

O PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ E AS EMOÇÕES NO DIREITO: UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA E A RESSIGNIFICAÇÃO POSSÍVEL

THIAGO DE MELLO AZEVEDO GUILHERME¹

HÉLIO NEGREIROS PENTEADO FILHO²

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 1. RACIONALIDADE JURÍDICA. 1.1. ARQUÉTIPOS MÍTICOS DA RACIONALIDADE. 1.2. As emoções no universo jurídico. 1.3. As emoções nas manifestações dos filósofos do direito. 2. SENTIMENTOS NA CIÊNCIA JURÍDICA. 2.1. As emoções em alguns ramos do direito. 2.2. As emoções no direito civil. 2.3. O direito penal e sua leitura das emoções. 2.4. Nosso direito empresarial e a internalização das emoções. 2.5. Emoções e direito do trabalho. 3. O ATO DE JULGAR SENTIMENTOS. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.*

RESUMO: O presente artigo busca analisar o papel e a posição do julgador considerando as relações ocultas existentes entre o Direito e as Emoções. Analisa as relações existentes entre emoções e direito na estrutura do ordenamento jurídico como premissa, e passa a analisar as emoções contidas no ato de julgar na busca da possibilidade de uma ressignificação das emoções atreladas à racionalidade, e o inevitável impacto na presunção de imparcialidade do Juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio Constitucional da Imparcialidade, Juiz, Emoções, Sentença.

1 Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru; Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Professor da Universidade Metodista de Piracicaba; Advogado.

2 Doutorando em Filosofia do Direito pela PUC/SP, mediador privado.

THE PRINCIPLE OF JUDGE'S IMPARTIALITY AND EMOTIONS IN LAW: A HISTORICAL PERSPECTIVE AND POSSIBLE RESSIGNIFICATION

ABSTRACT: The present article seeks to analyze the role of the Judge and the hidden relationships between Law and Emotions. In a first moment we will analyze the existing relations between emotions and law in the structure of the legal order and then analyze the emotions contained in the act of judging and the possibility of a re-signification of the emotions linked to the rationality and its inevitable impact on the expected judge's impartiality.

INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade a humanidade se confronta, em maior ou menor grau, com a dualidade razão e emoção e nosso senso comum, aqui melhor detalhado, a tópica – como lugar comum de argumentação - tende a valorizar a razão e seu método de pensamento, a racionalidade. Não obstante, a coexistência humana cotidiana se dá também mediada pelas emoções e o modo que ela afeta nossa percepção do universo tal qual o percebemos.

Emoções são estados mentais que surgem como resultado de mudanças no organismo vivo conforme ele reage às alterações no meio ambiente (real ou imaginário) que o circunda. Diferentemente dos “sentimentos”, as emoções são experiências afetivas, reativas aos estímulos do meio. O predomínio da razão e da racionalidade, mormente a partir da época das luzes, teve inegáveis consequências para o Direito, tanto para sua produção legislativa, sua metodologia hermenêutica, quanto para seus métodos de aplicação aos casos concretos e na técnica processual. Fruto do desenvolvimento das ciências matemáticas e econômicas e até das ciências “duras”, a racionalidade imiscuiu-se como “valor” no horizonte do universo jurídico, afastando da experiência jurídica a valoração das emoções. Se por um lado não se pode negar que o predomínio da razão orienta o homem, tampouco se pode negar, contudo, que as emoções – que outrora foram gradualmente afastadas do direito – podem ter uma participação na construção da virtude do homem em sociedade, na busca dos valores do “bem” e do “correto”.

Enquanto afastada do universo do Direito, as emoções percorreram vastos caminhos em outros ramos do conhecimento humano. Da psicanálise de Freud à Pedagogia de Vygotsky, muito foram aqueles que puderam compreender como as emoções podem guiar os entendimentos individuais e fazer confluir a subjetividade dos homens mediante outras formas

de percepção do mundo, tudo visando ordenar o homem na busca de objetivos socialmente valoráveis. A própria interpretação pelo sujeito de seu entorno passa pela apropriada compreensão das emoções presentes.

As questões que este texto busca enfrentar situam-se nessa encruzilhada de caminhos que ensejaram o afastamento por parte do Direito (e seu universo semântico) das emoções daqueles que participam da experiência jurídica. Do Juiz epítome do homem racional ao contratante dotado de vontade livre, passando pelas partes processuais que não devem usar os procedimentos para “satisfação de interesses escusos”, a experiência jurídica atribuiu-se a si essa “*mitologia de racionalidade*”, a qual cobra seu preço, seja pelo gradual afastamento da moral vigente, seja pelo sensível desinteresse que desperta nos jurisdicionados quando estes, por sua vez, buscam a satisfação de seus interesses (e, por conseguinte, suas emoções).

Nosso objetivo aqui é inegavelmente amplo mas pode se concentrar em duas perguntas. Em primeiro lugar, era imprescindível que o processo de “*asepsia emocional*” do universo jurídico atingisse o ponto atual? E, como consequência, há a possibilidade de as emoções servirem ao Direito e ao processo como modo de ressignificação das experiências humanas?

1. RACIONALIDADE JURÍDICA

Desde que o mundo deixou de ser plano e o homem seu centro único, desde que os deuses deixaram de nos ter em alta conta e não mais descem à terra para confraternizar com os mortais, e o planeta chamado de nosso passou a ser a terceira pedra a partir de um sol, dentre os vários sóis de um dos vários sistemas em um dos universos possíveis, caímos no drama fundamental da existência³.

Após essa virada de Nicolau Copérnico, quem nos apresentou uma solução como definitiva foi Descartes, trazendo a dúvida hiperbólica como prova consistente da existência humana no “*cogito ergo sunt*”⁴. Essa dúvida fundou uma forma de pensar que prima pela razão como única e exclusiva forma da certeza e veracidade da existência. Não demorou para que tudo que fosse certo e verdadeiro devesse ser cientificamente provado e sua contra partida

3 FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; FORBES, Jorge; REALE JÚNIOR, Miguel. A Invenção do Futuro: um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade. São Paulo: Ed. Manole, 2005

4 DESCARTES, René. Discurso do Método. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

binária, a emoção, ser categorizada no sistema da dúvida, do incerto e do não verdadeiro ou errado.

