses, mas à **espada**, símbolo do poder no sentido mais direto possível, com vistas a fatiar o menino vivo. Considera-se apenas a carne, o objeto do litígio. Diante da impossibilidade de decidir o que é de cada, segundo a arte do direito, as mães são

consideradas iguais na situação em que o filho será reduzido a um objeto sob uma lâmina. Se elas buscam igualdade, elas terão igualdade, e receberão cada parte do objeto cobiçado. Este, ao final, será a metade de um menino, ou melhor, a metade de um cadáver. No entanto, a astúcia de Salomão é deixar desenrolar-se um drama humano, em que a simbólica do direito é totalmente desvirtuada, pois substitui-se o “pesar” da balança pelo “cortar” da espada.

Figura 10 - Imagem da balança



Figura 11 - Imagem da espada



Fonte: <http://pt.wahooart.com/@/7Z4QKD-Nicolas-Poussin-o-julgamento-de-salom%C3%A3o>

No versículo 26, a narrativa evidencia a compaixão, a piedade e o amor de uma das mães, que renuncia todos os “privilégios” do primeiro julgamento. Ao lado dela, a outra mulher manifesta que não está disposta de recuar um passo diante das consequências nefastas da ordem de Salomão de cortar o menino. Esses dois momentos revelam uma situação artificial criada pelo Rei-Juiz para lhe ajudar a medir e pesar, ao revelar as atitudes delas diante do destino do menino vivo.

Em relação à pintura, Poussin retrata a primeira mulher abrindo os braços, em um gesto protetor, que salvaguarda a criança da espada: “Dai-lhe o menino vivo, e de modo nenhum o mateis.”. Enquanto a outra mulher, com o filho morto nos braços, aponta em direção à criança viva. Este o movimento mais rápido e forte²⁸⁴, tal qual uma arma dirigida contra a criança. A mulher diz: “Não será meu, nem teu; dividi-o”. A emoção toma conta dos dois personagens nas extremidades do quadro, que se desviam da cena.

O primeiro julgamento desagrada humanamente a todos, não somente porque o resultado é desastroso, mas sobretudo porque ele zomba de uma desgraça, na medida em que no início havia um menino morto e, ao final, Salomão decide por uma segunda morte. Duas

²⁸⁴Esta projecção é reforçada pela variação para a esquerda, em relação aos eixos da composição. Fonte: <http://mapage.noos.fr/moulinhg03/ancien.regime/art.images/salomon/salomon.html>

crianças mortas em nome da justiça. Essa questão nos leva à revisão deste julgamento e ao pronunciamento de um segundo pelo Rei-Juiz.

Na pintura, pelo gesto de sua mão esquerda, Salomão suspende o julgamento precedente e proclama: “Dai à primeira o menino vivo, e de modo nenhum o mateis; ela é sua mãe”. Juridicamente, significa que ele encontrou a “boa mãe” para a criança, não pelo critério puramente biológico, nem tampouco pelo princípio da igualdade formal, mas pelo melhor interesse da criança. Esta terá uma mãe pronta a renunciar a tudo, até mesmo ao próprio filho (como aponta o primeiro julgamento), em nome do bem-estar dele. Uma mãe que presa pela vida e demonstra compaixão, amor e afeição.

O grande problema de ordem jurídico-emocional que se apresenta no julgamento, abordado pelo Professor Bjarne Melkevik²⁸⁵, é que o Rei-Juiz avaliou os indivíduos (as mães) apenas pelos seus comportamentos apresentados pouco antes da decisão. As pretensões, os elementos de prova sequer foram considerados. Não houve qualquer interação de linguagem com o juiz, de modo que, no final das contas, apenas as estratégias psicológicas e comportamentais foram julgadas, mas estas, sozinhas, não formam uma base sólida para uma decisão, pois Salomão poderia ter sido manipulado por uma das mulheres que desempenhasse o melhor papel. Isso se coaduna com a nossa forma de pensar, segundo a qual o apelo aos diálogos entre direito e emoções não podem se distanciar dos demais elementos jurídicos necessários para uma boa decisão, oferecidos pela dogmática.

²⁸⁵MELKEVIK, Bjarne. Le jugement de Salomon: la justice, la compassion et l'intérêt de l'enfant. **Studia Iurisprudentia**, n. 4, 2015, p. 21-44.

8 EXERCÍCIOS INTERDISCIPLINARES: DA INTERPRETAÇÃO DAS EMOÇÕES AO PAPEL DAS EMOÇÕES NA INTERPRETAÇÃO

The tendency of the law is to express sentiments of sympathy, or, at least, of sympathetic indifference, and the desire to live in peace and harmony with one's neighbor.

Pierre Tourtoulon

8.1 Interpretar é preciso, viver não é preciso: como navegar entre a norma e a vida?

Fernando Pessoa dizia que “navegar é preciso, viver não é preciso”. Ao mesmo tempo em que lançava uma sentença sobre a condição do homem, dialogava ricamente com a tradição histórica dos portugueses na exploração dos mares. No entanto, a interpretação que se deve dar a essa frase, nitidamente ambígua, é controvertida, pois o adjetivo “preciso” se refere tanto à exatidão, como à necessidade.

No primeiro sentido, estabelece-se a comparação entre o “viver” e o “navegar”, mas com um fator de confronto: a necessidade. Aqui, afirma-se que o necessário é navegar, e não viver. No segundo sentido, o poeta aponta para outro fator decorrente do confronto entre o “viver” e o “navegar”; enquanto a “navegação” é exata, precisa, já que o navegador pode valer-se da segurança da ciência da navegação, com mapas, bússolas, constelações etc., o viver, porém, seria impreciso, inexato, sem que se pudesse falar de técnicas ou métodos preestabelecidos, que lhe pudessem orientar.

Ficamos com o segundo sentido, pois a visão tradicional da interpretação jurídica é semelhante à ciência da navegação para o poeta português: precisa, exata, repleta de fórmulas, técnicas e princípios para orientar o intérprete no bom uso da razão jurídica. Ocorre que a vida, universo dos valores, da moral, é imprecisa. Às vezes, aquele que decide reconhece um conflito insolúvel de valores. Outras vezes, percebe que um ou mais valores não se aplicam àquele caso preciso. Às vezes, prende-se mais às características gerais da situação e, em outras, àquilo que é único e novo. Como decidir quando convém fazer tudo isso, mantendo uma visão equilibrada do bem e do justo? Quando podemos estar seguros para improvisar o direito adequadamente, aplicando a justa medida de ponderação e flexibilidade?

A resposta a essa questão abrange uma outra dimensão: a prioridade do particular na boa deliberação. A solução se constrói através de um meio termo, de uma justa medida e da ponderação adequada que vem da percepção. O navegador experiente sente quando é preciso

seguir o manual ou deixá-lo de lado. O bom direito, a regra correta, é simples no caso particular: o jurista deve decidir como decidiria o navegador experiente. Não existe garantia, fórmula ou recurso seguro. E, portanto, essa ausência de fórmulas não significa que devemos nos remeter ao “*laissez-faire*”, não importando a decisão a ser tomada.

Em linguagem simbólica, sabe-se que um barco no cais está seguro; mas ele não foi feito para o porto. Existem inúmeras maneiras de naufragar uma embarcação no fundo do oceano durante a tempestade, e muito poucas para levá-la ao porto seguro. Por isso, o juiz não deve atracar tão somente no cais da justiça objetiva (universo da norma), nem navegar exclusivamente no oceano do caso concreto (cenário das emoções), pois muitas vezes o cais do porto, apesar de seguro, apenas contém a primeira metade do direito; situação em que a outra metade só pode ser encontrada nas ondulações do mar aberto. Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto afirma que:

entre o texto legislado e a decisão judicial navega o sentido. Ali, algo significante. Aqui, algo significado. Mas algo significado que pode ser o fruto de idas e vindas do intérprete entre o texto referente e o caso referido, se a relação entre ambos caracterizar-se por uma tão mútua quanto irresistível influência. É quando o dever-ser do Direito se concilia com o ser da vida e aí já não há descompasso entre justiça como formulação meramente objetiva e a justiça material do caso entre partes²⁸⁶.

O direito ora se revela como justiça objetiva (dimensão pensada), ora se exterioriza como justiça do caso concreto (dimensão vivida, sensorial, contingente), porque as duas coisas são o que ele verdadeiramente é. A justiça objetiva ser descoberta pela inteligência (mente, intelecto) e a justiça do caso concreto a ser intuída pelo sentimento (alma, coração). Ambas estão empenhadas em alcançar um ponto de interseção que abandone a própria dualidade formada por elas originariamente, a fim de possibilitar a visão do justo por inteiro, como no poema de Ricardo Reis, um dos heterônimos de Fernando Pessoa (2016, p. 153):

Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.

²⁸⁶BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: [S.n], 2012, p. 60.

É possível traçar um estreito paralelo entre a realidade de Ulisses, personagem de Homero, na Odisseia, o canto das sereias e a hermenêutica contemporânea (STRECK, BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 2). Ulisses, ao terminar a Guerra de Troia e retornar a Ítaca, sabia que passaria por todo tipo de obstáculos mar adentro, dentre os quais o arrebatador canto das sereias, símbolo da sedução a que o homem está submetido. No entanto, Ulisses ordenou aos seus marinheiros que o amarrassem ao mastro do barco, e que, em qualquer hipótese, não poderiam soltá-lo, independentemente de quaisquer ordens vindouras que ele próprio viesse a emitir em sentido oposto. A determinação era clara: ele só poderia vir a ser desatado quando tivessem concluído a passagem pela ilha de Capri. Nesse caso, Ulisses representa a ponderação necessária para o intérprete e aplicador do direito contemporâneo. Ao amarrar-se ao mastro do navio, recusando colocar cera em seus ouvidos, enquanto passava nos arredores da ilha, ele reconhece sua fragilidade e humanidade, e é isso que faz dele um forte. Quando Ulisses identifica sua vulnerabilidade, ele se articula e usa a inteligência para sobreviver, sem negar a escuta do encantador canto das sereias. Ou seja, o canto e as correntes são os pontos extremos do equidistante meio-termo necessário encontrado pelo Odisseu.

Pensar no aprimoramento do modelo do decisor (estatal ou não) do terceiro milênio é pensar na ponderação e na interdisciplinaridade, cuja formação inclui, além do direito, conhecimentos de filosofia, sociologia, e, sobretudo, literatura. Com essa formação mais abrangente, espera-se dele uma nova visão de mundo, que o torne mais sensível, mais humano, predicados extremamente importantes para o fornecimento de uma solução jurisdicional mais eficaz frente aos novos tempos. Tal modelo de julgador deve assegurar sua sensibilidade e profundidade emocional, bem como sua competência intelectual.

É preciso acrescentar, ainda, que a alternativa para o sistema jurídico não está entre a visão racionalista, de um lado, e o puro sentimentalismo desprovido de ciência, de outro. Como constatamos, as emoções contribuem para o direito e o jurista deve levar a sério que a ideia de uma teoria mais sofisticada da pessoa poderia lhe fornecer melhores prognósticos. Além disso, o direito não pode ser rival da arte, porque esta oferece, aos seus destinatários, uma norma ética e cultiva as emoções ligadas a esta norma.

Enfim, o direito, em sua dimensão prática, dever seguir a intuição de Hume segundo a qual a razão sem a emoção não pode levar à ação e aos julgamentos. Enfim, afirmar que as paixões conduzem à parcialidade e à injustiça constitui um grave problema para o direito. Mas se a razão e a emoção permanecerem duas entidades separadas, incapazes de cooperar,

cada uma procurando exercer sua dominação sobre a outra, dificilmente escaparemos desse abismo.

8.2 A verdade jurídica: por uma definição mais realista, entre sentimento e razão

A questão da verdade em direito é, sem dúvida, o problema filosófico mais difícil enfrentado pela teoria da interpretação. A discussão sobre a verdade se concentra sobre o sentido do direito: se existe ou não um verdadeiro sentido em direito. Tradicionalmente, a definição da verdade e do erro jurídicos repousou sobre a correspondência (ou não-correspondência) entre um sentido dado e uma realidade apresentada como exterior à consciência do intérprete. Tal relação é chamada de “intenção legislativa”, “vontade do legislador”, “intenção do Parlamento” etc. Uma interpretação só é dita verdadeira se ela reflete essa intenção. A esta intenção, a este pensamento, corresponde o “sentido verdadeiro” do texto que o leitor deve trazer à luz.

