

The tendency of the law is to express sentiments of sympathy, or, at least, of sympathetic indifference, and the desire to live in peace and harmony with one's neighbor.

Pierre Tourtoulon

1. Introdução: interpretar é preciso, viver não é preciso

Fernando Pessoa dizia que “navegar é preciso, viver não é preciso”. Ao mesmo tempo em que lançava uma sentença sobre a condição do homem, dialogava ricamente com a tradição histórica dos portugueses na exploração dos mares. No entanto, a interpretação que se deve dar a essa frase, nitidamente ambígua, é controvertida, pois o adjetivo “preciso” se refere tanto à exatidão, como à necessidade.

No primeiro sentido, estabelece-se a comparação entre o “viver” e o “navegar”, mas com um fator de confronto: a necessidade. Aqui, afirma-se que o necessário é navegar, e não viver. No segundo sentido, o poeta aponta para outro fator decorrente do confronto entre o “viver” e o “navegar”; enquanto a “navegação” é exata, precisa, já que o navegador pode valer-se da segurança da ciência da navegação, com mapas, bússolas, constelações etc., o viver, porém, seria impreciso, inexato, sem que se pudesse falar de técnicas ou métodos preestabelecidos, que lhe pudessem orientar.

Ficamos com o segundo sentido, pois a visão tradicional da interpretação jurídica é semelhante à ciência da navegação para o poeta português: precisa, exata, repleta de fórmulas, técnicas e princípios para orientar o intérprete no bom uso da razão jurídica. Ocorre que a vida, universo dos valores, da moral, é imprecisa. Às vezes, aquele que decide reconhece um conflito insolúvel de valores. Outras vezes, percebe que um ou mais valores não se aplicam àquele caso preciso. Às vezes, prende-se mais às características gerais da situação e, em outras, àquilo que é único e novo. Como decidir quando convém fazer tudo isso, mantendo uma visão equilibrada do bem e do justo? Quando podemos estar seguros para improvisar o direito adequadamente, aplicando a justa medida de ponderação e flexibilidade?

A resposta a essa questão abrange uma outra dimensão: a prioridade do particular na boa deliberação. A solução se constrói através de um meio termo, de uma justa medida e da ponderação adequada que vem da percepção. O navegador experiente sente quando é preciso seguir o manual ou deixá-lo de lado. O bom direito, a regra correta, é simples no caso

particular: o jurista deve decidir como decidiria o navegador experiente. Não existe garantia, fórmula ou recurso seguro. E, portanto, essa ausência de fórmulas não significa que devemos nos remeter ao “*laissez-faire*”, não importando a decisão a ser tomada.

Em linguagem simbólica, sabe-se que um barco no cais está seguro; mas ele não foi feito para o porto. Existem inúmeras maneiras de naufragar uma embarcação no fundo do oceano durante a tempestade, e muito poucas para levá-la ao porto seguro. Por isso, o juiz não deve atracar tão somente no cais da justiça objetiva (universo da norma), nem navegar exclusivamente no oceano do caso concreto (cenário das emoções), pois muitas vezes o cais do porto, apesar de seguro, apenas contém a primeira metade do direito; situação em que a outra metade só pode ser encontrada nas ondulações do mar aberto. Nesse sentido, o Ministro Carlos Ayres Britto afirma que:

entre o texto legislado e a decisão judicial navega o sentido. Ali, algo significante. Aqui, algo significado. Mas algo significado que pode ser o fruto de idas e vindas do intérprete entre o texto referente e o caso referido, se a relação entre ambos caracterizar-se por uma tão mútua quanto irresistível influência. É quando o dever-ser do Direito se concilia com o ser da vida e aí já não há descompasso entre justiça como formulação meramente objetiva e a justiça material do caso entre partes¹.

O direito ora se revela como justiça objetiva (dimensão pensada), ora se exterioriza como justiça do caso concreto (dimensão vivida, sensorial, contingente), porque as duas coisas são o que ele verdadeiramente é. A justiça objetiva ser descoberta pela inteligência (mente, intelecto) e a justiça do caso concreto a ser intuída pelo sentimento (alma, coração). Ambas estão empenhadas em alcançar um ponto de interseção que abandone a própria dualidade formada por elas originariamente, a fim de possibilitar a visão do justo por inteiro, como no poema de Ricardo Reis, um dos heterônimos de Fernando Pessoa (2016, p. 153):

Para ser grande, sê inteiro: nada
Teu exagera ou exclui.
Sê todo em cada coisa. Põe quanto és
No mínimo que fazes.
Assim em cada lago a lua toda
Brilha, porque alta vive.