A recusa inicial à aceitação das emoções na tradição do pensamento jurídico deriva de uma tradição racional positivista normativa desde a Teoria Pura do Direito de Kelsen, que usando da analítica alemã escreveu o tratado sobre ordenamento como organização jurídica a partir da norma e deixou de fora toda definição que não fosse especificamente do conjunto de normas e regras jurídicas de um ordenamento lógico e escalonado de normas⁵. O próprio Kelsen, em escrito publicado posteriormente, entende que a decisão é um ato de vontade, ou seja, de uma decisão racional do agente. Fato é que a época das invenções e o projeto iluminista separaram as emoções de todas as áreas ditas científicas, e entre elas, também da ciência do direito.

O porquê de os juristas, os aplicadores do direito, se interessam tão pouco pelas emoções, além é claro do equívoco cartesiano sobre sua imprecisão e obstáculo na busca da verdade, nos sobra como questão. Um dos caminhos para entendermos esse isolamento asséptico das emoções aparentemente estranhas ao direito é aquele que nossos cursos de ensino jurídico nos conduzem. Esse modelo trata a interpretação da lei (norma) como uma ciência, e mais, uma ciência especial que determina um raciocínio jurídico como um processo mental, lógico, racional, exclusivamente dedutivo, onde o silogismo deve ser perfeito e qualificado⁶, modelo esse em que as emoções são estranhas à essa racionalidade⁷ lógico dedutiva direta.

Confirmando isso Kant nos diz que o centro das condutas morais e, em especial, das condutas jurídicas, advém única e exclusivamente da racionalidade humana, e só nós os homens podemos fazer as normas que fundam e orientam nossas ações para o convívio em seu

5 Em sua clássica monografia acerca do positivismo jurídico, Norberto Bobbio afirma que “o positivismo nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”. BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico, p. 119.

6 Ainda nas palavras de Norberto Bobbio, “O positivismo nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada ciência que tivesse as mesmas características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais. Ora, a característica fundamental da ciência consiste na sua avaloratividade, isto é, na distinção entre juízos de fato e juízos de valor e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato. O motivo dessa distinção e dessa exclusão reside na natureza diversa desses dois tipos de juízo: o juízo de fato representa uma tomada de conhecimento da realidade, visto que a formulação de tal juízo tem apenas a finalidade de informar, de comunicar a um outro a minha constatação; o juízo de valor representa, ao contrário, uma tomada de posição frente à realidade, visto que sua formulação possui a finalidade não de informar, mas de influir sobre o outro, isto é, de fazer com que o outro realize uma escolha igual a minha e, eventualmente, siga certas prescrições minhas”. BOBBIO, Norberto, O positivismo jurídico, p. 135.

7 “La primera cuestión que señalo, siguiendo a Tecla Mazzaresse, es que debemos tener presente cuántos conceptos y concepciones de la filosoficamente tormentosa noción de ‘racionalidad’ intervienen o pueden intervenir en un análisis de las formas de racionalidad de las decisiones judiciales”. DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. La decisión judicial. Pag. 75.

imperativo categórico do agir por dever. Eis o modelo onde a lei resultado da razão é a única e viável condição de convívio através da justiça e da liberdade. Trata-se, inobstante, de um modelo que talvez esqueça de algo fundamental – no universo mais íntimo e decisório do homem –, os sentimentos os quais, em última análise, são o motor das condutas e guiam as ações. Assim, as emoções que tanto inspiram artistas, escritores, pintores e educadores, passam a ser individuais, maléficas, imprecisas e arbitrárias, e por isso uma clara ameaça ao bom andamento do sistema lógico mecânico jurídico tradicional de leis e subsunções de condutas.

Em nossos anos iniciais na faculdade de direito nos era ensinado que o conhecimento de outras áreas era irrelevante, senão nocivo, ao bom exercício do direito e que o sistema jurídico deve ser uma ciência autônoma, cujo ensino se iniciava pela teoria do ato, fato e negócio jurídico e que o instrumento de trabalho do jurista, desde sempre, foi apenas o texto, glosado ou não, e sua correspondente interpretação hermenêutica jurídica. E assim era a escola do positivismo normativista (legalista), o direito não passa de um conjunto de normas e regras estatais, de mando, coercitivas, para a organização social, proibindo, obrigando ou aceitando condutas⁸.

Alguns fatos notórios e empíricos da realidade cotidiana ficam difíceis de explicar se usarmos única e exclusivamente essa definição “ultra-racional” da experiência jurídica em geral e do direito em especial. O costume, a equidade, a boa fé e normas gerais da sociedade, assim como as técnicas de mediação, a conciliação e a negociação solucionadoras de conflitos não se “encaixam” no silogismo clássico do normativismo. Tampouco a jurisprudência e a doutrina como fontes do direito e os direitos internacionais não coercitivos, organismos internacionais, e o dualismo na teoria da soberania.

Tais constatações nos fazem notar que o direito moderno (e mesmo o contemporâneo) não é estanque, não está enclausurado em sua estrutura de normas escalonadas emitidas por uma autoridade competente ditada por essas mesmas normas. A coerência desse sistema que é orgânico sempre estará, em algum grau, voltada à ponderação e à proporcionalidade não só do seu aparato conceitual, mas mais ainda do fenômeno ao qual ele se dirige.

⁸ Não se pode negar que uma das principais características do positivismo é a visão dogmática do direito. Cumpre salientar aqui que tal dogmatismo racional cumpre uma função social, seja nas sociedades burguesas de fins de século XVIII e início do século XIX, seja na atual sociedade complexa. Em ambas, a dogmática insere na racionalidade jurídica uma expectativa de previsibilidade na qual dificilmente poderiam imiscuir-se as instáveis emoções humanas.

O dogma segundo o qual juristas devem se afastar das emoções, tanto pessoais como coletivas, é questionável pois o mundo só chega a nós por meio das emoções racionais que produzem nosso entendimento mediato e imediato do horizonte de nosso conhecimento e atuação. No direito os argumentos geram persuasão, o que desmente a presunção de um sistema mecânico de engrenagens com uma única força motriz, e o que se vê é um sistema orgânico onde todos os seus componentes - como o lógico, o racional, o experimental e o emocional - ativam as formas de entender e perceber o mundo.

