XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

JOÃO MARTINS BERTASO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C357
Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;
Coordenadores: João Martins Bertaso, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-287-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Cátedra. 3. Luís Alberto Warat. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT “Cátedra Luis Alberto Warat”, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Curitiba-PR, manifestaram-se como dimensão objetiva e fundamental de ocupação de um espaço que está sendo oportunizado pelo Conpedi, a fim de conceder a um dos juristas latino-americanos mais importantes, a possibilidade que suas obras e reflexões passassem a serestudadas de maneira digna e contributiva à construção do discurso jurídico. Tal espaço vem possibilitandoo pensar jurídico por meio de múltiplas formas de significação, as quais têm servido de resistência a uma cosmovisão castradora da emancipação social. Assim, a ideia de uma ciência do Direito unívoca, acarreta a frustração de desejos. Essas frustrações, no entanto, não comportam mais a permanência do modelo paradigmático instituído, possibilitando de certo modo, a procurapela pluralidade de significações, que permitirá a mobilização da sociedade e a transformação da relação sujeito/objeto na construção do conhecimento. Ou seja, não ficaremos sujeitos à reprodução de verdades instituídas, nos transforma-remos em sujeitos criativos, em busca da superação do paradigma tradicional de reprodução do sentido. E, assim, diante da diversidade temática na obra de Warat, mas seguramente considerando-se todas as referências acima feitas, podemos observar que os trabalhos aqui apresentados sobre a obra de Warat traduzem, de maneira muito competente, que a obra desse grande pesquisador está mais viva do que nunca.

Passando-se aos trabalhos apresentados, inicia-se com o texto: UM OLHAR PARA A CIÊNCIA JURÍDICA: DA PUREZA DE HANS KELSEN À CARNAVALIZAÇÃO DE LUÍS ALBERTO WARAT, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Bruno Heringer Junior, que analisaram o modelo de ciência construído por Hans Kelsen, constatando que, este, é o paradigma da ciência jurídica moderna. Nesse sentido, o texto analisou o termo desconstrução na obra de Luís Alberto Warat. Tal terminologia, no entanto, foi utilizada no sentido de questionamento crítico a respeito de alguns aspectos das ideias kelsenianas (seu modelo de ciência) e dos discursos tradicionalmente instituídos no que concerne à construção da ciência do Direito. O método de abordagem foi o crítico-dialético e a técnica de pesquisa, bibliográfica. O texto seguinte intitulado DIREITO AO CONFLITO, DIREITO À TERNURA: A MEDIAÇÃO COMO POSSIBILIDADE AFETIVA NO DIREITO de autoria de Simone Schuck da Silva, abordou temas importantes, a partir da obra de Luis Alberto Warat, quem ressignificou o sentido de conflito para o direito e identificou o papel do amor e da ternura nas relações humanas, alocando na mediação sua possibilidade de concretização jurídica. Considerando o projeto de modernidade, a centralização no indivíduo e o