É possível traçar um estreito paralelo entre a realidade de Ulisses, personagem de Homero, na Odisseia, o canto das sereias e a hermenêutica contemporânea (STRECK,

¹BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: [S.n], 2012, p. 60.

BARRETO; OLIVEIRA, 2009, p. 2). Ulisses, ao terminar a Guerra de Troia e retornar a Ítaca, sabia que passaria por todo tipo de obstáculos mar adentro, dentre os quais o arrebatador canto das sereias, símbolo da sedução a que o homem está submetido. No entanto, Ulisses ordenou aos seus marinheiros que o amarrassem ao mastro do barco, e que, em qualquer hipótese, não poderiam soltá-lo, independentemente de quaisquer ordens vindouras que ele próprio viesse a emitir em sentido oposto. A determinação era clara: ele só poderia vir a ser desatado quando tivessem concluído a passagem pela ilha de Capri. Nesse caso, Ulisses representa a ponderação necessária para o intérprete e aplicador do direito contemporâneo. Ao amarrar-se ao mastro do navio, recusando colocar cera em seus ouvidos, enquanto passava nos arredores da ilha, ele reconhece sua fragilidade e humanidade, e é isso que faz dele um forte. Quando Ulisses identifica sua vulnerabilidade, ele se articula e usa a inteligência para sobreviver, sem negar a escuta do encantador canto das sereias. Ou seja, o canto e as correntes são os pontos extremos do equidistante meio-termo necessário encontrado pelo Odisseu.

Pensar no aprimoramento do modelo do decisor (estatal ou não) do terceiro milênio é pensar na ponderação e na interdisciplinaridade, cuja formação inclui, além do direito, conhecimentos de filosofia, sociologia, e, sobretudo, literatura. Com essa formação mais abrangente, espera-se dele uma nova visão de mundo, que o torne mais sensível, mais humano, predicados extremamente importantes para o fornecimento de uma solução jurisdicional mais eficaz frente aos novos tempos. Tal modelo de julgador deve assegurar sua sensibilidade e profundidade emocional, bem como sua competência intelectual.

É preciso acrescentar, ainda, que a alternativa para o sistema jurídico não está entre a visão racionalista, de um lado, e o puro sentimentalismo desprovido de ciência, de outro. Como constatamos, as emoções contribuem para o direito e o jurista deve levar a sério que a ideia de uma teoria mais sofisticada da pessoa poderia lhe fornecer melhores prognósticos. Além disso, o direito não pode ser rival da arte, porque esta oferece, aos seus destinatários, uma norma ética e cultiva as emoções ligadas a esta norma.

Enfim, o direito, em sua dimensão prática, dever seguir a intuição de Hume segundo a qual a razão sem a emoção não pode levar à ação e aos julgamentos. Enfim, afirmar que as paixões conduzem à parcialidade e à injustiça constitui um grave problema para o direito. Mas se a razão e a emoção permanecerem duas entidades separadas, incapazes de cooperar, cada uma procurando exercer sua dominação sobre a outra, dificilmente escaparemos desse abismo.

2. A verdade jurídica: por uma definição mais realista, entre sentimento e razão

A questão da verdade em direito é, sem dúvida, o problema filosófico mais difícil enfrentado pela teoria da interpretação. A discussão sobre a verdade se concentra sobre o sentido do direito: se existe ou não um verdadeiro sentido em direito. Tradicionalmente, a definição da verdade e do erro jurídicos repousou sobre a correspondência (ou não-correspondência) entre um sentido dado e uma realidade apresentada como exterior à consciência do intérprete. Tal relação é chamada de “intenção legislativa”, “vontade do legislador”, “intenção do Parlamento” etc. Uma interpretação só é dita verdadeira se ela reflete essa intenção. A esta intenção, a este pensamento, corresponde o “sentido verdadeiro” do texto que o leitor deve trazer à luz.

Tal concepção da verdade, ainda em curso em nosso direito, postula, em suma, a imanência do sentido, sua singularidade, sua imutabilidade e a insensibilidade aos fatos sociais. Interpretar a lei não cria sentido, ela consiste em tentar exprimir alguma coisa que já está lá, limitando-se a anunciar o sentido, desvelá-lo, proclamá-lo. O julgamento, em matéria de interpretação, é declarativo e não constitutivo.