1.1 Arquétipos míticos da racionalidade

A própria Deusa da justiça, em uma explicação da história mítica, cega empunhando uma espada, é derivada de uma outra, grega, mais antiga, sem vendas e carregando um cajado. A deusa romana da Justitia é resultado parca das deusas Diké e Themis gregas, ambas das duas formas de justiça daquela sociedade de outrora. Essa ideia de que a justiça cega refere-se à sua imparcialidade e racionalidade está estampada na antiga hermenêutica de Carlos Maximiliano que entendia que toda inclinação simpática ou antipática, enfraquece por certo a capacidade do intelecto para reconhecer a verdade, torna-o parcialmente cego⁹.

Os juristas tradicionalmente deram pouca atenção às emoções e sempre desconfiaram muito delas, por isso foram tratadas como perigosas e mantidas à distância dos tribunais e das faculdades de direito. Esse narcisismo da razão e da lógica racional, 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 mais reais como aquele no qual se situam os sentimentos humanos. Assim, a maioria das perspectivas contemporâneas na abordagem normativa do direito e da postura dos seus operadores têm demonstrado ignorar a influência das emoções na formação técnica legal dos ordenamentos normativos. Nem levam, tampouco, em conta a influência de experiências sensoriais e emotivas nos processos de tomada de decisão jurídica.

Todavia não temos razão (nem meios) para nos distanciarmos de nós mesmos e de nossas emoções, muito menos entender que nos ameaçam a racionalidade pois, uma vez

9 Conclui assim o referido autor: "... que 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." MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 103.

reconhecidas e adequadamente limitadas e filtradas, oferecem uma orientação insubstituível para o raciocínio jurídico em especial para a neutralidade e imparcialidade do julgador, que aplica o direito que é feito pelos homens para todos os homens.

1.2 As emoções no universo jurídico

O raciocínio jurídico não é lógico-matemático como a princípio podemos nos enganar ao procedermos estudos dos silogismos e sua estrutura de premissas e conclusões. Por mais que tenhamos assim sido ensinados (a formação jurídica embrionária demanda algumas simplificações didáticas que comprometem a ulterior compreensão do fenômeno), o procedimento silogístico pelo qual, a partir de uma regra (premissa maior) a pairar sobre a realidade fática (premissa menor) estabelecer-se-ia uma conclusão de encaixe perfeito e inquestionável, é, por evidente, falacioso. Inúmeros são os métodos de se demonstrar tal insuficiência, que vão desde a constatação da ambiguidade da língua, a existência de pré-compreensões por parte do intérprete observador. Contudo, o que nesse artigo se aborda é o aspecto das emoções do fenômeno jurídico (amplamente considerado).

Para que se possa compreender como o silogismo lógico-matemático é frágil e até irreal diante da efetiva interpretação jurídica pode-se fazer alguma referência aos métodos primordiais da aplicação do direito, dentre os quais se ressalta a chamada “tópica”, cujas origens na interpretação do direito romano podem demonstrar procedimentos que admitem uma maior proximidade ao senso comum e às emoções do intérprete.

A interpretação e construção do direito a partir do método da tópica jurídica é essencialmente assistemático e admite a abordagem das questões jurídicas a partir do problema, e não a partir de uma pretensa regra dogmática a ser aplicável a todos os casos análogos à determinada situação. Ao iniciar seu caminho interpretativo a partir do problema, o intérprete se vê forçado a circunvalar o objeto-problema analisando-o com as ferramentas do senso comum, sopesando respostas e consequências possíveis e, inevitavelmente, absorvendo a possibilidade “emotiva” de tais abordagens. Tais emoções influiriam na decisão sobre o problema e permitiriam uma aceitação das conclusões por parte do intérprete.

Nota-se, diante do acima exposto, que a pretensão de asepsia emocional do direito dogmático contemporâneo em todos os seus níveis e procedimentos não é essencialmente a única forma de abordagem jurídica. Contudo, se as emoções já estiveram admitidas como argumentos válidos no âmbito operacional do direito, a estrutura contemporânea, como já dito,

busca afastar a influência emocional no processo da *jurisdictio*. Essa hipertrofia da racionalidade tornou o direito – em grande medida - cego às questões dos recônditos porões da mente/alma.

Em outras palavras, uma opinião a priori (dogmática) 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 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 razão¹⁰ acabou por desprestigiar 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 consciente¹¹.

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 consciente. O direito, apesar de se apoiar em argumentos e métodos racionais, é uma disciplina social que sempre será impactada pelas emoções, paixões e sentimentos. Esses, em última análise, tanto no aspecto individual quanto social, serão os faróis de aferição da legitimidade do Direito e de seus procedimentos.

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”¹². Como se pode notar, a imprescindível garantia de imparcialidade do julgador é um verdadeiro “problema”

10 Hodiernamente a racionalidade tem avançado em outras searas do campo do direito, em especial no que se convencionou chamar de “análise econômica do direito” e da “jurimetria”. Sem se pretender fazer aqui juízo de valor de tais técnicas, não se pode negar que se trata de fruto da hiper-racionalidade do âmbito jurídico, tanto em seus aspectos positivos quanto negativos.

11 Note-se que o paradigma da vontade racional é coluna de arrimo das pretensões do direito, seja no processo legislativo ou contratual (ambos, como se verá, menos herméticos ao papel das emoções), seja no processo interpretativo (diante dos métodos legítimos de interpretação sistemático-racional do direito posto, e até mesmo no processo decisório dos julgadores (sempre pretensamente imunes às emoções). O paradigma racionalista no universo jurídico é o ponto fulcral da realidade (ou irrealidade) do método jurídico, ainda que sabidamente ontologicamente impossível.

12 Neste ponto é fundamental não se deixar levar pela tentação fácil segundo a qual a sentença seria algo totalmente arbitrário, desprovido de qualquer parametrização externa, unicamente movida por sentimentos. A constatação da sentença como um “sentimento” somente alude ao inescapável elemento emocional nela contido, não se configurando em salvo conduto para o arbítrio. A grande dificuldade, deveras, será sempre “identificar” e “mensurar” tais loci de sentimentos e emoções.

filosofia, vez que o processo de inclinações emocionais do juiz inevitavelmente o faz partir de pré-compreensões na sua abordagem dos fatos e do ordenamento jurídico.

