

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Pensar direito e emoção: uma cartografia

Thinking law and emotion: a cartography

Nevita Maria Pessoa de Aquino
Franca Luna

VOLUME 8 • Nº 2 • AGO • 2018

DOSSIÊ ESPECIAL: INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS
(NEUROLAW): DIREITO, PSICOLOGIA E NEUROCIÊNCIA

Sumário

EDITORIAL	24
O Direito na fronteira da razão: Psicologia, neurociência e economia comportamental	24
Patrícia Perrone Campos Mello e Sergio Nojiri	
I. NEURODIREITO: COGNIÇÃO, EMOÇÃO, JUÍZOS MORAIS E CIÊNCIA	26
PENSAR DIREITO E EMOÇÃO: UMA CARTOGRAFIA	28
Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna	
NEURODIREITO: O INÍCIO, O FIM E O MEIO	49
Carlos Marden e Leonardo Martins Wykrota	
ENSAIO JURÍDICO SOBRE A RACIONALIDADE HUMANA: MAIORES, CAPAZES E IRRACIONAIS	65
André Perin Schmidt Neto e Eugênio Facchini Neto	
DIVERGÊNCIAS DE PRINCÍPIO: ARGUMENTOS JURÍDICOS E MORAIS EM UM CENÁRIO DE DESACORDOS SOCIAIS	90
André Matos de Almeida Oliveira, Pâmela de Rezende Côrtes e Leonardo Martins Wykrota	
CONSILIÊNCIA E A POSSIBILIDADE DO NEURODIREITO: DA DESCONFIANÇA À RECONCILIAÇÃO DISCIPLINAR	117
Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira e Renato César Cardoso	
MODELOS DE MORALIDADE	144
Molly J. Crockett	
A INFELIZ BUSCA POR FELICIDADE NO DIREITO	154
Úrsula Simões da Costa Cunha Vasconcellost, Noel Struchiner e Ivar Hannikainen	
ALÉM DA LIBERDADE: PERSPECTIVAS EM NIETZSCHE	178
Lucas Costa de Oliveira	
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS SOB A PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO: AS CONTRIBUIÇÕES DA PSICOLOGIA POSITIVA	193
Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira e Deise Brião Ferraz	
NEUROIMAGIOLOGIA E AVALIAÇÃO DE RESPONSABILIDADE	213
Nicole A. Vincent	

II. NUDGES: INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS E POLÍTICAS PÚBLICAS	233
ANÁLISE CRÍTICA DA ORIENTAÇÃO DE CIDADÃOS COMO MÉTODO PARA OTIMIZAR DECISÕES PÚBLICAS POR MEIO DA TÉCNICA NUDGE.....	235
Luciana Cristina Souza, Karen Tobias França Ramos e Sônia Carolina Romão Viana Perdigão	
POLÍTICAS PÚBLICAS E O DEVER DE MONITORAMENTO: “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO”	252
Ana Paula de Barcellos	
NUDGES E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM MECANISMO DE COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO	267
Amanda Carolina Souza Silva, Débhora Renata Nunes Rodrigues e Saul Duarte Tibaldi	
REDUZINDO A TRIBUTAÇÃO COGNITIVA: LIÇÕES COMPORTAMENTAIS PARA A DIMINUIÇÃO DOS EFEITOS PSICOLÓGICOS ADVERSOS DA POBREZA.....	288
Leandro Novais e Silva, Luiz Felipe Drummond Teixeira, Gabriel Salgueiro Soares e Otávio Augusto Andrade Santos	
POLÍTICAS PÚBLICAS EM SUICÍDIO: DO PATERNALISMO CLÁSSICO AO PATERNALISMO LIBERTÁRIO E NUDGING	327
Davi de Paiva Costa Tangerino, Gabriel Cabral e Henrique Olive	
NUDGES COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA AUMENTAR O ESCASSO NÚMERO DE DOADORES DE ÓRGÃOS PARA TRANSPLANTE	369
Roberta Marina Cioatto e Adriana de Alencar Gomes Pinheiro	
OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PARA CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL: NUDGE OU OBRIGAÇÃO LEGAL? UM OLHAR SOBRE AS DUAS PERSPECTIVAS	386
Cíntia Muniz Rebouças de Alencar Araripe e Raquel Cavalcanti Ramos Machado	
PATERNALISMO LIBERTÁRIO E PROTEÇÃO JURÍDICA DO AMBIENTE: POR QUE PROTEGER O AMBIENTE TAMBÉM DEVE SER PROTEGER AS LIBERDADES?	406
Mariana Carvalho Victor Coelho e Patryck de Araujo Ayala	
POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS EM EVIDÊNCIAS COMPORTAMENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO PROJETO DE LEI 488/2017 DO SENADO	429
Pâmela de Rezende Côrtes, André Matos de Almeida Oliveira e Fabiano Teodoro de Rezende Lara	
III. ECONOMIA COMPORTAMENTAL: VIESES COGNITIVOS E POLÍTICAS PÚBLICAS	455
ECONOMIA COMPORTAMENTAL E DIREITO: A RACIONALIDADE EM MUDANÇA	457
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Victor Hugo Domingues	
VIESES COGNITIVOS E DESENHO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	473
Benjamin Miranda Tabak e Pedro Henrique Rincon Amaral	

A NEUROCIÊNCIA DA MORALIDADE NA TOMADA DE DECISÕES JURÍDICAS COMPLEXAS E NO DESENHO DE POLÍTICAS PÚBLICAS	493
Erik Navarro Wolkart	
DESVIO DE CARÁTER OU SIMPLEMENTE HUMANO? ECONOMIA COMPORTAMENTAL APLICADA AO COMPORTAMENTO DESONESTO.....	524
Diana Orghian, Gabriel Cabral, André Pinto e Alessandra Fontana	
POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: TOMADA DE DECISÃO, ARQUITETURA DE ESCOLHAS E EFETIVIDADE	543
Ana Elizabeth Neirão Reymão e Ricardo dos Santos Caçapietra	
BEHAVIORAL ECONOMICS E DIREITO DO CONSUMIDOR: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO	568
Samir Alves Daura	
A EDUCAÇÃO FORMAL PARA O CONSUMO É GARANTIA PARA UMA PRESENÇA REFLETIDA DO CONSUMIDOR NO MERCADO? UMA ANÁLISE COM BASE NA BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (ECONOMIA COMPORTAMENTAL)	600
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Edson Mitsuo Tiujo	
LIBET, DETERMINISMO E CONSUMO: AS INFLUÊNCIAS DO MARKETING E A RELEVÂNCIA DA DELIBERAÇÃO CONSCIENTE NA SUPERAÇÃO CONDICIONAL DE HÁBITOS DE CONSUMO PERIGOSOS.....	616
Émilien Vilas Boas Reis e Leonardo Cordeiro de Gusmão	
CIÊNCIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO, ECONOMIA COMPORTAMENTAL E EXTRAFISCALIDADE.....	640
Hugo de Brito Machado Segundo	
IV. COMPORTAMENTO JUDICIAL: INFLUÊNCIA DE FATORES EXTRAJURÍDICOS	660
FATORES METAPROCESSUAIS E SUAS INFLUÊNCIAS PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	662
Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Lúcio Grassi de Gouveia e Virgínia Colares	
“A VIDA COMO ELA É”: COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NAS CORTES.....	689
Patrícia Perrone Campos Mello	
A COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO E SEUS EFEITOS NA TOMADA DE DECISÃO	720
André Garcia Leão Reis Valadares	
DAS 11 ILHAS AO CENTRO DO ARQUIPÉLAGO: OS SUPERPODERES DO PRESIDENTE DO STF DURANTE O RECESSO JUDICIAL E FÉRIAS	741
José Mário Wanderley Gomes Neto e Flávia Danielle Santiago Lima	