São algumas características que contribuem para fundamentar essa teoria oficial da interpretação:

- O sentido de verdade está relacionado exclusivamente ao **pensamento do legislador**, independentemente do destinatário do texto, a quem qualquer aporte à elaboração do sentido do texto é rejeitado;
- O sentido de verdade é **uno**, de modo que não pode existir, para um mesmo texto, vários sentidos verdadeiros, pois não podem existir várias intenções do legislador para um único e mesmo texto;
- O sentido de verdade é **imutável**, pois reflete o pensamento do legislador, confinado no texto, em um momento preciso. Este pensamento não pode ser modificado sem uma nova intervenção legislativa;
- O sentido de verdade é estabelecido em **abstrato**, através do estudo do texto em seu contexto, independentemente dos fatos aos quais o texto deva ser aplicado ou às consequências dessa aplicação.

Por conseguinte, na atual teoria da interpretação, o “erro de interpretação” é definido em relação a um padrão (*standard*) de medida que assegura a objetividade e traduz a exata

correspondência à intenção do legislador, de maneira que todas as outras interpretações do texto são consideradas falsas, errôneas e, portanto, inadmissíveis.

Uma das principais aquisições da filosofia contemporânea, todavia, foi a tomada de consciência da relatividade de nossa comunicação com o mundo². Assim, é possível existirem vários sentidos possíveis e razoáveis; e o intérprete escolhe um dentre esses múltiplos sentidos. O sentido, então, ressalta o poder do intérprete. E, porque ele depende do intérprete, é relativo. Com efeito, a concepção de verdade como correspondência entre fatos (sejam eles sensíveis ou psíquicos) e aquilo que é pensado ou dito ao sujeito passou a ser visto como ultrapassada. Desse modo, segundo a concepção atual da verdade, não haveria, no mundo, um fato psíquico (tal qual uma intenção legislativa) que pudesse ser apreendido objetivamente, pois nossa compreensão do mundo é sempre mediatizada, seja por nossos **sentidos**, por nosso **aparelho de compreensão** das realidades psíquicas ou pelo **contexto** em que experimentamos a realidade.

Nossa relação com o mundo sensível é, portanto, **relativa**; assim como é nossa apreensão das coisas que pertencem ao mundo das realidades inteligíveis. Desse modo, quando dois juristas discutem o sentido de um texto entendido como a expressão da vontade legislativa, eles não discutem a realidade psíquica (a da “verdadeira intenção” do legislador) que enfrentam objetivamente, mas a compreensão mitigada que cada um tem dessa realidade. Uma afirmação é verdadeira se ela corresponde a um fato empiricamente observável no mundo exterior. Porém, como não existe nada “observável” em direito, apenas regras em abstrato, cujo sentido é construído por interpretação, não pode existir verdade possível ou sentido de verdade. Não há correspondência possível entre o direito (que não pode ser concebido como um fato exterior) e o julgamento que o interpreta (ou seja, que o constrói, que o descreve).

i. A passagem à intersubjetividade

A verdade jurídica não pode ser definida como uma exata correspondência com o mundo, isto é, como *adequatio rei et intellectus*, mas como uma expressão de uma relação equilibrada entre aquilo que dizemos do mundo e aquilo que diria um terceiro. Segundo Paul Amselek,

²AMSELEK, Paul. **La question de la vérité aujourd’hui**. Disponível em: <paul-amselek.com/textes/question_verite.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017, p. 2.

a verdade deve ser concebida de agora em diante como a correspondência entre a representação gerada em minha consciência quando em contato com o mundo, e a representação suscetível de se revelar na consciência de qualquer outro ser pertencente à espécie humana, e normalmente dotado do mesmo tipo de aparelho físico e mental³.

Esse critério de verdade seria, assim, a procura da experiência pelo outro. Tal noção, como aquilo que seria apreendido por qualquer outro sujeito, implica, portanto, uma passagem do domínio da objetividade àquele da intersubjetividade. E, nesse caso, não podemos ignorar, de maneira realista, as contribuições do intérprete e do destinatário para a elaboração do sentido do texto. O direito não está nem nas coisas, nem nos espíritos; ele está entre os sujeitos. Assim, o postulado da singularidade não resiste a essa análise, pois a experiência do direito nos ensina que as contingências da vida, as circunstâncias imponderáveis, não conduzem a um sentido único que possa ser chamado de “a boa interpretação”. Do mesmo modo, a noção de imutabilidade do sentido, tomada como indiferença aos fatos, é, igualmente refutada pela experiência.

