

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM FILOSOFIA

Caroline Alana Friedrich

**DIREITO E AFETIVIDADE: O PAPEL DAS EMOÇÕES NA
PRÁTICA JURÍDICA**

Santa Maria, RS
2022

Caroline Alana Friedrich

**EMOÇÕES E DIREITO: O PAPEL DAS EMOÇÕES NA
PRÁTICA JURÍDICA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Filosofia, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestra em Filosofia**.

Orientador: Prof. Dr. Flávio Williges

Santa Maria, RS
2022

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001

Friedrich, Caroline Alana
DIREITO E AFETIVIDADE: O PAPEL DAS EMOÇÕES NA PRÁTICA
JURÍDICA / Caroline Alana Friedrich.- 2022.
82 p.; 30 cm

Orientador: Flávio Williges
Coorientador: Marcos Fanton
Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa
Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de
Pós-Graduação em Filosofia, RS, 2022

1. Emoções 2. Direito 3. Prática Jurídica 4.
Afetividade I. Williges, Flávio II. Fanton, Marcos III.
Título.

Sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFSM. Dados fornecidos pelo autor(a). Sob supervisão da Direção da Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central. Bibliotecária responsável Paula Schoenfeldt Patta CRB 10/1728.

Declaro, CAROLINE ALANA FRIEDRICH, para os devidos fins e sob as penas da lei, que a pesquisa constante neste trabalho de conclusão de curso (Dissertação) foi por mim elaborada e que as informações necessárias objeto de consulta em literatura e outras fontes estão devidamente referenciadas. Declaro, ainda, que este trabalho ou parte dele não foi apresentado anteriormente para obtenção de qualquer outro grau acadêmico, estando ciente de que a inveracidade da presente declaração poderá resultar na anulação da titulação pela Universidade, entre outras consequências legais.

Caroline Alana Friedrich

EMOÇÕES E DIREITO: O PAPEL DAS EMOÇÕES NA PRÁTICA JURÍDICA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Filosofia, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Mestra em Filosofia**.

Aprovada em 27 de dezembro de 2022.

**Flávio Williges, Dr., UFSM
(Presidente/Orientador)**

Lucas Dalsotto, Doutor (UCS)

Marcos Fanton, Doutor (UFSM)

Santa Maria, RS
2022

AGRADECIMENTOS

Certamente, apesar de ser talvez a última tarefa do trabalho, os agradecimentos merecem o lugar que ocupam, pois antes de qualquer pessoa propriamente ler este trabalho, conhecerá, ao menos um pouco, aqueles que realmente contribuíram para a conclusão deste.

Aparentemente, agradecer é a melhor e a mais fácil missão desta dissertação. Primeiramente, nada mais justo e digno do que “recompensar” aqueles que realmente, de fato, puderam contribuir com o desenvolvimento concreto do presente projeto. Nesta lista, o professor Flávio Williges, meu orientador, sem dúvidas, merece estar em primeiro lugar! O papel que o mesmo teve foi imprescindível.

A caminhada até aqui foi árdua, longa e cansativa, todavia, o professor Flávio sempre estava disposto a contribuir no desenvolvimento do projeto, da melhor maneira possível, seja por e-mail, *Whatsapp* ou reuniões presenciais. O início da jornada foi marcada pelos inúmeros e-mails trocados, já que a pandemia que assolava o país não nos permitia o contato físico. Ademais, devo referir sobre a grande influência que o mesmo teve no texto exposto a seguir, devido a sua postura coerente e sólida em seus argumentos. Meus estimados e sinceros agradecimentos!

Agradeço também à CAPES (Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior), cujo financiamento foi imprescindível para a realização do mestrado. Sabemos das inúmeras dificuldades enfrentadas nos últimos anos no que concerne à pesquisa, mas graças a agências como a CAPES, ainda é possível pensar em seguir carreira acadêmica.

Além disso, não poderia deixar de agradecer aos professores maravilhosos da instituição que tive a oportunidade de conhecer durante o percurso da pós-graduação, certamente tiveram papel fundamental nesta trajetória, devido aos inúmeros ensinamentos obtidos. Aliás, não poderia deixar de aproveitar o momento para homenagear a grande instituição que é a UFSM (Universidade Federal de Santa Maria), que neste ano completa 62 anos de uma linda história! Foi uma honra poder fazer parte de uma universidade de tanta qualidade como a UFSM!

Aproveito este espaço para agradecer meu companheiro e parceiro nesta

longa jornada chamada vida, Wilian Mauri Friedrich Neu. O papel dele foi fundamental na construção desse trabalho, pois nos meus momentos de preocupação e angústia, principalmente na reta final, estava lá para segurar a minha mão e dizer que a linha de chegada estava próxima. Com amor e gratidão, meu muito obrigada!

Ainda, mas não menos importante, gostaria de agradecer aos meus familiares que entenderam a necessidade de me fazer distante em alguns aniversários, encontros e almoços de domingo. Um agradecimento especial aos meus pais, Clélio e Rejane, bem como aos meus irmãos, Adrian e Mariáh, que foram por muitas vezes minha motivação, na conclusão deste trabalho. Meus sinceros e amorosos agradecimentos!

Por fim, aos meus amigos e colegas, que sempre estiveram dispostos a escutar os meus mais diversos anseios e inquietudes durante a pesquisa. Em diversos momentos tiveram seus convites negados por parte da minha pessoa, em virtude de estar focada neste projeto e, mesmo assim foram compreensíveis neste momento tão importante. O meu muito obrigada!

RESUMO

EMOÇÕES E DIREITO: O PAPEL DAS EMOÇÕES NA PRÁTICA JURÍDICA

AUTORA: Caroline Alana Friedrich

ORIENTADOR: Flávio Williges

O presente trabalho tem como objetivo principal caracterizar o ainda pouco debatido, especialmente no Brasil, papel das emoções no universo jurídico. Partindo da análise da influência do positivismo jurídico na supressão das emoções na ciência do Direito, serão evidenciadas particularidades relevantes no sistema jurídico que mostram como emoções e afetos podem contribuir para uma imagem mais complexa e concreta do pensamento e prática jurídica. Nesse sentido, explora-se, em primeiro lugar, o arcabouço teórico e histórico do positivismo jurídico, exibindo de que forma tal movimento impactou e ainda impacta no que concerne a supressão das emoções no direito, trazendo também aspectos relacionados aos elementos emotivos. Em segundo lugar, examina-se a relevância das emoções na estrutura do sistema jurídico, particularmente no que se refere aos processos de tomada de decisão no ambiente jurisdicional, desenvolvendo enfoque pela corrente elaborada por Martha Nussbaum, que tratam sobre a necessidade da presença da emoção da misericórdia no processamento da decisão mais justa; ainda são abordados alguns destes aspectos aliados às legislações, também trazendo a perspectiva de Nussbaum, relacionando o nojo e a vergonha que podem ser sentidos neste processo. Examina-se na terceira seção, a abordagem de Terry Maroney que trata sobre os diferentes direcionamentos que podem ser dados para as emoções no Direito, que tem como objetivo principal a facilitação do operador do direito no entendimento dos fenômenos relacionados a interconexão do Direito com as emoções. Por fim, o objetivo da última divisão do trabalho está relacionado à exposição da presença das emoções no âmbito do Direito Civil, do Processo Civil e do Trabalho, dando um maior enfoque ao Direito Penal.

Palavras-chave: Emoções. Direito. Prática Jurídica.

ABSTRACT

EMOTIONS AND LAW: THE ROLE OF EMOTIONS IN LEGAL PRACTICE

AUTHORA: Caroline Alana Friedrich

ADVISOR: Flávio Williges

The main objective of this work is to characterize the still little debated, especially in Brazil, role of emotions in the legal universe. Starting from the analysis of the influence of legal positivism in the suppression of emotions in the science of law, relevant particularities in the legal system will be highlighted that show how emotions and affections can contribute to a more complex and concrete image of legal thought and practice. In this sense, it explores, firstly, the theoretical and historical framework of legal positivism, showing how this movement impacted and still impacts in terms of the suppression of emotions in law, also bringing aspects related to emotional elements. Secondly, the relevance of emotions in the structure of the legal system is verified, particularly with regard to decision-making processes in the jurisdictional environment, developing a focus on the current elaborated by Martha Nussbaum, which deal with the need for the presence of emotion of mercy in processing the fairest decision, some of these aspects allied to legislation are also addressed, also bringing Nussbaum's perspective, relating the disgust and shame that can be felt in this process. The third section is examined, Terry Maroney's approach, which deals with the different directions that can be given to emotions in Law, whose main objective is to facilitate the legal operator in understanding the phenomena related to the interconnection of Law and emotions. Finally, the objective of the last division of labor is related to exposing the presence of emotions in the scope of Civil Law, Civil Procedure and work, giving a greater focus to Criminal Law.

Keywords: Emotions. Richt. Legal Practice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 O POSITIVISMO JURÍDICO E O LUGAR DAS EMOÇÕES NO DIREITO.....	15
1.1 A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO NA LIMITAÇÃO DAS EMOÇÕES NO DIREITO	16
1.2 A MANUTENÇÃO DA PROXIMIDADE ENTRE O DIREITO E A MORALIDADE PELOS NÃO-POSITIVISTAS	20
1.3 EMOÇÕES NO DOMÍNIO JURÍDICO: A PERSPECTIVA NEUROCIENTÍFICA, EPISTÊMICA E MORAL	22
1.4 COMO SUPERAR O PAPEL SECUNDÁRIO DAS EMOÇÕES NO CAMPO JURÍDICO? 30	
2. A PRESENÇA DAS EMOÇÕES NA LEGISLAÇÃO E NO ATO DE DECIDIR	34
2.1 O CENÁRIO ATUAL DAS EMOÇÕES NAS DECISÕES JUDICIAIS	34
2.2 AS DECISÕES JUDICIAIS E AS EMOÇÕES NA PERSPECTIVA DE MARTHA NUSSBAUM	37
2.3 PRECEITOS ENTRE A LEGISLAÇÃO E O ATO DECISÓRIO	42
2.4 A INFLUÊNCIA DAS EMOÇÕES NA APLICAÇÃO DAS LEIS: A PRESENÇA DO NOJO E A VERGONHA	44
3. AS EMOÇÕES NO DIREITO NA PERSPECTIVA DE TERRY MARONEY	51
3.2 UMA ABORDAGEM ANALÍTICA DA CORRELAÇÃO ENTRE DIREITO E EMOÇÃO NA PERSPECTIVA DE TERRY MARONEY	51
3.2.1 ABORDAGEM CENTRADA NA EMOÇÃO.....	52
3.2.2 ABORDAGEM DO FENÔMENO EMOCIONAL	55
3.2.3 ABORDAGEM DA TEORIA DA EMOÇÃO	56
3.2.4 ABORDAGEM DA DOCTRINA JURÍDICA	58
3.2.5 ABORDAGEM DA TEORIA DO DIREITO	59
3.2.6 ABORDAGEM DO ATOR JURÍDICO	61
4 AS EMOÇÕES NO DIREITO CIVIL, PROCESSO CIVIL, DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PENAL	62
4.1. A LEITURA DAS EMOÇÕES NO CONTEXTO DO DIREITO CIVIL	62
4.2. A PRESENÇA DAS EMOÇÕES NOS PROCEDIMENTOS DO PROCESSO CIVIL E DO DIREITO DO TRABALHO	64
4.4 O DIREITO PENAL E A SUA AMPLA LIGAÇÃO COM AS EMOÇÕES	66
4.4.1 EMOÇÕES COMO MECANISMOS DE ATENUANTES E AGRAVANTES DE PENA ...	68
4.4.2 EMOÇÕES NO RITO DO JÚRI POPULAR	72
CONSIDERAÇÕES FINAIS	75
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	78