Tal concepção da verdade, ainda em curso em nosso direito, postula, em suma, a imanência do sentido, sua singularidade, sua imutabilidade e a insensibilidade aos fatos sociais. Interpretar a lei não cria sentido, ela consiste em tentar exprimir alguma coisa que já está lá, limitando-se a anunciar o sentido, desvelá-lo, proclamá-lo. O julgamento, em matéria de interpretação, é declarativo e não constitutivo.

São algumas características que contribuem para fundamentar essa teoria oficial da interpretação:

- O sentido de verdade está relacionado exclusivamente ao **pensamentodo legislador**, independentemente do destinatário do texto, a quem qualquer aporte à elaboração do sentido do texto é rejeitado;
- O sentido de verdade é **uno**, de modo que não pode existir, para um mesmo texto, vários sentidos verdadeiros, pois não podem existir várias intenções do legislador para um único e mesmo texto;
- O sentido de verdade é **imutável**, pois reflete o pensamento do legislador, confinado no texto, em um momento preciso. Este pensamento não pode ser modificado sem uma nova intervenção legislativa;
- O sentido de verdade é estabelecido em **abstrato**, através do estudo do texto em seu contexto, independentemente dos fatos aos quais o texto deva ser aplicado ou às consequências dessas aplicação.

Por conseguinte, na atual teoria da interpretação, o “erro de interpretação” é definido em relação a um padrão (*standard*) de medida que assegura a objetividade e traduz a exata correspondência à intenção do legislador, de maneira que todas as outras interpretações do texto são consideradas falsas, errôneas e, portanto, inadmissíveis.

Uma das principais aquisições da filosofia contemporânea, todavia, foi a tomada de consciência da relatividade de nossa comunicação com o mundo²⁸⁷. Assim, é possível existirem vários sentidos possíveis e razoáveis; e o intérprete escolhe um dentre esses múltiplos sentidos. O sentido, então, ressalta o poder do intérprete. E, porque ele depende do intérprete, é relativo. Com efeito, a concepção de verdade como correspondência entre fatos (sejam eles sensíveis ou psíquicos) e aquilo que é pensado ou dito ao sujeito passou a ser visto como ultrapassada. Desse modo, segundo a concepção atual da verdade, não haveria, no mundo, um fato psíquico (tal qual uma intenção legislativa) que pudesse ser apreendido objetivamente, pois nossa compreensão do mundo é sempre mediatizada, seja por nossos **sentidos**, por nosso **aparelho de compreensão** das realidades psíquicas ou pelo **contexto** em que experimentamos a realidade.

Nossa relação com o mundo sensível é, portanto, **relativa**; assim como é nossa apreensão das coisas que pertencem ao mundo das realidades inteligíveis. Desse modo, quando dois juristas discutem o sentido de um texto entendido como a expressão da vontade legislativa, eles não discutem a realidade psíquica (a da “verdadeira intenção” do legislador) que enfrentam objetivamente, mas a compreensão mitigada que cada um tem dessa realidade. Uma afirmação é verdadeira se ela corresponde a um fato empiricamente observável no mundo exterior. Porém, como não existe nada “observável” em direito, apenas regras em abstrato, cujo sentido é construído por interpretação, não pode existir verdade possível ou sentido de verdade. Não há correspondência possível entre o direito (que não pode ser concebido como um fato exterior) e o julgamento que o interpreta (ou seja, que o constrói, que o descreve).

²⁸⁷AMSELEK, Paul. **La question de la vérité aujourd’hui**. Disponível em: <paul-amselek.com/textes/question_verite.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017, p. 2.

8.2.1 A passagem à intersubjetividade

A verdade jurídica não pode ser definida como uma exata correspondência com o mundo, isto é, como *adequatio rei et intellectus*, mas como uma expressão de uma relação equilibrada entre aquilo que dizemos do mundo e aquilo que diria um terceiro. Segundo Paul Amselek,

a verdade deve ser concebida de agora em diante como a correspondência entre a representação gerada em minha consciência quando em contato com o mundo, e a representação suscetível de se revelar na consciência de qualquer outro ser pertencente à espécie humana, e normalmente dotado do mesmo tipo de aparelho físico e mental²⁸⁸.

Esse critério de verdade seria, assim, a procura da experiência pelo outro. Tal noção, como aquilo que seria apreendido por qualquer outro sujeito, implica, portanto, uma passagem do domínio da objetividade àquele da intersubjetividade. E, nesse caso, não podemos ignorar, de maneira realista, as contribuições do intérprete e do destinatário para a elaboração do sentido do texto. O direito não está nem nas coisas, nem nos espíritos; ele está entre os sujeitos. Assim, o postulado da singularidade não resiste a essa análise, pois a experiência do direito nos ensina que as contingências da vida, as circunstâncias imponderáveis, não conduzem a um sentido único que possa ser chamado de “a boa interpretação”. Do mesmo modo, a noção de imutabilidade do sentido, tomada como indiferença aos fatos, é, igualmente refutada pela experiência.

Ademais, a atividade legislativa não produz sentido ou regras de direito, mas unicamente textos²⁸⁹. Não existe um “algo lá” infiltrado nas palavras proferidas pelo legislador, um sentido “já” impregnado. A solução se constrói através de um meio-termo, de uma justa medida ou da ponderação adequada que só a percepção e a sensibilidade podem nos oferecer. O direito ou a regra jurídica só podem aparecer através de um processo que constrói o sentido, a partir do texto, chamado de interpretação. Na verdade, isso caracteriza a interpretação como oposição ao ato legislativo. Ou, como diz o jurista Pierre-André Côté, “o

²⁸⁸“La vérité doit être conçue désormais comme la correspondance entre la représentation générée dans ma conscience au contact du monde et la représentation susceptible de se révéler dans toute conscience, chez tout autre être appartenant à l’espèce humaine et normalement pourvu du même type d’appareillage physique et mental.” (AMSELEK, Paul. **La question de la vérité aujourd’hui**. Disponível em: paul-amselek.com/textes/question_verite.pdf. Acesso em: 25 de setembro de 2017, p. 4).

²⁸⁹Ver o que Bjarne Melkevik fala sobre isso em *Dejà Droit!*

direito não habita nos textos”²⁹⁰, mas reside efetivamente na mente daquele que tem o poder de interpretar, de dar vida ao texto. Por isso, a definição tradicional de “erro de interpretação” que leva em consideração o “sentido de verdade” é pouco convincente.

8.2.2 *A criação sujeita à restrição*

Uma definição mais “realista” de verdade é enfrentada de maneira empírica, segundo o movimento de pensamento chamado Realismo²⁹¹ Escandinavo que tem, como um dos principais representantes, Karl Olivecrona²⁹². Esta escola se opõe ao idealismo kantiano e a toda metafísica, defendendo o retorno ao real e concedendo grande espaço aos dados psico-sociológicos. Ela considera que apenas o que é real pode ser objeto de conhecimento, e que só o que pode ser objeto de conhecimento pode constituir um objeto de observação científica²⁹³.

Nesse contexto, o sentido de um texto não pode ser procurado simplesmente no espírito do autor, deve substituir essa concepção tradicional. Uma definição mais realista considera que o sentido de um texto resulta de sua interpretação. A atribuição de sentido pelo intérprete se desenvolve, portanto, em um contexto social, mas o jurista que interpreta não está totalmente livre para conferir qualquer sentido ao texto, pois o processo interpretativo é dinâmico e condicionado pelas convenções às quais aderem os membros da comunidade jurídica. São essas convenções que definem os objetivos que devem perseguir aqueles que dão sentido a um texto, bem como os fatores e os argumentos que o intérprete deve considerar.

Nessa perspectiva, é preciso abandonar as ideias segundo as quais a definição da verdade em matéria de interpretação deve estar ligada ao pensamento do autor e que, para cada texto, há apenas um sentido verdadeiro e uma infinidade de sentidos errôneos. Aqui, não se trata de questionar se a interpretação é verdadeira, ou se o intérprete reteve a interpretação que reproduz o pensamento do autor e corresponde ao sentido verdadeiro do texto. Ao contrário, é preciso verificar se a interpretação é válida (ou seja, se ela está balizada segundo

²⁹⁰ CÔTÉ, Pierre-André. L’empereur est nu... et le juge? In: BENYEKHEF, 2009, p. 169-185, p. 176.

²⁹¹ As fronteiras das correntes realistas escandinava e americana são extremamente flexíveis. Apesar de ambas terem surgido no século XX e possuírem um referencial comum, a distinção que singulariza o realismo escandinavo em relação ao realismo americano é sensível: este tem por objetivo a utilidade, aquele visa à cognição. (cf. MILLARD, Éric. *Réalisme scandinave, réalisme américain: un essai de caractérisation*. **Revus**, v.24, 2014, p. 81-97.)

²⁹² OLIVECRONA, Karl. **De la loi et de l’État**: une contribution de l’école scandinave à théorie réaliste du droit. Trad. Patricia Blanc-Gonnet Jonason. Paris: Dalloz, 2011.

²⁹³ STRÖMHOLM, Stig; VOGEL, Hans-Heinrich. **Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 28 e ss.

as convenções prescritas e aceitas pela comunidade jurídica) e se o intérprete fez um uso legítimo do poder que lhe foi atribuído para dar sentido ao texto. Em outras palavras, trata-se de questionar em que medida uma interpretação pode ser, mais ou menos, justificada, aceitável, sustentada, defendida, pleiteada, ou, em uma palavra, razoável.

Entendemos que a verdade como “intenção do legislador” é uma noção indispensável para simbolizar a soberania do parlamento e para considerar a influência do legislador sobre o sentido que o intérprete deve atribuir a um texto. No entanto, uma análise do fenômeno da interpretação jurídica centrada, exclusivamente, sobre o pensamento do autor é empobrecedora, pois ela não considera a riqueza da realidade, nem os aportes do destinatário e do intérprete do texto.

Ademais, mesmo considerada como legítima, a noção de “intenção legislativa” torna-se problemática quando sua busca se apresenta como o único objetivo de interpretação pelo juiz. No domínio da motivação das decisões judiciais, constata-se que a concepção declaratória não possui efeitos favoráveis. É preciso reconhecer que a insistência que ela emprega na procura da intenção legislativa tem uma importância fundamental, todavia, a focalização exclusiva sobre esse único objetivo não favorece uma interpretação de qualidade. Infelizmente, nem todos os juízes aprenderam a ler as entrelinhas e acabam se guiando apenas pela procura do sentido da lei, num processo meramente declaratório, que tem por efeito matar a imaginação²⁹⁴.

Enfim, tomar o sentido do texto como produto, ou ao menos como colaboração, entre os sentidos e os sentimentos do autor, do intérprete e do destinatário do texto é uma forma muito mais fecunda de conceber a interpretação jurídica. Desse modo, o intérprete, implicitamente, admite que sua busca por certeza, totalidade, permanência, segurança é, em parte, ilusória e, com isso, ele renuncia a se situar apenas no registro do texto, para se conciliar com o aleatório, o risco, a incompletude e o transitório. E, se o sentido do texto depende do leitor, este agirá com sua imaginação e fantasia, pois são elas que permitem resolver problemas.

²⁹⁴CÔTÉ, Pierre-André. L'empereur est nu... et le juge? In: BENYEKHEF, 2009, p. 169-185, p. 184 e 185.

8.3 Entre o público e o privado: interpretação, emoções e habilidades perceptivas do bom julgador

A cultura jurídica, em nome do valor da segurança, tem escolhido sistemas vinculados ao tecnicismo e procedimentalismo, imunizando-se contra os sentimentos: legítima é a decisão fria que se rende aos rituais e *standards*. O jurista, na maior parte do tempo, trabalha no modelo de “reconhecimento”, no qual busca enquadrar novas experiências em moldes pré-fixados. E, quanto mais bem sucedida for essa tarefa, mais céleres e bem fundamentadas serão as decisões, pois os sentimentos nas atividades humanas são fontes de dificuldades jurídicas.

Os sentimentos não são questões permanentes do direito, mas de sua aplicação ao caso concreto. Se nós considerarmos o direito como uma simples justaposição de regras técnicas ou um conjunto de procedimentos de atribuição de direitos subjetivos, postos pelo legislador e que o juiz e os cidadãos devem aplicar, então a questão dos sentimentos não vale nada. Porém, se considerarmos que esta apresentação do direito, como uma simples técnica, não dá conta de sua realidade humana e plural, e que as sensações e os sentimentos estão na origem das mutações normativas, há lugar para a investigação das vantagens destas sensações.