RAZÃO, EMOÇÃO E DELIBERAÇÃO: AS ADEQUAÇÕES REGIMENTAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EFICAZES	758
Peter Panutto e Lana Olivi Chaim	
HEURÍSTICA DE ANCORAGEM E FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS EM JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO RIO DE JANEIRO: UMA NOVA ANÁLISE	778
Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro	
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS FRENTE A LAS FUNCIONES DISCIPLINARIAS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: SUBSIDIARIEDAD Y DEFERENCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....	801
Jorge Ernesto Roa Roa	
V. A INFLUÊNCIA DO GÊNERO NO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL.....	824
COMO OS JUÍZES DECIDEM OS CASOS DE ESTUPRO? ANÁLISANDO SENTENÇAS SOB A PERSPECTIVA DE VIESES E ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO	826
Gabriela Perissinotto de Almeida e Sérgio Nojiri	
GÊNERO E COMPORTAMENTO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS MINISTROS CONFIAM MENOS EM RELATORAS MULHERES?.....	855
Juliana Cesario Alvim Gomes, Rafaela Nogueira e Diego Werneck Arguelhes	
HÉRCULES, HERMES E A PEQUENA SEREIA: UMA REFLEXÃO SOBRE ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO, SUBPRESENTAÇÃO DAS MULHERES NOS TRIBUNAIS E (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO.....	878
Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira	
PRISÃO CAUTELAR DE GESTANTES: ANÁLISE DO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS N. 143.641	912
Artur César Souza e Giovania Tatibana de Souza	
VI. NEURODIREITO APLICADO AO DIREITO E AO PROCESSO PENAL.....	926
CÉREBROS QUE PUNEM: UMA REVISÃO CRÍTICA DA NEUROCIÊNCIA DA PUNIÇÃO	928
Ricardo de Lins e Horta	
A INTUIÇÃO DO DOLO EM DIREITO PENAL: CORRELATOS NEURAI DA TEORIA DA MENTE, RACIOCÍNIO INDUTIVO E A GARANTIA DA CONVICÇÃO JUSTIFICADA.....	946
Thiago Dias de Matos Diniz e Renato César Cardoso	
AS COMUNIDADES EPISTÊMICAS PENAI E A PRODUÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL.....	961
Stéphane Enguéléguélé	

DELINQUÊNCIA JUVENIL: RELAÇÕES ENTRE DESENVOLVIMENTO, FUNÇÕES EXECUTIVAS E COMPORTAMENTO SOCIAL NA ADOLESCÊNCIA	980
André Vilela Komatsu, Rafaelle CS Costa e Marina Rezende Bazon	
LÍMITES TEMPORALES A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD ATENDIENDO AL DESARROLLO PSICOSOCIAL.....	1001
Silvio Cuneo Nash	
NEUROLAW E AS PERSPECTIVAS PARA UMA ANÁLISE OBJETIVA DO COMPORTAMENTO SUGESTIONADO: REPERCUSSÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA ESFERA PENAL.....	1017
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Rafael Gonçalves Mota	
A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA NOS RELATOS TESTEMUNHAIS AS IMPLICAÇÕES DAS FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	1036
Caroline Navas Viana	
A (IR)REPETIBILIDADE DA PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA: UMA DISCUSSÃO COM BASE NA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO.....	1058
William Weber Ceconello, Gustavo Noronha de Avila e Lilian Milnitsky Stein	

Thinking law and emotion: a cartography

Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna**

Mais les juristes? Qui oserait prétendre, un seul instant, que les juristes rêvent? Que ces êtres froids, calculateurs, qui rédigent des lois, des règlements, des contrats, sont des rêveurs impénitents?¹

RESUMO

O objetivo do artigo é, através de um breve percurso histórico, mapear² o espaço da emoção no direito. De início, mostraremos a recusa dos elementos emocionais no campo jurídico; em seguida, elencamos as influências das emoções em algumas matérias do direito; e, por último, examinamos a tomada de poder da vítima como sujeito de direito na esfera penal. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica em livros e artigos nacionais e estrangeiros. Concluímos que, apesar da aparente rejeição das emoções no campo jurídico, elas estão presentes em quase todas as suas áreas e são fundamentais, pois nada que é humano pode ser estranho ao jurista. O estudo é original porque, além de multidisciplinar, reúne elementos pouco conhecidos na área e existem escassas pesquisas sobre a relação entre direito e emoção.

Palavras-chaves: Direito. Sentimento. Razão. Legislação. Vítima.

ABSTRACT

The objective of the article is, through a brief history, map the space of emotion in the law. Initially, we will show the rejection of emotional elements in the legal field; then we list the influences of emotions on some matters of law; and, lastly, we examine the victim's takeover as a subject of law in the criminal sphere. The methodology used was the bibliographical research in national and foreign books and articles. We conclude that, despite the apparent rejection of emotions in the legal field, they are present in almost all their areas and are fundamental, since nothing that is human may be foreign to the jurist. The study is original because, in addition to multidisciplinary, there is little research on the conflicting relationship between law and emotion.

Key-words: Law. Feeling. Reason. Legislation. Victim.

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

2 A expressão “cartografia” é bastante utilizada pelo Professor Gustavo Just da Costa e Silva, docente da Universidade Federal de Pernambuco, em seus cursos e aulas, assumindo aqui o significado de “mapeamento”, pois neste artigo iremos localizar o lugar das emoções no direito.

* Recebido em 30/01/2018
Aprovado em 26/03/2018

** Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), na linha de Pragmatismo Jurídico, com estágio de pesquisa na Université Laval (Canadá). Possui Graduação e Mestrado em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). É advogada e professora de Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica, em cursos de Graduação em Direito. Email: nevitafranca@gmail.com.