INTRODUÇÃO

Nos últimos trinta anos, o estudo das emoções, sobretudo a partir do advento das neurociências, conheceu um grande desenvolvimento. Esse desenvolvimento é facilmente reconhecido no aumento de pesquisas sobre emoções nas ciências da saúde (neurociências, psiquiatria, psicologia), nas ciências naturais (biologia, neuroquímica, entre outras) e nos campos da antropologia, sociologia, linguística e filosofia. No direito, contudo, particularmente no direito brasileiro, é notável o pequeno número de pesquisas científicas sobre mecanismos afetivos, particularmente sobre a presença e impacto das emoções, nos diferentes domínios da teoria e prática jurídica. A despeito do debate incipiente sobre emoções na área do direito, deve-se destacar, contudo, que estados afetivos tem uma presença em diferentes áreas, tanto da pesquisa, quanto da prática jurídica. Para ilustrar, podemos considerar o fenômeno do convencimento dos jurados em um Júri Popular, por exemplo, onde as partes envolvidas neste procedimento certamente tem suas emoções mobilizadas, seja nos processos cognitivos associados às decisões, sejam através da manipulação emocional.

Acerca das decisões jurídicas, sabemos tradicionalmente, a partir de trabalhos clássicos como o artigo *Equity and Mercy*¹ de Martha Nussbaum, que a justiça envolve, como argumentado, um balanço afetivo entre rigor e leveza associada à capacidade de julgar as particularidades de uma situação de agressão ou crime. Segundo Nussbaum, existe uma interconexão entre um julgamento justo e afetos de simpatia e compaixão que originam o juízo misericordioso ou clemente. Nesse sentido, além do papel das emoções no júri, a análise da misericórdia (mercy) nos julgamentos de Nussbaum mostra que o estudo das emoções pode iluminar e contribuir para o aperfeiçoamento da atividade jurídica. Há, ainda, outras dimensões do direito que mostram uma presença decisiva de fatores emocionais, como as abordagens ligadas à violência excessiva no domínio da criminologia² ou mesmo na introdução de

¹ NUSSBAUM, Martha. **Equity and Mercy**. Philosophy & Public Affairs, Vol. 22, Nº 2 (Spring, 1993), pp. 83-125. Published by: Wiley-Blackwell Stable URL: <http://www.jstor.org/stable/226544>.

² Ver especialmente POSNER, Eric A.. **Law and the Emotions**. (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Nº. 103, 2000).

elementos sentimentais da vítima de crimes violentos para humanização da justiça³.

Se uma rápida investigação revela diferentes domínios onde as emoções são fundamentais para pensar o direito, como explicar o lugar secundário das emoções e da afetividade no direito? Uma das hipóteses desse trabalho é que o caráter secundário das emoções no pensamento e prática jurídica não é uma consequência do acaso. Pelo contrário, ele parece ser fruto de uma tradição jurídica que nas últimas décadas apostou numa imagem do direito como uma ciência objetiva, onde a letra da lei deveria ser interpretada sem qualquer influência de desejos, vieses e afetos dos operadores do direito. Nesse contexto, tem particular relevância o positivismo jurídico, o qual fomentou uma concepção de direito que desvinculava a doutrina e prática jurídica de fatores psicológicos e pessoais, como a moralidade, o contexto social e as emoções. Em síntese, a concepção do direito como uma ciência "exata" baseada estritamente na aplicação da lei às situações particulares, através de processos inferenciais como a extração de consequências dedutivas de princípios legais mais gerais, sem nenhuma interferência da psicologia moral e emocional dos atores jurídicos, foi um fator fundamental para a secundarização das emoções na pesquisa jurídica.

Não obstante os argumentos que podem ser avançados em defesa de tal ideal de objetividade e extirpação de fatores subjetivos fomentados pelo positivismo, é reduutivo e limitador pensar em qualquer teoria do direito que exclua completamente a presença de fatores subjetivos e emocionais da prática jurídica, uma vez que nenhum magistrado pode- por mais que se esforce- pensar e mesmo julgar completamente desprovido de emoções. O mesmo pode ser sustentado para outros domínios do direito. Com exceções de alguns poucos temas formais, é pouco produtivo pensar qualquer ciência ou investigação desprovida de emoções⁴.

Portanto, pesquisar sobre o impacto das emoções nas universo jurídico,

³ Ver especialmente: DALRYMPLE, Theodore. **Podres de Mimados: As consequências do sentimentalismo tóxico**. Trad. SETTE-CÂMARA, Pedro. 2015.

⁴ Estudos mais recentes dão conta que até mesmo na matemática emoções como "wonder" (que pode ser traduzido aqui como "maravilhamento" desempenham um papel fundamental nas descobertas e no próprio avanço da matemática. Ver: Barbalet, Jack. October 2002. **Science and Emotions**. Sociological Review 50(S2):132-150, DOI 10.1111/j.1467-954X.2002.tb03595.x

por mais difícil que seja, revela-se extremamente importante para a compreensão da subjetividade na teoria e prática jurídica e qual a sua interferência nos operadores do direito, sobretudo, quanto às suas motivações, emoções, desejos ou compromissos em um determinado processo, por exemplo. Também na construção e formulação de legislação por atores jurídicos em domínios que envolvem estereótipos sociais com potencial para o disparo de emoções como o nojo e o desprezo por determinados grupos, há um campo fértil de investigação jurídica. Ou seja, como a emoção afeta o direito parece ser um ponto de investigação de extrema relevância, especialmente, pelo fato de que pode ser contributo ao entendimento sobre as influências emocionais na interpretação do direito, em qualquer das suas fontes, inclusive, a partir de “precedentes”⁵ jurisprudenciais.

Feitas tais constatações, o presente trabalho tem por objetivo geral investigar três dimensões do direito que mostram vínculo com fatores afetivos: (1) **a análise preliminar do arcabouço teórico e histórico do positivismo jurídico**, exibindo de que forma tal movimento impactou e ainda impacta no que concerne a supressão das emoções no direito, trazendo também aspectos relacionados aos fenômenos dos elementos emotivos; (2) a indicação da relevância **das emoções na estrutura do sistema jurídico**, particularmente no que se refere aos processos de tomada de decisão no ambiente jurisdicional, desenvolvendo enfoque pela corrente elaborada por Martha Nussbaum, que tratam sobre a necessidade da presença da emoção da misericórdia no processamento da decisão mais justa; ainda são abordados alguns destes aspectos alinhados às legislações, também trazendo a perspectiva de Nussbaum, relacionando o nojo e a vergonha que podem ser sentidos neste processo; (3) a explanação de uma abordagem da dimensão criminal no que concerne as emoções e o direito, na perspectiva de Terry Maroney que trata sobre os diferentes direcionamentos que podem ser dados para as emoções no Direito, que tem como objetivo principal a facilitação do operador do direito no entendimento dos fenômenos relacionados à interconexão do Direito e das emoções, através de seis abordagens, quais sejam: **Abordagem centrada na emoção, abordagem do fenômeno emocional, abordagem da teoria da emoção, abordagem da doutrina**

⁵ Expressão aqui que não revela, em nenhum sentido, a comparação aos precedentes da *Common Law* e, sobretudo, ao Direito Norte Americano.

jurídica, abordagem da teoria do direito, abordagem do ator jurídico; (4) a **exposição da presença das emoções no âmbito do Direito Civil, do Processo Civil e do trabalho, dando um maior enfoque ao Direito Penal,** esfera esta que, notadamente, possui grande influência das emoções mesmo antes de ser inserido no meio jurídico, isto é, antes mesmo no acontecimento do ato ilegal, as emoções já estão presentes na mente do indivíduo praticante, como sendo um próprio estimulante da prática criminosa, por muitas vezes.

O método de investigação pode ser chamado de histórico-crítico, uma vez que se pretende reconstruir o contexto histórico que presidiu a percepção jurídica em torno das emoções e, a partir da análise de autores contemporâneos, também uma transformação metodológica e conceitual na direção de um reconhecimento da relevância das emoções.

Sendo assim, o trabalho está dividido em quatro capítulos. No primeiro eu apresento o lugar 'atual' das emoções no direito, isto é, qual o papel que as emoções desempenham para a maioria dos juristas, onde é possível verificar que, de certo modo, atualmente, ainda existe a ideia de que as emoções de fato afetam o direito, porém de maneira negativa. Além disso, neste capítulo, será possível compreender, de maneira sintética, o surgimento formal da objetividade do mundo jurídico, através do movimento do Positivismo Jurídico que, em breves palavras, tinha (e ainda tem) como um dos principais objetivos o afastamento das emoções do universo do operador do direito. Ademais, ao final do capítulo, também é possível visualizar algumas correntes importantes e atuais de juristas que consideram as emoções importantes e necessárias no Direito.

Já no segundo capítulo, desenvolvi alguns aspectos que merecem serem observados no momento do ato decisório do magistrado ou julgador, seja em um processo, audiência, entre outros, bem como na elucidação das emoções dentro do sistema jurídico. Neste capítulo, é possível constatar algumas influências que as emoções desempenham durante o processo de decisão, sejam elas positivas ou negativas. Além disso, abordam-se fatores importantes das emoções no que concerne as legislações, tudo isso baseado em importantes teorias desenvolvidas por Martha Nussbaum.