imediatismo, o trabalho pretendeu analisar a possibilidade do Direito, como espaço público do conflito, ainda oferecer uma resposta afetiva e cidadã para as situações conflitivas, de desamor, insurgentes nas relações humanas. Ana Flavia Costa Eccard e Leonardo Rabelo de Matos Silva abordaram o texto O SURREALISMO JURÍDICO COMO MÉTODO PARA O ENSINO JURÍDICO À LUZ DE WARAT, apresentando uma reflexão interessada do pensamento de Luis Alberto Warat sobre a égide do ensino jurídico; tratando-se de uma releitura da obra A Ciência Jurídica e seus dois maridos, onde aborda o imaginário carnavalizado. Essa proposta nasceu, motivada, pelos conceitos e pelas desconstruções cunhadas pelo autor em epígrafe. Enfocou-se na análise da dogmática jurídica, a partir de uma ideia de desconstrução, que se dá no entrelaçamento entre Direito e Arte, perpassando pelo amor, tendo ainda como método o surrealismo jurídico. Essa didática libertadora é conduzida por uma concepção diferenciada entre razão e emoção. De autoria dos articulistas Alexandre Ronaldo da Maia de Farias, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna POR UMA ERÓTICA JURÍDICA, articulou-se direito e sentimento e suas manifestações para a formação do jurista contemporâneo. Esse tema sempre foi desprestigiado pelo Direito, pois seus operadores ao elaborarem os conceitos de interpretação das leis, esqueceram-se dos elementos que caracterizam a dimensão sensorial do humano. Consideraram que uma abordagem do fenômeno jurídico não implica necessariamente o desprezo pela condição humana. Apesar de se reconhecer a dogmaticidade do direito, é importante não só o texto, mas o contexto, o interlocutor, sua forma de vida e seus sentimentos. Ao fim, trouxeram a noção de poeta-juiz: julgador mais sensível e humano, predicados importantes na atualidade. Com o texto SOBRE "SENSO COMUM TEÓRICO" E RACISMO: A INTEGRAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO NA SOCIEDADE DE CLASSES BRASILEIRA, Bruno Gadelha Xavier investigaram acerca de uma hipótese norteadora: seria possível um esboço sobre “Teoria sobre a Constituição” a partir da sociologia de Florestan Fernandes, bem como da crítica ao Direito de Luiz Alberto Warat. Optou-se por uma problemática que levou em consideração pontos de contribuição específicos do autor, em especial sua visão sobre a questão do racismo. Assim, a partir da escolha de determinados textos e trechos de obras do autor almejou-se, com base em uma metodologia bibliográfica, a concretização de uma leitura constitucional que tivesse um prisma materialista-dialético adequado ao aspecto da realidade brasileira.

Percebe-se assim, pelos excelentes textos apresentados, é possível se construir as condições de possibilidade para que ocorra uma prática democrática reconhecedora da legitimidade do conflito em sociedade, sendo necessário que pensar para além dos governantes, já que necessitamos de operadores jurídicos e intérpretes partícipes de uma sociedade pluriétnica e plural, questionante e desmistificadora dos eufemismos, de onde emerge o mito de um dever seruniformizado como virtualidade permanente, incapaz de acolher a fragmentação, a

polifonia dos costumes, das crenças e dos desejos que fazem as experiências do mundo multicultural. Para encerrar esta apresentação, não poderíamos deixar de cumprimentar ao Conpedi pela manutenção desse espaço avançado de pesquisa acadêmica; a URI da Santo Ângelo, que cedeu o nome de sua "Cátedra Luis Alberto Warat", para fomentar no mundo acadêmico, os postulados desse pensador que esteve a frente dos tempos vividos. Aos autores e pesquisadores que aqui trouxeram os seus trabalhos, pela excelente qualidade dos mesmos, desejando-lhes que continuem aprofundando ainda mais suas pesquisas nessa área.

Prof. Dr. João Martins Bertaso - URI-RS

Profa. Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger - FURG-RS; FMP-RS

POR UMA ERÓTICA JURÍDICA

IN DEFENSE OF A EROTIC LEGAL

Alexandre Ronaldo da Maia de Farias [1]
Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna [2]

Resumo

O estudo articula direito e sentimento e suas manifestações para a formação do jurista contemporâneo. Esse tema sempre foi desprestigiado pelo Direito, pois seus operadores ao elaborarem os conceitos de interpretação das leis, esqueceram-se dos elementos que caracterizam a dimensão sensorial do humano. Consideramos que uma abordagem do fenômeno jurídico não implica necessariamente o desprezo pela condição humana. Apesar de se reconhecer a dogmaticidade do direito, é importante não só o texto, mas o contexto, o interlocutor, sua forma de vida e seus sentimentos. Ao fim, traremos a noção de poeta-juiz: julgador mais sensível e humano, predicados importantes na atualidade.

Palavras-chave: Sentimento, Direito, Erótica jurídica, Susan sontag, Poeta-juiz

Abstract/Resumen/Résumé

The study articulates law and feelings and their manifestations in the formation of contemporary jurist. This theme has always been discredited by the law, because their operators to develop the concepts of interpretation of the laws, they have forgotten the elements that characterize the sensory dimension of the human. We believe that an approach to the legal phenomenon does not necessarily imply contempt for the human condition. While acknowledging the dogmaticity of law is important not only text, but the context, the speaker, their way of life and their feelings. At the end, we will bring the notion of poet-judge.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Feeling, Law, Erotic legal, Susan sontag, Poet-judge

---

[1] Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Professor Adjunto 1 e Membro do corpo docente do Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE).