Pesquisa financiada pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

1. A RECUSA INICIAL DAS EMOÇÕES NA TRADIÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO

O tema direito e emoção é inabitual, quase improvável. Isso se explica porque os “movimentos do coração”³ talvez tenham sido abandonados do direito pelo projeto iluminista⁴, para serem tratados mais frequentemente pela psicologia e pelas letras. Nestas, eles têm um lugar de destaque e inspiram a literatura, o teatro, a poesia e as artes em geral. Mas por que os juristas se interessaram pouco pelas emoções? Porque elas lhes parecem completamente estranhas ao direito, uma vez que o modelo padrão de educação jurídica trata a interpretação da lei como uma ciência, o raciocínio legal como um processo puramente dedutivo e a emoção como inimiga da razão.

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

Nesse modelo tradicional, as emoções são individuais, arbitrárias, inalisáveis e, ultimamente, uma ameaça ao próprio funcionamento do sistema jurídico. Elas são, nas palavras de Fiss, inconsistentes com muitas normas que governam e legitimam o poder judicial⁵ e tal postura é ainda muito difundida no direito. Até recentemente, os juristas diziam que o conhecimento de outras disciplinas era irrelevante para o direito e que o sistema jurídico é e deve ser um sistema autônomo de pensamento, que basta a si mesmo.⁶

O instrumento de trabalho do jurista, por muitos séculos, foi apenas o texto, de modo que tal atitude contribuiu para perpetuar um sistema antiquado, apesar de todas as evidências contradizerem sua exatidão. O professor Bjarne Melkevik bem traduz esse apego do jurista ao texto ao afirmar que “um jurista trabalha com textos e estes são para ele meros instrumentos de trabalho. [...] Isso significa que, da mesma maneira que um carpinteiro trabalha com um martelo, uma serra, uma furadeira, etc. [...], o jurista trabalha com textos”.⁷

Já para os adeptos do positivismo legalista, o direito não passa de um conjunto de normas e regras estatais, coercitivas, de organização social. Todavia, filiamo-nos à lição do professor Paulo Ferreira da Cunha⁸, para quem tal definição é errônea ao se observar a realidade. Segundo o professor Cunha, há um direito que não é nem regra, nem norma, como o costume, o contrato, a jurisprudência e a doutrina. Há um direito que também não é estatal, como o direito internacional, dos organismos interestatais, da União Europeia, das autarquias, etc. Há também um direito que não é coercitivo, como o direito internacional clássico. E, finalmente, a regulamentação estatal pode ser feita por várias outras formas não-jurídicas, tais como a religião, a moral, o convívio social, a etiqueta etc. Mas os positivistas não se preocuparam muito com a imperfeição desta definição, pois o importante para os adeptos dessa corrente é a prática totalmente dependente dos textos legais.

3 CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 7. ed. França: Puf; Quadriage, 2005.

4 MAIA, Alexandre da. O direito subjetivo como imagem: da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo-comunicacional de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 166.

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

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

7 MELKEVIK, Bjarne. *Épistémologie juridique et déjà-droit*. Paris: Buenos Books International, 2014. p. 57-58.

8 CUNHA, Paulo Ferreira da. *Droit et récit*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003. p. 12. (Collection Dikè).

O direito não é um sistema fechado em si mesmo, que se organiza em virtude de seu aparato conceitual, ou seja, da coerência interna de suas estruturas, conceitos, princípios e formas; a ordem jurídica está sempre relacionada ao objeto material a que ela visa⁹. E qualquer atitude formalista contra essa ideia está em desacordo com o crescente consenso em outras disciplinas, segundo o qual as emoções estão profundamente interligadas com o raciocínio jurídico, pois, quando normas ou decisões estão baseadas em noções sem fundamentos ou erradas de como as pessoas se comportam, a justiça pode ser comprometida.

A tradicional suposição de que os juristas não devem transitar no terreno das emoções tem trazido grandes lacunas ao conhecimento dos atores do direito, incluindo promotores, advogados, defensores públicos e legisladores, pois, apesar de eles estudarem bastante, seus conhecimentos raramente se concentram em suas emoções e, menos ainda, nas emoções coletivas. Como Terry Maroney¹⁰ discutiu em sua pesquisa, a emoção dos juízes recebe cada vez menos atenção porque, na maioria das vezes, eles são vistos como praticantes da razão pura, isenta de emoção. Além disso, a afiada dicotomia razão *versus* paixão embaça a questão acerca de como os argumentos persuadem¹¹, e a crença em que a emoção não desempenha um bom papel no raciocínio jurídico teve ainda um poderoso, e às vezes pernicioso, efeito na educação dos juristas.¹²

Para um bom número de pessoas, a justiça é frequentemente percebida como fria, implacável e cega, bem distante das tormentosas paixões humanas e o direito serve para cristalizar as emoções humanas no ordenamento social, restringindo-as e, às vezes, aniquilando-as. Nesse sentido, Carlos Maximiliano, ao discorrer sobre a aplicação viciosa do direito, afirma que:

[...] toda inclinação simpática, ou antipática, enfraquece a capacidade de intelecto para reconhecer a verdade, torna-o parcialmente cego. A ausência de paixão constitui um pré-requisito de todo o pensamento científico. Em verdade, o trabalho do intérprete pode ser viciado, não só pelas causas apontadas, como também por qualquer prevenção, ou simpatia, que o domine, sem ele o perceber talvez, relativamente a parte, por sua classe social, profissão, nacionalidade ou residência, ideias religiosas e políticas.¹³

Ao investigar suas características, tudo parece opor o direito às emoções. O direito é objetivo, a emoção é subjetiva; o direito é controlador, a emoção é insubordinada; o direito é ordem, a emoção é confusão¹⁴. O direito, sobretudo, revela o espírito da lógica e da razão; já as emoções dependem do coração, o qual tem “razões que a própria razão desconhece”¹⁵. Como se observa, o pensamento moderno e, particularmente, o pensamento jurídico, ao longo de sua história privilegiou a razão em detrimento das emoções. Isso se explica também porque a razão sempre esteve calcada na invariabilidade, eternidade e origem divina, ao passo que as emoções foram retratadas como manifestações de caráter inconstante e enganoso.

Logo, os juristas deram pouca atenção às emoções e desconfiaram delas, porque, segundo o senso comum, elas desviam o homem da reta razão. O legislador que legisla com emoção perde de vista o interesse público; o juiz que julga com seus sentimentos afasta-se da objetividade e imparcialidade. “Quando um sentimento é exagerado”, dizia Gustave le Bon, “a faculdade de raciocinar desaparece”.¹⁶

Por isso, as emoções foram tratadas como perigosas para os juristas e mantidas à distância dos tribunais e das faculdades de direito. Esse narcisismo da razão, inerente ao mundo jurídico, excessivamente apegado

9 MOOR, Pierre. *Perméabilités du système juridique: essais sur le droit de l'état de droit*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2016. p. 93. (Collection Diké).