1.3 As emoções na manifestação dos filósofos do direito

Filósofos abordaram desde a antiguidade essa intrínseca afinidade entre o direito e a afetividade. Na Retórica, 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. Aristóteles¹³ 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 cidade”.

De modo semelhante a Aristóteles, Cesare Beccaria, em “Dos delitos e das penas”, também sustenta a validade das emoções humanas ao afirmar que “toda lei que não for estabelecida sobre essa base [os sentimentos] encontrará sempre uma resistência à qual será constrangida a ceder. [...] Consultemos, pois, o coração humano; acharemos nele os princípios fundamentais do direito de punir”¹⁴.

Também Rudolf von Jhering, em sua clássica obra *A Luta pelo Direito*, afirma que a natureza e a importância do direito se revelam quando o homem é atingido em seu direito, em sua personalidade, o que faz com que a injustiça apareça 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”¹⁵.

13 ARISTÓTELES. Política. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. v. 1, 1253b.

14 BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Ed. Eletrônica Ridendo Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/>>. Acesso em: 10 set. 2018. p. 27.

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

Ainda na seara das relações entre sentimentos humanos e Direito, Émile Durkheim dialogou com o direito e o sentimento, e em especial com o denominado *sentimento coletivo*, na obra “As regras do método sociológico”. Nessa obra podemos encontrar a seguinte passagem:

“...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 refratários¹⁶.”

No universo anglo saxão, também John Rawls, em *Uma teoria da justiça*, explica que os sentimentos morais são os elementos motivadores dos comportamentos humanos e da coesão social¹⁷. 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”¹⁸.

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 sua obra *A ciência jurídica e seus dois maridos*, ele propôs a volta ao mundo de Dona Flor, famosa personagem de Jorge Amado, como a heroína da ambivalência, numa metáfora para a realização da conjunção positiva entre os desejos, os afetos e as leis¹⁹. 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.

Mas foi no século XX que o movimento Realista afirmou que essa condição estanque do sistema jurídico o blindou das naturais influências políticas, psicológicas e dos fatos sociais que ajudam a moldar o raciocínio e as instituições legais. Evidente que não só a teoria como a prática jurídica diária são influenciadas pelos momentos sociais e políticos. Na década de 1980, em meio ao surgimento do movimento do Direito & Economia (Law and Economics ou da

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

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

18 BARRETO, Tobias. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Landy, 2001, p. 38.

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

análise econômica do Direito) – que utiliza a teoria econômica para analisar o direito e prever o comportamento humano em situações regidas pelas leis –, os juristas começaram a olhar em direção a outras disciplinas para compreender o funcionamento do sistema jurídico.

Além disso, teóricos das disciplinas sociais aplicadas, analistas do feminismo e estudiosos do racismo argumentaram monstruosos desafios à ideia de que o raciocínio jurídico é algo desprovido de valor machista, patriarcal e preconceituoso. Esses entendimentos e debates trouxeram uma nova visão das emoções nos campos da psicologia, neurociência, sociologia e filosofia, campos onde o estudo do papel das emoções no direito finalmente ganhou um ponto de apoio. O princípio orientador do campo de análise do “direito e emoção” é que o direito não deve confiar em suposições não testadas ou inexatas sobre o funcionamento das emoções, mas deve fazer escolhas e projetar as instituições à luz dos melhores conhecimentos disponíveis que levem em conta a influência de nossas emoções no cotidiano.

2. SENTIMENTOS NA CIÊNCIA JURÍDICA

“*Iram ou furiam non novit jus*”: o direito não conhece a cólera ou a fúria, assumidas aqui como protótipos emocionais. Isso pretende significar que o direito não conhece nada além dele mesmo²⁰. 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-la. 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 tutelar e arrefecer os sentimentos humanos. Em outra hipótese, a utilização da palavra “emoção” em um contexto jurídico nos remete logo ao “crime passional”, na cena de um marido enganado, influenciado pelas emoções (cólera, ciúmes

²⁰ É de imensa importância aqui a constatação de Walter Benjamin, nos anos 20, acerca da pretensão autoritária-fagocitante do fenômeno jurídico, o qual busca domesticar o universo das paixões humanas com o oculto objetivo de domesticar a própria violência que cria o direito. Para uma melhor análise, vide Walter Benjamin e seu ensaio “Para uma crítica da violência” em *Escritos sobre mito e linguagem*.

etc.), que pega uma arma e persegue o amante que escapará por uma janela ou pelo telhado²¹. 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.

O próprio 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 pública ou mesmo da proteção dos interesses privados. Nesse sentido, certas formas de manifestação 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, sentimentos como o amor, o ódio, o ciúme, a deslealdade, o luto – quando são transformados em fatos jurídicos, desembocam inevitavelmente na formatação das formas jurídicas.

Alguns exemplos dessa inevitável correlação entre as emoções e o modo como são tuteladas pelo ordenamento jurídico podem ser observadas pelo modo como a interpretação constitucional – talvez a seara mais aberta à subjetividade dos intérpretes - resguarda a vida privada ou refuta a tortura, o discurso do ódio, o *bullying*, o racismo, a homofobia etc. A título de exemplo dessa inevitável “intromissão” das emoções e sentimentos dos intérpretes (juízes, advogados e opinião pública) na construção da decisão jurídica podemos citar os casos que tocam de forma mais contundente a relação entre Direito e Moral. Num caso específico, em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, inovou 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 anencefálico como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Naquela oportunidade, intérpretes do Direito constitucional argumentaram acerca do direito à vida, a possibilidade, ou não, da antecipação terapêutica do parto de fetos diagnosticados com anencefalia (prática até então identificada por alguns juízes como o crime de aborto), bem como analisaram a possibilidade de se garantir tal direito sem a apresentação de requerimento judicial. Em todos os momentos da argumentação dos votos, bem como nas sessões de audiência dos *amici curiae* antes da sessão de julgamento, esteve presente o apelo

21 Aos olhos da filosofia do direito é sintomático o modo como a história do direito penal depositou as emoções ao lado de atributos agravantes e atenuantes dos atos racionais.

emocional que, antes de se configurar como deturpação da lei, teve o valioso papel de sublimar publicamente o aspecto emocional do tema, impulsionando a ulterior legitimidade da decisão da Corte. Tal decisão de nossa Corte Suprema²² evidenciou 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 (cujo conteúdo, nesse caso específico, era “desconhecido”). 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”²³.