[2] Advogada, professora de cursos de Graduação em Direito, doutoranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE).

INTRODUÇÃO

O pensamento moderno e, particularmente, o pensamento jurídico, ao longo de sua história privilegiou a razão em detrimento dos sentimentos. Isso se explica porque a razão sempre esteve calcada na invariabilidade, eternidade e origem divina, enquanto os sentimentos foram retratados como manifestações de caráter inconstante e enganoso.

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. Com efeito, 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 dos sentimentos na constituição dos ordenamentos normativos, nem, tampouco, levar em conta a influência de experiências sensoriais nos processos de tomada de decisão jurídica.

Os operadores 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.

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

No entanto, esta 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 em uma nova vocação para o direito: **concorrer para o desenvolvimento (florescimento) do indivíduo**. Este 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.

Desse modo, ao trazer a contribuição dos sentimentos para a esfera do direito, tem-se o entrelaçamento do ser e do dever ser, do *lógos* e do *pathos* jurídicos, da norma e da vida. Embora na mitologia grega não haja referências ao relacionamento das divindades Thêmis (deusa da Justiça) e Eros (deus do Amor), no âmbito do direito, **Thêmis**, representando a dogmática jurídica, a esfera da legalidade e da normatividade do direito, e **Eros**, símbolo da afetividade, do entusiasmo febril, da ternura não cronometrada, encontram-se indissociavelmente unidos.

Nesse viés, o trabalho procurou 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 inescapável dogmaticidade 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 seus sentimentos. **Com efeito, este estudo pretende interrogar a articulação do direito e dos sentimentos na contemporaneidade, suas consequências e suas manifestações, para a formação do juiz do século XXI.** 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? Em outras palavras, o universo do direito deve ser pensado apenas a partir de uma perspectiva racionalista (kantiana) ou devemos também reconhecer a dimensão emocional (nietzscheana) de sua composição?

O direito, produto da práxis, tem todo o seu processo de produção informado por sentimentos, valores, crenças, preconceitos, ideias e interesses. Com isso, propõe-se 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.

Trata-se de uma pesquisa teórica baseada na análise de textos (livros e artigos) sobre o tema em apreço. Foram utilizadas nessa pesquisa as fontes bibliográficas disponíveis no país e no exterior acerca da discussão que envolve a relação entre Direito e Sensibilidade.

1. O LÓCUS DO SENTIMENTO NO DIREITO

As pesquisas acerca dos sentimentos têm uma rica e variada história. Um número considerável de pensadores, como Aristóteles, São Tomás de Aquino, Descartes e Hume escreveram sobre seus efeito no pensamento e no comportamento humanos, e seus trabalhos empíricos remontam mais de cem anos. Na verdade, a investigação sobre os sentimentos tem sido um componente central da sociologia, da filosofia moral e da psicologia, e está cada vez mais integrada em outras subespecialidades dessa área, tais como a psicologia cognitiva e fisiológica. Muitos estudiosos, inclusive, se preocuparam em distinguir os vários tipos de respostas afetivas, como **emoção**, **temperamento** e **afeto**. Segundo eles, estas classificações são importantes e têm implicações teóricas e metodológicas distintas.

Pesquisadores, 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 lembrado (BORNSTEIN et al., 2010, p. 1-2).

No entanto, apesar da considerável variação no que os estudiosos definem como diferentes estados emocionais, nesta pesquisa vamos tomar a noção de sentimento em sua acepção geral, como: sensação, sensibilidade, conhecimento dos elementos afetivos e intuitivos, impressão, instinto, opinião que se funda sobre uma apreciação subjetiva e não sobre um raciocínio lógico.