10 MARONEY, T. A. Law and emotion: a proposed taxonomy of an emerging field. *Law and Human Behavior*, v. 30, n. 2, p. 119-142, 2006.

11 BANDES, Susan; SALERNO, J. Emotion, proof and prejudice: the cognitive science of gruesome photos and victim impact statements. *State Law Journal*, Arizona, v. 46, p. 1003-1056, 2014.

12 BANDES, Susan. Repression and denial in criminal lawyering. *Buffalo Criminal Law Review*, n. 9, p. 339-389, 2006.

13 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 103.

14 ZWEIG, Stefan. *La confusion des sentiments*. Paris: Le livre de Poche, 1992.

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

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

à lógica formal e ao racionalismo, jamais permitiu a emergência de conteúdos que agregassem princípios, valores e conceitos oriundos de campos menos ortodoxos, como aquele no qual se situam os sentimentos humanos.

Assim, a maioria das perspectivas contemporâneas de abordagem normativa do direito e da postura dos seus operadores têm demonstrado não dar a devida atenção à influência das emoções na constituição dos ordenamentos normativos, nem, tampouco, levar em conta a influência de experiências sensoriais nos processos de tomada de decisão jurídica. No entanto, os juristas não têm razão para se distanciar das emoções ou acusá-las de ameaçar a racionalidade, pois se elas forem adequadamente limitadas e filtradas, elas podem oferecer uma orientação insubstituível para o raciocínio jurídico. Ademais, as emoções não devem ser afastadas do direito, porque fazem parte da própria natureza humana: o direito é feito pelos homens e para os homens.

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

Nessa perspectiva, a concepção de homem é a de um ser dessubstancializado e dessensibilizado, a fim de melhor enquadrá-lo aos estatutos legais. O indivíduo não vive; sua condição humana é apenas para existir dentro de certas regras e relações jurídicas limitadas. O indivíduo que o direito considera deve ser, antes de tudo, contido de suas paixões, freado de seus impulsos para seu próprio bem e da sociedade.

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

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

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

2. TOPOS JURÍDICO: BREVE PERCURSO DA UNIÃO ENTRE DIREITO E EMOÇÃO

O Professor Paulo Ferreira da Cunha ensina que uma das querelas que ainda marca o universo dos juristas é a disputa entre aqueles que concebem o direito como um pensamento quase matemático, ou seja, geométrico, rigoroso, dedutivista, racionalista, em síntese, os adeptos do pensamento sistemático, e aqueles que consideram o discurso jurídico como algo muito mais complexo, permeável à argumentação, aos lugares comuns, aos mitos, com raízes no imaginário e no subconsciente. Este pensamento que analisa quais são as ideias-forças que empurram a lógica (bastante sentimental, mas de um sentimento escondido) do direito é chamado de um “pensamento tópico”.¹⁷

17 CUNHA, Paulo Ferreira da. *Droit et récit*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003. p. 16. (Collection Dikè).

Em outras palavras, uma opinião *a priori* nos conduz a olhar o direito como um instrumento radicalmente estranho ao universo das emoções. Destinado a enquadrar o comportamento dos indivíduos no seio da coletividade, o direito ignora as manifestações mais profundas da alma humana, e apenas a dimensão objetivamente perceptível de sua existência é suscetível de ser levada em consideração, pela ordem jurídica, como fato gerador de sanção. Essa valorização da razão acabou por desconsiderar o valor da vida afetiva do sujeito (paixões, emoções, afetos, sentimentos, pulsões), na medida em que esta passou a ser considerada como um obstáculo à sua ação livre e consciente.

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

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

Filósofos, juristas, romancistas e sociólogos abordaram desde a antiguidade essa intrínseca afinidade entre o direito e a afetividade. Na *Retórica*¹⁸, Aristóteles afirma que, para decidir, há quatro poderes da alma que exercem influência ao longo do processo: percepção; emoção; desejo e razão. Toda decisão depende da percepção sensível dos cinco sentidos do que se passa; decidir é sempre em um determinado contexto. Aristóteles também expôs, na *Política*, que é o sentimento de justiça o que serve para distinguir o homem do animal, uma vez que o senso do justo e do injusto, do bem e do mal, são específicos do ser humano:

a característica específica do homem em comparação com os outros animais é que somente ele tem o sentimento do bem e do mal, do justo e do injusto e de outras qualidades morais, e é a comunidade de seres com tal sentimento que constitui a família e a cidade.¹⁹

Cesare Beccaria, em *Dos delitos e das penas*²⁰, 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’Aurevilly²¹, 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*²², afirmou que a natureza e a importância do direito se revelam quando o homem é atingido em seu direito, em sua personalidade, e aparece sob a forma de enfermidade moral: “aqueles que não tiveram ocasião de medir pessoalmente esta dor não sabem o que é o direito, ainda que tenham em sua cabeça todo o *Corpus Juris*; e isto por que não é a razão, mas o sentimento que pode resolver esta questão”. Posteriormente, Jhering pronunciou, perante a tradicional Wiener Juristische Gesellschaft, a sua conferência *Sobre o Nascimento do Sentimento Jurídico*²³.

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

Com efeito, para que os sentimentos coletivos protegidos pelo direito penal de um povo, num momento

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

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

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

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

22 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.

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.²⁴

John Rawls, em *Uma teoria da justiça*²⁵, explica que os sentimentos morais são os elementos motivadores dos comportamentos humanos e da coesão social.

É preciso recordar, ainda, que Tobias Barreto, o grande escritor e jurista brasileiro, em meados do século XIX, já afirmava que “o direito não é só uma coisa que se conhece, é também uma coisa que se sente”.²⁶

Na mesma linha, Pierre de Tourtoulon afirmou que “a tendência do direito é expressar sentimentos de simpatia ou, pelo menos, de indiferença simpática e desejo de viver em paz e harmonia com o próximo”.²⁷

O jus filósofo argentino Luís Alberto Warat também desvelou as máscaras do óbvio, mostrando que no âmbito da teoria do direito as certezas e verdades transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Em *A ciência jurídica e seus dois maridos*²⁸, ele propôs a volta ao mundo de Dona Flor, famosa personagem de Jorge Amado, como a heroína da ambivalência e metáfora para a realização da conjunção positiva entre os desejos, os afetos e as leis. Seus dois maridos apontam para a ambiguidade da vida, da qual não pode se esquivar o direito. Vadinho é o marido que volta da morte para temperar com a vitalidade e a mobilidade de Eros a realidade unívoca, tediosa e insossa de Diké, vivida por Flor com o legalista Teodoro.