2.1 As emoções em alguns ramos do direito.

Passemos agora a analisar alguns ramos do direito e – ainda que superficialmente – verificar o modo pelo qual as emoções se inserem no ordenamento jurídico positivo. Nesse ponto especificamente é preciso ter em mente o fato de que o processo político legislativo que constrói mediante passos predeterminados a norma jurídica tem a tendência de depurar a emoção que vigora no seio social ao traduzi-la em norma posta, geral e abstrata, com a pretensão de objetividade. Não por outro motivo a estrutura textual das normas jurídicas tende a ser refratária à emoção, ainda que a emoção esteja no cerne dos valores sociais inseridos no ordenamento jurídico pela norma posta²⁴.

2.2 As emoções no direito civil

As relações humanas cotidianas no trato civil tampouco ficam afastadas das emoções, o que se reflete inevitavelmente no direito civil. Estão presentes de forma abundante nos temas

22 BRASIL. Decisões do 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, DF, 2012. p. 375. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>

23 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, DF, 2012. p. 375.

24 Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Junior, “Legendre (1976:154) afirma que, para os juristas, a sociedade não é gentil nem maldosa, pois a vontade do legislador (racional) não tem, estritamente, nenhum caráter. Assim, o direito deve permanecer inacessível, enquanto instrumento voltado para a manutenção da ordem. Por isso, para o jurista, o direito não mente jamais, uma vez que existe, precisamente, com a finalidade de obscurecer a verdade social, deixando que se jogue a ficção do bom poder”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação. 10ª ed. São Paulo: Atlas. pag.239.

referentes às doações, contratos, danos morais, adoção, alienação parental, uniões estáveis, reconhecimento de famílias homoafetivas, dentre outras. À guisa de exemplo, a regulação do casamento, mormente no que tange aos deveres dos cônjuges, está intimamente relacionada a aspectos emocionais (como fidelidade, vida em comum, mútua assistência, sustento dos filhos e respeito, segundo o artigo 1.566 do Código Civil). Não se pode negar que a atração física entre os cônjuges é um sentimento e o direito a ele se orienta ao regular o comportamento social em caso de ausência ou desaparecimento destes mesmos sentimento. Tem aí a abertura do direito ao 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.

De grande interesse, ainda, para a análise da abertura do direito aos sentimentos o estudo da regulação das liberalidades, tais como a doação. O código civil, em especial em seus artigos 550, 555 e 557) assegura, em certa medida, a sanção dos sentimentos pouco honráveis do autor da liberalidade ou daquele que a recebe. Assim, 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. Algumas legislações, inclusive, preveem a revogação da doação quando a ingratidão é produzida não somente em relação ao donatário, mas também em relação aos seus próximos.

No campo do direito das obrigações os sentimentos igualmente não são ignorados, e pode-se atribuir um papel de destaque à psicologia e à sociologia e suas influências no universo jurídico. Assim, consequências práticas importantes podem ser deduzidas de investigações psicológicas que estudam a estrutura contratual (tanto no direito civil estritamente considerado, quanto em sua evolução corporificada no direito do consumidor). 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 consumidores²⁵. Na seara do Direito Contratual, pode-se opor vontade ao sentimento, destacando-se no direito o declínio do papel dos elementos subjetivos da vontade e a progressão em importância do papel dos sentimentos (deslealdade). Nesse sentido, a teoria contemporânea do direito civil – seguida pelo atual Código Civil Brasileiro e sua essencial teoria da boa-fé objetiva - assevera que o direito deve considerar a vontade como elemento de interpretação da relação jurídica, dando, contudo, maior peso aos atos objetivos de exteriorização. Assim, o elemento primário do contrato é a lealdade, manifestada através dos atos que indiquem a boa-fé do contratante, mais do que sua vontade

25 Quanto a esse ponto específico, o Código de Defesa do Consumidor – ramo autônomo do Direito mas que guarda origens relacionadas ao Direito Civil, em seus artigos 6º, 30, 33, 35, 36 e 37 faz regulamentações atinentes à publicidade, inegavelmente decorrentes do aspecto emocional que esta enseja nos consumidores.

subjetivamente considerada²⁶. Por isso, todas as vezes que os atos que indicam a vontade não se manifestarem fielmente aos objetivos intimamente perseguidos, se diz que houve vício²⁷.

Ainda no campo do Direito Civil, muito se escreveu nos últimos vinte e cinco anos acerca do “preço da dor”, mormente na reparação dos danos morais e outras violações aos sentimentos íntimos juridicamente tutelados. É notória no universo jurídico a evolução jurisprudencial acerca do tema até seu desembocar na atual interpretação²⁸.

2.3 O direito penal e sua leitura das emoções

O campo do Direito Penal sempre esteve muito mais relacionado ao tema das paixões humanas em toda a sua realidade trágica, vez que, inegavelmente, grande parte dos atos ilícitos possuem relação com emoções e estados de crise. Ao mesmo tempo nas sociedades pós-modernas os crimes passionais se multiplicam e são largamente mediados. Qualquer que seja o rigor da lei, os tribunais – sobretudo o júri popular – levam em consideração os motivos que determinaram os dramas passionais²⁹. Dessa curiosa sinergia entre elementos emocionais, políticos e jurídicos surge um notável círculo vicioso em que rompantes de emoção individual ocasionam crime, os quais são mediados em rede nacional, o que enseja comoção social que, por sua vez, gera uma resposta – até mesmo demagógica – do campo político, que propõem leis que inovam a legislação, internalizando no universo jurídico as consequências pouco sopesadas das emoções sociais. Nesse roteiro é de fundamental importância o Tribunal do Júri.