O terceiro capítulo, teve como objeto as explorações ricas de Terry Maroney em torno dos distintos direcionamentos que podem ser dados ao estudo das emoções no domínio jurídico. Maroney indica distintos focos de interesse já

mencionados e a pesquisa das emoções no direito, elencando elementos necessários e importantes para o entendimento desta relação entre as emoções e o seu papel no universo jurídico.

Finalmente, o quarto capítulo tratará sobre aspectos mais práticos da conexão entre o direito e a emoção. O capítulo explora, através de exemplos e de maneira breve, como as emoções estão inseridas em algumas áreas do direito, tais como, no direito civil, direito do trabalho, processo civil e, dando enfoque principal ao direito penal. Certamente, no direito penal, torna-se mais visível a relação existente entre as emoções e o direito, sobretudo, no Tribunal do Júri, que será tratado com maior clareza e precisão em uma seção específica do trabalho, onde será possível verificar de que forma o elemento emotivo circunda este âmbito.

Ao longo desses capítulos espero poder mostrar não só a necessidade e pertinência de um debate maior em torno das emoções no universo jurídico, mas também indicar que a consideração da afetividade enriquece a compreensão da ciência jurídica e de sua prática, abrindo caminho para uma abordagem mais abrangente e adequada do direito.

1 O POSITIVISMO JURÍDICO E O LUGAR DAS EMOÇÕES NO DIREITO

O estudo das emoções cresceu exponencialmente em várias disciplinas científicas, tanto nas ciências naturais, quanto nas humanidades. Contudo, o "boom" de estudos percebido a partir dos avanços da neurociência e da retomada do estudo das emoções não foi tão forte no direito, ainda que as emoções, como será mostrado, são fatores fundamentais em diferentes domínios da pesquisa e prática jurídica.

Sabe-se, por exemplo, que a retórica, um dos campos fundamentais da prática jurídica, é um tipo de discurso emotivo que convence fazendo constante apelo às emoções do público. Essa ligação com as emoções, mostra que para o direito a ligação afetiva dos indivíduos por meio da fala é essencial na condução de decisões jurídicas. A princípio, o lugar da retórica emocional pode sugerir que o estudo das emoções é secundário, pois a retórica é uma ferramenta ou instrumento jurídico e não um tema ou disciplina jurídica particular. No entanto, como estudos em ciência da cognição têm mostrado⁶, há uma série de fatores triviais como o horário e a fome que podem interferir no tipo de decisão dadas por juízes, ou seja, há um campo de fatores psicológicos e afetivos diretamente vinculados às decisões práticas e, como veremos, também na teoria jurídica (que, ao contrário da retórica, está no centro da ciência jurídica) que tem recebido pouca atenção, e cujo estudo e pesquisa tem potencial de aperfeiçoamento da pesquisa teórico-científica no Direito.

Essas evidências iniciais, citadas aqui a título de exemplificação, sugerem que há uma perspectiva inadequada acerca da relação entre emoções e direito, provavelmente porque há ainda uma visão de que o operador jurídico é uma espécie de sujeito que decide baseado tão somente na letra da lei. Nesse capítulo, eu procuro explorar essa ideia, indicando como o positivismo jurídico ajudou a consolidar uma imagem do direito como ciência "pura" ou "desencarnada", onde o operador jurídico tendeu a ser visto como alguém livre da influência de diversos fatores concretos como o contexto sócio-histórico, os afetos e até mesmo formas distorcidas de raciocínio, como a ação de estereótipos, etc. Nas seções seguintes, exploro de uma forma mais ampla,

⁶KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.22.

diferentes abordagens que sustentam a relevância ou risco da incorporação das emoções na prática e teoria jurídica. Começo examinando o distanciamento defendido pelo positivismo entre direito e moralidade e depois avanço para o debate em torno das emoções e direito.

1.1 A INFLUÊNCIA DO POSITIVISMO JURÍDICO NA LIMITAÇÃO DAS EMOÇÕES NO DIREITO

O positivismo jurídico é uma abordagem do direito relevante e que será examinada de forma introdutória nesse capítulo. O objetivo não será criticá-lo ou mesmo traçar um percurso de análise capaz de indicar em detalhes seu impacto no domínio jurídico. Tem-se em vista desenvolver uma análise circunscrita de alguns pressupostos de fundo do positivismo que parecem ter contribuído para a supressão ou, mais propriamente, a consignação de um papel secundário para as emoções no direito. Pode-se falar, nesse sentido, de uma relação forte entre positivismo e a limitação de sentimentos no ambiente jurídico.

Dentre do positivismo, estruturou-se o entendimento de que se deve eliminar do direito o seu caráter moral⁷ (ou ético) e também o aspecto “emocional”, que, em uma compreensão global, não poderia servir como fundamento às decisões judiciais.

Historicamente, o *primeiro* desdobramento associado com o surgimento do Positivismo é o renascimento, mais precisamente a partir do século XV, com o resgate do ideário humanista. A Revolução Francesa estabelece o *segundo* marco do surgimento do Positivismo. Tal movimento ocasionou um profundo rompimento político, tendo como consequência mais direta a decadência dos regimes monárquicos, isto é, uma forte descrença na monarquia e, conseqüentemente, a fundação de uma política de direitos individuais mínimos (direitos fundamentais) em favor do povo, com o intuito de promover a liberdade, a fraternidade e a igualdade, princípios estabelecidos como universalizantes no

⁷ Sobre este ponto, Robert Alexy inaugura sua obra *Conceito e Validade do Direito* afirmando que “Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen resumiu essa ideia na seguinte fórmula: ‘Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito’”. Ver em: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 3.

movimento revolucionário.

Em termos conceituais ou doutrinários, a corrente positivista desenvolveu-se a partir do vocábulo 'positivo' que, nas ciências humanas, simboliza a tentativa de se estender a elas o método experimental, em rejeição ao racionalismo e ao naturalismo. Uma das principais características da doutrina juspositivista diz respeito a maneira com que se aborda ou encara o direito, uma vez que, o positivismo jurídico trata este aspecto levando em conta que o direito necessita ser considerado como um fato e não como um valor.

Sendo assim, segundo Norberto Bobbio, o direito é conceituado como sendo a soma de ocorrências, fenômenos ou de aspectos sociais, semelhantes ao mundo natural, dessa forma o "jurista, portanto, deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, isto é, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor."⁸ Ademais, destaca-se que na locução juspositivista o vocábulo direito é, portanto, integralmente não valorativo, ou seja, despojado de qualquer significação valorativa ou repercussão emotiva.

Nesse sentido, é importante mencionar Kelsen, que foi um dos principais articuladores e defensores do positivismo. Lembrando que o intuito nesta seção não é macular o legado de Kelsen para a ciência do direito, mas mostrar que estudos contemporâneos nos campos da filosofia do direito, filosofia das emoções, estudos da cognição e outros domínios, têm indicado sérios limites ao tipo de representação da ciência do direito e da prática jurídica.

O positivismo de Kelsen pode ser caracterizado em termos gerais como uma doutrina positiva do direito, na medida que sustentou que a observação do que efetivamente não pode satisfazer nenhuma pauta de valor, uma vez que perspectivas valorativas estariam além do alcance do método científico-racional. Ou seja, seu positivismo foi articulado especialmente a partir da distinção entre o domínio fático e o domínio valorativo. As emoções não são um foco central nas análises conduzidas por Kelsen; seu foco é a separação entre direito e moralidade. No entanto, consideramos que é possível traçar um paralelo mostrando que aquilo que foi formulado em termos de valores e moralidade também é válido para as emoções. Esse aspecto pode ser notado na *Teoria Pura*

⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito.** 1996. P. 131.

*do Direito*⁹, quando atribui à ciência do Direito uma incumbência exclusivamente descritiva, assumindo um pressuposto teórico que aproxima o direito das ciências exatas, em oposição às abordagens humanistas e não-positivas, que valorizam a situacionalidade do operador jurídico, pensada em termos de emoções, fatores cognitivos, psicológicos, morais e políticos.

Kelsen pretendia alcançar uma teoria pura, desamarrada de elementos metajurídicos, caracterizando o Direito unicamente pela compreensão do operador, não sendo induzido por constituintes da psicologia, política, moral, especialmente. Uma forma de explicar sua concepção positiva é pensar que a ciência do direito deve ser concebida como uma espécie de teoria científica que fornece uma metodologia positiva para chegar a conclusões sobre vários “casos particulares” sob investigação. Uma dimensão fundamental dessa imagem do direito é a relação da teoria ou o sistema do direito e a decisão: o operador jurídico atua a partir de parâmetros ou princípios previamente estabelecidos e sua função consiste essencialmente na aplicação desses princípios a casos, de forma objetiva e despida da influência de fatores exteriores à lei. Trata-se de um modelo com pretensões formais de fornecer um procedimento de decisão para agentes devidamente informados que os leve a veredictos jurídicos corretos sobre assuntos sob deliberação. Como se pode depreender dessa rápida caracterização, os componentes não jurídicos deveriam ser manifestos em outras esferas do saber, em razão de que somente desintegrando o ambiente jurídico do mundo externo aos seus fundamentos, seria possível legitimar-lhe cientificidade e autonomia.

Naturalmente, outras circunstâncias poderiam ser acrescentadas sobre o movimento positivista e, sobretudo, sua influência no âmbito do desenvolvimento da ciência jurídica no Brasil, porém é o suficiente para embasar o início da compreensão do caráter secundário que foi atribuído às emoções no direito. Pode-se dizer que o positivismo jurídico “vende” uma tentativa de tornar o direito “objetivo”, similarmente ao objetivismo matemático, numa tentativa de inculcar à norma jurídica uma blindagem ao subjetivismo. Nesse sentido, destaca-se o estudo realizado por André Luiz Staack¹⁰ a respeito do tema:

⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

¹⁰ STAACK, André Luiz. **A emoção como critério de decisão judicial**. 2020.

[...] quanto ao uso da Moral como Fonte Jurídica para a Decisão do Magistrado, mesmo que não expressamente assim versado [...] no que tange à postura do Juiz, que '[...] a razão particular de um homem não pode prevalecer jamais sobre a lei, razão pública'. (STAACK, 2020, p. 08)

Pode-se dizer que existe uma ciência adotada pelos legisladores e outra utilizada pelos magistrados, sendo que uma não se assemelha à outra. A ciência que é praticada pelos legisladores, que será melhor compreendida nos capítulos subsequentes, concerne em encontrar em cada elemento os princípios mais pertinentes para o bem maior da sociedade e para a melhor convivência entre os cidadãos. Por outro lado, a ciência do magistrado é colocar tais princípios em funcionamento, subdividindo-os e os expandindo através de uma aplicabilidade ponderada e coerente às possibilidades privadas, bem como investigar a 'entidade' da lei quando a letra diz.