No entanto, a inserção na filosofia jurídica de algumas posições irracionistas seguindo os caminhos de Nietzsche, Bergson e outros, foi praticamente ilustrativa, ainda que tenha servido para sublinhar as consequências da dogmática jurídica conceitualista.²⁹

Apenas no início do século XX, o movimento Realista afirmou que a insularidade do sistema jurídico blindou-o contra as influências políticas, psicológicas e sociais que ajudam a moldar o raciocínio e as instituições legais³⁰. Apesar de parecer evidente que a teoria e a prática jurídicas são influenciadas pelas forças sociais e políticas, esta visão foi fortemente resistida até a década de 1980 e, no final do século XX, particularmente no despertar do influente movimento do Direito & Economia – que utiliza a teoria econômica para analisar o direito e prever situações regidas pelas leis –, os juristas começaram a olhar em direção a outras disciplinas para compreender o funcionamento do sistema jurídico.

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

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

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

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

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

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

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

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

3. OS SENTIMENTOS NOS DOMÍNIOS DO DIREITO

“*Iram ou furiam non novit jus*”: o direito não conhece a cólera ou a fúria, assumidas aqui como protótipos emocionais. Isso significa que o direito não conhece nada além dele mesmo. Em uma definição necessariamente circular ou redundante, toda tentativa de definição do direito (seja brutal ou sofisticada), acaba sempre por agregar o adjetivo “jurídico” para qualificá-la³¹. Ao se estabelecer a lei, a regra, a sanção, a autoridade, o bem comum, o monopólio da violência, o Estado etc., é necessário especificar “que eles sejam juridicamente fundados”. Com efeito, uma verdadeira tautologia faz parte da definição do direito, de modo que, para descrevê-lo convincentemente é preciso se instalar nele, auto-referenciá-lo.

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

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

Todavia, de acordo com Popovici³², o comportamento social decorrente do amor enseja consequências jurídicas variadas e o direito não regula apenas algumas instituições diretamente ligadas ao amor, como o casamento, mas impõe aos indivíduos um certo número de obrigações ou lhes confere um certo número de direitos, em nome da moral, da ordem pública ou mesmo da proteção dos interesses privados. Nesse sentido, certas manifestações de amor são permitidas, como a união estável; outras são coibidas, como o incesto; e outras são simplesmente toleradas como o concubinato e o adultério.

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

3.1. O direito constitucional e os sentimentos

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

Em um caso específico, em 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição, inovou³³ no acórdão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54/DF, em que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) pleiteava a declaração de inconstitucionalidade na interpretação de interrupção de gravidez de feto anencéfalo como conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Neste episódio, o STF tinha de discutir, no mérito, um assunto delicado no que diz respeito ao direito constitucional à vida, a possibilidade, ou não, da antecipação terapêutica do parto de fetos diagnosticados

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

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

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

com anencefalia (prática identificada por alguns juízes como o crime de aborto), bem como garantir tal direito sem a apresentação de requerimento judicial.

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

Verificou-se que os Ministros apegaram-se à sensibilidade, sem abandonar a razão, para decidir o caso, demonstrando que o discurso jurídico não é, e não pode ser construído como mera subsunção, com base apenas na ideia de incidência automática e infalível da norma jurídica. O próprio Ministro Cezar Peluso, apesar do voto divergente da maioria, enfatizou que a decisão de cada magistrado ultrapassa a frieza da norma e “envolve a formação, a cultura, o modo de ver, o modo de ser de cada magistrado, de cada homem e de cada mulher, que está atrás de cada toga”.³⁴

3.2. O direito civil e os sentimentos

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

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

No domínio das liberalidades, o direito (cf. artigos 550, 555 e 557 do Código Civil brasileiro) assegura, em certa medida, a sanção dos sentimentos pouco honráveis do autor da liberalidade ou daquele que a recebe. Quando o donatário, longe de responder à generosidade do doador através de um certo reconhecimento de sua parte (a gratidão), o direito prevê que ele seja destituído do bem. Inclusive, certas legislações – tais como os códigos brasileiro e alemão³⁵ – preveem a revogação da doação quando a ingratidão é produzida não somente em relação ao donatário, mas também em relação aos seus próximos.

No direito das obrigações, os sentimentos igualmente não são ignorados, e atribui-se um papel de destaque à psicologia e à sociologia. Assim, consequências práticas importantes podem ser deduzidas de investigações psicológicas que estudam a estrutura contratual. Por exemplo, é possível dizer que nos dias atuais a sedução operada pela publicidade de massa se constitui um vício de consentimento nas relações com os consumidores.

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

Ademais, os sentimentos no direito civil também aparecem de forma considerável nas questões relativas

34 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.

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

ao “preço da dor”, isto é, no que tange à reparação dos danos morais, violações aos sentimentos íntimos juridicamente tutelados.

3.3. O direito penal e os sentimentos

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

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

Segundo a tese do positivista Ferri que preceitua a impunidade desse ato, o homicídio a pedido não deve ser punido em virtude da máxima de Ulpiano: *Volenti et consentienti non fit injuria*. Em outras palavras, o direito de morrer que um indivíduo pode exercer sobre ele mesmo, pode se estender a outra pessoa, com o seu consentimento³⁶. Ao contrário, os escolásticos não admitem essa doutrina, porque reprovam o suicídio por várias razões. A primeira delas é o amor que todos os indivíduos devem ter uns com os outros, velando pela própria conservação. A segunda é que a existência é um dom de Deus, de modo que só Ele é o mestre da morte e da vida.

É possível exonerar de toda sanção penal as pessoas que matam o próximo por compaixão? A priori, não, pois o móvel é indiferente, e a conduta de matar a pedido é tipificada como ato de auxílio ou provocação ao suicídio. Nem a súplica do enfermo, nem o seu consentimento, constituem justificativas ou excusas legais para retirar do “homicídio por piedade” seu caráter de infração penal. Na maioria das legislações (tais como os códigos penais da Holanda, Noruega, Polônia, Dinamarca, Itália, Rússia e Líbano³⁷), esses dois elementos (piedade e consentimento) não têm nenhuma influência para o estabelecimento da culpabilidade, apenas para a moderação no pronunciamento da pena.

Uma exceção é o novo Código Penal do Uruguai que, em seu art. 37, foi mais longe e inovou ao permitir ao juiz excluir de qualquer pena o autor do homicídio cometido por motivo de piedade: “Art. 37. Del homicidio piadoso. Los Jueces tienen la facultad de exonerar de castigo al sujeto de antecedentes honorables, autor de un homicidio, efectuado por móviles de piedad, mediante súplicas reiteradas de la víctima”³⁸.