É lugar comum dizer que, na atividade da percepção, a atenção recai sobre o aspecto privado e distinto do julgador que deve acolher cada nova situação com prudência. Enquanto as normas jurídicas podem ser aplicadas em uma comunidade inteira, a atividade interior da imaginação e da emoção, assim como o valor assinalado à capacidade de improvisação, são dificilmente exprimíveis. Isso nos conduz a pensar que esta concepção pode ser um modelo de escolha pessoal, sem grande utilidade na esfera pública.

No entanto, é preciso se chamar atenção ao fato que não existe uma fronteira clara entre o público e o privado na concepção moral aristotélica, afinal, a vida humana é uma vida “com” e “para” os outros²⁹⁵. Os atenienses não destinavam as expressões de amor, raiva ou tristeza apenas ao ambiente doméstico. Ao contrário, a esfera pública era entranhada em uma energia emocional e imaginativa que se associa, muitas vezes, à esfera privada. Do mesmo modo, a intimidade da casa era impregnada pelas preocupações públicas da polis. A norma de racionalidade política aristotélica estava fundada sobre a percepção sensível. A moralidade ateniense ressaltava as percepções concretas do indivíduo acima da mera obediência à regra, fazendo da política pública um evento de improvisação criadora. Assim, a vida política

²⁹⁵NUSSBAUM, 2010, p. 150-152.

ateniense excedia em emoções! Ela é descrita como inovadora, audaciosa, móvel, e caracterizada por uma intensa atenção às particularidades do indivíduo.

Essa percepção aristotélica é, portanto, um modo de racionalidade pública. O bom julgador deve ser como o indivíduo ateniense: não um tecnocrata, mas um homem capaz de improvisar com a criatividade nutrida por suas emoções. Equidade e prudências são as suas próprias virtudes. Um juiz dotado de sabedoria prática, mais do que obedecer à norma de modo inflexível, deverá aplicá-la conforme seu próprio julgamento moral, após ter examinado a história e as circunstâncias do caso. Isso significa que a decisão deve obedecer a uma dupla programação: de um lado, ela deve se utilizar do equipamento jurídico-conceitual, para se inserir nas estruturas de um Estado democrático de Direito, como forma de garantir um exercício não arbitrário do poder. De outro, a decisão deve revelar a situação do sujeito ou do campo social no qual ela se insere, não apenas abstratamente, mas, sobretudo, nas situações concretas. Aqui, trata-se de uma adaptação dos instrumentos jurídicos às necessidades particulares. A implementação dessa dupla programação constitui toda dificuldade de julgar.

Com efeito, o diálogo entre a regra e a percepção, na moralidade aristotélica, possui uma estreita relação com os procedimentos de um bom juiz que, para avaliar uma situação concreta, deve mobilizar seu conhecimento da lei, a história dos precedentes, bem como suas convicções morais. O essencial é se confrontar com as complexidades dos particulares, estas são apreendidas nas histórias concretas e evoluem em função da jurisprudência. Nesse sentido, o Professor George Browne explica que cada caso concreto se insere num conjunto de circunstâncias específicas e, portanto, tem a sua própria história,

sua solução [do caso concreto] rejeita portanto modelos ortodoxos e sua análise varia em função de um maior domínio possível dos elementos que compõem a situação conjuntural, associado ao **esforço imaginativo** no sentido de encontrar soluções mais apropriadas e convenientes para cada caso. Os antecedentes são também muito importantes. O **somatório** de todas essas condições possibilita que se chegue a decisões mais realistas e razoáveis em boa parte dos casos, apesar de existirem os chamados “hard cases” no dizer de Dworkin. Entretanto, esses, não correspondem à maioria, e mesmo assim, devem ser enfrentados, a partir de algum nível de **remodelamento teórico**, o que supõe, maior **criatividade e inovação**. Acerca do inovar, caberia aqui, retomar o velho **paradigma aristotélico** segundo o qual, os ingredientes que compõem o ato de julgar e de procurar fazê-lo com justiça consistem em integrar e harmonizar essas duas dimensões extremamente nobres do ser humano essas virtudes superiores que são a Sophia e a Phronesis, ou seja, a sabedoria e a prudência²⁹⁶.

²⁹⁶REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-

Portanto, a prudência aristotélica, delimitada pelo trabalho da jurisprudência, é a virtude de adaptação às coisas contingentes. Ela é definida como uma disposição prática que se prova no próprio exercício; aqui, pelo “exercício da arte de julgar que não se reduz jamais à ciência da legislação”²⁹⁷. Diferentemente da **sabedoria**, que distingue o bem do mal propriamente ditos, a **prudência** é sempre contextualizada; ela é exercida em cada situação concreta; é a arte de responder melhor ao contexto, assegurando a boa adequação dos meios aos fins perseguidos²⁹⁸.

Quanto às emoções, ainda que sua contribuição seja rejeitada em alguns domínios do direito, seu valor é inegável para orientar o raciocínio jurídico. Às vezes, esse argumento é invocado pelos relativistas que consideram que todo julgamento de direito é a expressão de uma “ideologia”. Eles se recusam a fazer uma distinção normativa entre poder e persuasão, e ceder espaço a uma compreensão substancial da objetividade no julgamento. Todavia, essa ideia tem sido sustentada por juristas, como o constitucionalista Paul Gewirtz, cujas visões se aproximam de Aristóteles. Eles defendem uma concepção substancial da sabedoria prática e ressaltam que uma resposta emocional, no curso de um julgamento sábio, não é uma marca de irracionalidade, mas de uma profunda e complexa racionalidade. Segundo Gewirtz, ainda que as paixões possam enganar o indivíduo, elas apresentam um valor em si mesmas e podem esclarecer a compreensão. Vejamos:

Não é a razão a única coisa de valor em um sistema jurídico. Inegavelmente, o objetivo de dar uma direção mais racional à vida humana é indispensável. Mas enquanto as emoções não racionais podem distorcer, enganar ou alardear incontrolavelmente, elas têm também um valor intrínseco e podem, igualmente, abrir, esclarecer, enriquecer a compreensão. **Os valores e conquistas de um sistema jurídico** – e de advogados, juízes e cidadãos envolvidos nele – **são moldados por aquilo que as emoções produzem.** [...] Essas observações sugerem uma importante conexão entre literatura e direito que é raramente explicitada. **A literatura faz suas reivindicações particulares em relação a nós, justamente, porque ela nutre tipos de compreensão humana que não são acessíveis apenas pela razão sozinha, mas que envolvem intuição e sentimento também.** Se, como a Oresteia sugere, o direito engaja-se com elementos não-racionais e exige formas mais largas de compreensão, a literatura pode desempenhar um importante papel na formação de um advogado. A inclusão das Fúrias no seio da ordem jurídica – uma inclusão que representa o laço da esfera emocional no direito – liga a literatura ela

pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, v. 1, n. 1, jul-dez. 2009, p. 21-57, p. 46.

²⁹⁷OST, François. **À quoi sert le Droit? Usages, fonctions, finalités**. Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 516.

²⁹⁸PAPAUX, Alain. **Introduction à la philosophie du “droit en situation”**: de la codification légaliste au droit prudentiel. Bruxelas-Paris-Genebra: Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2006, p. 58.

mesma ao direito e sublinha o lugar especial que a literatura pode ter no desenvolvimento do espírito jurídico para a sua completa riqueza e complexidade²⁹⁹.

A descrição de Gewirtz está relacionada à atividade do leitor envolvido nos textos literários; e as reflexões dele sobre a percepção e a emoção nos conduzem a reconhecer a particular importância que os sentimentos têm no florescimento do sistema jurídico. Na mesma linha, o professor Bjarne Melkevik diz que o direito é um produto cultural e que a literatura serve para alimentar nossas reflexões, pois ela é concebida como um “elemento de uma tópica”, isto é, como um trampolim³⁰⁰ a serviço da reflexão: ela permite compreender o lado humano que acompanha uma argumentação refletida e o sentido discursivo que se desenvolve a favor das considerações e dos posicionamentos intelectuais.

A possibilidade do direito não se faz jamais em um vácuo neutro, mas em um espaço público, um espaço de comunicação e de tomadas de posição no quais o acordo e o compromisso não constituem um apriori (teórico, abstrato ou positivo), porém, mais ainda, um a posteriori a fazer, a desfazer e a refazer³⁰¹.

Isso mostra que um bom julgamento, portanto, deve ser concebido cada vez mais à maneira de Aristóteles: o juiz deve completar com seus sentimentos os espaços vazios decorrentes das generalidades da lei escrita, mobilizando recursos de uma personalidade rica e sensível. Ou seja, a prudência judicial passa não somente pelo discernimento da justa medida entre os dois extremos opostos, mas ela tem também o papel corretor da equidade.

É possível ilustrar essa problemática através de dois exemplos oferecidos pelo direito comparado, pois tanto o sistema jurídico brasileiro como o espanhol consagram disposições gerais a respeito da aplicação da equidade nas decisões judiciais, em material cível. Assim, o parágrafo único do artigo 140 do Código de Processo Civil Brasileiro vigente, à primeira vista, veda o emprego da equidade, ao estabelecer, de forma contundente que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”³⁰². Em revanche, o artigo 3.2 do Código Civil Espanhol, de forma aparentemente contrastante com tal disposição, autoriza o emprego da equidade, ao dispor que “a equidade deverá ser ponderada na aplicação das normas;

²⁹⁹GEWIRTZ, 1988, p. 1.050.

³⁰⁰MELKEVIK, 2010, p. 9-10.

³⁰¹MELKEVIK, 2010, p. 10.

³⁰²BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 08 set.2017.

todavia as resoluções dos Tribunais somente poderão repousar de maneira exclusiva nela quando a lei o permitir expressamente”³⁰³.

Longe de violar a lei ao corrigi-la, o juiz a realiza, a põe em prática. Ao fazer justiça na singularidade do caso, ele tira da lei uma criação normativa que realiza suas potencialidades finais. E uma crítica a tal correção só seria aceitável se o universo da justiça fosse o mundo atemporal das idealizações platônicas, todavia, seu mundo é aquele do contingente irregular³⁰⁴.

Apesar da tradição jurídica ocidental ter suprimido essa ideia, desqualificando a casuística e compreendendo o direito como um traço geométrico, sob a categoria da *Regula Juris* (regra), é a metáfora da régua de chumbo maleável³⁰⁵ usada pelos construtores da ilha de Lesbos que deve ser traduzida aqui como uma síntese admirável dos processos de adaptação da norma ao caso. Essas reflexões vêm para reforçar a ideia segundo a qual os elementos não-rationais, como as emoções, podem oferecer uma “inteligência” singular às decisões judiciais. O ideal de equidade aristotélica deve figurar, portanto, como modelo de julgamento, pois ainda que os procedimentos formais tenham um papel indispensável nos diferentes níveis do processo de tomada de decisão, o que deve ser exigido do juiz é uma forma diferente de raciocínio. Ou seja, é indispensável o conhecimento racional, porém, mais ainda é o desenvolvimento de uma imaginação vigorosa voltada para a realidade humana concreta.

Em outros termos, o chamamento das emoções e a utilização da equidade remetem o julgador não a um julgamento subjetivo, voluntarista, emotivista, mas a uma decisão objetivamente verificável, constituindo-se um exercício de prudência enquanto excelência do raciocínio prático³⁰⁶. Só assim uma teoria do direito pode ter condições de resolver, adequadamente, a permanente tensão entre o geral, a lei e a particularidade do caso, pois,

³⁰³“La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita”. (ESPANHA. Real Decreto de 24 de julio de 1889. **Código Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>> . Acesso em: 08 set.2017.)

³⁰⁴OST, 2016, p. 517.

³⁰⁵Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça — não justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. E é esse mesmo o motivo por que nem todas as coisas são determinadas pela lei: em torno de algumas é impossível legislar, de modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos (ARISTÓTELES, 1991,1137b30).

³⁰⁶COHEN-KOPLIN, Klaus. Equidade e razão prática na decisão judicial: Algumas reflexões de teoria geral do direito e de história do pensamento jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS** – n. 28, 2011, p. 75-86, p. 84.

quando a decisão judicial falha em dar aos seres humanos a sua humanidade plena e complexa, torna-se bem mais fácil vê-los sofrer atrocidades.

Aceitar a concepção aristotélica nos conduz ao reconhecimento do lugar central das emoções em nossa cultura jurídica. As demais técnicas de raciocínio são só instrumentos para encarnar e revelar, em um sentido completo, a vida humana e as condições de seus desdobramentos no espaço público. Logo, a tarefa do juiz é encontrar os meios precisos para exprimir toda a variedade, a desordem e a característica indefinida do complexo mundo humano, em decisões que não diminuam seu valor, nem generalizem seus mistérios. Essa é a tarefa própria dos artistas que, em uma sociedade fundada sobre a percepção, conseguem revelar, através da arte, o invisível, o indizível.