Em especial quanto ao Júri Popular, deve-se ter em mente que se trata de instituição milenar (com raízes greco-romanas) que encerra o objetivo de compartilhamento da administração da justiça com os demais cidadãos. No Brasil o Júri Popular foi instituído por Dom Pedro I, seguindo uma tendência popular a época (de se retirar das mãos do monarca o poder sobre a vida e a morte), tendo permanecido em vigor desde então. Pode-se apontar,

26 Os já célebres desdobramentos da boa-fé objetiva corporificados pela teoria civilista englobam as expressões latinas “Venire contra factum proprium”, “Supressio”, “Surrectio”, “Tu quoque”.

27 A justa correlação entre sentimentos, emoções e atos civis objetivamente considerados talvez seja um dos campos de estudo mais promissores para uma análise do “direito aplicado” e as correlações entre direito e psicologia, principalmente após a entrada em vigor do atual Código Civil Brasileiro e a superação do paradigma formalista puro no direito civil. Atualmente, a gestão das aparências (atos, gestos, atos, e comunicações) tem fundamental importância na formação do convencimento do julgador quanto às relações jurídicas.

28 O Código Civil de 1916 não continha previsões relativas ao ressarcimento dos danos morais, cabendo aos artigos 159 e 76, conjuntamente interpretados, a previsão de tal possibilidade. Ainda que ao longo do século XX a jurisprudência tenha se desenvolvido no sentido da admissão do dono moral, a grande inovação legislativa no direito pátrio deu-se com o Código de Defesa do Consumidor e, posteriormente, com o Código Civil Brasileiro de 2002.

29 Sobre esse tema recomendamos a leitura da obra “A paixão no banco dos réus”, de Luiza Nagib Eluf.

contudo, que se trata da instituição jurisdicional mais explicitamente aberta e vulnerável às emoções, tanto no campo privado quanto no espectro público. Atualmente, com as ferramentas de comunicação em massa e compartilhamento de dados (notícias, vídeos e fotos), esse “fluxo emocional” fica particularmente aguçado.

No caso do tipo penal em si de que trata o júri popular, o homicídio doloso 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). Trata-se de dois temas de fundamental importância na compreensão das emoções e sua relação com o direito.

Já no direito romano encontrava-se a máxima de Ulpiano: *Volenti et consentienti non fit injuria* - o direito de morrer que um indivíduo pode exercer sobre ele mesmo, pode se estender a outra pessoa, com o seu consentimento. Em oposição a essa interpretação, os escolásticos não admitiam essa doutrina justamente por reprovarem 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 seria o mestre da morte e da vida. Essa própria ambiguidade na interpretação de temas que inculcam a emoção em questões políticas que implica no afastamento procedimental das emoções do universo jurídico.

Outro ponto de intersecção entre ramos do direito e sua abertura e percepção das emoções se dá no cruzamento entre o Direito de Família (e suas raízes civilistas) o Direito Penal. Nessa seara, no que tange à afeição familiar, o Código Penal brasileiro assegura a isenção de pena para quem comete crime contra o patrimônio 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). Note-se aqui que o Direito Penal enxerga o núcleo familiar como um *locus* onde a propriedade (patrimônio) e a relação jurídica se dá sob outras características (mais próximas à estrutura arcaica de clã ou tribo, âmbito em que a emoção é primordial em relação à razão)³⁰.

30 Nesse aspecto podemos considerar como guia interpretativo a obra de Tercio Sampaio Ferraz Junior, em especial sua contribuição à compreensão da existência arquetípica de dois tipos (esferas) de justiça, uma aplicável ao universo familiar, regido pela deusa Têmis, e um próprio ao ambiente público, regido pela imagem da deusa Diké.

Ainda nesta senda, muitas são as disposições penais cujos valores subjacentes fazem direta remissão a valores que carregam intrinsecamente a emoção, tais como 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 inegáveis mostras de que o direito reprime alguns comportamentos que vilipendiam a dimensão sentimental das vítimas.

Pode-se ainda ver o aspecto emocional do direito no seu aspecto sancionatório, no universo da sanção. Assim, quando o réu é tomado por uma “violenta emoção”, esse seu estado emocional pode ser considerado como “atenuante genérica” e sua pena poderá ser atenuada. Assim, noutras palavras, quando alguém, por exemplo, mate durante um episódio de raiva, geralmente é punido de forma menos grave do que quando mata em um estado de ânimo sem exaltação (ou com premeditação). 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 sociedade³¹.

2.4 Nosso direito empresarial e a internalização das emoções.

No direito empresarial duas matérias aparecem para exemplificar o temo das emoções. A primeira delas é a concorrência desleal lato 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, a construção da clientela. A segunda prática vedada que atenta contra os sentimentos de boa fé e lealdade são as dívidas delituosas do falido, conhecida no direito como “fraude contra credores”. Noutras palavras, no direito, quando o devedor dilapida seu patrimônio tornando-se insolvente, com a intenção deliberada de não pagar suas dívidas.

Nos dois exemplo acima apresentados verifica-se uma expectativa da sociedade de que os agentes empresariais (do outrora denominado Direito Comercial) comportem-se em sociedade de modo a respeitar preceitos de probidade e boa fé que vão além da mera obediência

31 A bem da verdade, a questão da dosimetria da pena é uma das mais problemáticas searas do direito e de sua própria legitimidade. Os parâmetros legais-rationais de dosimetria da pena não são suficientes para permitira objetividade necessária. Tal afirmação, antes de pretender ser uma crítica ao atual sistema de dosimetria é mais uma constatação da quimérica tarefa da objetividade dos critérios de punição.

à lei posta, devendo observar comportamento de retidão moral e de respeito às obrigações assumidas, o que se espera de todos os demais agentes.

2.5 Emoções e direito do trabalho.

No campo do Direito do trabalho os sentimentos e emoções podem ser observados por três características específicas: 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.

Sobre o ponto acima exposto, 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.

Essa obrigação de lealdade encerra ainda a expectativa de 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.

3. O ATO DE JULGAR SENTIMENTOS (E OS SENTIMENTOS DO ATO DE JULGAR)

Consoante já indicamos nesse artigo, a argumentação necessária à elaboração de uma decisão judiciária carrega a pretensão da extrema racionalidade³². Curiosamente, ao mesmo tempo, em certas situações o que se julga tem base factual em sentimentos. Surge aí um vertiginoso paradoxo em que a objetividade das emoções pretendidas e julgadas não encontra amparo ou reflexo na pretendida objetividade do julgador. Vejamos mais atentamente essa estrutura.