Em nome do sentimento de afeição familiar, o Código Penal brasileiro assegura a isenção de pena para quem comete um crime em prejuízo dos ascendentes ou descendentes; esposo ou esposa, mesmo divorciados; irmãos ou irmãs, legítimos ou ilegítimos; tios e sobrinhos, com quem o agente coabita (arts. 181 e 182 do CP). Na mesma ordem de ideias, o direito francês e o direito otomano também preveem a impunidade absoluta para resguardar o sentimento de afeição familiar³⁹. No entanto, a consideração da afeição familiar presumida entre parentes se opõe contra aqueles que cometem roubo ou extorsão, para que sejam julgados penalmente, em nome do abuso de confiança.

Ademais, a proteção da honra (arts. 138 a 145 do CP), do sentimento religioso (art. 208 do CP), do res-

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

37 MECHRI, Farouk. *Le sentiment d'affection & le droit de la famille*. Tunis: Éditions Latrach, 2015. p. 8.

38 URUGUAI. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=196342>. Acesso em: 4 out. 2017.

39 MECHRI, Farouk. *Le sentiment d'affection & le droit de la famille*. Tunis: Éditions Latrach, 2015. p. 8-9.

peito aos mortos (art. 209 a 212 do CP) são amostras que o direito reprime alguns comportamentos que vilipendiam a dimensão sentimental das vítimas.

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

3.4. O direito comercial e os sentimentos

O direito comercial não escapa da influência dos sentimentos, e duas matérias aparecem para exemplificar o assunto. A primeira delas é a **concorrência desleal** *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, os clientes. A segunda prática que atenta contra os sentimentos de boa fé e lealdade são as dívidas delituosas do falido, conhecida como **fraude contra credores**, ou seja, quando o devedor dilapida seu patrimônio tornando-se insolvente, com a intenção deliberada de não pagar suas dívidas.

3.5. O direito do trabalho e os sentimentos

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

O artigo 482, alínea “c”, da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe sobre o dever de fidelidade, através da não-concorrência nas transações rotineiras, ao fixar que a “negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço” constitui justa causa para a rescisão do contrato pelo empregador. Nesse sentido, o dever de **fidelidade** do empregado pode dar lugar a um pacto convencional (cláusula da não-concorrência), através do qual o empregador procura assegurar a proteção de seus interesses, principalmente, após a saída do empregado, ao limitar o direito deste de lhe fazer concorrência. Constitucionalmente, é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais (art. 5º, XIII, CF). Porém, não há direitos absolutos, de modo que se o trabalhador tem o direito constitucional quanto à sua liberdade de dispor da sua força de trabalho, o empregador, por seu turno, tem o direito de resguardar sua propriedade, seus inventos, seus segredos comerciais etc.

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

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

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

Convém sublinhar, também, que se a execução do contrato de trabalho implica a lealdade do empregado, é porque a relação de trabalho deve se executar em um clima de confiança. Mas isso só pode ser plenamente atendido se uma obrigação de lealdade pesar também sobre o empregador cuja consequência é a limitação do direito que ele tem de fiscalizar a atividade de seus empregados. O direito de fiscalização decorre do poder hierárquico; no entanto, certos meios de monitoramento devem ser proscritos, por terem um efeito negativo e contribuírem para quebrar o clima de confiança necessária entre as partes. Trata-se, notadamente, dos meios de investigação que atentam contra a dignidade humana, como a revista íntima, a gravação de palavras ou imagens realizadas sem a ciência do empregado, o desprezo pelo sigilo de sua vida privada, a coleta de informações pessoais em redes sociais. Todo excesso no monitoramento das atividades laborais poderá ensejar indenização por dano moral, por ofender o princípio constitucional da inviolabilidade à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas.

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

3.6. O direito processual civil e os sentimentos

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

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

Malicioso: aquele que deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; ou opuser resistência injustificada ao andamento do processo (art. 80, I, II, III e IV, do Código de Processo Civil).

Temerário: aquele que proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo (art. 80, V, do Código de Processo Civil).

Perverso: aquele que provocar incidente manifestamente infundado; ou interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 80, VI, do Código de Processo Civil).

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

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

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

Na mesma ordem de ideias, questiona-se se a impossibilidade moral pode ser apresentada em contratos entre concubinos ou companheiros. Recusando-se adentrar no plano moral da defesa da família legítima, as cortes europeias têm admitido que os laços de afeição que unem um casal podem justificar a impossibilidade legal da prova escrita⁴⁰. No entanto, para os cônjuges, o simples fato da união, sem outras circunstâncias, não constitui uma impossibilidade moral.

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

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

3.7. O direito processual penal e os sentimentos

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

Figura 1 – Sentimentos dos principais atores jurídicos

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

Fonte: SAUTEL, 2014, p. 2.

3.8. A advocacia e os sentimentos

A advocacia desperta uma série de questões sentimentais. O relacionamento com clientes pode levantar questões de lealdade, empatia, raiva, frustração e tristeza. Os advogados de defesa de crimes dolosos devem atender a medos, passar confiança em circunstâncias difíceis, bem como lidar com suas próprias emoções quando um cliente é condenado ou executado⁴¹; já os promotores devem lidar com emoções das vítimas e de suas famílias, bem como com a raiva da comunidade⁴². Estas são apenas algumas emoções evocadas pela advocacia, no entanto, a maioria das faculdades e dos profissionais da área parte do pressuposto de que seus instrumentos de trabalho são puramente cognitivos.

3.9. A expertise técnica e os sentimentos

Na construção do trabalho de argumentação necessária à elaboração de uma decisão judiciária, frequentemente, o juiz se confronta com uma questão cuja resposta não é de ordem jurídica, mas oriunda de uma disciplina científica ou técnica que lhe é estranha. Nesse caso, ele deve apelar aos conhecimentos de um especialista competente, para que a intervenção da ciência seja um instrumento primordial na busca da objetividade necessária à produção dos elementos de convicção do juiz.⁴³

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

3.10. O direito eleitoral, a democracia e os sentimentos

Ainda resta uma vantagem a creditar aos sentimentos: o fato de eles fornecerem uma energia essencial e necessária às democracias. Enquanto a devoção ao regime democrático leva o cidadão a votar ou ser votado,

41 SCHEFFER, S. *Fighting for their lives: inside the experience of capital defense attorneys*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2013.

42 BANDES, Susan. Loyalty to one's convictions: the prosecutor and tunnel vision. *Howard Law Journal*, p. 475-494, 2006.

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

são as emoções e os interesses pessoais que alimentam os partidos e as facções necessárias para o debate político no país.