8.4 Erótica Jurídica e multiculturalismo: entre universalidade e uniformidade

Em nosso mundo avançado e secularizado, a tolerância se manifesta como um dos grandes problemas para a coexistência entre os que partilham diferentes convenções sociais, seja no aspecto religioso, político ou cultural. Exige-se tolerância, mas é preciso distingui-la entre uma forma mais fraca e **passiva**, que se concretiza na simples aceitação do diferente, de sua forma mais forte, **ativa** e criativa, que se abre às diferenças, ao seu livre reconhecimento. Porque com políticas antidemocráticas que discriminam e segregam minorias, ou condutas de rejeição recíproca do diferente, a democracia pluralista não pode avançar ou perdurar, pelo menos por meio dessa forma mais frágil que tem sido um *slogan* dos Estados europeus contemporâneos.

A tolerância também não é apenas necessária sob as condições e em favor de um pluralismo democrático. Mesmo que não seja mostrado com a mesma intensidade, encontram-se sempre entre os indivíduos diferenças quanto às necessidades, aos talentos, aos interesses, à origem histórica e social, ao conhecimento e à situação pessoal em que cada um vive. Por isso, a tolerância passiva é uma atitude válida de maneira geral, para reforçar relações civilizadas no seio da coexistência social.

No entanto, a dimensão central e profunda da tolerância é ainda aguardada. A sua forma mais forte, ativa, que traduz o reconhecimento livre do outro e do diferente, e se funda na dignidade e na liberdade de cada pessoa humana, precisa ser consubstancializada. Isso se explica porque a tolerância não consiste na indulgência que se concede voluntariamente em relação às particularidades e fraquezas do semelhante, mas trata-se do reconhecimento

recíproco, indispensável para uma coexistência igual de pessoas responsáveis. A tolerância é uma condição fundamental da justiça em uma sociedade humana livre; uma pretensão que não deve ser recusada a ninguém.

Para a tolerância ativa, não se pode mencionar simplesmente o princípio da liberdade, em especial, da liberdade de expressão contra discursos de ódio³⁰⁷; mas é preciso cultivar o interesse teórico pela verdade, uma vez que o conhecimento humano é limitado, e a discussão entre diferentes opiniões oferece uma melhor chance à verdade do que à insistência intolerante e dogmática, fechada à crítica. Ademais, não deve ser papel nem do cidadão, nem do Estado, proibir ideias, ainda que alguém as considere equivocadas, pois o melhor critério de verdade é a capacidade que o pensamento tem para ser aceito na competição ou na concorrência com outras ideias.

Nesse cenário, nós defendemos, através da noção de Erótica do direito, o universalismo de normas, com a restrição de que as diferenças particulares jamais desapareçam, mas permaneçam em suas particularidades, através de uma “universalidade sem uniformidade”³⁰⁸. Na prática jurídica, isso deve ser realizado juntamente com uma precaução: os direitos individuais devem permanecer abertos às condições de vida diferentes e aos projetos de sociedade, em decorrência do multiculturalismo, sem homogeneizar as diferenças.

Por conseguinte, não são apenas a lei e a Constituição que devem estar abertas às outras culturas, no que concerne aos direitos fundamentais, mas, sobretudo, o decisor (seja juiz estatal, mediador etc.). Este tem obrigação de abrir-se às demais culturas para que ele possa, nos processos resultantes de conflitos culturais, apreciar, com igualdade, as partes no que concerne, notadamente, às formas de contato, às formas de comunicação, às questões de casamento e à religião.

8.5 “*Hard law*” x “*soft law*”: o lugar das emoções no respeito às leis não obrigatórias

De onde vem o hábito singular de respeitar as leis? Das sanções coercitivas que estão relacionadas a elas? Do medo que elas provocam? Das ameaças que elas representam? Da culpabilidade e da vergonha que elas provocam? Em suma, das emoções que podem surgir

³⁰⁷ Sobre o debate entre liberdade de expressão e discurso do ódio, cf. LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014.

³⁰⁸ HÖFFE, Otfried. **Un droit pénal interculturel**. Trad. Lukas K. Sosoe. Collection Dikè. Québec: Presses de l’Université Laval, 2016, p. 92.

delas? Em parte, sim; mas não unicamente, pois de um lado a maioria das regras jurídicas são respeitadas sem consciência de sua existência precisa e, de outro, a autoridade da lei não provém apenas da coerção. Na verdade, a resposta a esses questionamentos variam segundo os diferentes pontos de vista analisados: os sociólogos afirmam que o respeito à lei provém da obediência às normas sociais; os éticos, do sentido dos valores; os teólogos, da moral; os economistas, da eficiência; os psiquiatras, do superego; os neurocientistas, da ativação das zonas cerebrais específicas da obediência às normas; os psicólogos, das emoções.

Há algumas décadas, os internacionalistas tematizaram a emergência de um “*soft law*”, distante de uma concepção monolítica e hierárquica do direito, para reconhecer a existência de um direito, em parte, mais flexível, cuja aceitabilidade é dificilmente contestada. Se a obediência às leis rígidas (*hard law*) não se deixa explicar facilmente, o respeito às leis flexíveis (*soft law*) é ainda menos explícito. Com efeito, é surpreendente como um certo número de atos, despidos do caractere obrigacional (ou seja, que não estão aliados à noção de direito como sanção), tais como recomendações, declarações, atividades de informação e persuasão, acordos de cavalheiros (*gentlemen’s agreement*), cartas e outros incitativos podem impor respeito.

Independentemente da forma adotada pela norma jurídica, a *soft law* é, em si, desprovida de efeitos obrigatórios. Ela tem por finalidade orientar o comportamento de seus destinatários, sem obrigá-los juridicamente. Ela conserva sua característica normativa (reguladora), mas a norma não é necessariamente imperativa. Com efeito, é preciso evitar a confusão entre normatividade e imperatividade: “o normativo é um gênero que contém duas espécies principais: o imperativo e o apreciativo”³⁰⁹, ou seja, o comportamento dos destinatários da “*soft law*” é deixado à sua própria apreciação. A “*soft law*”, portanto, apresenta uma natureza normativa apreciativa, e não imperativa, emanando não do “*Sollen*” (dever ser), mas do “*Sollten*” (deveria ser)³¹⁰.

A emoção não se opõe à racionalidade, mas tece estreitas relações com ela. Longe de interferir, a emoção contribui para tomar racionalmente uma decisão, por exemplo, em situações, de incerteza³¹¹, e pode ser qualificada de “emoção racional”³¹². No mesmo sentido,

³⁰⁹LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: PUF, V^o: Normatif.

³¹⁰FLUECKIGER, Alexandre. Régulation, dérégulation, autorégulation: l’émergence des actes étatiques non obligatoires. In: **Revue de droit suisse**. V. 123 (N.F.), Halbbd. 2, n^o 2, 2004, p. 159-303, p. 190.

³¹¹DAMASIO, Antonio R. **L’Erreur de Descartes: la raison des émotions**. Trad. Marcel Blanc. Paris: Odile Jacob, 2006.

³¹²BANDES, Susan. **The passion of law**. New York: New York University Press. 2000, p. 10.

a teoria das escolhas racionais pode conduzir a preferir uma solução que implica violar a lei deliberadamente, se esta custar menos caro ao infrator, tanto financeiramente, quanto em termos de imagem, como os estudos de direito e economia teorizaram³¹³; ao passo que uma leitura emocional mostraria que o desejo de riqueza, a ganância, o medo da pobreza pesariam mais forte que o orgulho e a honra de respeitar a lei, ou a prisão e a culpabilidade que sua violação poderiam suscitar.

Na verdade, a oposição entre razão e emoção é utilizada para fins persuasivos em todo processo de decisão, seja ele jurídico, político, econômico ou qualquer outro. As decisões qualificadas de emocionais ilustram o assunto: o confinamento da vida do delinquente perigoso é emocionalmente fundada sobre o desgosto, o medo do criminoso pernicioso, a empatia em relação às vítimas, assim como a tristeza e a cólera que estas podem sentir. Na mesma linha, as medidas restritivas em relação aos estrangeiros são fundadas sobre o medo do outro em razão da suposta periculosidade ou da crença de que os nativos poderão perder seus empregos. Para alguns, estas emoções são preponderantes, para outros, elas são contrabalanceadas por outras emoções, tais como a empatia e a piedade pelo culpado, ou o desejo de dispor de uma mão de obra mais barata, no caso dos estrangeiros. Com efeito, o propósito não consiste em opor razão e emoção, mas especular a variável emocional nos mecanismos de respeito às regras.

Para melhorar a obediência da “*soft law*”, o Estado pode apelar a diversas técnicas de persuasão, solicitando, de maneira mais ou menos forte, o registro emocional. Este percurso não é em si original, na medida em que o papel das emoções pode facilmente ser colocado em evidência na implementação do direito clássico, da “*hard law*”. Por exemplo, o direito penal, em sua forma punitiva primitiva (confinamento, exclusão, empobrecimento, humilhação, sofrimento ou morte), é concebido por inspirar medo³¹⁴, angústia e terror na sociedade, gerando vergonha, embaraço ou culpabilidade nos ofensores, assim como acalma o ânimo de vingança, cólera ou raiva das vítimas, através da imposição de respeito das regras jurídicas. Os jurisdicionados obedecem à lei em virtude de um laço emocional, que, para alguns, compreende a crença na punição ou a vergonha dela decorrente; para outros, o respeito ou o

³¹³Ver, em particular, a análise econômica da delinquência, segundo a qual o delinquente supôs agir “racionalmente”, quando ele comete um ato repreensível comparando o benefício que o ato lhe traz ao seu custo: montante da sanção pecuniária, equivalente monetário de uma pena restritiva de liberdade (BECKER, G.S. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. **Journal of Political Economy**. 1968, p. 1 e ss.)

³¹⁴LANGE, Bettina. The Emotional Dimension in Legal Regulation. **Journal of Law and Society**. Mars 2002, p. 197-225, p. 209.

engajamento coletivo³¹⁵. O medo, portanto, está longe de ser o único fator explicativo para a obediência às regras jurídicas.

No entanto, o lugar das emoções na “*hard law*” já foi examinado largamente, seja no aspecto da decisão judiciária³¹⁶, do processo legislativo³¹⁷, do sentimento de justiça³¹⁸, do livre-arbítrio e da emoção no julgamento moral³¹⁹, do papel dos advogados³²⁰ etc. Já no contexto do “*soft law*”, da observação das regras não obrigatórias, a obediência repousaria não apenas na teoria das escolhas racionais, mas, essencialmente, sobre mecanismos de natureza emocional, como a antecipação da vergonha, a culpabilidade, o constrangimento em caso de violação, o orgulho em caso de respeito, o desprezo dos outros em relação ao violador.

Há muito tempo, os Estados constataram a ineficácia dos instrumentos jurídicos clássicos na condução das políticas públicas, de modo que a utilização da “*soft law*” parece mais forte em estratégias persuasivas, ao apelar às emoções. A implementação dos efeitos produzidos pela “*soft law*”, sob o critério emocional, mostra que atos não juridicamente obrigatórios podem ser imperativos.

³¹⁵DEIGH, John. Emotion and the Authority of Law. In: BANDES, Susan (éd.). **The Passion of Law**. New York: New York University Press, 2000, p. 285-308, p. 285.

³¹⁶Martha Nussbaum insiste na necessidade da empatia dos juízes, nutrida pela leitura de romances, para reduzir a distância do caso concreto (NUSSBAUM, 2015). Para Susan Bandes, é perigoso, tanto para o juiz, quanto para a própria ordem jurídica, alimentar a ilusão segundo a qual o juiz opera em um campo livre de emoções (BANDES, Susan. **The passion of law**. New York: New York University Press. 2000, p. 6).

³¹⁷LANGE, Bettina. “The Emotional Dimension in Legal Regulation”. **Journal of Law and Society**. Mars 2002, pp. 197-225, p. 206. Martha Nussbaum aborda o papel crucial desempenhado pelo desgosto, na origem das leis que discriminam os homossexuais, as mulheres, os judeus e outros (NUSSBAUM, Martha Craven. “Secrets sewers of vice: disgust, bodies, and the law”. In: BANDES, Susan (ed.). **The Passions of law**. New York: New York University Press, 1999, p. 19-62, p. 19.)