No mesmo contexto, destaca o jusfilósofo alemão Robert Alexy¹¹, sobre o insucesso do movimento positivista, no âmbito do direito, ao referir que além da inclusão de elementos éticos-morais, todo e qualquer argumento que fundamenta a decisão (e aqui pode-se adentrar ao aspecto emocional), por princípio, torna-se, necessariamente, componente *do* direito. Diz o autor:

No âmbito de abertura do direito, tudo aquilo em que se apoia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção integra o direito. Assim, os princípios – ainda que não possam ser identificados como princípios jurídicos em virtude dos critérios de validade da constituição – e os outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componentes do direito. A cláusula “apoia-se e/ou deve apoiar-se” exprime a combinação entre a dimensão real e a dimensão ideal de aplicação do direito. Integram o direito tanto aqueles argumentos com os quais quem o aplica sustenta facticamente suas decisões, mesmo quando estas não satisfazem a pretensão à correção, quanto aqueles nos quais as decisões devem apoiar-se para satisfazer a pretensão à correção. Com isso, torna-se possível uma crítica da prática jurídica decisória a partir do ponto de vista do direito. (ALEXY, 2009, p. 155).

Ou seja, numa compreensão menos positiva, ideal e mais realista do direito, componentes morais, socio-históricos e afetivos são relevantes para uma compreensão mais complexa dessa ciência.

¹¹ ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Por fim, é imprescindível destacar que o foco desse trabalho não é defender o modelo compreensivo oposto que visa uma ciência jurídica emocional ou puramente afetiva, uma vez que tal proposta resultaria em algo impraticável, num direito como campo de batalha de diferentes perspectivas afetivas. A pretensão aqui é unicamente argumentar em favor de um equilíbrio entre a subjetividade e dos componentes da psicologia humana moral e social, que é vista como negativa pelo movimento positivista, e componentes ligados à racionalidade inferencial, que permite graus de objetividade que, todavia, não excluem uma contribuição da emoção.

Toda a representação formal e positiva do direito tem sido amplamente fragilizada nas abordagens contemporâneas do direito. O enfraquecimento deriva tanto de abordagens mais realistas e complexas do direito, quanto de críticas particulares, que apostam na ênfase em determinados itens excluídos pelas abordagens positivas. Nesse trabalho, colocaremos o foco num aspecto dessa crítica: a indicação de que as emoções não são refratárias a processos racionais, o que parece ser um pressuposto do positivismo. Antes de entrar nesse ponto convém, contudo, circunscrever uma crítica antecedente relacionado à relação entre direito e moralidade.

1.2 A MANUTENÇÃO DA PROXIMIDADE ENTRE O DIREITO E A MORALIDADE PELOS NÃO-POSITIVISTAS

Dando segmento à seção anterior, nesta seção serão referidas teorias e correntes que apoiam uma ampliação do domínio jurídico para além do positivismo. Em síntese, ética está relacionada a um agrupamento de práticas, costumes, hábitos, tradições, dentre outras inúmeras convenções estabelecidas e que o direito é a fenomenologia da ética aplicada, isto é, a ilustração da ética no que tange à ampliação qualitativa-valorativa da sociedade como um todo. Por conseguinte, é cabível dizer que o pensamento positivista, em certo sentido, parte de um princípio falso em relação à devida importância que se deveria dar à investigação sobre a ética e a moral.

Contudo, a partir disso é plausível referir que deixar de “levar em consideração” a ética e a moral no âmbito jurídico, conforme apregoa o movimento positivista, e, mais do que isso, fenômenos subjetivos, como a

emoção, resulta em uma negação da própria estrutura que fundamenta o direito, a saber, a ética. Isto porque é muito fácil perceber que a norma permanentemente está integrada e fundada em um ponto de vista ético-moral, ou seja, sempre haverá um vínculo forte entre o “justo”, o “certo” e o “direito”, pois uma lei ou norma jurídica dialoga com expectativas sociais em torno de princípios da justiça, imparcialidade, etc. Igualmente, seria contrassenso sustentar que o exercício decisório de prestação da tutela jurisdicional, pelo ser humano, é capaz de ser realizado através de uma espécie de “epoché” das emoções.

Para muitos, a justiça — representada na figura do Poder Judiciário —, constantemente é vista como sendo “intransigente”, “fria”, o oposto dos sentimentos que as emoções provocam, necessitando do direito, que, positivamente, teria o papel cristalizar as emoções das pessoas na composição social, e por muitas vezes, restringindo-as. (LUNA, 2018, p. 30). Em consonância com essa imagem do Direito apartado das emoções, Carlos Maximiliano¹², refere:

[...] 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. (MAXIMILIANO, 1988, p. 103)

Contra essa tradição de abordagem, insta referir que existe um movimento no sistema jurídico, isto é, na teoria do direito, preocupado em mostrar a importante e satisfatória função das emoções¹³. Em síntese, correntes como estas buscam, de alguma maneira, indicar que a metodologia de construção do direito executada por seus operadores ainda se mantém em uma espécie de estrutura racionalista-cognitivista. Nesse sentido, é relevante destacar como Nuno Coelho sintetiza a perspectiva de Hans Kelsen:

[...] segundo Kelsen, o trabalho que o juiz faz, ao escolher entre os

¹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

¹³ Ver, por exemplo, o importante trabalho de MARRONEY, Terry A. **Law and emotion: a proposed taxonomy of an emerging field**. *Law and Human Behavior*, v. 30, 119-142, 2006.

sentidos diversos possibilitados pelo texto da lei, não é uma atividade de natureza jurídica . A partir daí, seu trabalho tem outra natureza, não jurídica, mas de política jurídica. Nos limites do quadro racionalmente construído pela interpretação da norma superior, o juiz encontrará a decisão sem usar a razão – mas sim qualquer outro guia: suas preferências morais, ideológicas, religiosas, suas emoções e eventualmente seus preconceitos. Isso já não interessa à ciência do direito, comprometida com o campo do puramente racional-intelectual. Até a descoberta da famosa moldura hermenêutica, funciona a razão. Dentro dela, estamos no campo do puro subjetivismo, pensa Kelsen. Nesta fase, funcionam as convicções e as emoções. O juiz não exercita, nesta fase, pensamento jurídico. A aplicação da norma exige a participação da razão e da vontade do juiz. O juiz só está vinculado racionalmente na primeira fase do processo de aplicação da norma – até a descoberta dos sentidos possíveis do texto. Na segunda fase, não há qualquer limite objetivo, mas total liberdade para decidir. (COELHO, 2016, p. 145-146)

Percebe-se aqui a necessidade de se ter alguma teoria ou, ao menos, estudos científicos, que de fato possibilitem o entendimento de maneira pragmática de como e em que circunstância o operador do direito chega à determinada decisão, já que a proposta de Hans Kelsen, tal como sintetizada aqui na análise de Coelho, articula-se a partir de uma separação inteiramente artificial entre racionalidade e emocionalidade. Diferentes estudos das neurociências, ciências cognitivas, da psicologia moral e filosofia das emoções mostram que uma separação estanque entre a dimensão da racionalidade e da emocionalidade é uma estratégia metodológica artificial ou, no mínimo, insuficiente face à interconexão observada entre os tradicionais polos opostos da razão e emoção. Esse é o ponto que abordaremos a seguir.

1.3 EMOÇÕES NO DOMÍNIO JURÍDICO: A PERSPECTIVA NEUROCIENTÍFICA, EPISTÊMICA E MORAL

Um dos pressupostos do positivismo é que a racionalidade da lei exige frieza emocional ou, ao menos, um afastamento completo de fatores emocionais. Essa tese tem sido revisada nas ciências afetivas e na filosofia das emoções. Ofereço a seguir um panorama dessas investigações. O objetivo é mostrar que a distinção entre razão e emoção, tradicionalmente admitida numa série de disciplinas, tem sido amplamente contestada pelas pesquisas mais recentes. Com isso, fragiliza-se a tese positivista da separação. Na seara do estudo da neurociência, existem asseverações no sentido de que as emoções, muito além dos incentivos biológicos e do corpo, constituem um suporte necessário para a

racionalidade humana. Nesse sentido:

Decisões de caráter pessoal/social e decisões de caráter não pessoal/social, apesar das diferenças manifestas quanto à matéria e ao nível de complexidade, teriam um mesmo fio neurobiológico comum. Segundo Damásio, Descartes, Platão e Kant se equivocaram ao afirmar que os melhores resultados pressupõem o afastamento das emoções. (SILVESTRE, 2011, p. 298)

Damásio refere que emoções possuem um encargo relevante no que concerne a tomada de determinada decisão, mesmo que esta seja caracterizada como sendo “racional”, pois as emoções atuam selecionando e restringindo heurísticamente o que é relevante para decidir em termos de prioridades prévias, determinadas por mecanismos de seleção de informação como “relevância”, “proximidade”, “bem-estar”, entre outros fatores¹⁴.

Uma segunda tendência de exploração e apagamento da distinção racionalidade-emoções vem da epistemologia e filosofia das emoções, particularmente da compreensão das bases afetivas de formas “racionalis” de entendimento de fatos empíricos ou sociais. Essa tradição remonta à filosofia antiga.

Sabe-se que, desde Platão, as emoções, especialmente emoções básicas como a tristeza, a raiva e o medo foram associadas com a arte e o discurso retórico, sendo retratadas como influências perniciosas, por impedirem, especialmente no caso do discurso, que comportamentos e decisões pautadas por razões objetivas fossem alcançadas, fazendo os espectadores guiarem-se por aparências e não pela verdade mesma. Aristóteles concordou com Platão que as artes e o discurso disparam emoções, mas, diferente de Platão, ele viu a influência das emoções como positiva, pois *aprendemos* através das emoções disparadas na arte trágica: é por sentir compaixão pelo infortúnio de Édipo que compreendemos o sentido próprio de nossa vulnerabilidade ao destino.

A tese de Aristóteles foi um movimento importante na direção da compreensão que as emoções despertadas no espectador, que promovem comoção, raiva, empatia ou mesmo dor diante de certas narrativas discursivas ou poéticas (como num julgamento onde o advogado de defesa cria uma

¹⁴ GOLDIE, Peter. Misleading. **Emotions. In: Epistemology and Emotions**, editado por Georg Brun, Ulvi Doguoglu e Dominique Kuenzle, 33–49. Aldershot: Ashgate. 2008.

narrativa capaz de levar o júri a ser compassivo com o réu), não tem necessariamente uma influência cognitiva pernicioso. Às vezes, as emoções são componentes importantes da compreensão de aspectos significativos de uma experiência ou situação.