Ademais, a atividade legislativa não produz sentido ou regras de direito, mas unicamente textos⁴. Não existe um “algo lá” infiltrado nas palavras proferidas pelo legislador, um sentido “já” impregnado. A solução se constrói através de um meio-termo, de uma justa medida ou da ponderação adequada que só a percepção e a sensibilidade podem nos oferecer. O direito ou a regra jurídica só podem aparecer através de um processo que constrói o sentido, a partir do texto, chamado de interpretação. Na verdade, isso caracteriza a interpretação como oposição ao ato legislativo. Ou, como diz o jurista Pierre-André Côté, “o direito não habita nos textos”⁵, mas reside efetivamente na mente daquele que tem o poder de interpretar, de dar vida ao texto. Por isso, a definição tradicional de “erro de interpretação” que leva em consideração o “sentido de verdade” é pouco convincente.

ii. A criação sujeita à restrição

³“La vérité doit être conçue désormais comme la correspondance entre la représentation générée dans ma conscience au contact du monde et la représentation susceptible de se révéler dans toute conscience, chez tout autre être appartenant à l’espèce humaine et normalement pourvu du même type d’appareillage physique et mental.” (AMSELEK, Paul. **La question de la vérité aujourd’hui** . Disponível em: paul-amselek.com/textes/question_verite.pdf . Último acesso em 25 de setembro de 2017, p. 4).

⁴Ver o que Bjarne Melkevik fala sobre isso em *Dejà Droit!*

⁵CÔTÉ, Pierre-André. L’empereur est nu... et le juge? In: BENYEKHFLEF, 2009, p. 169-185, p. 176.

Uma definição mais “realista” de verdade é enfrentada de maneira empírica, segundo o movimento de pensamento chamado Realismo⁶ Escandinavo que tem, como um dos principais representantes, Karl Olivecrona⁷. Esta escola se opõe ao idealismo kantiano e a toda metafísica, defendendo o retorno ao real e concedendo grande espaço aos dados psico-sociológicos. Ela considera que apenas o que é real pode ser objeto de conhecimento, e que só o que pode ser objeto de conhecimento pode constituir um objeto de observação científica⁸.

Nesse contexto, o sentido de um texto não pode ser procurado simplesmente no espírito do autor, deve substituir essa concepção tradicional. Uma definição mais realista considera que o sentido de um texto resulta de sua interpretação. A atribuição de sentido pelo intérprete se desenvolve, portanto, em um contexto social, mas o jurista que interpreta não está totalmente livre para conferir qualquer sentido ao texto, pois o processo interpretativo é dinâmico e condicionado pelas convenções às quais aderem os membros da comunidade jurídica. São essas convenções que definem os objetivos que devem perseguir aqueles que dão sentido a um texto, bem como os fatores e os argumentos que o intérprete deve considerar.

Nessa perspectiva, é preciso abandonar as ideias segundo as quais a definição da verdade em matéria de interpretação deve estar ligada ao pensamento do autor e que, para cada texto, há apenas um sentido verdadeiro e uma infinidade de sentidos errôneos. Aqui, não se trata de questionar se a interpretação é verdadeira, ou se o intérprete reteve a interpretação que reproduz o pensamento do autor e corresponde ao sentido verdadeiro do texto. Ao contrário, é preciso verificar se a interpretação é válida (ou seja, se ela está balizada segundo as convenções prescritas e aceitas pela comunidade jurídica) e se o intérprete fez um uso legítimo do poder que lhe foi atribuído para dar sentido ao texto. Em outras palavras, trata-se de questionar em que medida uma interpretação pode ser, mais ou menos, justificada, aceitável, sustentada, defendida, pleiteada, ou, em uma palavra, razoável.

Entendemos que a verdade como “intenção do legislador” é uma noção indispensável para simbolizar a soberania do parlamento e para considerar a influência do legislador sobre o sentido que o intérprete deve atribuir a um texto. No entanto, uma análise do fenômeno da interpretação jurídica centrada, exclusivamente, sobre o pensamento do autor é

⁶As fronteiras das correntes realistas escandinava e americana são extremamente flexíveis. Apesar de ambas terem surgido no século XX e possuírem um referencial comum, a distinção que singulariza o realismo escandinavo em relação ao realismo americano é sensível: este tem por objetivo a utilidade, aquele visa à cognição. (cf. MILLARD, **Éric**. **Réalisme scandinave, réalisme américain: un essai de caractérisation**. **Revus**, v.24, 2014, p. 81-97.)

⁷OLIVECRONA, Karl. **De la loi et de l'État**: une contribution de l'école scandinave à théorie réaliste du droit. Trad. Patricia Blanc-Gonnet Jonason. Paris: Dalloz, 2011.

⁸STRÖMHOLM, Stig; VOGEL, Hans-Heinrich. **Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 28 e ss.

empobrecedora, pois ela não considera a riqueza da realidade, nem os aportes do destinatário e do intérprete do texto.