³¹⁸SOLOMON, Robert. The emotions of justice. In: **Social Justice Research**. Volume 3, 1989, p. 345-374.

³¹⁹PAPAUX, Alain. Détermination biologique des comportements et responsabilité individuelle: une approche de la philosophie du droit. In: CLAVIEN, Christine et EL-BEZ-Catherine (dir). **Morale et évolution biologique: entre déterminisme et liberté**. Lausanne: PPUR, 2007, p. 295-318.

³²⁰Sobre o tema, cf.: SCHEFFER, S. **Fighting for their Lives: Inside the Experience of Capital Defense Attorneys**. Nashville: Vanderbilt University Press, 2013; e BANDES, 2006, p. 475-494.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi aproximar este aparente abismo entre o direito e as emoções? Aproximar dois universos tão distantes é sempre um exercício perigoso. E, às vezes, ao olharmos para trás, corremos o risco de ter o mesmo destino de Orfeu que, crendo ter tirado sua Eurídice, enfim, das trevas, vira-se para contemplá-la, e a vê desaparecer para sempre³²¹.

São inúmeros os discursos que admitem a importância da razão. E, porque as paixões representam o inverso da razão, do *logos*, elas aparecem como a sombra que projeta o discurso jurídico. Platão nos chama atenção para as condições do ato de ver através das distinções entre luz, sombra e escuridão, na Alegoria da Caverna³²². Ou, se acreditarmos em Heidegger, a sombra, longe de ser um defeito da luz, é a testemunha patente e impenetrável do luminoso no retrato³²³.

Figura 12 - A Ronda Noturna, de Rembrandt



Fonte: www.rijksmuseum.nl

³²¹ VERNANT, J.P. **Entre Mythe et politique**. Paris: Seuil, 1996, p. 352.

³²² PLATÃO. **A República. Livro VII**. Bauru: Edipro, 1994.

³²³ HEIDEGGER, Martin. **Chemins qui ne mènent nulle part**. Paris: Gallimard, 1986, p. 146.

Pensando nisso, chamamos atenção para o quadro “A Ronda Noturna” (380cm x 454 cm), de Rembrandt, em que o desenho fica diminuído dada a importância da tensão e dos contrastes paradoxais entre luz e sombra. Se, na pintura, sombra e luz se equilibram em harmonia e beleza; no direito, interpretações e decisões judiciais devem combinar razão e sentimento para se aproximarem da justiça. No contexto, as palavras iluminadas do Professor Alexandre da Maia esclarecem que,

Se tudo que interessa ao “saber jurídico” é fruto daquilo que é tocado pelo “facho de luz da razão”, teorizada a partir diversas formas, é importante perceber que “o sol está encoberto pela lua”. [...] Com isso, cria-se a cristalização de algo “racional”, quando a própria afirmação de uma racionalidade envolve o irracionalizável na compreensão. Temos a imagem, portanto, como um paradoxo, na qual o sentir de onde ela brota pode ser entendido como um “*dark side*” daquilo que os modelos de racionalidade não gostam de tematizar, isto é, como algo próprio de cada consciência e ao mesmo tempo contingente³²⁴.

Seguindo esta trilha, entendemos que as paixões se apresentam como o “*dark side*”³²⁵, o lado oculto do direito habitualmente não abordado pelas teorias jurídicas preocupadas com a razão. Ou seja, as paixões são o substrato tradicional, as raízes inconscientes, sem as quais não podemos afirmar a eficiência da vida social. É preciso, entretanto, investigar o lado inverso para compreendê-lo melhor. As paixões estão no fundamento do direito, e este apresenta uma dimensão afetiva fundamental. As paixões não são sombras, mas luzes. E, através da imaginação e do jogo de luz e sombra, próprios das obras-de-arte, em direção ao direito, procuramos destacar seus lados obscuros que escapam das regras juridicamente visíveis.

Todavia, toda observação possui um ponto cego (inclusive esta), uma vez que não conseguimos enxergar todas as perspectivas que se abrem entre o direito e as emoções. No entanto, concluímos que é possível dizer que há algumas maneiras – ao menos, cinco – de enxergar esses diálogos na contemporaneidade. Entendemos, ainda, que as infiltrações do sentimento e do ressentimento no direito são ainda tratadas como exceções. Mas só as consciências obcecadas pelo “papel timbrado” e pelos “carimbos” ainda podem ser insensíveis aos horizontes que se abrem. Vejamos:

³²⁴DA MAIA,2010, p. 142.

³²⁵PINK FLOYD. **The dark side of the moon**. London: EMI, 1973. 1CD.

- O **direito ao sentimento**: é a tutela das emoções, ou seja, quando o direito protege os sentimentos do indivíduo, reprimindo os comportamentos que os vilipendiam, tais como a deslealdade contratual, o abandono afetivo, o discurso do ódio, o *bullying*, a xenofobia, o racismo etc.
- O **direito como sentimento**: são as qualidades empíricas ou sensitivas (visuais, auditivas, verbais, olfativas) do direito, estudadas no campo do direito multissensorial (*multisensory law*)³²⁶.
- O **direito no sentimento**: são os aspectos do direito exteriorizados nas artes, isto é, nas expressões do sentimento humano, como a mitologia grega, o teatro, a literatura, a música, a pintura, a retórica e as concepções de Justiça.
- O **sentimento no direito**: são as manifestações emocionais presentes na juridicidade, tais como: a expressiva performance de defesa e acusação das partes no tribunal do júri, a “faculdade de imaginar” do magistrado em soluções para problemas concretos, a legislação sentimental (em especial, o direito de família), a jurisprudência sentimental³²⁷, os dissentimentos entre o poder que diz a lei e aquele que diz o sentido da lei, e os grandes problemas jurídicos (os *hard cases*)³²⁸, a força coercitiva da “*soft law*”³²⁹.
- O **sentimento com o direito**: os sentimentos estão com o direito, lado-a-lado, para contribuir com a verdade dos fatos e auxiliar o decisor na consecução do caso concreto. Aqui, os sentimentos são tomados como “dados jurídicos” da palavra sagrada do *expert* científico no campo das emoções, ou seja, quando psicólogos, psiquiatras e psicanalistas são convocados para elaborar laudos, munidos de objetividade, em investigações ou processos judiciais.

³²⁶O direito multissensorial é disciplina jurídica que explora os fenômenos sensoriais do direito, sejam eles unissensoriais ou multissensoriais (BRUNSCHWIG, 2013, p. 231-283).

³²⁷Jurisprudência sentimental é uma força construtiva que se desenvolve nos hiatos da legislação, sem ir de encontro à vontade do legislador (LAGARDE, Gaston. “Le droit des affaires, droit sentimental?”. In: **Mélanges offerts à René Savatier**: Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l’Université de Poitiers. Paris: Librairie Dalloz, 1965, p. 491-510, p. 500).

³²⁸A resolução dos casos difíceis em que há a colisão de direitos fundamentais também é uma questão em que geralmente se apela a argumentos que transcendem a razão, pois no dizer de Ayres Britto, “os sentimentos estão na linha de partida do princípio da dignidade da pessoa humana” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 / DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2012, p. 264).

³²⁹FLUECKIGER, Alexandre. Pourquoi respectons-nous la *soft law* ? **Revue européenne des sciences sociales**, v. 47, n.144, 2009, p. 73-103.

Ademais, a luz no tema “direito e emoções” conduziu-nos a refletir sobre a tarefa interpretativa do juiz, numa posição que ultrapassa o domínio da hermenêutica. E, nessa ótica, as metáforas se reportaram à literatura, à música e à iconografia da Justiça para tentar aproximar o decisor dos casos concretos, pois o juiz coloca luz sobre as regras jurídicas, para trazê-las à atualidade do presente e reconstruir a norma atualizando seu sentido, de acordo com o contexto.

Se nos encontramos diante de tantas “crises”, crise do direito, crise da Justiça, crise do Estado, isso seria, em grande parte, o resultado do desprezo pelas aquisições das paixões, pois o triunfo do positivismo, nos séculos XIX e XX, correspondeu a uma violenta recusa do universo dos sentimentos. No entanto, entendemos que não é possível pensar o direito em seus domínios particulares e sensíveis a tais questionamentos, sem referência àquilo que constitui o próprio fundamento da natureza humana.

A aproximação das paixões nos permitiu mostrar que o direito, longe de ser uma simples técnica de normatização, é um tecido de ficções que dizem o sentido e o valor da vida em sociedade³³⁰. É verdade que hoje assistimos a um incremento tecnicista e reducionista, que resulta na perda da dimensão simbólica do direito, mas ignorar essa dimensão leva o jurista a renunciar os valores e a reduzir a ciência do direito à mera categoria de pura técnica procedimental e formal. Afinal, o pensamento simbólico é aquele que reúne aquilo que está desaparecido, que recria o laço social³³¹, que favorece a correspondência, no sentido da interação entre os elementos, às vezes, antagonistas, mas complementares. O direito, além da função de diferenciação que ele assegura através de suas proibições, é também aquilo que permite religar os elementos díspares. Na verdade, o direito tem, no seu tecido, em especial, duas espécies de linhas³³²: a linha-limite e a linha-laço. A linha-limite é aquela que traça uma fronteira, que preserva da violência e da indiferenciação; mas é a linha-laço a que une uma comunidade. Esse duplo movimento de separação-ligação é próprio do direito, como também é o que caracteriza as emoções.

O ritmo de produção do direito, que se acelera no mesmo grau das urgências da atualidade, reduz-se a uma sucessão de leis temporárias, instantâneas. Esse risco de

³³⁰OST, 1999, p. 13.

³³¹SUPIOT, Alain. **Tisser le lien social**. Paris: Maison des sciences de l’homme, 2004.

³³²FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Sobre a linha: o código de Eitácio Pessoa, o tema da fronteira e o direito internacional dos espaços. In: FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge; JOB, Ulisses. **Eitácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, 327-352.

destemporalização do direito, ligado ao instantaneísmo e à supervalorização do presente, é suscetível de gerar ideologias totalitárias que, apesar das boas resoluções, são sempre latentes³³³. A incapacidade de articular passado e futuro, memória e porvir, traduz uma crise da cultura própria da modernidade, marcada por um esquecimento das origens³³⁴, por uma vida social atomizada e por um sentimento de desenraizamento. Isso torna necessária a reflexão sobre as relações entre o efêmero, o atual, o eterno, o atemporal, enfim, sobre nossas raízes culturais e sobre o inconsciente coletivo. Por isso, é urgente reapropriarmo-nos das paixões, pois elas correm o risco de serem instrumentalizadas, deturpadas e monopolizadas pelas forças do terror e da barbárie que pretendem suprimir o futuro³³⁵.

Nossa perspectiva é uma forma de lucidez que reconhece e aceita plenamente a lógica contraditória, o antagonismo, o conflito e a heteronomia do outro, pois é, na coexistência dos opostos, na sua própria tensão, que a existência humana ganha sentido. A lógica da ambivalência, da contraposição, mostra que da coexistência dos opostos pode nascer o novo: o aspecto efervescente, heterogêneo e barroco das paixões está em correlação com o caráter vivo, dinâmico e labiríntico³³⁶ do direito.

O simbólico é o *humus* que permite ao homem desenvolver-se como humano. Essa necessidade foi extremamente maltratada pelo racionalismo. A desvalorização do irracional remonta a Platão, para quem a expressão das paixões, do sensual, do bestial, não devia ser escutada, mas refreada ou sublimada, separada de um discurso regido pela razão e pelas ideias puras. No entanto, o irracional pode também ser pensado se ele se revela como motor do racional. As paixões, tidas como irracionais e absurdas, permitem-nos, justamente, reconhecer que o *logos* não esgota o *pathos*, e que este está presente nas dobras³³⁷ daquele.

Isso nos permite presumir, também, que o homem é fundamentalmente irracional e que a humanidade não se torna propriamente humana com a instrumentalização da razão. Na origem das leis, encontram-se as paixões e a capacidade imaginativa do homem. Interpretadas e julgadas, as normas e as leis formam uma narrativa na qual se inscreve a história de uma comunidade.

³³³ OST, 1999, p. 79.

³³⁴ ARENDT, Hannah. **La crise de la culture**. Paris: Gallimard, 1972.

³³⁵ JUNG, Carl Gustav. **Aspects du drame contemporain**. Genève: Georg & Cie, 1948.