Para um bom número de pessoas, o direito e os sentimentos são antinômicos. A justiça é frequentemente percebida como fria, implacável e cega, bem distante das tormentosas paixões humanas e o direito serve para cristalizar os sentimentos humanos no ordenamento social, restringindo-os e, às vezes, aniquilando-os. Carlos Maximiliano (1988, p. 103), 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 políticas. (grifo nosso)

O direito aparece, frequentemente, como a última defesa contra as paixões humanas. A proteção do pródigo contra os ímpetos que levam à dilapidação de seus bens ou a defesa da família 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.

No entanto, 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: o ato final de um processo jurídico ocorre mediante a 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.

Tal preocupação pelos pilares e nuances sensoriais do Direito relevantes não é um tema exatamente novo. É preciso recordar 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*" (BARRETO, 2001, p. 38).

Em "A Ciência Jurídica e seus Dois Maridos", o jus filósofo argentino Luís Alberto Warat (1985), propõe a volta ao mundo de Dona Flor, famosa personagem de Jorge Amado, como 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 Themis, vivida por Flor com o legalista Teodoro.

É ainda Warat que, rompendo com o que ele chama de maniqueismo juridicista, propõe juntar o direito à poesia: "*o sonho poético faz do sentimento uma revolução e dessa forma subverte a tolice-vital, essa evasão da vida que a arte deve expurgar*" (Warat, 1988, p. 15). Dessa junção parece nos falar também Alberto Caieiro, um dos heterônimos do poeta português Fernando Pessoa (1976, p. 146), nos versos de "O Guardador de Rebanhos":

> IX
> 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 sentido.

Filósofos, juristas, romancistas e sociólogos abordaram desde a antiguidade essa intrínseca afinidade entre o direito e a afetividade. Aristóteles, filósofo grego do século IV a.C., expôs na "Política" (1985, I, 1253b), 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 especifica 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.

Cesare Beccaria, em "Dos Delitos e das Penas" (ed. digital, p. 25), sustentou 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*".

Barbey d'Aurevilly (2001), 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" (2009, p. 42-43), 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 júris; 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" (2008).

Émile Durkheim (2007, p. 68-69) 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 refratários.

John Rawls, em "Uma teoria da justiça" (2003), explica que os sentimentos morais são os elementos motivadores dos comportamentos humanos e da coesão social.

No entanto, a inserção na filosofia jurídica de algumas posições irracionalistas (PETRONE, 1928, p. 108 e ss. apud VERDÚ, 2004, p. 3), seguindo os caminhos de Nietzsche, Bergson e outros, foi praticamente ilustrativa, ainda que tenha servido para sublinhar as inconsequências da dogmática jurídica conceitualista.

2. A TUTELA JURÍDICA AO SENTIMENTO

Na teoria jurídica, o papel dos sentimentos usualmente é desprivilegiado. No entanto, ao refletir sobre o lugar deles no direito, observa-se a importância da matéria, uma vez que é possível identificar elementos dessa intersecção em quase todas as subdivisões das matérias jurídicas.

No **direito constitucional**, os sentimentos são tutelados quando o ordenamento jurídico rechaça o discurso do ódio, o bullying, o racismo, a homofobia, a xenofobia. A 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, 2012, b, p. 264).

No **direito de família**, os sentimentos estão presentes de forma abundante nos temas referentes aos processos de adoção, alienação parental, uniões estáveis, reconhecimento de famílias homoafetivas. Aqui, o direito figura como o prolongamento das paixões humanas. Em especial, das paixões amorosas, quando disciplina o casamento e elenca os deveres dos cônjuges para a sua manutenção: fidelidade, vida em comum, mútua assistência, sustento dos filhos e respeito (art. 1.566, do Código Civil). Atualmente, é possível, inclusive,

responsabilizar civilmente o pai que abandona afetivamente sua prole, o cônjuge infiel que provoca dano emocional no consorte ou noivo que desfaz o matrimônio no altar.

Ademais, no âmbito **penal**, 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 os sentimentos.