A contribuição cognitiva das emoções de inspiração aristotélica encontrou importantes defensores contemporâneos, tanto na epistemologia, quanto na ética. Na epistemologia, uma abordagem proeminente das emoções em conexão com o estado cognitivo chamado de “entendimento” (understanding) foi desenvolvida por Catherine Elgin (1996, 2008)¹⁵. O entendimento, explica Elgin, é um estado epistêmico mais abrangente do que o conhecimento. O entendimento apreende não só uma proposição (um determinado conteúdo proposicional que é portador de verdade), mas um corpo de informações, que permitem, como o próprio sentido da palavra indica, compreender certas alegações que fazem parte de um sistema teórico ou prático.

Considere, por exemplo, a frase “menores infratores devem ser encarcerados para coibir a criminalidade”. O entendimento dessa afirmação não envolve apenas saber o que é um menor infrator ou as formas de encarceramento previsíveis na legislação. O entendimento envolve processos mais amplos, dos quais participam emoções, como a compreensão do significado humano degradante da marginalidade, os preconceitos e vieses que tendem a ser dirigidos a representantes de determinados grupos sociais, as implicações políticas da prisão de representantes desses grupos, entre outras coisas. Ou seja, a unidade fundamental do entendimento envolve proposições com conteúdo determinado, mas também tem seu status epistêmico vinculado com um corpo coerente, unificado de informação, que Elgin caracteriza em termos de um “conjunto de compromissos cognitivos” que dão sentido a afirmação sob consideração (Elgin, 2009, p. 2). Como ela diz:

O entendimento encapsulado em proposições individuais deriva de uma compreensão de corpos maiores de informação. Entendo que os comanches dominaram as planícies do sul, porque entendo como essa proposição se encaixa e é justificada por referência a um entendimento mais abrangente no qual ela está embebida. (ELGIN, 2009, p. 3)

¹⁵ ELGIN, Catherine. 1996. **Considered Judgment**. Princeton: Princeton University Press; Id. 2008. “**Emotion and Understanding**”. In **Epistemology and Emotions**, edited by Georg Brun, Ulvi Doguoglu and Dominique Kuenzle, 33–49. Aldershot: Ashgate.

O entendimento pode, sustenta Elgin, ser concebido como uma rede ou sistema de compromissos cognitivos, do qual participam proposições e métodos, valores, princípios e fontes epistêmicas como percepções, crenças, emoções, memórias, metáforas, dentre outros elementos. Elgin argumentou, de maneira consequente, que para o entendimento assim concebido, as emoções têm um papel central. Ao fazer essa defesa das emoções em estados epistêmicos como o entendimento, ela não pretende "anestesiá-la a emoção, mas sensibilizar a cognição", ou seja, "mostrar que a compreensão que alcançamos não é indiferente à emoção" e que a presença da emoção não torna o entendimento "menos objetivo" (Elgin, p. 147). A "sensibilização" da cognição via emoção pretendida por Elgin envolve tomar emoções como "um estado de espírito ou padrão de atenção que sincroniza sentimentos, atitudes, ações e circunstâncias" (Elgin, p. 149). Emoções não são, como pode-se perceber aqui, estados psicológicos contrários à razão ou influências cognitivas perniciosas que, via de regra, tendem a deturpar e conduzir a formas enviesadas e distorcidas de compreensão. Emoções são essencialmente padrões atencionais que nos colocam em contato com informações que, na ausência delas, não teríamos como capturar.

As emoções capacitam-nos a perceber certas coisas no ambiente físico ou social (incluindo aqui proposições constitutivas de teorias complexas) como salientes e a responder emocionalmente a essas coisas de modo vantajoso. Por exemplo, o afeto paternal permite reconhecer sinais ou saliências no comportamento de filhos nas situações em que intervenções podem ser necessárias. As emoções são, dessa forma, *fontes de saliências*, chamando atenção para certos aspectos que antes não seriam visíveis, pois elas lançam luz em certos aspectos de uma situação que não ganhariam destaque sem sua presença. Elas agem como "*spotlights*".

Ao lado de sua função epistêmica, padrões atencionais ligados às emoções podem ter *significado social e político* para a mudança e progresso social. A indignação moral, que é uma emoção, despertada por práticas institucionais ou individuais imorais pode, por exemplo, motivar investigações públicas, na medida que *amplia a compreensão da gravidade ou seriedade de certos atos* (como a corrupção ou crimes contra os direitos humanos, como falas

racistas ou preconceituosas contra grupos minoritários) e instigam mudanças políticas e institucionais. As reações de indignação moral em resposta à corrupção ou ofensas pode, nesse sentido, ajudar num engajamento e comprometimento teórico e prático efetivo, o qual, quando bem dirigido, combina com os interesses da justiça e do direito. A presença das emoções não tem nesse tipo de caso, portanto, um papel desencaminhador. Na verdade, elas são parte fundamental da rede de compromissos cognitivos necessários para entender certas situações e atos¹⁶.

No domínio da compreensão de princípios morais, os quais são, num sentido amplo, parte da estrutura de fundo do operador jurídico, a contribuição das emoções tem sido admitida de modo ainda mais fundamental. Há uma longa tradição que vai da ética feminista do cuidado à filosofia e psicologia moral que tem argumentado que as emoções não são meras influências altamente distorcidas, que “incitam” e “provocam” ou “nublam” nosso julgamento e “enviesam” nosso raciocínio, um pressuposto que parece ter sido assumido como fato inquestionável por boa parte da tradição do positivismo jurídico.

Por outro lado, é claro que emoções são, em parte, eventos subjetivos e os padrões atencionais que ativam nem sempre correspondem à realidade. Há uma série de fobias e certas formas de controle cognitivo que podem impedir o funcionamento adequado de emoções na apreensão de propriedades avaliativas relevantes. Podemos, por exemplo, pela ausência de familiaridade ou por hipersensibilidade reconhecer falas ou práticas como “injustas”, “humilhantes” ou “degradantes”, passíveis de enquadramento jurídico como dano moral, quando, na verdade, nenhuma dessas práticas corresponde às previsões da legislação ou moralidade, estando a suposta “ofensa” mais no acusador do que na realidade. Do mesmo modo, também é possível que emoções “assumam o controle” de nossas crenças e reações, de uma forma que impeça compreensão objetiva. Além disso, a intensificação de sentimentos frequentemente produz efeitos negativos, conhecidos como “explosões” ou “ataques” de raiva, pânico, etc.

No entanto, essa abordagem das emoções como essencialmente estados

¹⁶ Elgin não está sozinha na defesa de uma forma de racionalidade emocional ou passional. Por razões de tempo, não será possível percorrer todos os estudos já desenvolvidos, mas podemos encontrar pontos similares, embora orientados para outros objetivos, em Stocker, Brady e Goldie.

afetivos promotores de distorção e viés está longe de representar todo o universo das emoções e pode ser criticada dizendo que ela aposta naquilo que o psiquiatra Anthony Daniels chamou de “extremismo da emoção”, ou seja, aposta em reações contundentes, que frequentemente ocultam uma compreensão mais refinada dos fatos que cabe compreender¹⁷. Embora emoções possam eventualmente se transformar em forças incontroláveis, com vontade própria, e sua alimentação e expressão vise apenas algum tipo de alívio temporário, elas são muito mais do que “válvulas de escape” ou reações corporais sem qualquer vínculo com fatos do mundo. Emoções, no domínio moral, têm sido caracterizadas como sensibilidades que ajudam a perceber aspectos significativos do mundo moral.

Esse ponto pode ser formulado dizendo que capacidades perceptivas e de compreensão que se pretendem objetivas pressupõem que o agente experimente uma *mudança qualitativa* que está associada com o engajamento emocional. A presença da emoção atua *transformando nossa apreensão da informação*. Uma declaração ofensiva, por exemplo, tem seu caráter errado ou ofensivo reconhecido não apenas como resultado da consideração de um conteúdo proposicional. O engajamento afetivo gera uma compreensão “emocionalmente-carregada” da ofensividade, o que inclui experimentar sentimentos hedônicos de dor ou inquietação, bem como algum tipo de motivação e compromisso prático de buscar reparação, mostrar indignação, etc. Emoções fazem parte do equipamento necessário para discernir as respostas morais. Como afirma Margareth Little, “às vezes a verdade é melhor revelada, a paisagem vista de modo mais claro, de uma posição que tem sido chamada de “percepção afetiva” (loving perception) ou do “pensamento empático”¹⁸. Nesse sentido, a afetividade auxilia no desenvolvimento de um tipo de sensibilidade que coopera para o rastreamento de situações relevantes no domínio moral e, como veremos, no pensamento e prática jurídica.

¹⁷ A expressão aparece no livro “*Podres de Mimados*”, publicado por Theodor Damplyne, um dos pseudônimos de Anthony Daniels. Temos discordâncias importantes com relação ao conteúdo do livro, embora sua crítica à expressão pueril de emoções no espaço público através de atitudes sentimentalistas, que alimentam uma forma errada de inserção das emoções no espaço público, nos pareça correta.

¹⁸ LITTLE, M. **Seeing and Caring: the role of affect in Feminist Moral Epistemology**. *Hypatia*, vol. 10, n. 3, 1995.

A sensibilidade emocional, quando articulada com outros processos cognitivos, não resulta, assim, num avivamento ou intensificação de sentimentos puramente desencaminhadores, sem nenhum tipo de direção ou foco. Na medida certa, as emoções têm a função de ajudar na *apreensão exata de coisas como a ofensividade e gravidade* de certos tipos de conduta, assim como na apreensão de informações diversas que compõem um sistema de entendimento.

Em síntese, há uma incompreensão ou mal-entendido em torno de como as emoções podem interagir com o direito, derivado, em parte, da influência de abordagens positivistas e da própria tradição filosófico-moral que tendeu à rebaixar a afetividade ao lugar da irracionalidade, do “oposto da razão”, quando na verdade as ciências afetivas e a filosofia tem mostrado que essa separação não tem suporte empírico e conceitual. Terry Maroney, uma importante pesquisadora das emoções no direito, observa, criticando essa distinção entre razão e emoção, que:

Uma presunção central subjacente ao direito moderno é que a razão e a emoção são elementos completamente distintos: pertencem a esferas separadas da existência humana; a esfera do direito admite apenas a razão; e é preciso vigilância constante para evitar que a emoção se infiltre onde não pertence.[...] Apenas recentemente os estudiosos começaram a falar deliberadamente sobre o papel da emoção *per se* e a levar em consideração conscientemente as inúmeras maneiras pelas quais a lei reflete ou promove concepções de como os seres humanos são, ou deveriam ser, enquanto criaturas emocionais (MARONEY, 2021, p. 57-58).