³³⁶ “No direito, os arabescos labirínticos de textos legais são incapazes de dar soluções ao caso concreto: só o uso da retórica condicionado pela experiência do sublime é capaz de integrar definitivamente esses arabescos à realidade” (FRANCA FILHO, 2017, p. 617.)

³³⁷ DELEUZE, Gilles. **A dobra: Leibniz e o barroco**. São Paulo: Papyrus, 2009. Nesta obra, o olhar de Deleuze sobre o pensamento de Leibniz leva ao extremo a ideia de um mundo em constante movimento, formado por partes autônomas que se harmonizam no funcionamento do todo.

É verdade que as obras de arte, as narrativas de Sófocles, Shakespeare, Dostoievski e Camus, por exemplo, formulam-nos questões profundas de natureza jurídica, de modo muito mais marcante do que tratados puramente teóricos. Todavia, ao trazer a arte para dialogar com o direito e as emoções não queremos dizer que para julgar casos concretos e compreender o ordenamento jurídico seja importante ler e citar tais autores. Mas, o que realmente importa é revisitar a prudência aristotélica³³⁸, a partir da faculdade de imaginar, associada aos instrumentos legais, à analogia e à abdução³³⁹.

A antiga distinção entre razão e emoção não faz mais sentido, pois, “a própria afirmação de uma racionalidade envolve o irracionalizável na compreensão”³⁴⁰; ou, em outros termos, o processo de tomada de decisão engloba amplamente tanto processos cognitivos, quanto emocionais, sendo ambos realizados dentro do sistema nervoso central.

Quanto às intervenções sentimentais dos juízes, entendemos que elas não comportam graves riscos, pois são estabelecidas sempre *a posteriori*, *in concreto* e sobre temas bem precisos.

Numa pós-modernidade que se encontra bem longe de estar acabada, entendemos que a passagem para uma teoria interpretativa da “criação sujeita à restrição”, como variante essencial de subordinação da imaginação do juiz às limitações institucionais, permite a progressão através de um mutualismo renovado do estado democrático de direito.

Mais do que falar sobre uma reabilitação das paixões, destacamos a possibilidade do tratamento de uma coexistência plural de sistemas, a fim de, verdadeiramente, ultrapassar a tradicional oposição entre razão e paixão. O direito positivo não pode ser mais concebido como antítese à natureza humana. Longe de revelar a pura utopia e apesar de todas as dificuldades que a sua implementação apresenta, entendemos que essa perspectiva permite que a sociedade civil evolua democraticamente.

Ressaltamos que o presente texto ainda é uma reflexão inacabada sobre o tema direito e emoção. Lançamos, nos terrenos da juridicidade, as sementes do conceito de Erótica

³³⁸ OST, 2016, p. 516.

³³⁹ A **dedução ou subsunção** consiste em aproximar, por derivação linear ou enquadramento mecânico, duas entidades homogêneas, o gênero e a espécie: o caso é a mera reprodução do modelo, a aplicação da categoria. A **abdução**, ao contrário, trata de aproximar duas entidades *a priori* estranhas uma a outra: uma categoria abstrata (um tipo legal) e o caso concreto, como uma noção de direito francês e um procedimento inglês. A abdução “constrói” a medida comum, por exemplo, interrogando-se sobre “aquela coisa” que está no dorso do peixe, conjectura-se que ela revela uma função motora, e, partindo do conhecido (a asa do passarinho), arrisca-se ao estabelecer a função de analogia: o que a asa é para o pássaro, [a nadadeira] é para o peixe (OST, 2016, p. 519.).

³⁴⁰ DA MAIA, 2010, p. 142.

jurídica, noção ainda embrionária, que enraíza o direito nas emoções e na experiência humanas. A Erótica jurídica é uma sugestão de via de interpretação, que valoriza os sentimentos humanos através da recuperação dos sentidos, da analogia com as obras de artes, da ponderação de extremos do excesso e da falta, das diferenças culturais, pois entendemos que “nada que é humano pode ser estranho ao jurista”: este é o slogan para a recuperação da humanidade do direito, caso contrário, o direito fabricará monstros unilaterais, máquinas humanas que legislam, defendem, acusam e julgam.

A Erótica é coerente com o princípio de continuidade e se harmoniza à tese do direito como experiência multissensorial que versa, indissociavelmente, sobre a própria vida. A Erótica jurídica não apenas procura a melhor e mais corpórea apreciação do caso concreto, mas também enfatiza as percepções sensíveis dos elementos empíricos do direito. E só homens podem fazer uma Erótica jurídica. Homens inteiros. Homens integrais. E, aqui, a integridade, como virtude, aproxima-se da integralidade necessária para a formação do jurista.

Apontamos que, no mundo contemporâneo, direito e emoção precisam de um ponto erótico para vincular-se ao contexto social atual, de maneira que suas proposições façam-se efetivas perante os problemas do tempo presente.

Não pretendemos fixar uma única emoção para o direito, o que seria impossível, mas, antes, especular sobre os possíveis diálogos jus-emotivos encontrados na juridicidade, a partir de um ponto de vista transjurídico. Não há uma emoção apenas. Há emoções, sentimentos e paixões, negativos e positivos, porque todos eles são dinâmicos, em constante mutação. Como toda e qualquer linguagem, a emotiva nunca é simples ou unívoca. Assim como não há uma verdade emocional universal, também não parece aceitável uma verdade jurídica universal.

REFERÊNCIAS

- AMSELEK, Paul. **La question de la vérité aujourd'hui**. Disponível em: <paul-amselek.com/textes/question_verite.pdf>. Acesso em: 25 set 2017.
- ANDRADE, Mário de. **Pequena história da música**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.
- ARENDT, Hannah. **La crise de la culture**. Paris: Gallimard, 1972.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- _____. **Poética**. Trad. Ana Maria Valente. 3^a. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.
- _____. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- _____. **Retórica**. Trad. Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2005.
- ARNAUD, André-Jean. Modélisation de la décision complexe en droit: quelques pistes de recherche. In: CURNARIE, Laurent; DUPOND, Pascal (dir). **Penser la justice**. Toulouse: CRDP Midi-Pyrénées, 1998, p. 229-250.
- ATLAN, Henri. L'usage de l'idée de nature dans le droit des sciences de la vie: les frontières de l'humain. In: ROUSSEAU, Dominique; VIALA, Alexandre (dir). **Le droit, de quelle nature?** Paris: Lextenso Éditions, 2010, p. 83-97.
- AUDI, Robert (dir.). **Dicionário de Filosofia de Cambridge**. São Paulo: Paulus, 2011.
- AVON-SOLETTI, Marie-Thérèse. La continuité: réalité d'une cohérence issue de l'unité entre dynamisme et stabilité. In: KOUBI, Geneviève; LE FLOCH, Guillaume; GUGLIELMI, Gilles J. (dir). **La notion de continuité, des faits au droit**. Paris: L'Harmattan, 2011, p. 37-51.
- BANDES, Susan; et SALERNO, J. Emotion, Proof and Prejudice: The Cognitive Science of Gruesome Photos and Victim Impact Statements. **State law journal**, Arizona., St. L. J.v. 46, p.: 1003-1056, 2014.
- BANDES, Susan. Loyalty to One's Convictions: The Prosecutor and Tunnel Vision. **Howard Law. Journal**. 475-494, 2006.
- _____. Repression and denial in criminal lawyering. **Buffalo criminal law review**. Número 9, p.: 339-389, 2006.

_____. **The passion of law**. New York: New York University Press. 2000.

BARBEY D'AUREVILLY, Jules. **Le bonheur dans le crime**. Paris: Maxi Livre, 2001.

BARRETO, Tobias. **Introdução ao estudo do direito**. São Paulo: Landy, 2001.

BEATLES, The. **All you need is love**. Por John Lennon e Paul McCartney. Londres: EMI Studios, 1967.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Ed. eletrônica Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/>> . Acesso em: 10 set. 2014.

BECKER, G.S. Crime and punishment: an economic approach. **Journal of Political Economy**. 1968, p. 1-54.

BENASAYAG, Miguel; DEL REY, Angélique. **Éloge du conflit**. Paris: La Découverte, 2007.

BENYEKHLEF, Karim. Introduction. In: BENYEKHLEF, Karim (dir.). **Le texte mis à nu**. Montréal: Les Éditions Thémis, 2009, p. 1-15.

BETO, Frei. **Aldeia do Silêncio**. Rio de Janeiro: Rocco, 2013.

BODEI, Remo. **Géométrie des passions. Peur, espoir, bonheur**: de la philosophie à l'usage politique. Trad. Marilène Raiola. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.

BOEDEL, Jacques. **La justice**: les habits du pouvoir. Paris: Antébi, 1992.

BOLLERI-SCHENIQUE, Laurie. Propos introductifs. In: BOLLERI-SCHENIQUE, Laurie; LANZARA, Delphine; GHELFI, Fabienne (Orgs.). **Le droit et les sentiments**. Paris: L'Harmattan, 2015, p. 119-121.

BORNSTEIN, Brian H.; WIENER, Richard, L. Emotion and law: a field whose time has come. In: BORNSTEIN, Brian H.; WIENER, Richard, L. (eds). **Emotion and law**: psychological perspectives. Vol. 56. Nova Iorque: Springer, 2010.

BRANDÃO, Junito. **Mitologia grega**. Volume I. Petrópolis: Vozes, 2004.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/> . Acesso em 10 set. 2014.

_____. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> . Acesso em 08 set. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54 / DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte,: [S.n.], 2012.

BROWN, Michelle. The Aesthetics of Crime. In: Arrigo, Bruce A.; Williams, Christopher R. (orgs.). **Philosophy, Crime and Criminology**. Chicago: University of Illinois Press, 2006.

BROWNE, Luciana Pereira Gomes. Ensaio sobre pragmatismo jurídico à luz do direito civil-constitucional: a importância do método pragmático para o sistema judicial brasileiro. In: FALCÃO, Clóvis; NÓBREGA, Flavianne; BASTOS, Ronaldo (Org.). **Pragmatismo jurídico: fundamentos e métodos de uma doutrina interdisciplinar**. Recife: Editora UFPE, 2014, p. 479-496.

BRUNSCHWIG, Colette R. Law Is Not or Must Not Be Just Verbal and Visual in the 21st Century: Toward Multisensory Law. In: SVANTESSON, Dan Jerker B.; GREENSTEIN, Stanley (editors). **Internationalisation of Law in the Digital Information Society: Nordic Yearbook of Law and Informatics 2010-2012**. Copenhagen: Ex Tuto, 2013, p. 231-283.

BUEIL, Jean de. **Le Jouvencel (XV^e siècle)**. Paris: Renouard, 1887.

BURKE, Edmund. **Reflexões sobre a revolução na França**. Bauru: Edipro, 2014.

CAMÕES, Luís de. **Poesias lyricas selectas de Luiz de Camões**. Imprensa da Universidade, 1876.

CARDOZO, Benjamin N. **La nature de la décision judiciaire**. Trad. Gwénaële Calvès. Paris: Éditions Dalloz, 2011.

CASSIRER, Ernst. **La philosophie des formes symboliques: la pensée mytique**. Trad. Ole Hansen-Love et Jean Lacoste. Tomo 2. Paris: Éditions Minuit, 1972.

CHERRY, Myisha. **Why love is not all we need for justice**. Central American Philosophical Association Meeting, 2015.

CHEVALLIER, Gabriel. **La Peur**. Paris: Stock, 1930.

CLÉRO, Jean-Pierre. La justice, les passions et les fictions: la théorie de la justice selon Hume, Bentham et Rawls. In: COURNARIE, Laurent; DUPOND, Pascal (dir). **Penser la justice**. Toulouse: CRDP Midi-Pyrénées, 1998, p. 89-116.

CLORE, Gerald L.; SCHWARZ, Norbert; CONWAY, Michael. Affective causes and consequences of social information processing. In: **Handbook of social cognition**. WYER JR., Robert S.; SRULL, Thomas K. (Eds.). Vol. 1, 2^a ed. Hillsdale: Erlbaum, 1994.

COCCIA, Emanuele. **“Citoyen par amour. Émotions et institutions”**. L’Atelier du Centre de recherches historiques. v.16, | 2016. Disponível em: <<http://acrh.revues.org/7348>; DOI: 10.4000/acrh.7348>. Acesso em: 10 set. 2017.

COHEN-KOPLIN, Klaus. Equidade e razão prática^[SEP]na decisão judicial:^[SEP]algumas reflexões de teoria geral do direito e de história do pensamento jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Rio Grande do Sul**, n. – no 28, 2011, p. 75-86.