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

Não se espera da população que ela tenha um comportamento racional em suas ações políticas; ao contrário, o sistema representativo e os mecanismos institucionais permitem que os desejos do povo se desenvolvam tanto quanto as ações do governo, em direção ao bem público e à justiça e, ao mesmo tempo, opondo-se à corrupção e às injustiças. O exercício da cidadania implica, assim, um importante equilíbrio entre razão e paixão: as duas estão intimamente ligadas e exercem uma ação recíproca uma sobre a outra. É preciso, no entanto, vencer os preconceitos, a fim de preservar a justiça e o bem comum, para que a parcialidade inscrita no coração das emoções seja neutralizada por um bom uso da razão, permitindo a emergência da objetividade. Como diz Hobbes, “não faças aos outros o que não consideras razoável que seja feito por outrem a ti mesmo”⁴⁴. Ao aplicar essa regra, cada indivíduo deverá sopesar suas próprias ações e as do outro, de modo que suas paixões e seu egoísmo não acrescentem nada ao peso obtido. Com efeito, as emoções devem ensejar uma parcialidade que vá ao encontro das exigências da razão, a qual comanda a igualdade de todos, sem favor ou desfavor, pois a justiça não nos permite conceder benefícios àqueles que amamos e privar os que odiamos, simplesmente em razão de nossas relações pessoais.

4. A VÍTIMA E O RECONHECIMENTO DE SUAS EMOÇÕES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

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

Com o término da Segunda Guerra Mundial, surgiram vários fenômenos sociais que contribuíram para o aparecimento da categoria jurídica e social de “vítima”, em decorrência do sofrimento impingido ao povo judeu. A tomada de consciência dos crimes tenebrosos perpetrados e seus milhões de padecedores deram origem à emergência de uma sensibilidade pelo sofrimento da vítima. No contexto de desenvolvimento de uma política do Estado-providência, sistemas de indenizações e serviços públicos e privados de ajuda foram criados para auxiliar as pessoas afetadas. Ademais, uma série de movimentos de direitos civis nasceram glo-

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

balmente para a proteção dos direitos das vítimas e de suas necessidades em matéria de assistência, tornando-se porta-vozes de todos aqueles que são julgados vítimas da sociedade, tais como: o movimento feminista, a batalha contra o racismo, a proteção da infância e do idoso, a luta contra a discriminação sexual. Por último, de maneira geral, o interesse pela vítima é a nova preocupação para o risco e a segurança. A exigência de se precaver contra o risco característico de nossa sociedade contemporânea contribuiu para impulsionar a vítima na cena do discurso da segurança, pois os testemunhos de sofrimento, transmitidos e destacados pelos políticos e pelos meios de comunicação, através da instrumentalização de imagens puras e inocentes, ajudaram a difundir, na sociedade, o sentimento segundo o qual cada um é uma vítima em potencial.

4.1. O crescimento dos direitos das vítimas

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

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

- **Lei de Crimes Hediondos:** Lei Federal nº 8.072/1990;
- **Estatuto da Criança e Adolescente:** Lei Federal nº 8.069/1990;
- **Lei da Tortura:** Lei Federal nº 9.455/1997;
- **Multa reparatória do Código de Trânsito:** Lei Federal nº 9.503/1997;
- **Composição civil dos danos da Lei de Juizados Especiais Criminais:** Lei Federal nº 9.099/1995;
- **Estatuto do Idoso:** Lei Federal nº 10.741/2003;
- **Lei contra a discriminação por orientação sexual:** Lei do Estado de Pernambuco nº 12.876/2005 e a Lei do Estado da Paraíba nº 7.309/2003;
- **Lei da Maria da Penha:** Lei Federal nº 11.340/2006;
- **Alterações no Código de Processo Penal:** Lei Federal nº 11.690/2008;
- **Lei contra a discriminação racial:** Lei 12.228, de 20/07/2010;
- **Lei contra a discriminação do portador do vírus HIV:** Lei Federal nº 12.984/2014;

- **Lei contra a discriminação do portador de deficiência:** Lei Federal nº 13.146/2015.

4.2. A sofrimento da vítima: uma perspectiva empática

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

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

A necessidade do legislador de levar em consideração o sofrimento da vítima é cada vez mais valorizado pelas instituições nacionais e internacionais que recomendam a adoção de medidas nesse sentido. O Código de Processo Penal teve sua redação alterada em 2008 para **fazer cumprir o princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao ofendido, em especial o art. 201, §§ 5º e 6º e o art. 217**, segundo os quais:

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

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

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

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

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

Entendemos que as vítimas, expostas a uma experiência penal, devem se beneficiar de três categorias de direitos fundamentais: o direito ao **reconhecimento**, ao **acompanhamento** e à **reparação**. O reconhecimento engloba o fato de considerar a vítima como indivíduo detentor de uma personalidade própria. Nesse sentido, a escuta e a empatia são indispensáveis para que se sinta reconhecida, e a despersonalização da vítima pelos atores penais deve ser evitada. Escutar não se restringe apenas a coletar provas da culpabilidade do autor, mas também reconhecer o caractere central e doloroso da narrativa. O acompanhamento supõe que a vítima seja não apenas entendida, mas sobretudo acreditada. Aqui, a investigação da verdade é essencial e a vítima deve ser informada de toda a evolução de seu caso no curso do processo penal. Ademais, a proteção da vítima do risco de vitimização secundária por parte do ofensor é fundamental. Por fim, a reparação compreende a indenização material, mas ainda o aspecto simbólico da restauração da vítima através de sua participação na implementação da justiça.

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

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, percebe-se que o direito é tanto uma questão de sentimento como de racionalidade; entretanto, ele foi concebido para julgar esse fenômeno emocional do modo mais racional possível. A prova disso é que o direito romano foi declarado como a “ratio scripta”. Com São Tomás de Aquino, as descrições da lei eterna e da lei positiva medievais ressaltavam a razão, distanciando-se das correntes voluntaristas (Duns Scoto, Guilherme de Ockham). O processo de racionalização e conseqüente formalização do direito, em todos os seus domínios, foi crescendo cada vez mais, conforme se avançava em direção ao Estado moderno e contemporâneo⁴⁵.

Assim, 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.

Tal aproximação com os sentimentos nos permitiu mostrar que o direito, longe de ser uma simples técnica de normatização, é um tecido de ficções que dizem o sentido e o valor da vida em sociedade⁴⁶. É verdade que hoje assistimos a um incremento tecnicista e reducionista, que resulta na perda da dimensão simbólica do direito, mas ignorar a dimensão emocional leva o jurista a renunciar os valores e a reduzir a ciência do direito à mera categoria de pura técnica procedimental e formal. Afinal, o pensamento simbólico é aquele que reúne aquilo que está desaparecido, que recria o laço social⁴⁷, que favorece a correspondência, no sentido da interação entre os elementos, às vezes, antagonistas, mas complementares. O direito, além da função de diferenciação que ele assegura através de suas proibições, é também aquilo que permite religar os elementos díspares. Na verdade, o direito tem, no seu tecido, em especial, duas espécies de linhas⁴⁸: a linha-limite e a

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

46 OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999. p. 13.

47 SUPIOT, Alain. *Tisser le lien social*. Paris: Maison des sciences de l'homme, 2004.

48 FRANCA FILHO, Marçílio Toscano. Sobre a linha: o código de Epiário Pessoa, o tema da fronteira e o direito internacional

linha-laço. A linha-limite é aquela que traça uma fronteira, que preserva da violência e da indiferenciação; mas é a linha-laço a que une uma comunidade. Esse duplo movimento de separação-ligação é próprio do direito, como também é o que caracteriza as emoções.