Frequentemente o juiz, ao se deparar com temas relacionados às emoções, 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 juiz. Nesse domínio, os sentimentos são tomados como “dados jurídicos” da palavra sagrada do expert científico, isto é, do perito judicial ou do assistente técnico. Trata-se de profissionais especializados no campo das emoções (psicólogos, psiquiatras, psicanalistas, neurofisiologistas) que são convocados para contribuir com a construção procedimental da verdade dos fatos, elaborando laudos, carregados de objetividade, em investigações ou processos judiciais, com vista a auxiliar os juízes na solução do caso concreto. Assim pretende-se objetivar as emoções como fatos, para depois a eles aplicar a norma jurídica mediante um processo lógico racional³³.

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 laudo psicológico para instruir pedidos de aposentadoria por invalidez, aplicável para doenças psíquicas dentre as quais se incluem a depressão. No direito do trabalho, laudos psicológicos também são requisitados em casos de assédio moral no

32 De há muito a superação do chamado “formalismo jurídico” vem solapando os fundamentos da “teoria da decisão judicial”. Se outrora admitia-se a aludida aplicação do direito baseado no silogismo clássico, hoje é presumido pelo operador do direito que o julgador porta um salvo conduto para, em bases mais ou menos rígidas, argumentar acerca do direito e das causas e consequências da decisão judicial.

33 Pode-se de antemão notar que sob essa estrutura de objetos racionais, analisados racionalmente, e sobre os quais aplicar-se-á a racionalidade da lei, na verdade encontra-se uma miríade de emoções, seja na estrutura legal e nos fatos analisados, bem como na ação do julgador que não pode desprender-se de si.

emprego. Esses são apenas alguns exemplos do tratamento “científico” que as emoções das partes recebem do processo judicial.

Verifica-se assim que, mesmo “objetivando” as emoções das partes, o julgador não encontra – principalmente a pós a superação do paradigma formalista no direito – facilidade em desenvolver raciocínios argumentativos imunes às emoções para determinar o momento de sua “decisão”. A bem da verdade, a moderna teoria da argumentação jurídica carrega em si uma forte carga emocional, pela qual os julgadores em grande parte buscam legitimar suas decisões³⁴.

Podemos encontrar no ponto acima indicado uma das maiores dificuldades da moderna teoria do direito, qual seja, a de como compreender as emoções do ato decisório judicial e suas correlações com uma possível teoria da decisão, haja vista a pouco razoável afirmação de que a decisão judicial seja um ato exclusivamente racional. Em outras palavras, como “inserir” e “compreender” as emoções na decisão judicial, haja vista sua impossível dissociação.

Para tentar uma aproximação possível devemos, com o auxílio de Jorge Eduardo Douglas Price³⁵, considerar que historicamente se pretendeu que o processo de raciocínio (e argumentação) jurídico, tanto no campo do direito jurisprudencial, quanto naquele de interpretação de leis de da Constituição, se pretende que o Direito seja um sistema de regras conhecidas que os juízes aplicam. Contudo, já na clássica obra de Edward Levi³⁶ este adverte que as regras jurídicas não são nunca claras *e que se uma regra tivesse que ser clara antes de que se pudesse aplica-la, não poderia haver sociedade. O mecanismo de raciocínio jurídico aceita as diferenças de critério e as ambiguidades das palavras. Admite a participação da comunidade na eliminação dessas ambiguidades, ao proporcionar um foro para o exame e*

34 Nos dizeres de Tércio Sampaio Ferraz Junior ao analisar os elementos da decisão: “Na mais antiga tradição, o termo decisão está ligado aos processos deliberativos. Assumindo-se que estes, do ângulo do indivíduo, constituem estados psicológicos de suspensão do juízo diante de opções possíveis, a decisão aparece como um ato final, em que uma possibilidade é escolhida, abandonando-se as demais. Modernamente, o conceito de decisão tem sido visto como um processo mais complexo que, em sentido amplo, pode ser chamado de aprendizagem. Sem levar em consideração as divergências teóricas específicas, poderíamos postular que pertencem ao processo de aprendizagem impulso, motivação, reação, recompensa (cf. Deutsch, 1969: 145; cf. também Simon e March, 1970; e Easton, 1968). Impulso pode ser entendido como questão conflitiva, isto é, conjunto de proposições analiticamente incompatíveis em face da proposição empírica que descreve uma situação. Por exemplo, ‘deve-se dizer a verdade’ e ‘deve-se ser misericordioso’ aparecem como preceitos contrários diante da situação do médico em face do enfermo à morte, ao qual reluta em esclarecer sobre seu estado de saúde. A motivação corresponde ao conjunto de expectativas que nos forcem a encarar as incompatibilidades como conflito, isto é, como exigindo uma resposta comportamental. A reação é, propriamente, a resposta. A recompensa é o objetivo, a situação final na qual se alcança uma relação definitiva em confronto com o ponto de partida”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão dominação. 10ª ed. São Paulo: Atlas. pag.273.

35 DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. La decisión judicial.

36 LEVI, Edward. Introducción al razonamiento jurídico, Apud DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. La decisión judicial.

discussão das questões valorativas dentro do âmbito que elas deixam em aberto. Em questões controvertidas sérias, possibilita dar o primeiro passo em direção ao que, de outra maneira, seria, metas vedadas. Percebe-se que, a própria polissemia do direito, sua impossibilidade de carregar a priori um único significado³⁷ – o que deixa ao futuro e ao intérprete a construção do sentido do direito – já é suficiente para reinserir no ato decisório toda a carga emocional que inutilmente tentou-se dele retirar. Se o significado é uma construção imponderável entre o signo e o significante (mutante e instável), o ato de interpretar só pode carregar em si toda a tragédia do destino humano de que nos fala Benjamin em sua crítica da violência³⁸.