COLLOGNAT, Annie (dir). **Dictionnaire de la mythologie gréco-romaine**. Paris: Omnibus, 2012.

COMMELIN, Pierre; MARÉCHAUX, Pierre. **Mythologie grecque et romaine**. Paris: DUNOD, 1995.

CORNU, Gérard. **Vocabulaire juridique**. Puf, Quadriage. 7. ed. 2005.

CÔTÉ, Pierre-André. **Interprétation des lois**. Montréal: Éditions Thémis, 2009.

_____. L’empereur est nu... et le juge? In: BENYEKHLEF, Karim (dir.). **Le texte mis à nu**. Montréal: Les Éditions Thémis, 2009, p. 169-185.

CRUZ, Sebastião. **Ius. Drectum (Directum)**. Coimbra: Edição do Autor, 1974.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Droit et récit**. Coleção Dikè. Quebec: Les Presses de l’Université Laval, 2003.

_____. **Droit naturel et méthodologie juridique**. Paris: Éditions Buenos Books International, 2012.

_____. **Le droit et les sens**. Paris: Atelier de l’Archer, 2000.

DA MAIA, Alexandre. O direito subjetivo como imagem: da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo-comunicacional de Tercio Sampaio Ferraz Jr. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 139-167.

DAMASIO, Antonio R. **L’Erreur de Descartes: la raison des émotions**. Trad. Marcel Blanc. Paris: Odile Jacob, 2006.

DAVITZ, Joel Robert. **The language of emotion**. Nova Iorque e Londres: Academic Press, 1969.

DE SOUSA, Ronald. **The rationality of emotion**. Cambridge: The MIT Press, 1987.

DEIGH, John. “Emotion and the Authority of Law”. In: BANDES, Susan (éd.). **The Passion of Law**. New York: New York University Press, 2000, p. 285-308.

DELEUZE, Gilles. **A dobra: Leibniz e o barroco**. São Paulo: Editora Papirus, 2009.

DERAKSHAN, Nazanin; EYSENCK, Michael W. "Repression and repressors". In: **European Psychologist** 2.3, 1997, 235-246.

DESCARTES. **Méditations métaphysiques**: oeuvres et lettres. Paris: Gallimard - Bibliothèque de la Pléiade, 1958.

DÉTIENNE, Marcel. **Dionysos mis à mort**. Paris: Gallimard, 1998.

DEWEY, John. **Arte como Experiência**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DICTIONNAIRE DE L'ACADÉMIE FRANÇAISE. Paris: Firmin-Didot, 1884, art. "Émotion".

DOLINGER, Jacob. **Direito & Amor**. Rio de Janeiro / São Paulo / Recife: Renovar, 2009.

DUMONT, J. P. **Les écoles présocratiques**. Paris: Gallimard, 1991.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Crime et santé sociale. **Revue philosophique**. 1985, no. 39. Disponível em <http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_2/textes_2_04/crime_sante_sociale.html>. Acesso em: 17 ago. 2017

DWORKIN, Ronald. Liberal Community. In: **California Law Review**, 1989, n. °77.3, p. 479-504.

ECO, Humberto. **Interpretação e superinterpretação**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EDELMAN, Bernard. **Quand les juristes inventent le réel**. Paris: Hermann, 2007.

ESPANHA. Real Decreto de 24 de Julho de 1889. **Código Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 08 set.2017.

ÉSQUILO. **Eumenides**. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/50491028/Esquilo-Eumenides>>.Acesso em: 7 ago. 2017.

_____. **L'Orestie**. Paris: Flammarion, 2001.

FISS, Owen. **Reason in all its splendor**. Brooklyn Law. Review, v. 56, 1990, p. 789-804.

FLUECKIGER, Alexandre. "Pourquoi respectons-nous la *soft law* ?**Revue européenne des sciences sociales**., v.Tome XLVII47, 2009, n°. 144, 2009, p. 73-103.

FLUECKIGER, Alexandre. "Régulation, dérégulation, autorégulation: l'émergence des actes étatiques non obligatoires". In: **Revue de droit suisse**. Vol. 123 (N.F.), Halbbd. 2, n° 2, 2004, p. 159-303.

FOUCAULT, Michel. **Naissance de la biopolitique**. Paris: Galimard, 2004.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; CARNEIRO, Maria Francisca. Os sabores do direito: uma conjectura livre sobre o paladar da juridicidade. In: **Themis**, Ano XVI, ns^{os} 28/29, 2015: 23-50.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MAIA, Mariana Lima. Direito, ópera e a mentalidade barroca: contradições, paradoxos e diálogos. In: **Anais do V CIDIL: Justiça, poder e corrupção**. 2017, p.592-618.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Sobre a linha: o código de Eptário Pessoa, o tema da fronteira e o direito internacional dos espaços. In: FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge; JOB, Ulisses. **Epitácio Pessoa e a Codificação do Direito Internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2013, p. 327-352.

_____. Ceschiatti e a justiça além da lei: duas lições para uma poética do espaço-tempo. In: FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão, PAMPLONA FILHO, Rodolfo (eds.). **Antimanual de Direito & Arte**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANK, Robert H. **Passions within reason: The strategic role of the emotions**. Nova Iorque: Norton, 1988.

GEWIRTZ, Paul. **Aeschylus' Law**. Faculty Scholarship Series. 1710, 1988. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1710. Acesso em: 06ago. 2017.

GIBBARD, Allan. **Wise choices, apt feelings: a theory of normative judgement**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1990.

GIRARD, René. **La violence et le sacré**. Paris: Albin Michel, 1990.

GOLTZBERG, Stephan. **Chaïm Perelman: l'argumentation juridique**. Paris: Michalon Éditeur, 2013.

GOMBRICH, Ernst. **Icones symbolicae**. Filosofie del simbolismo e loro portata per l'arte. In: Immagini simboliche. Milano: Leonardo Arte, 2002, p. 131-192.

GOYARD-FABRE, Simone. **La philosophie des Lumières en France**. Paris: Klincksieck, 1972.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014.

HEIDEGGER, Martin. **Chemins qui ne mènent nulle part**. Paris: Gallimard, 1986.

HERÁCLITO. **Fragments**. Paris: Flammarion, 2004.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HÖFFE, Otfried. **Un droit pénal interculturel**. Trad. Lukas K. Sosoe. Collection Dikè. Québec: Presses de l'Université Laval, 2016.

HOLMES JR., Oliver Wendell. **The Common Law**. New York: Dover, 1991.

HOMERO. **Iliada**, XVIII, 329.

_____. **Odisséia**. Lisboa: Cotovia, 2003.

HUGHES, Robert. **The Culture of Complaint: The Fraying of America**. New York: Oxford University Press, 1993.

HUME, David. **Tratado da natureza humana**. Trad. Débora Danowsk. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

_____. **Uma investigação sobre os princípios da moral**. Trad. José Oscar de Almeida Marques. Campinas: Editora da Unicamp, 1995.

IZZO, Valerio Nitrato. "Interprétation, musique, droit: performance musicale et exécution de normes juridiques". In: **Revue interdisciplinaire d'études juridiques**. 2007/1, Volume 58, p. 99-127.

JAGGAR, Alison M. "Love and knowledge: emotion in feminism epistemology". In: **Inquiry**. Vol. 32, 1989, p. 151-176.

JAMES, William. What is emotion? In: **Mind**, 9, 1883, p. 188-204.

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2009.

_____. **Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico**. Madrid: Trotta, 2008.

JIMENEZ, Marc. **La querelle de l'art contemporain**. Paris: Editions Gallimard, 2005.

JORON, Philippe. La prime à l'émotionnel. In: MAFFESOLI, Michel; PERRIER, Brice. **L'homme post moderne**. Paris: François Bourin Editeur, 2012, p. 23-32.

JUNG, Carl Gustav. **Aspects du drame contemporain**. Genève: Georg & Cie, 1948.

_____. **Les racines de la conscience**. Paris: Buchet-Chastel, 1971.

KAPLAN, Abraham. Introdução. In: DEWEY, John. **Arte como Experiência**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 7-49.

KASSOUL, Hania. L'emprise du droit sur l'amour. In: BOLLERI-SCHENIQUE, Laurie; LANZARA, Delphine; GHELFI, Fabienne. **Le droit et les sentiments**. Paris: Harmattan, 2015, p. 123-149.

KERCHOVE, Michel van de; OST, François. **Le droit ou les paradoxes du jeu**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

LACERDA, Bruno Amaro. Personificações da Justiça. In: LACERDA, Bruno Amaro; LOPES, Mônica Sette. **Imagens da justiça**. São Paulo: Editora LTR, 2010, p. 54-63.

_____. Ver ou cegar-se? Considerações sobre a origem e o sentido da venda da justiça. In: LACERDA, Bruno Amaro; LOPES, Mônica Sette. **Imagens da justiça**. São Paulo: Editora LTR, 2010, p. 23-39.

LAGARDE, Gaston. “Le droit des affaires, droit sentimental?”. In: **Mélanges offerts à René Savatier**: Doyen honoraire de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de l’Université de Poitiers. Paris: Librairie Dalloz, 1965, p. 491-510.

LALANDE, André. **Vocabulaire technique et critique de la philosophie**. Paris: PUF, Verbetes: “Mythe” e “Normatif”.

LANGDELL, C. C. **A selection of cases on the law contracts**. Boston: Little Brown, 1871.

LANGE, Bettina. “The Emotional Dimension in Legal Regulation”. **Journal of Law and Society**. Mars 2002, p. 197-225.

LAROUSSE. **Dictionnaire**. Verbetes “Transgression”. Disponível em: <<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/transgression/79136>>. Acesso em: 16 de ago. 2017.

LARRIEU, Peggy. **Mythes grecs et droit**: Retour sur la fonction anthropologique du droit. Quebec: Presses de l’Université Laval, 2017.

LE BON, Gustave. **Hier e demain: pensées brèves**. Paris: Flammarion, 1918.

LEGENDRE, Pierre. Le pouvoir et son révélateur esthétic. In: STOLLEIS, Michael. **L’œil de la loi**: Histoire d’une métaphore. Paris: Mille et une nuits, 2006.

LEGROS, Bérengère. La douleur comme fondement de l’euthanasie. In: DURAND, Bernard; POIRIER, Jean; ROYER, Jean-Pierre (Orgs). **La douleur et le droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 389-410.

LEITER, Brian. **Naturalizing Jurisprudence**: Essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy. Estados Unidos da América: Oxford University Press, 2011.

LLEWELLYN, K. **Jurisprudence**: Realism in theory and practice. Chicago: University of Chicago Press, 1962.

LLOYD, Genevieve. **The man of reason: “male” and “female” in Western philosophy**. Minneapolis: University of Minnesota Press, 1984.

LODGE, David. **Un tout petit monde**. Trad. Maurice e Yvonne Couturier. Paris: Editions Rivages, 1992.

LOPES, Mônica Sette. **Uma metáfora: Música e direito**. São Paulo: LTR, 2006.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; MAIA, A.; ESTEVES, J. Uma erótica jurídica: o lugar do sentimento na juridicidade e o nascimento do poeta-juiz. **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, Volume 3, Número 3, 2016, p.241-257.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e discurso do ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade**. Natal, Volume 16, Número 3, p. 227-255, set./dez. 2014.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. O pragmatismo jurídico aproximando Thêmis e Eros: o sentimento do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54/DF. **Revista de Direito Brasileira**, Ano 5, Volume 2, 2015, p. 216-238.

MALHERBE, Michel. **La philosophie empiriste de David Hume**. Paris: PUF, 1984.

MARCUS, George E. **Le citoyen sentimental: Émotions et politique en démocratie**. Paris: Les Presses de Sciences Po, 2008.

MARMOR, Andrei. Three Concepts of Objectivity. In: MARMOR, Andrei. (dir.). **Law and Interpretation: essays in legal philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 177-201.

MARONEY, T. A. Law and emotion: a proposed taxonomy of an emerging field. In: **Law and human behavior**, v. 30, Número 2, 2006, p. 119-142.

MARRANI, David. La transgression comme acte fondateur de la société humaine. In: SUEUR, Jean-Jacques; RICHARD, Pascal (dir). **La transgression**. Bruxelas: Bruylant, 2013, p. 479-496.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito**, 10 ed., Forense, 1988.

MECHRI, Farouk. **Le sentiment d'affection & le droit de la famille**. Tunis: Éditions Latrach, 2015.

MELKEVIK, Bjarne. **Droit, mémoire et littérature**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2010.