Ademais, mesmo considerada como legítima, a noção de “intenção legislativa” torna-se problemática quando sua busca se apresenta como o único objetivo de interpretação pelo juiz. No domínio da motivação das decisões judiciais, constata-se que a concepção declaratória não possui efeitos favoráveis. É preciso reconhecer que a insistência que ela emprega na procura da intenção legislativa tem uma importância fundamental, todavia, a focalização exclusiva sobre esse único objetivo não favorece uma interpretação de qualidade. Infelizmente, nem todos os juízes aprenderam a ler as entrelinhas e acabam se guiando apenas pela procura do sentido da lei, num processo meramente declaratório, que tem por efeito matar a imaginação⁹.

Enfim, tomar o sentido do texto como produto, ou ao menos como colaboração, entre os sentidos e os sentimentos do autor, do intérprete e do destinatário do texto é uma forma muito mais fecunda de conceber a interpretação jurídica. Desse modo, o intérprete, implicitamente, admite que sua busca por certeza, totalidade, permanência, segurança é, em parte, ilusória e, com isso, ele renuncia a se situar apenas no registro do texto, para se conciliar com o aleatório, o risco, a incompletude e o transitório. E, se o sentido do texto depende do leitor, este agirá com sua imaginação e fantasia, pois são elas que permitem resolver problemas.

3. Conclusão: interpretação, emoções e habilidades perceptivas do bom julgador

A cultura jurídica, em nome do valor da segurança, tem escolhido sistemas vinculados ao tecnicismo e procedimentalismo, imunizando-se contra os sentimentos: legítima é a decisão fria que se rende aos rituais e *standards*. O jurista, na maior parte do tempo, trabalha no modelo de “reconhecimento”, no qual busca enquadrar novas experiências em moldes pré-fixados. E, quanto mais bem sucedida for essa tarefa, mais céleres e bem fundamentadas serão as decisões, pois os sentimentos nas atividades humanas são fontes de dificuldades jurídicas.

Os sentimentos não são questões permanentes do direito, mas de sua aplicação ao caso concreto. Se nós considerarmos o direito como uma simples justaposição de regras técnicas ou um conjunto de procedimentos de atribuição de direitos subjetivos, postos pelo legislador e que o juiz e os cidadãos devem aplicar, então a questão dos sentimentos não vale nada.

⁹CÔTÉ, Pierre-André. L'empereur est nu... et le juge? In: BENYEKHLÉF, 2009, p. 169-185, p. 184 e 185.

Porém, se considerarmos que esta apresentação do direito, como uma simples técnica, não dá conta de sua realidade humana e plural, e que as sensações e os sentimentos estão na origem das mutações normativas, há lugar para a investigação das vantagens destas sensações.

É lugar comum dizer que, na atividade da percepção, a atenção recai sobre o aspecto privado e distinto do julgador que deve acolher cada nova situação com prudência. Enquanto as normas jurídicas podem ser aplicadas em uma comunidade inteira, a atividade interior da imaginação e da emoção, assim como o valor assinalado à capacidade de improvisação, são dificilmente exprimíveis. Isso nos conduz a pensar que esta concepção pode ser um modelo de escolha pessoal, sem grande utilidade na esfera pública.

No entanto, é preciso se chamar atenção ao fato que não existe uma fronteira clara entre o público e o privado na concepção moral aristotélica, afinal, a vida humana é uma vida “com” e “para” os outros¹⁰. Os atenienses não destinavam as expressões de amor, raiva ou tristeza apenas ao ambiente doméstico. Ao contrário, a esfera pública era entranhada em uma energia emocional e imaginativa que se associa, muitas vezes, à esfera privada. Do mesmo modo, a intimidade da casa era impregnada pelas preocupações públicas da polis. A norma de racionalidade política aristotélica estava fundada sobre a percepção sensível. A moralidade ateniense ressaltava as percepções concretas do indivíduo acima da mera obediência à regra, fazendo da política pública um evento de improvisação criadora. Assim, a vida política ateniense excedia em emoções! Ela é descrita como inovadora, audaciosa, móvel, e caracterizada por uma intensa atenção às particularidades do indivíduo.