Quanto à sanção, não se pode esquecer que quando o réu é tomado por uma 'violenta emoção' sua pena será atenuada (art. 65, III, "c" do CP). Em outras palavras, quando uma pessoa mata outra enquanto está com raiva geralmente é culpada por um crime menos grave do que quando alguém mata na calma, durante um estado de ânimo sem exaltação.

Além disso, os critérios de dosimetria e fixação da pena são subjetivos, não estando imunes aos sentimentos (art. 59 do CP) do juiz e da sociedade. No **processo penal**, também é possível reconhecer sentimentos bastante heterogêneos em seus atores (cf. SAUTEL, 2014, p. 2):

Sentimentos do acusado	O ciúme, a ira, a ambição, a cobiça, a ganância
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

Percebe-se, assim, que o direito é mais uma questão de sentimento do que de racionalidade; entretanto, ele foi concebido para julgar esse fenômeno emocional de 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 contemporâneo (VERDÚ, 2004, p. 1).

No entanto, 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. Juízes são seres humanos que sentem emoções e expressam-nas continuamente. Ora os juízes expressam os sentimentos do autor ou do réu, ora os próprios sentimentos ou da sociedade. Todavia, a diferença entre os sentimentos que o juiz sente e aqueles que atribui à sociedade pode ser difícil estabelecer, pois o fato de exprimir o sentimento coletivo permite ao juiz garantir uma melhor aparência de imparcialidade.

4. A *'ERÓTICA'* JURÍDICA

Uma opinião *a priori* nos conduz a olhar o direito como um instrumento radicalmente estranho ao universo dos sentimentos. 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.

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 orientem 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 categórico: 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, cuja filosofia vitalista de Nietzsche, recepcionada mais tarde por Foucault, denunciou o idealismo e a abstração.

Contra esta representação da racionalidade jurídica frequentemente veiculada, é preciso trazer à tona alguns argumentos de apoio à tese inversa que toma o direito como o puro reflexo de nossos sentimentos. Se levássemos para o campo da arte, 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 (1987, p. 23):

> 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.

O cenário sociocultural traçado por Sontag é bastante similar ao atual panorama jurídico, marcado pelo excesso de normatividade, pela abundância de litigiosidades, pela tecnicidade fria e pelo formalismo estéril. Nesse sentido, é preciso recuperar o caminho provocador dos sentidos e do sentimento no Direito. Esta seria a representação da ***Erótica Jurídica***, e 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.

A noção que poderia se instalar rapidamente quando se evoca a ***Erótica Jurídica*** e as relações entre direito e sentimentos seria a de um direito repleto de irracionalidades. 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 é o direito positivo, tornando a confecção de leis uma tarefa racional, científica, desprovida de toda contaminação pelos valores e pela moral.

A conceitualização, 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 plausível perspectiva de **mediação** entre os extremos que estão sendo colocados.

Se fosse possível traduzir em imagem essa concepção de Erótica Jurídica, seria o emblema de página abaixo, de 1663, da edição de Schola Cordis, de Benedictus van Haeften. A imagem mostra a tábua da lei, símbolo do Direito, e o coração, representando o Sentimento, equilibrados na balança da justiça. Assim, o que importa para o operador jurídico é transitar pelo instigante e necessário caminho do meio (*virtus in medium*).

Em linguagem simbólica, sabe-se que um barco no cais está seguro; mas ele não foi feito para o cais. O lidador do direito não deve atracar tão somente no cais da **justiça objetiva**, nem navegar exclusivamente no oceano do caso concreto, pois muitas vezes o cais do porto, apesar de seguro, apenas contem 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, em "O Humanismo Como Categoria Constitucional" (2012, p. 60) afirma:

> (...) 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 partes.

É preciso, portanto, realizar uma adequada **ponderação** da normatividade e do sentimento jurídicos, equidistantes do racionalismo e do romantismo em todas as suas exteriorizações.

O **direito une-se ao sentimento** para afastar-se da abstração e das teorizações a priori, priorizando a experiência, a equidade e o bom senso, através da análise de cada caso concreto, representando a possibilidade de superação do dualismo razão *x* emoção, integrando 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.