_____. **Épistémologie juridique et déjà-droit**. Paris: Buenos Books International, 2014.

_____. **Horizons de la philosophie du droit**. Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1998.

_____. Le jugement de Salomon: la justice, la compassion et l'intérêt de l'enfant. **Studia Iurisprudentialia**. Número 4, 2015, p. 21-44.

_____. **Philosophie du Droit**. Volume 1. Québec: Presses de l'Université Laval, 2014.

_____. Vulnerabilité de la personne et efectivité des droits de l'homme: une question de potencialité? In: **Effectivité des droits et vulnérabilité des personnes**. PAILLET, Elisabeth; RICHARD, Pascal (dir.). Bruxelles: Bruylant, 2014, p. 165-192.

MILLARD, Éric. Réalisme scandinave, réalisme américain: un essai de caractérisation. **Revus**. 24 | 2014, p. 81-97.

MIRÓ, Sennor Ramos. **Miró até agora**. 2^a. edição. Recife: Cepe, 2016.

MOOR, Pierre. **Perméabilités du systeme juridique: essais sur le droit de l'état de droit**. Québec: Presses de l'Université Laval – Collection Dikè, 2016.

NALINI, José Renato. In: PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. 5. ed., São Paulo: Millenium, 2010.

NANCLARES ARANGO, Andrés Fernando. **Los jueces de mármol**. Medellín: La Pisca Tabaca Editores, 2001.

NIEDENTHAL, Paula M.; KRAUTH-GRUBER, Silvia; RIC, François. **Comprendre les emotions**: perspectives cognitives et psycho-sociales. Belgique: Éditions Mardaga, 2008.

NIETZSCHE. **O nascimento da tragédia ou helenismo e pessimismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NOUVEL, Pascal. **Axiomatique des sentiments**. Paris: Hermann Éditeurs, 2015.

NUSSBAUM, Martha Craven. Aristotle on emotions and rational persuasion. In: **Aristotle's Rhetoric**. A. O. Rort (ed.). Berkeley: University of California, 1996.

_____. Emotions as Judgements of Value and Importance. In: SOLOMON, Robert C. (dir.). **Thinking about Feeling**. Oxford, Oxford University Press, 2004.

_____. Secrets sewers of vice: disgust, bodies, and the law. In: BANDES, Susan (edt.). **The Passions of law**. New York: New York University Press, p. 19-62, 1999.

_____. **L'art d'être juste**: l'imagination littéraire et la vie publique. Trad. Solange Chavel. Paris: Climats, 2015.

_____. **La connaissance de l'amour**: essais sur la philosophie et la littérature. Trad. Solange Chavel. Paris: Les Éditions du CERF, 2010.

OLIVECRONA, Karl. **De la loi et de l'État**: une contribution de l'école scandinave à théorie réaliste du droit. Trad. Patricia Blanc-Gonnet Jonason. Paris: Dalloz, 2011.

ORTEGA Y GASSET, José. **A desumanização da arte**. Trad. Ricardo Araújo. São Paulo: Cortez, 1991.

_____. **Meditações do Quixote**. Trad. G. M. Kujawski. São Paulo: Ibero-Americano, 1967.

OST, François. **À quoi sert le Droit? Usages, fonctions, finalités**. Bruxelas: Bruylant, 2016.

_____. Jupiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez. Academia. **Revista sobre enseñanza del Derecho**. Ano 4, Número. 8, 2007, ISSN 1667-4154, p. 101-130.

_____. **Le temps du droit**. Paris: Odile Jacob, 1999.

_____. **Raconter la lois**: aux sources de l’imaginaire juridique. Paris: Odile Jacob, 2004.

PAPAU, Alain. Détermination biologique des comportements et responsabilité individuelle: une approche de la philosophie du droit. In: CLAVIEN, Christine; EL-BEZ-Catherine (dir). **Morale et évolution biologique**: entre déterminisme et liberté. Lausanne: PPUR, 2007, p. 295-318.

_____. Un droit sans émotions. *Iram non novit jus*: esquisse des rapports entre sciences et droit. In: **Revue européenne des sciences sociales** [on line]. v.47, n. XLVII-144, | 2009. p. 105-119. Disponível em: <<http://ress.revues.org/70>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. **Introduction à la philosophie du “droit en situation”**: de la codification legaliste au droit prudentiel. Bruxelas-Paris-Genebra: Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2006.

PASCAL, Blaise. **Pensées, article IV, des moyens de croire**. Ed. Brunschvicg. Paris: Garnier, 1964.

PESSOA, Fernando. **A montanha por achar**. 1934. Disponível em: <<http://arquivopessoa.net/textos/470>>. Acesso em: 8 set. 2017.

_____. **O eu profundo e outros eus**: Seleção poética. 5. Ed. Rio de Janeiro: J. Aguilar, 1976.

_____. **Poemas Completos de Ricardo Reis**. Disponível em: <<https://www.luso-livros.net/Livro/poemas-ricardo-reis/>>. Acesso em: 11 maio de 2016.

PICOZZA, Eugenio. “L’interpretazione musicale ed il metronomo. Problemi di interpretazione tra diritto e musica”. In: **Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica**, 2004, n.º9, p. 327-366^[1]_{SEP}.

PINK FLOYD. **The dark side of the moon**. London: EMI, 1973. CD.

PLATÃO. **A República. Livro VII**. Bauru: Edipro, 1994.

_____. **O Banquete**. Lisboa: Edições 70, 2006.

POLIN, Raymond. Locke. In: MERLEAU-PONTY, M. (dir.). **Les philosophes de l'Antiquité au XX^e siècle. Histoire et portraits**. Paris: Le Livre de Poche – La Pochothèque, 2006.

POPOVICI, Adrian; PARIZEAU-POPOVICI, Micheline. **L'amour et la loi**. Montréal: Éditions du Jour, 1971.

PROUST, Marcel. **O tempo redescoberto**. Trad. Lúcia Miguel Pereira. São Paulo: Globo, 2001, p. 172.

RAMNOUX, Clémence. **La Nuit et les enfants de la Nuit dans la tradition grecque**. Paris: Flammarion, 1986.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

RAZ, Joseph. Interpretation without retrieval. In: MARMOR, Andrei. (dir.). **Law and Interpretation: essays in legal philosophy**. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 155-175.

_____. Why Interpret?. In: **Ratio Juris**. 1996, n° 9.4, p. 349-363.

REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, vol. 1, n° 1, jul-dez. 2009, p. 21-57.

RICOEUR, Paul. **Amor e justiça**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora Martins Fontes WMF, 2012.

ROBERT, Paul. **Dictionnaire alphabétique, analogie de la langue française**. Paris: Robert, 1957, art. "Émotion".

ROUSSEAU, Dominique. Propositions pour construire la pensée du droit dérobé. In: ROUSSEAU, Dominique (Dir.). **Le droit dérobé: actes du Colloque de Montpellier, faculté de droit, 10 et 11 avril 2003**. Coleção Grands Colloques. Paris: Éditions Montchrestien, 2007, p. 1-16.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Émile ou de l'éducation**. Chicoutimi: Bibliothèque Paul-Émile Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi, 2003. Disponível em: ><http://dx.doi.org/doi:10.1522/cla.roj.emi>>. Acesso em: 07 jun. 2017.

_____. **Les Confessions. Oeuvres complètes**. Paris: Gallimard – Bibliothèque de la Pléiade, 1959.

SANDEL, Michael J. **O liberalismo e os limites da justiça**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

SAUTEL, Oliver. **Le droit répressif, un droit sans sentiments?** Disponível em: <<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00755911>>. Acesso em: 11 set. 2014.

SCHEFFER, S. **Fighting for their lives: inside the experience of capital defense attorneys.** Nashville: Vanderbilt University Press, 2013.

SCHENK, Françoise. Les émotions de la raison. In: **Revue européenne des sciences sociales.** Vol. XLVII-144 | 2009. Disponível em: <http://ress.revues.org/75> ; DOI : 10.4000/ress.75. Acesso em: 31 mai. 2017.

SCHERER, K.R. “The Nature and Study of Appraisal: A Review of the Issues”. In: SCHERER, K. R., SCHORR, A.; JOHNSTONE, T. (eds). **Appraisal processes in emotion: theory, methods, research.** New York and Oxford: Oxford University Press, 2001.

SCHÖN, Donald. **Le praticien réflexif. À la recherche du savoir caché dans l’agir professionnel.** Trad. J. Heynemand e D. Gagnon. Montreal: Éditions Logiques, 1994.

SHAKESPEARE, William. **O Mercador de Veneza.** Trad. F. Carlos de Almeida Cunha Medeiros e Oscar Mendes. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SHERWIN, Richard K. **Visualizing law in the age of the digital baroque: arabesques and entanglements.** London: Routledge, 2002.

SIMARD, Jeanne; MORENCY, Marc-André. L’interprétation musicale comme analogue à l’interprétation des lois: Hermès reencontre Euterpe. In: BENYEKHLEF, Karim (dir.). **Le texte mis à nu.** Montréal: Les Éditions Thémis, 2009, p. 75-103.

SLOTERDIJK, Peter. **Colère et temps: essai politique-psychologique.** Trad. Olivier Mannoni. Paris: Meta-Éditions, 2007.

SMITH, A. **The theory of moral sentiments.** Vol.1., [S.l.]: Liberty Fund Org., 1759.

SOLOMON, Robert. The emotions of justice. In: **Social Justice Research.** Volume 3, 1989, p. 345-374.

SONTAG, Susan. **Contra a interpretação.** Trad. Ana Maria Capovilla. Porto Alegre: L&PM, 1987.

STAFFE, Blanche. **Règles du savoir-vivre dans la société moderne.** Paris: G. Havard Fils Éditeur, 1893.

STEINBERGER, Peter J. **The concept of politica political judgment.** Chicago: University of Chicago Press, 1993.

STOLLEIS, Michael. **L’œil de la loi: histoire d’une métaphore.** Paris: Mille et une nuits, 2006.

STORM, Christine; STORM, Tom. “A taxonomic study of the vocabulary of emotions”. In: **Journal of personality and social psychology**, v. 53, n. 4, p. 805-816

STRECK, Lenio Luiz; BARRETO, Vicente de Paulo; TOMAZ DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: ativismos judiciais e o perigo da instauração de um “terceiro turno da Constituinte”. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 1(, n.2), p.: 75-83 julho-dezembro 2009.

STRÖMHOLM, Stig; VOGEL, Hans-Heinrich. **Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975.

SUPIOT, Alain. **Tisser le lien social**. Paris: Maison des sciences de l'homme, 2004.

TIMSIT, Gérard. L'ordre juridique comme métaphore. In: **Droits**, 2001/1 (n° 33). Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-droits-2001-1-page-3.htm>. Paris: Presses Universitaires de France, p. 3-18. Acesso em: 3jun. 2017.

TOURTOULON, Pierre de. **Philosophy in the development of law**. Trad. Martha McC. Read. Nova Iorque: A.M. Kelly, 1969.

TRIMAILLE, Gilles. L'expertise médico-légale: confiscation et traduction de la douleur. In: DURAND, Bernard; POIRIER, Jean; ROYER, Jean-Pierre (Orgs). **La douleur et le droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 489-500.

TZITZIS, Stamatios. **Esthétique de la violence**. Paris: P.U.F., 1987.

_____. La douleur sadienne et sa justification par les lois naturelles. In: DURAND, Bernard; POIRIER, Jean; ROYER, Jean-Pierre (Orgs). **La douleur et le droit**. Paris: Presses Universitaires de France, 1997, p. 119-113.

_____. **La personne, l'humanisme, le droit**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2001.

URUGUAI. Código Penal. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=196342>. Acesso em: 04 out. 2017

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Trad. Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERNANT, J.P; VIDAL-NAQUET, P. **Mythe et tragédie en Grèce ancienne**. Tomo 1. Paris: La Découverte, 2001.

VERNANT, J.P. **Entre Mythe et politique**. Paris: Seuil, 1996.

_____. **Mythe et société en Grèce ancienne**. Paris: La Découverte, 1974.

VIOLA, Francesco. **Il diritto come pratica sociale**. Milão: Jaca Book, 1990.

WARAT, Luís Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.

WHITMAN, Walt. **Folhas de erva**. Trad. Maria de Lourdes Guimarães. Vol. II. Lisboa: Relógio d'Água, 2002.

WOLFGANG, Marvin Eugene; FERRACUTI, Franco. **The subculture of violence: towards an integrated theory in criminology**. London: Tavistock Publications, 1967.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

ZWEIG, Stefan. **La confusion des sentiments**. Paris: Le livre de poche, 1992.