A superação da distância entre direito e afetividade deve, como ideal teórico e prático, ser buscada cada vez mais. Nesse viés, novamente, Maroney destaca:

A questão sobre até que ponto um determinado projeto é suficientemente sobre “direito” e “emoção” para poder ser reivindicado efetivamente para este enclave em particular é digna de maior exploração do que aqui é possível.[...] Em primeiro lugar, o direito contemporâneo e o estudo da emoção se baseiam na crença de que a emoção humana é passível de ser estudada de forma específica e meticulosa, que é altamente relevante para a teoria e para a prática do direito e que sua relevância merece um exame mais minucioso do que historicamente tem recebido. Em segundo lugar, tal campo de estudo se dirige explicitamente a ambos os lados do “e”, isto é, assume uma questão relativa ao direito e traz uma perspectiva fundamentada no estudo ou na teoria das emoções. Usando essa definição, algumas pesquisas sobre direito e emoção são facilmente identificáveis. [...] Da mesma forma, alguns estudos empíricos declaram explicitamente sua intenção de examinar determinadas questões inegavelmente

baseadas na emoção – como os efeitos que a raiva induzida desempenha na tomada de decisões – em um contexto inquestionavelmente jurídico: a sala do júri. (MARONEY, 2021, p. 64-65)

Sentimentos e emoções e outros estados afetivos são considerados capazes de distorcer juízos frios e desapaixonados, muito embora sejam exatamente as emoções do agente que melhor o equipam para o conhecimento de fatos sociais e empíricos relevantes. Justamente por conta dessa visão distorcida sobre a afetividade, volumosos códigos prescrevem regramentos processuais e normas materiais que devem/deveriam (o que cada vez mais se revela impossível) ser interpretadas “objetivamente”. Por exemplo: o que são os mecanismos de controle de constitucionalidade — tanto o difuso quanto o concentrado —, ou mesmo os embargos de divergência no âmbito recursal, ou ainda mais claramente, os famosos incidentes de resolução de demandas repetitivas, nos quais julgam-se milhares de processos no Brasil todo a partir de um único caso tornado “paradigma” na matéria escolhida. Nestes casos, podem haver particularidades sociais e psicológicas que, utilizando este procedimento jurídico, podem ser não reconhecidas.

As considerações feitas até aqui revelam que é necessário uma mudança de abordagem no que concerne às emoções no campo jurídico, visto que, com base no senso comum, as emoções atrapalham ou distorcem os processos relevantes para a objetividade interpretativa e noutros domínios jurídicos.¹⁹ Ainda, outro ponto de extrema importância é o fato de que o modelo original da didática jurídica se refere à compreensão da lei como ciência, constituindo a argumentação legal como um procedimento tão somente objetivo e racional e, dessa forma, a emoção seria justamente adversa ou contrária à razão.²⁰ A idealidade de um juiz “imparcial e neutro” promove a crença falsa e coletiva de que é possível julgar sem emoções, como se fosse possível livrar-se de toda a singularidade que determinado processo ou caso judicial provoca, deixando apenas a razão como base de atuação.

¹⁹ ISAIA, B. Cristiano. **Processo Civil e Hermenêutica: Os fundamentos do Novo CPC e a necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 99 -100.

²⁰ Ibid. p. 104-105.

1.4 COMO SUPERAR O PAPEL SECUNDÁRIO DAS EMOÇÕES NO CAMPO JURÍDICO?

Apesar da necessidade e importância do estudo das emoções no âmbito jurídico é necessário verificar os limites de uma relação adequada entre ambos: emoção e direito. Ceifar totalmente as emoções deste campo parece impossível e impensável, afinal, o direito é composto por leis, mas também por pessoas, que necessariamente são compostas por emoções. Também seria inadequado apenas levar em consideração as emoções do operador do direito, em uma decisão judicial, por exemplo. É necessário uma análise ponderada de como um “paradigma afetivo” pode ser implementado em diferentes âmbitos do direito.

Consoante referido, apesar de ainda ser pouco estudado, este assunto está presente, mesmo que indiretamente, ou sem ser percebido, em várias nuances do direito em seu cotidiano, mesmo que intuitivamente. É costumeiro ouvir nos “corredores” dos ambientes jurídicos, várias expressões e bordões eivados de emoção, quando se faz alusão a um drama judicial para se referir a um processo complexo ou, quando determinado indivíduo agride alguém eivado e motivado por emoções. Ainda, é possível referir sobre a felicidade ou a infelicidade das partes quando determinada decisão é publicada em seu processo. A ideia de que emoções rondam as atividades jurídicas é um indicador de sua importância, mas nesse trabalho nos propomos a fazer mais, a caminhar numa direção mais propositiva das emoções no Direito. Um primeiro passo nessa direção é admitir o que é evidente: o mundo jurídico está vinculado às emoções, mas queremos mostrar sua presença de maneira efetiva em alguns domínios particulares, tal como tem sido discutido e referido na literatura especializada²¹.

Como uma primeira aproximação para abordagem do tema caracterizaremos, a título de introdução da temática que será posteriormente mais desenvolvida, uma primeira aproximação ao tema vinculada à vasta obra da filósofa Martha Nussbaum que, dentre outras propostas, sugere a introdução das emoções no meio jurídico através da imaginação literária.

²¹ NUSSBAUM, Martha C. **El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y lei**. Trad. Gabriel Zadunaisky. Editora Romanyà Valls S.A., 2012; NUSSBAUM, Martha. **Equity and Mercy**. Philosophy & Public Affairs, Vol. 22, Nº 2 (Spring, 1993), pp. 83-125; STAACK, André Luiz. **A emoção como critério de decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

Nussbaum parte da constatação que o processo de tomada de decisão jurídica está sujeito a múltiplas influências, tais como como julgamentos morais, culturais, habituais e finalmente sob a influência da emoção, objeto do presente estudo. Nesse contexto, observa a importância de haver uma conduta adequada, isto é, que seja justa, especialmente e justamente em razão de os operadores do direito estarem se relacionando com indivíduos em sua completa profundidade e complexidade. E é em decorrência dessa complexidade humana, que as decisões judiciais devem ser apenas definidas por circunstâncias que envolvem, de forma síncrona, razão e da emoção. Nesse viés, a autora argumenta que a deliberação mais precisa conta com a razão, mas também se vale das emoções, em especial as racionais, como uma espécie de uniformidade de reflexão. Ademais, as emoções são consideradas maneiras de perceber²², e o modo de perceber determinado objeto é indispensável para uma avaliação precisa e objetiva do mesmo.

Em seu texto, *Justiça Poética*, Nussbaum examina obras como *Hard Times*, e a mesma refere que as emoções, essencialmente a empatia e a compaixão do leitor relativamente aos personagens de determinado obra literária, com base na imaginação, seriam primordiais para a demonstração ética e compreensível dos magistrados quando estão promovendo 'justiça', no exercício de sua função. A autora adere a palavra compaixão com a acepção de considerar que o outro indivíduo esteja vivenciando algum tipo de preocupação por ter dado razão para o mesmo. Martha²³, dedica-se à defesa da imaginação literária, enquanto catalisadora de emoções racionais, salientando suas contribuições para a racionalidade pública. Nesse sentido, o processo formativo da literatura está baseado em seu contexto moral:

[...] nas características da imaginação literária como imaginação pública, uma imaginação que sirva para guiar os juízes em seus juízos, os legisladores em seu trabalho legislativo, os políticos quando meçam a qualidade de vida de pessoas próximas e distantes. (NUSSBAUM, 2001, p. 119)

A autora evidencia que a leitura de obras literárias, sobretudo as novelas

²² NUSSBAUM, Martha. **Justicia Poética**. Barcelona: Editorial AndresBello. 1995. p. 94

²³ Id. **El cultivo de la Humanidade**. 2001.

literárias realistas²⁴, levando para além de apenas experiências agradáveis, nos permitem experienciar emoções racionais. Consequentemente, segundo Nussbaum, existe uma lista de características positivas para um juiz leitor de obras realistas, como a melhoria na forma de exercer completamente o ofício, exclusivamente no que concerne a interpretação correta e aplicação da lei como ao aperfeiçoamento da técnica argumentativa.

Dando segmento, a autora escreve sobre a importância das emoções na composição de um agente moral satisfatório. Nussbaum considera que a emoção dissolvida por obras literárias são trajetórias sensatas para a moralidade, em virtude de que as emoções são maneiras de compreender o contexto que nos circunda, visto que significam nossa própria forma de enxergar o mundo.

As emoções podem formar diretrizes interessantes no âmbito jurídico e para que efetivamente: (1) o julgador tenha uma visão abrangente e real do caso-problema; (2) conceba a real dimensão do seu sentido e importância para as partes envolvidas; (3) a emoção seja a de um espectador e não a de um participante. Implicando nos seguintes pontos: (3.1) que deve buscar compreender dedutivamente se os participantes compreenderam corretamente e reagiram de forma racional aos problemas; (3.2) que deve impedir que seu interesse pessoal em seu bem estar comprometa a análise da situação problema.²⁵

Dessa forma, o magistrado que torna-se leitor, ao ser favorecido em suas percepções emocionais, que o permitem identificar de maneira melhor os valores, não prejudica sua atribuição judicial, pelo contrário, compreende projetar a emoção como o mais adequado condutor para uma razão pública de proposta de benefício mútuo. Destarte, em síntese, segundo a autora, a literatura forma, no juiz, especialmente uma moral baseada na razão pública.

Através desse trabalho de defesa das emoções no direito desenvolvido por Nussbaum, é possível constatar que algumas emoções conseguem ser equilibradas e o acolhimento destas emoções na esfera da tomada de decisão pode direcionar os magistrados a decisões práticas mais ajustadas e pertinentes.

²⁴ Id. **Justicia Poética**.1995, p. 6-7.

²⁵ NUSSBAUM, M., 1995, p. 73.

Por fim, igualmente pode-se concluir com a autora que os operadores do direito não podem se acomodar com a justiça formal. Segundo Nussbaum, a solução apropriada se dá quando o julgador compreender o problema jurídico de forma extensiva e integral e for qualificado; mais adiante do que relativizar a sua proporção e importância para cada uma das partes envolvidas, em determinada relação jurídica, isto pode e necessita transcender a simples empatia, porém não pode de modo algum se transformar em paixão.