Por isso, é urgente reapropriarmos-nos das paixões, pois elas correm o risco de serem instrumentalizadas, deturpadas e monopolizadas pelas forças do terror e da barbárie que pretendem suprimir o futuro⁴⁹.

Nossa perspectiva é uma forma de lucidez que reconhece e aceita plenamente a lógica contraditória, o antagonismo, o conflito e a heteronomia do outro, pois é, na coexistência dos opostos, na sua própria tensão, que a existência humana ganha sentido. A lógica da ambivalência, da contraposição, mostra que da coexistência dos opostos pode nascer o novo: o aspecto efervescente, heterogêneo e barroco das paixões está em correlação com o caráter vivo, dinâmico e labiríntico⁵⁰ do direito.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Política*. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. v. 1, 1253b.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2005.
- BANDES, Susan. Loyalty to one's convictions: the prosecutor and tunnel vision. *Howard Law Journal*, p. 475-494, 2006.
- BANDES, Susan. Repression and denial in criminal lawyering. *Buffalo Criminal Law Review*, n. 9, p. 339-389, 2006.
- BANDES, Susan; SALERNO, J. Emotion, proof and prejudice: the cognitive science of gruesome photos and victim impact statements. *State Law Journal*, Arizona, v. 46, p. 1003-1056, 2014.
- 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 Rídeno Castigat Mores. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/>>. 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, DF, 2012.
- CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. 7. ed. França: Puf; Quadriage, 2005.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Droit et récit*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2003. (Collection Dikè).
- DURKHEIM, Émile. *As regras do método sociológico*. Trad. Paulo Neves. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2007.
- EDELMAN, Bernard. *Quand les juristes inventent le réel*. Paris: Hermann, 2007.
- FISS, Owen M. Reason in all its splendor. *Brooklyn Law Review*, v. 56, p. 789-804, 1990.

dos espaços. In: FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; MIALHE, Jorge; JOB, Ulisses. *Epitáfio Pessoa e a codificação do direito internacional*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2013. p. 327-352.

49 JUNG, Carl Gustav. *Aspects du drame contemporain*. Genève: Georg & Cie, 1948.

50 “No direito, os arabescos labirínticos de textos legais são incapazes de dar soluções ao caso concreto: só o uso da retórica condicionado pela experiência do sublime é capaz de integrar definitivamente esses arabescos à realidade“. FRANCA FILHO, Márcilio Toscano; MAIA, M. L. Direito, ópera e a mentalidade barroca: contradições, paradoxos e diálogos. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA – CIDIL: justiça, poder e corrupção, 5., 2017, Uberaba - MG. *Anais...* Porto Alegre: Rede Brasileira de Direito e Literatura - RDL, 2017. v. 2. p. 592-618. p. 617.

- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. Sobre a linha: o código de Epietário Pessoa, o tema da fronteira e o direito internacional dos espaços. In: FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MIALHE, Jorge; JOB, Ulisses. *Epietário Pessoa e a codificação do direito internacional*. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 2013.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano; MAIA, M. L. Direito, ópera e a mentalidade barroca: contradições, paradoxos e diálogos. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DE DIREITO E LITERATURA – CIDIL: justiça, poder e corrupção., 5., 2017, Uberaba - MG. *Anais...* Porto Alegre: Rede Brasileira de Direito e Literatura - RDL, 2017. v. 2. p. 592-618.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.
- JHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Trad. Ivo de Paula. São Paulo: Pillares, 2009.
- JHERING, Rudolf von. *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*. Madrid: Trotta, 2008.
- JUNG, Carl Gustav. *Aspects du drame contemporain*. Genève: Georg & Cie, 1948.
- LANGDELL, C. C. *A selection of cases on the law contracts*. Boston: Little Brown, 1871.
- LE BON, Gustave. *Hier e demain: pensées brèves*. Paris: Flammarion, 1918.
- LEGROS, Bérengère. La douleur comme fondement de l'euthanasie. In: DURAND, Bernard; POIRIER, Jean; ROYER, Jean-Pierre (Org). *La douleur et le droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 1997.
- LLEWELLYN, K. *Jurisprudence: realism in theory and practice*. Chicago: University of Chicago Press, 1962.
- LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. O pragmatismo jurídico aproximando Thêmis e Eros: o sentimento do Supremo tribunal federal na ADPF 54/DF. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, ano 5. v. 2, p. 216-238, 2015.
- MAIA, Alexandre da. O direito subjetivo como imagem: da invisibilização dos paradoxos na teoria dos sistemas à interação e às situações comunicativas na pragmática normativo- comunicacional de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. In: ADEODATO, João Maurício; BITTAR, Eduardo C. B. (Org.). *Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARONEY, T. A. Law and emotion: a proposed taxonomy of an emerging field. *Law and Human Behavior*, v. 30, n. 2, p. 119-142, 2006.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- MECHRI, Farouk. *Le sentiment d'affection & le droit de la famille*. Tunis: Éditions Latrach, 2015.
- MELKEVIK, Bjarne. *Épistemologie juridique et déjà-droit*. Paris: Buenos Books International, 2014.
- MOOR, Pierre. *Perméabilités du système juridique: essais sur le droit de l'état de droit*. Québec: Presses de l'Université Laval, 2016. (Collection Dikè).
- OST, François. *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.
- PAPAUX, Alain. Un droit sans émotions. Iram non novit jus: esquisse des rapports entre sciences et droit. *REVUE Européenne des Sciences Sociales* [on line], v. 47, n. 144, p. 105-119, 2009. Disponível em: <<http://ress.revues.org/70>>. Acesso em: 10 out. 2017.
- PASCAL, Blaise. *Pensées, article IV, des moyens de croire*. Paris: Garnier, 1964. (Ed. Brunshvicg, n. 277).
- POPOVICI, Adrian; PARIZEAU-POPOVICI, Micheline. *L'amour et la loi*. Montréal: Éditions du Jour, 1971.
- 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>>. Acesso em: 11 set. 2014.

SCHEFFER, S. *Fighting for their lives: inside the experience of capital defense attorneys*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2013.

SUPIOT, Alain. *Tisser le lien social*. Paris: Maison des sciences de l'homme, 2004.

TOURTOULON, Pierre de. *Philosophy in the development of law*. Trad. Martha McC. Read. Nova Iorque: A.M. Kelly, 1969.

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

URUGUAI. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=196342>. Acesso em: 4 out. 2017.

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

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.

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

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.