Em outras palavras, 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 a ser descoberta pela inteligência (mente, intelecto) e a justiça do caso concreto a ser intuída pelo sentimento (alma, coração). Ambas estão empenhadas a 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.

Assim, na sinérgica relação entre Direito e sentimento, o justo será alcançado através da plenitude de atuação do potencial **reflexivo** e **intuitivo** do seu lidador, como na famosa frase de Ortega y Gasset (1967, p. 52): "*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.

Frei Beto (2013, p. 44), no livro Aldeia do Silêncio, afirma que "não vemos apenas com os olhos do rosto; vemos também com os da mente e do coração", que possibilita enxergar o outro antes de si mesmo, de modo que para descortinar a justiça é preciso extirpar preconceitos, desconfianças, difamações e tabus.

O Direito precisa ter um ponto ***erótico***, sobre o qual fala Susan Sontag. Não tem como viver em Estado Democrático de Direito, sem romper com a estática de um direito, e passá-lo a interpretar, acompanhando as necessidades de uma sociedade complexa e mutante.

Os sentimentos ou ausência deles nas atividades humanas são fontes de dificuldades jurídicas. Eles 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 conjuntos 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.

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 reconhecer a dinâmica da razão e os sentimentos humanos.

5. CONCLUSÃO: POR UM NOVO MODELO DE JULGADOR, O POETA-JUIZ

Segundo um jurista latino-americano, 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 concretas (NANCLARES ARANGO, 2001, p. 14.).

Nesse sentido também, Walt Whitman (1819-1892), poeta e humanista americano do século XIX, descreve o poeta como um tipo de juiz, “o homem equilibrado”, cujo ideal de raciocínio repousa sobre uma tradição de pensamento que remonta a Aristóteles. Segundo ele, o julgamento deve ser contextualizado, como a expressão mais completa da racionalidade. O poeta-juiz há o olhar fixado sobre a equidade e a história.

Com efeito, é preciso sustentar a tese do equilíbrio. O raciocínio técnico-jurídico, o conhecimento do direito, o exame escrupuloso das provas apresentadas, as restrições

institucionais e os precedentes jurisprudenciais são limites necessários que o Juiz deve levar em consideração no ato de julgar, 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.

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.

Conclui-se, portanto, que para compreender os meios de se chegar ao reinado da justiça é preciso distanciar-se da crença que o texto normativo encerra o direito, pois isso levaria o juiz a sumir-se inteiramente 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 apelo à Erótica, aos sentimentos, bem como a utilização da arte (literatura, poesia, música) torna o operador do direito mais humano, sensível à realidade que lhe cerca e ao mundo tal como efetivamente deve ser.

Destarte, pensar no aprimoramento do juiz do terceiro milênio é pensar na interdisciplinaridade, cuja formação inclui, além do Direito, conhecimentos de Antropologia, Filosofia, Sociologia, História e Literatura. Com essa formação mais abrangente, espera-se do poeta-juiz uma nova visão de mundo, tornando-o mais sensível, mais humano, predicados extremamente importantes para o fornecimento de uma solução jurisdicional mais eficaz frente aos novos tempos.

6. REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

BORNSTEIN, Brian H.; WIENER, Richard, L. Emotion and Law: a field whose time has come. In: BORNSTEIN, Brian H.; WIENER, Richard, L. (eds). **Emotin and Law: psychological perspectives**. Vol. 56. Nova Iorque: Springer, 2010.

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.

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.

BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo Como Categoria Constitucional. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte, 2012.

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

JHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2009.

_____. **Sobre el Nacimiento del Sentimiento Jurídico**. Madrid: Trotta, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, 10 ed., Forense, 1988.

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

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

PESSOA, Fernando. **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/ Último acesso em 11 mai. 2016.

PETRONE, Igino. **La última fase de la filosofia del derecho en Alemania**. Trad. Cristóbal de Reyna. Madrid: Saturnino Calleja Fernández, 1928.

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

SAUTEL, Oliver. **Le droit répressif, un droit sans sentiments?** Disponível em http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00755911 . Último acesso em 11 set. 2014.

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

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.

_____. **Manifesto do Surrealismo Jurídico**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.