Conforme se nota, a ideia de que juízes e demais operadores do direito ao tomar decisões o fazem sob a forma de um silogismo, ou seja, sob a forma inferencial que mostra as decisões como uma forma lógico-dedutiva que opera a aplicação judicial do direito, não tem como não ser criticada justamente por se tratar de um absurdo filosófico. Dentre inúmeras outras razões porque com a experiência cotidiana da chamada “sociedade aberta dos intérpretes” no plano constitucional, a aplicação do direito mostrou-se e mostra-se a cada dia mais e mais impregnada de valores, os quais refletem inevitavelmente experiência morais e culturais individuais que inevitavelmente carregam em si forte carga emocional. Se os intérpretes somos todos e todos estamos em constante ressignificação, a pretensão de que o direito se construa sob a alegada previsibilidade não encontra guarida na experiência humana.

Deve-se ter em mente que o processo de interpretação dos fatos, normas e do próprio “ato de julgar” está sob bombardeio das emoções. Assim, o processo de construção dos significados – processo pelo qual o significante (intérprete) analisa os signos (normas, fatos, partes) – está inequivocamente sujeito ao caudaloso rio das emoções, que pode ser mais bravo conforme se mostre mais ambivalente os valores em questão em cada situação. Todo tipo de dogmática fica aqui “desarmada” diante da caleidoscópica experiência de buscar domesticar as emoções, vez que estas podem inclusive alterar a construção dos significados a que está obrigado o julgador.

37 Sobre a impossibilidade do significado previamente determinado e o papel simbólico do direito podemos indicar os trabalhos dos autores vinculados ao realismo jurídico sueco, em especial, a obra *Law as Fact*, de Karl Olivecrona. Sobre o autor sueco afirma Carla Faralli: “La teoria del diritto delineata da Olivecrona è una teoria realista-normativista: il diritto viene considerato un fatto, ossia un meccanismo sociale, una realtà sócio-psicologica; l'enorme, come si è detto, sono effettivamente vincolanti in primo luogo dai giudici. La norma non è valida se non è efficace, ma per essere efficace deve essere sentita come socialmente vincolante”. FARALLI, Carla (org.) *Argomenti di teoria del diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 2016, pag. 11-12.

38 Benjamin, Walter. Para uma crítica da violência in *Escritos sobre mito e linguagem*. São Paulo: Editora 34, 2011. Pag. 168.

Visando domesticar essa emotividade é que a ciência jurídica vem, de há muito e com inúmeras turbulências, tentando criar uma parametrização do ato decisório de modo “aberto à emotividade do tema e das partes”, mas que, inevitavelmente, não comporta uma anulação da carga emotiva do julgador. O julgador, falível, ciente de sua humanidade verá que a construção dos significados que brota de seu encontro com o texto normativo e com os signos dos fatos será precária e, dessa ciência, cedo ou tardem advir-lhe-á a angústia de sua condição humana.

Para que sem possa efetivamente respeitar as emoções no direito (na norma, no processo e na decisão) não se poderá negá-las ou ignorá-las mas, ao contrário, dever-se-á admitir sua existência e aceitar que a carga emocional está sobre os ombros de todos que participam da construção de um sistema ou ordenamento jurídico, desde o processo político, até o ato decisório último do julgador que se pretende imparcial e que aplica o ordenamento às causas levadas ao Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou analisar de forma panorâmica o modo de relação entre o direito e as emoções considerando, dentre outras questões, seus impactos na imparcialidade do julgador. No início apontamos para o fato de que o ordenamento jurídico está, sob a aparente distância das emoções, carregado de normas de forte carga sentimental. Ao mesmo tempo pudemos verificar que a filosofia do direito capta, em muitos de seus expoentes, a inegável e turbulenta relação entre as emoções e o direito amplamente considerado.

Num segundo momento buscamos analisar como as emoções estão imiscuídas em grande parte do ordenamento jurídico, analisando ramos do direito especificamente considerados e considerando que tais emoções se inseriram no ordenamento após passarem pelo procedimento político-legislativo, o qual depura e valora as emoções, atribuindo a estas determinadas valências positivas ou negativas, e dispondo-as nas normas legais. Por fim verificamos que, mesmo com a pretensão de racionalização do direito, o procedimento de julgamento e o ato de julgar não alcançam o desiderato da extrema objetividade, sempre restando ao intérprete-julgador uma carga emocional contida na decisão judicial que busca legitimar-se por argumentos e que não encontra dissipação possível de sua carga emocional.

BIBLIOGRAFIA

ARISTÓTELES. Política. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. v. 1,

BARRETO, Tobias. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Landy, 2001

BENJAMIN, Walter. Escritos sobre mito e linguagem. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

DAMÁSIO, António. A estranha ordem das coisas: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. São Paulo: Companhia das letras, 2018.

DESCARTES, René. Discurso do Método. 2a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DOUGLAS PRICE, Jorge Eduardo. La decision Judicial. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.

FARALLI, Carla (org.) Argomenti di teoria del diritto. Torino: Giappichelli Editore, 2016.

FERRAZ JUNIOR. Tercio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. 2a Ed. São Paulo, Atlas, 2015.____. Introdução ao Estudo do Direito: tecnica, decisão, dominação. 10a Ed. São Paulo: Atlas, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio; **FORBES,** Jorge; **REALE JÚNIOR,** Miguel. A Invenção do Futuro: um debate sobre a pós-modernidade e a hipermodernidade. São Paulo: Ed. Manole, 2005

JHERING, Rudolf von. A luta pelo direito. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2009. p. 42-43. 23 **JHERING,** Rudolf von. Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico. Madrid: Trotta, 2008.

MOORE, Michael S. Causation and Responsibility: an essay in law, morals, and metaphysics. Oxford, Oxford University Press, 2009. ISBN 978-0-19-925686-0 (digital)

NUSSBAUM, Martha Craven. Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life (Alexander Rosenthal Lectures).Boston, MT: Beacon Press Books, 1947. (1995) ISBN-13: 978-0807041093 e ISBN-10: 0807041092

PLATÃO. Fédon. trad. Carlos Alberto Nunes, versão eletrônica disponível em <http://pt.scribd.com/doc/6986625/Platao-FEDON-a-Imortalidade-Da-Alma>.

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

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

SMITH, Adam. The theory of moral sentiments. vol. 1, Liberty Fund. Org., 1759.

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.

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