À luz dessas considerações preliminares e que pretenderam mostrar que uma defesa das emoções no direito não equivale à defesa da simples passionalidade ou de uma procedimentos de pensamento e atuação irracionais, nos próximos capítulos, a começar pelo tema das emoções no ato de julgar, pretende-se oferecer uma perspectiva mais concreta de domínios jurídicos em que as emoções tem forte relevância, de cujo estudo resulta um enriquecimento da ciência jurídica.

2. A PRESENÇA DAS EMOÇÕES NA LEGISLAÇÃO E NO ATO DE DECIDIR

2.1 O CENÁRIO ATUAL DAS EMOÇÕES NAS DECISÕES JUDICIAIS

As emoções aparecem em diferentes contextos do direito. Um dos contextos mais importantes e que foi objeto de estudo na filosofia do direito e filosofia das emoções é o tema da influência das emoções nas decisões jurídicas. Esse tema foi examinada por Martha Nussbaum em relação à emoção da misericórdia²⁶ e vem exercendo influência no debate até os dias atuais. Neste capítulo, o foco fundamental será apresentar e sistematizar o debate filosófico-jurídico em torno dos riscos e benefícios das emoções nas decisões jurídicas. A pergunta fundamental será: as emoções atrapalham ou são instrumentos úteis para sentenças justas?

Inicialmente, é importante registrar o que é o sistema jurídico, ou, noutras palavras, a ordem jurídica. Pode-se dizer que o ordenamento jurídico é um conjunto de normas independentes, agrupadas de acordo com um princípio unificador já consolidado, no qual o objetivo é regular a convivência social entre as pessoas. O jusfilósofo Norberto Bobbio refere como sendo:

[...] na realidade, as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si (e estas relações serão em grande parte objeto de nossa análise). Esse contexto de normas costuma ser chamado de “ordenamento”. E será bom observarmos, desde já, que a palavra “direito”, entre seus vários sentidos, tem também o de “ordenamento jurídico”, por exemplo, nas expressões “Direito romano”, “Direito canônico”, “Direito italiano” [“Direito brasileiro”], etc. (BOBBIO, 1995, p. 19)

Para o autor, o direito tem sua base e significado apropriado quando se situa na esfera do ordenamento jurídico. Dessa forma, é necessário ponderar a maneira pela qual uma norma se constitui e se torna eficiente dentro da lógica sistemática da ordem vigente. Insta referir, especificamente, que no Brasil o direito sofreu (sofre) influência da tradição jurídica Romano-Germânica, em virtude de nos utilizarmos do modelo europeu-continental, constituído majoritariamente por leis escritas, sistema do *Civil Law*, como sustentação de

²⁶ NUSSBAUM, Martha. **Equity and Mercy**. Philosophy & Public Affairs, Vol. 22, Nº 2 (Spring, 1993), pp. 83-125. Published by: Wiley-BlackwellStable URL: <http://www.jstor.org/stable/226544>

nosso sistema jurídico brasileiro. Sabe-se, assim, que a mais importante fonte do direito é a lei, da qual também se estabelece a base do ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, a influência do direito americano, regido pela sistemática do *Common Law*, isto é, de um direito como produto e fundado a partir das decisões dos tribunais, acaba por afetar profundamente a constituição da ordem jurídica brasileira, a tal ponto que vários direitos não são mais criados mediante procedimento legislativo, mas são sim, ao contrário, frutos de decisões judiciais, especialmente, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) tem julgado diversos processos indenizatórios, no âmbito do direito civil e do consumidor, com a aplicação irrefletida sobre o sentido e a concepção do fenômeno emoção. A exemplo, citam-se as ementas dos Recursos Cíveis — Apelação Cível e Recurso Inominado —, julgados, respectivamente, pela Décima Câmara Cível²⁷ e pela Quarta Turma Recursal Cível²⁸:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRESSÃO FÍSICA. POSTERIOR CONDENAÇÃO CRIMINAL POR LESÃO CORPORAL LEVE. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. **Em atenção às condições econômicas e sociais das partes, ao fato de que a demandada, no afã de proteger sua filha, acabou por agredir o autor, sob a influência de violenta emoção, bem como às demais particularidades do caso concreto, o quantum de R\$ 3.000,00 (três mil reais), acrescido de correção monetária e juros moratórios legais, se mostra razoável e proporcional.** APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70079441911, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em: 29-11-2018)

Ementa: RECURSO INOMINADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PEDIDO CONTRAPOSTO. AGRESSÃO FÍSICA E VERBAL REALIZADA CONTRA O AUTOR, MÉDICO, NO EXERCÍCIO DE SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL. **DEMANDADA QUE AGIU SOB A INFLUÊNCIA DE FORTE EMOÇÃO. DANO MORAL CONFIGURADO, QUE DEVE SER CONSIDERADO NO CONTEXTO EM QUE OCORREU. QUANTUM ARBITRADO EM R\$ 2.000,00 QUE COMPORTA REDUÇÃO PARA R\$ 500,00, EM ATENÇÃO ÀS CONDIÇÕES ECONÔMICAS E SOCIAIS DAS PARTES E AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.** PEDIDO

²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível, nº 70079441911. Décima Câmara Cível. Relator: Paulo Roberto Lessa Franz. Julgado em: 29 de nov. de 2018.

²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Recurso Cível, nº 71008510885. Quarta Câmara Cível. Relatora: Anne Vieira de Azambuja. Julgado em: 24 de maio de 2019.

Os dois precedentes acima comportam a verificação de que a “emoção”, ou melhor, “a violenta emoção”²⁹ constitui um fator jurídico decisivo para redução do *quantum* indenizatório dos danos morais fixados pelo juiz(a) de primeiro grau. Isso evidencia, inquestionavelmente, a relevância da presente discussão, posto que os Tribunais brasileiros — e poderiam ser citados muitos outros casos —, aplicam e usam a “emoção” como critério de decisão mesmo sem qualquer fundamento para o que seria, de fato, o fenômeno emocional.

Nesse viés, é possível constatar que o legislador, ao reduzir a pena de quem comete o crime de matar alguém por violenta emoção e, neste caso, é necessário que cometa o ato de imediato após o estímulo da vítima, se dá pelo fato de que o praticante no momento do delito perde a capacidade de discernimento da realidade. Acontece, que as emoções são fenômenos bem mais complexos do que estados involuntários e que “tomam conta” de agentes. O que são emoções? Tratam-se de processos violentos e que irrompem, tal como supõe-se na legislação? As respostas oferecidas tanto pela filosofia, quanto pelas ciências afetivas é que emoções são estados psicológicos episódicos, que podem atingir picos ou situações ápice, como, por exemplo, uma reação vigorosa e violenta, conforme previsto na legislação que considera a “violenta emoção”. No entanto, emoções podem ser mais do que impulsos episódicos. Elas também podem ser alimentadas por crenças e ideias fixas, frequentemente repetidas. O ódio racial, por exemplo, não parece uma emoção indiferente a crenças alimentadas sistematicamente. Como, então, julgar emoções considerando essas complexidades? Esse ponto, amplamente presente nas lides jurídicas, merece ser amplamente discutido. Na próxima seção, no entanto, abordarei a relação entre emoção e decisão judicial desde

²⁹ O adjetivo “violenta” que colore a “emoção” do privilégio (violenta emoção) tem o condão de potencializar o sentimento: é extremo sentimento, é sentimento elevado, intensificado, amplificado. Um sentimento potencializado (a violenta emoção) se torna facilmente sujeito dominante na relação de subjetividade estabelecida entre coisa/sentimento e ser humano/coisa. Acesso em 30 ago. 2022. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/648691170/violenta-emocao#:~:text=Sentimento%20que%20domina%20tamb%C3%A9m%20aniquila,sentimento%20elevado%2C%20intensificado%2C%20amplificado.>

outro ângulo, ou seja, desde a forma como as emoções interagem na decisão judicial pessoal do juiz, tal como o tema foi discutido por Martha Nussbaum.

2.2 AS DECISÕES JUDICIAIS E AS EMOÇÕES NA PERSPECTIVA DE MARTHA NUSSBAUM

Neste capítulo a relação entre emoção e direito será abordada desde a perspectiva de como as emoções atuam nas decisões, particularmente como o excesso de rigor em oposição à presença de misericórdia pode prejudicar os propósitos da justiça. O tema foi discutido num artigo famoso chamado *Equity and Mercy* de Martha Nussbaum³⁰.

Nussbaum inicia sua abordagem das emoções na justiça explorando paralelos entre a noção de justiça como (*diké*) e como equidade (*epieikeia*). A *diké* pode ser entendida como uma forma de justiça retributiva, centrada na ideia de retribuição compensatória por danos sofridos, fundada numa retribuição rígida e estável entre as partes. É assim, por exemplo, que se entende que no cosmos cada coisa (como o inverno e o verão) tem “sua própria esfera”, “sua devida representação na esfera das coisas”, de tal maneira que “invasões” ou “usurpações” devem ser ajustadas numa simetria que corrige as distorções reconhecidas. No plano prático, das ações humanas, quando há algum tipo de erro ou dano, a *diké* aparece como uma lei ou justiça como retribuição determinada, que faz com que cada má ação seja compensada com algum sofrimento correspondente. A *diké* tem, portanto, uma face dura, que dá pouca atenção as circunstâncias dos crimes, exprimindo um sentido de justiça rígido e preso às esferas de cada um. Como afirma Nussbaum, colocando lado a lado elementos naturais e a tragédia de Édipo:

O mundo da *dike* estrita é um mundo áspero e simétrico, no qual ordem e design são preservados com clareza excepcional. Depois do verão vem o outono, depois do outono vem o inverno, depois do dia vem a noite; o fato de Édipo ter agido por ignorância é tão irrelevante para *dike* quanto o fato de que o inverno chegou na ignorância de seus crimes contra o verão. É um mundo no qual os deuses estão em casa, e no qual os mortais freqüentemente passam mal (NUSSBAUM, 1993, p.88).

³⁰ NUSSBAUM, Martha. **Equity and Mercy**. Philosophy & Public Affairs, Vol. 22, Nº 2 (Spring, 1993), pp. 83-125. Published by: Wiley-BlackwellStable URL: <http://www.jstor.org/stable/226544>.