Essa percepção aristotélica é, portanto, um modo de racionalidade pública. O bom julgador deve ser como o indivíduo ateniense: não um tecnocrata, mas um homem capaz de improvisar com a criatividade nutrida por suas emoções. Equidade e prudências são as suas próprias virtudes. Um juiz dotado de sabedoria prática, mais do que obedecer à norma de modo inflexível, deverá aplicá-la conforme seu próprio julgamento moral, após ter examinado a história e as circunstâncias do caso. Isso significa que a decisão deve obedecer a uma dupla programação: de um lado, ela deve se utilizar do equipamento jurídico-conceitual, para se inserir nas estruturas de um Estado democrático de Direito, como forma de garantir um exercício não arbitrário do poder. De outro, a decisão deve revelar a situação do sujeito ou do campo social no qual ela se insere, não apenas abstratamente, mas, sobretudo, nas situações concretas. Aqui, trata-se de uma adaptação dos instrumentos jurídicos às necessidades particulares. A implementação dessa dupla programação constitui toda dificuldade de julgar.

¹⁰NUSSBAUM, 2010, p. 150-152.

Com efeito, o diálogo entre a regra e a percepção, na moralidade aristotélica, possui uma estreita relação com os procedimentos de um bom juiz que, para avaliar uma situação concreta, deve mobilizar seu conhecimento da lei, a história dos precedentes, bem como suas convicções morais. O essencial é se confrontar com as complexidades dos particulares, estas são apreendidas nas histórias concretas e evoluem em função da jurisprudência. Nesse sentido, o Professor George Browne explica que cada caso concreto se insere num conjunto de circunstâncias específicas e, portanto, tem a sua própria história,

sua solução [do caso concreto] rejeita portanto modelos ortodoxos e sua análise varia em função de um maior domínio possível dos elementos que compõem a situação conjuntural, associado ao **esforço imaginativo** no sentido de encontrar soluções mais apropriadas e convenientes para cada caso. Os antecedentes são também muito importantes. O **somatório** de todas essas condições possibilita que se chegue a decisões mais realistas e razoáveis em boa parte dos casos, apesar de existirem os chamados “hard cases” no dizer de Dworkin. Entretanto, esses, não correspondem à maioria, e mesmo assim, devem ser enfrentados, a partir de algum nível de **remodelamento teórico**, o que supõe, maior **criatividade e inovação**. Acerca do inovar, caberia aqui, retomar o velho **paradigma aristotélico** segundo o qual, os ingredientes que compõem o ato de julgar e de procurar fazê-lo com justiça consistem em integrar e harmonizar essas duas dimensões extremamente nobres do ser humano essas virtudes superiores que são a Sophia e a Phronesis, ou seja, a sabedoria e a prudência¹¹.

Portanto, a prudência aristotélica, delimitada pelo trabalho da jurisprudência, é a virtude de adaptação às coisas contingentes. Ela é definida como uma disposição prática que se prova no próprio exercício; aqui, pelo “exercício da arte de julgar que não se reduz jamais à ciência da legislação”¹². Diferentemente da **sabedoria**, que distingue o bem do mal propriamente ditos, a **prudência** é sempre contextualizada; ela é exercida em cada situação concreta; é a arte de responder melhor ao contexto, assegurando a boa adequação dos meios aos fins perseguidos¹³.

Quanto às emoções, ainda que sua contribuição seja rejeitada em alguns domínios do direito, seu valor é inegável para orientar o raciocínio jurídico. Às vezes, esse argumento é invocado pelos relativistas que consideram que todo julgamento de direito é a expressão de uma “ideologia”. Eles se recusam a fazer uma distinção normativa entre poder e persuasão, e ceder espaço a uma compreensão substancial da objetividade no julgamento. Todavia, essa

¹¹REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método jurídico-pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, v. 1, n. 1, jul-dez. 2009, p. 21-57, p. 46.

¹²OST, François. **À quoi sert le Droit? Usages, fonctions, finalités**. Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 516.

¹³PAPAUX, Alain. **Introduction à la philosophie du “droit en situation”**: de la codification légaliste au droit prudentiel. Bruxelas-Paris-Genebra: Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2006, p. 58.

ideia tem sido sustentada por juristas, como o constitucionalista Paul Gewirtz, cujas visões se aproximam de Aristóteles. Eles defendem uma concepção substancial da sabedoria prática e ressaltam que uma resposta emocional, no curso de um julgamento sábio, não é uma marca de irracionalidade, mas de uma profunda e complexa racionalidade. Segundo Gewirtz, ainda que as paixões possam enganar o indivíduo, elas apresentam um valor em si mesmas e podem esclarecer a compreensão. Vejamos:

Não é a razão a única coisa de valor em um sistema jurídico. Inegavelmente, o objetivo de dar uma direção mais racional à vida humana é indispensável. Mas enquanto as emoções não racionais podem distorcer, enganar ou alardear incontrolavelmente, elas têm também um valor intrínseco e podem, igualmente, abrir, esclarecer, enriquecer a compreensão. **Os valores e conquistas de um sistema jurídico** – e de advogados, juízes e cidadãos envolvidos nele – **são moldados por aquilo que as emoções produzem.** [...] Essas observações sugerem uma importante conexão entre literatura e direito que é raramente explicitada. **A literatura faz suas reivindicações particulares em relação a nós, justamente, porque ela nutre tipos de compreensão humana que não são acessíveis apenas pela razão sozinha, mas que envolvem intuição e sentimento também.** Se, como a Oresteia sugere, o direito engaja-se com elementos não-rationais e exige formas mais largas de compreensão, a literatura pode desempenhar um importante papel na formação de um advogado. A inclusão das Fúrias no seio da ordem jurídica – uma inclusão que representa o laço da esfera emocional no direito – liga a literatura ela mesma ao direito e sublinha o lugar especial que a literatura pode ter no desenvolvimento do espírito jurídico para a sua completa riqueza e complexidade¹⁴.

A descrição de Gewirtz está relacionada à atividade do leitor envolvido nos textos literários; e as reflexões dele sobre a percepção e a emoção nos conduzem a reconhecer a particular importância que os sentimentos têm no florescimento do sistema jurídico. Na mesma linha, o professor Bjarne Melkevik diz que o direito é um produto cultural e que a literatura serve para alimentar nossas reflexões, pois ela é concebida como um “elemento de uma tópica”, isto é, como um trampolim¹⁵ a serviço da reflexão: ela permite compreender o lado humano que acompanha uma argumentação refletida e o sentido discursivo que se desenvolve a favor das considerações e dos posicionamentos intelectuais.

A possibilidade do direito não se faz jamais em um vácuo neutro, mas em um espaço público, um espaço de comunicação e de tomadas de posição no quais o acordo e o compromisso não constituem um apriori (teórico, abstrato ou positivo), porém, mais ainda, um a posteriori a fazer, a desfazer e a refazer¹⁶.

¹⁴GEWIRTZ, 1988, p. 1.050.

¹⁵MELKEVIK, 2010, p. 9-10.

¹⁶MELKEVIK, 2010, p. 10.

Isso mostra que um bom julgamento, portanto, deve ser concebido cada vez mais à maneira de Aristóteles: o juiz deve completar com seus sentimentos os espaços vazios decorrentes das generalidades da lei escrita, mobilizando recursos de uma personalidade rica e sensível. Ou seja, a prudência judicial passa não somente pelo discernimento da justa medida entre os dois extremos opostos, mas ela tem também o papel corretor da equidade.

É possível ilustrar essa problemática através de dois exemplos oferecidos pelo direito comparado, pois tanto o sistema jurídico brasileiro como o espanhol consagram disposições gerais a respeito da aplicação da equidade nas decisões judiciais, em material cível. Assim, o parágrafo único do artigo 140 do Código de Processo Civil Brasileiro vigente, à primeira vista, veda o emprego da equidade, ao estabelecer, de forma contundente que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”¹⁷. Em revanche, o artigo 3.2 do Código Civil Espanhol, de forma aparentemente contrastante com tal disposição, autoriza o emprego da equidade, ao dispor que “a equidade deverá ser ponderada na aplicação das normas; todavia as resoluções dos Tribunais somente poderão repousar de maneira exclusiva nela quando a lei o permitir expressamente”¹⁸.

Longe de violar a lei ao corrigi-la, o juiz a realiza, a põe em prática. Ao fazer justiça na singularidade do caso, ele tira da lei uma criação normativa que realiza suas potencialidades finais. E uma crítica a tal correção só seria aceitável se o universo da justiça fosse o mundo atemporal das idealizações platônicas, todavia, seu mundo é aquele do contingente irregular¹⁹.

Apesar da tradição jurídica ocidental ter suprimido essa ideia, desqualificando a casuística e compreendendo o direito como um traço geométrico, sob a categoria da *Regula Juris* (regra), é a metáfora da régua de chumbo maleável²⁰ usada pelos construtores da ilha de Lesbos que deve ser traduzida aqui como uma síntese admirável dos processos de adaptação da norma ao caso. Essas reflexões vêm para reforçar a ideia segundo a qual os elementos não-

¹⁷BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em 08 set.2017.

¹⁸“*La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita*”. (ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889. **Código Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>>. Acesso em: 08 set.2017.)

¹⁹OST, 2016, p. 517.

²⁰Por isso o equitativo é justo, superior a uma espécie de justiça — não justiça absoluta, mas ao erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. E essa é a natureza do equitativo: uma correção da lei quando ela é deficiente em razão da sua universalidade. E é esse mesmo o motivo por que nem todas as coisas são determinadas pela lei: em torno de algumas é impossível legislar, de modo que se faz necessário um decreto. Com efeito, quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbicas: a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos (ARISTÓTELES, 1991, 1137b30).

racionais, como as emoções, podem oferecer uma “inteligência” singular às decisões judiciais. O ideal de equidade aristotélica deve figurar, portanto, como modelo de julgamento, pois ainda que os procedimentos formais tenham um papel indispensável nos diferentes níveis do processo de tomada de decisão, o que deve ser exigido do juiz é uma forma diferente de raciocínio. Ou seja, é indispensável o conhecimento racional, porém, mais ainda é o desenvolvimento de uma imaginação vigorosa voltada para a realidade humana concreta.

Em outros termos, o chamamento das emoções e a utilização da equidade remetem o julgador não a um julgamento subjetivo, voluntarista, emotivista, mas a uma decisão objetivamente verificável, constituindo-se um exercício de prudência enquanto excelência do raciocínio prático²¹. Só assim uma teoria do direito pode ter condições de resolver, adequadamente, a permanente tensão entre o geral, a lei e a particularidade do caso, pois, quando a decisão judicial falha em dar aos seres humanos a sua humanidade plena e complexa, torna-se bem mais fácil vê-los sofrer atrocidades.

Aceitar a concepção aristotélica nos conduz ao reconhecimento do lugar central das emoções em nossa cultura jurídica. As demais técnicas de raciocínio são só instrumentos para encarnar e revelar, em um sentido completo, a vida humana e as condições de seus desdobramentos no espaço público. Logo, a tarefa do juiz é encontrar os meios precisos para exprimir toda a variedade, a desordem e a característica indefinida do complexo mundo humano, em decisões que não diminuam seu valor, nem generalizem seus mistérios. Essa é a tarefa própria dos artistas que, em uma sociedade fundada sobre a percepção, conseguem revelar, através da arte, o invisível, o indizível.

²¹ COHEN-KOPLIN, Klaus. Equidade e razão prática na decisão judicial: Algumas reflexões de teoria geral do direito e de história do pensamento jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS** – n. 28, 2011, p. 75-86, p. 84.

REFERÊNCIAS

- AMSELEK, Paul. **La question de la vérité aujourd'hui**. Disponível em: <paul-amselek.com/textes/question_verite.pdf>. Acesso em: 25 set. 2017.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W.D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- BRASIL. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/> . Acesso em 08 set.2017.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. 1. ed. 2. reimp. Belo Horizonte: [S.n], 2012.
- COHEN-KOPLIN, Klaus. Equidade e razão prática na decisão judicial: Algumas reflexões de teoria geral do direito e de história do pensamento jurídico. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS** – n. 28, 2011, p. 75-86.
- CÔTÉ, Pierre-André. L'empereur est nu... et le juge? In: BENYEKHLIF, Karim (dir.). **Le texte mis à nu**. Montréal: Les Éditions Thémis, 2009.
- ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889. **Código Civil**. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>> . Acesso em: 08 set.2017.
- GEWIRTZ, Paul. **Aeschylus' Law**. *Faculty Scholarship Series*. 1710, 1988. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1710 . Último acesso em:Acesso em: 06 ago. 2017.
- MELKEVIK, Bjarne. **Droit, mémoire et littérature**. Québec: Presses de l'Université Laval, 2010.
- MILLARD, Éric. **Réalisme scandinave, réalisme américain: un essai de caractérisation**. **Revus**, v.24, 2014.
- NUSSBAUM, Martha. **La connaissance de l'amour: essais sur la philosophie et la littérature**. Trad. Solange Chavel. Paris: Les Éditions du CERF, 2010.
- OLIVECRONA, Karl. **De la loi et de l'État: une contribution de l'école scandinave à théorie réaliste du droit**. Trad. Patricia Blanc-Gonnet Jonason. Paris: Dalloz, 2011.
- OST, François. **À quoi sert le Droit? Usages, fonctions, finalités**. Bruxelles: Bruylant, 2016.
- PAPAUX, Alain. **Introduction à la philosophie du "droit en situation": de la codification légaliste au droit prudentiel**. Bruxelles-Paris-Genebra: Bruylant-LGDJ-Schulthess, 2006.
- REGO, George Browne. O pragmatismo como alternativa à legalidade positivista: o método

jurídico- pragmático de Benjamin Nathan Cardozo. **Revista Duc In Altum Caderno de Direito**, v. 1, n. 1, jul-dez. 2009, p. 21-57.

STRÖMHOLM, Stig; VOGEL, Hans-Heinrich. **Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975.