Já na justiça pensada como equidade há dois aspectos fundamentais: “a capacidade de julgar de forma a responder com sensibilidade a todas as particularidades de uma pessoa e situação, e a “inclinação da mente” em relação à clemência na punição, ou seja, há uma tendência tanto à compreensão das particularidades, quanto de mostrar misericórdia (NUSSBAUM, 1993, p.85-86). A *epieikeia* não é “áspera e simétrica”, seguindo linhas gerais pré-dadas sem atenção às particularidades. “*Epieikeia* é uma arte suave de percepção particular, um temperamento mental que se recusa a exigir retribuição sem entender toda a história” (NUSSBAUM, 1993, p.92). Como Nussbaum afirma referindo-se à punição dolorosa infringida a Édipo que teve seus olhos arrancados por um *diké* indiferente, a *eipikeia* “responde a demanda de Édipo vendo-o como a pessoa que ele é” (1993, p. 92).

Da perspectiva da equidade, Édipo não é alguém que cometeu incesto e que, por isso, merece uma punição inteiramente proporcional ao crime de matar seu pai e esposar sua mãe. No mundo de *eipikeia*, a ignorância que envolveu os atos de Édipo, suas motivações não-maliciosas, a má sorte e todos os demais componentes (sua dor) que envolvem a ação e situação são consideradas. Ou seja, o mundo da *epieikeia* ou equidade, ao contrário, é “um mundo de esforços humanos imperfeitos e de obstáculos complexos para fazer o bem, um mundo no qual os humanos às vezes fazem coisas erradas deliberadamente, mas às vezes também cometem tropeços por ignorância, paixão, pobreza, má educação ou circunstâncias restrições sociais de vários tipos” (NUSSBAUM, 1993, p.91).

A associação da *epieikeia* com uma forma de decisão particularizada, que termina considerando os contornos da ação, já permite pensar em decisões mais suaves ou misericordiosas. Esse ponto é fundamental para compreender como as emoções atuam, segundo a abordagem de Nussbaum, na geração de decisões justas. Sua indicação do papel das emoções não resulta numa concepção segundo a qual as demandas da justiça dura e fria associadas à *diké* devam estar separadas da atenção às particularidades, motivos e história que se encontram enfatizadas na *eipikeia*. Ela defende uma concepção da decisão justa que incorpora à justiça retributiva os *insights* da equidade. A articulação desse aspecto envolve uma exploração longa em torno da abordagem da justiça em Platão e, especialmente, em Aristóteles e Sêneca. Para nossas finalidades, convém enfatizar o modo como a compatibilidade entre os dois modelos de

justiça é articulada e como as emoções participam da construção da justiça.

Podemos apresentar essa ideia em duas partes: a primeira está associada com a capacidade de “julgar com” a pessoa sob julgamento. Tomando o exemplo de Édipo, para perceber o particular com precisão, deve-se “julgar com” o agente que cometeu o alegado erro ou ofensa. É preciso ver as coisas do ponto de vista dessa pessoa, pois só então se começará a compreender quais os obstáculos que a pessoa enfrentou enquanto agia. Nesse sentido, busca-se uma “discriminação correta” para se alcançar o equitativo. A deliberação por regras gerais da *diké*, por sua vez, aparecem limitadas e vagas, devendo ser completadas com a reflexão que leva em conta o particular. Como Nussbaum explica, fazendo referência a Aristóteles:

Aristóteles recomenda a atenção precisa às circunstâncias da ofensa e do infrator, tanto na apuração da existência ou não de culpa quanto na avaliação da pena, se houver. Ele está preparado para deixar as pessoas fora de perigo se pode ser demonstrado que seu erro não é intencional, ou julgá-los mais levemente se for o resultado de algo menos do que uma maldade totalmente deliberada. Mas o objetivo disso é separar os culpados total e verdadeiramente daqueles que superficialmente se assemelham a eles. Com efeito, recebemos uma classificação mais precisa dos delitos, classificação que leva em conta a intenção e o motivo. Mas uma vez que uma ofensa particular é corretamente classificada, o infrator é punido exatamente na proporção ofensa. (NUSSBAUM, 1993)

A equidade não entra em conflito com a *dike*. Ela apenas mostra que a lei deve guardar atenção ao particular e se inclinar na direção da misericórdia, um ponto que é especialmente enfatizado por Sêneca, mais do que Aristóteles. A dimensão emocional da equidade aparece através do componente emocional de simpatia pelo alvo da deliberação, o qual é frequentemente descrito usando termos como a necessidade, para o julgamento justo, da presença de uma “compreensão compassiva” ou “gentil”, que resulta num abrandamento das penas e punições, formulada como *clemência ou misericórdia*. O movimento explicativo que resulta na defesa da misericórdia é desenvolvido por Nussbaum em conexão com o estoicismo romano de Sêneca. Nussbaum procura mostrar que a misericórdia ou clemência coincide com a justiça, pois se olharmos os danos sofridos com as atitudes típicas da tradição retributiva da justiça, isto é, se fixamos uma pena exatamente proporcional à natureza do delito específico, então nunca conseguiremos no final chegar às punições justas. A saída oferecida

por Sêneca é que devemos "cultivar a humanidade" ou "perdoar a espécie humana". É esta atitude que ele agora chama pelo nome de misericórdia ou clemência, uma atitude que tem claros contornos emocionais, pois envolve um olhar compassivo com o ofensor. Como afirma Nussbaum:

Rejeitando a austeridade e o rigor do estóico grego, ele faz de uma atitude participativa simpática central à norma do bom julgamento. A clemência de Sêneca não deixa de julgar as transgressões; isso é continuamente ressaltado. Sêneca não sustenta que as circunstâncias da vida humana eliminem a responsabilidade moral e legal por maus atos. [...] A clemência é uma "inclinação da alma à brandura na aplicação de penalidades", e também, "aquilo que transforma seu curso fora deste lado do que poderia ser determinado com justiça. [...] A juíza misericordiosa não deixará de julgar a culpa do ofensor, mas também verá os muitos obstáculos que esse ofensor enfrentou como membro de uma cultura, de um gênero, de uma cidade ou país e, sobretudo, como membro da espécie humana, enfrentando os obstáculos característicos da vida humana em um mundo de escassez e acidentes. O ponto de partida é uma visão geral da vida humana e suas dificuldades, mas a busca de fatores atenuantes deve ser sempre minuciosamente particular. (NUSSBAUM, 1993)

Ou seja, a predisposição da equidade é com a mitigação das exigências da lei estrita em determinado caso concreto, a ser decidido por um magistrado, por exemplo, e não com o seu agravo. Dessa forma, a equidade serve como solução à injustiça que poderia ser causada pela aplicação estrita da lei, na medida que leva em conta as particularidades, numa forma de compreensão compassiva chamada de misericórdia ou clemência (*mercy*).

Nussbaum³¹ refere que o enigma central, encontra-se na conexão singular entre o julgamento situacional adequado e a misericórdia. Nesse ponto ela se afasta das abordagens jurídicas contemporâneas centradas em teorias retributivas ou em teorias da dissuasão que pouco ou nada consideram de fatores subjetivos envolvidos nos crimes e ofensas³². Alguém pode considerar que um julgamento que alcance todos os detalhes da situação, de maneira correta, estabelecer o nível de atenuantes e agravantes, às vezes alto, às vezes baixo, de acordo com o que a situação demanda. Uma teoria jurídica centrada na retribuição ou na detenção não permitirá esse tipo de discriminação ligada à particularidade e misericórdia, tal como enfatiza Nussbaum. No caso de o

³¹ NUSSBAUM, Martha. **Equity and Mercy**. Philosophy & Public Affairs, Vol. 22, Nº 2 (Spring, 1993), p. 87.

³² Esse aspectos são discutidos de maneira mais rápida no artigo em conexão com as visões de juristas ou filósofos do direito como Scalia, Holmes e Posner (Nussbaum, 1993, p. 120 e ss)

juízo ser uma definição de penalidades, eventualmente determina uma penalidade pesada e por vezes leve, de novo, como a situação exige. Assim sendo, se o juízo ou a pena equitativa estão sendo comparados com um princípio geral impulsionado antecipadamente, para se adaptar a um grande número de circunstâncias, como geralmente acontece, então é plausível esperar que o equitativo por vezes será mais brando do que a generalidade da lei, porém, ocasionalmente, pode ser mais duro.

A justiça buscada, que combina punição (*diké*) e equidade (particularidade e misericórdia), não é assim composta pela aplicação das leis e/ou regras de forma rígida e inflexível, por vezes caracterizada como a “cura do mal com o mal”³³. A justiça sem o olhar clemente, alheia aos detalhes, torna-se raivosa e severa, devido à ausência de conformidade com os detalhes. Fazendo referência ao romance de Andrea Dworkin, que apresenta uma personagem que espanca e mata homens com golpes de caratê como vingança pelos abusos sofridos, Nussbaum chama a atenção para a importância da atenção às singularidades para evitar punições compensatórias genéricas e desproporcionais.

[...] Muitas vezes o ofensor original não está mais no local, ou é inacessível à vítima e, no entanto, o equilíbrio ainda precisa ser corrigido. O que acontece então é que um alvo substituto deve ser encontrado, geralmente algum membro da família do infrator. Os crimes de Atreu são vingados contra Agamenon, a ofensa de Agamenon pesa sobre Orestes. A lei que "o fazedor deve sofrer" torna-se, nesta concepção de justiça como retribuição, a lei que para cada má ação algum substituto para o autor deve sofrer; e, como o narrador de Andrea Dworkin, se um homem estuprou Andrea; então outro homem receberá um golpe mortal de caratê. A substituição é geralmente justificada através de uma noção intuitiva de que o verdadeiro infrator é "do grupo X" ou "da casa X", ou, na versão de Dworkin, "do gênero X". (NUSSBAUM, 1993, p. 89-90)

Assim sendo, na justiça como equidade não se busca retribuição ou apenas dissuadir o criminoso, mas atenção aos detalhes e ao particular, um olhar da perspectiva do outro que é acionado pela simpatia e compaixão. Nessa perspectiva, para uma decisão justa e equilibrada, o excesso de frieza ou dureza prejudicam a justiça. Nussbaum entende que as falhas no sistema jurídico serão cada vez mais frequentes em casos de não consideração de fatores subjetivos e circunstanciais.

³³ Ibid., p. 87.

O ponto central, contudo, é que somente a juíza dotada da emoção da misericórdia será capaz de assumir a perspectiva adequada na avaliação dos motivos e as nuances de determinado delito e fixar a pena de forma equilibrada. Sua abordagem oferece, nesse sentido, uma boa mostra de como ser justo nas decisões envolve ter uma dose certa de emoção, coisa que as teorias jurídicas tradicionais parecem simplesmente desconsiderar. A misericórdia, *clementia*, opõe-se, nesse sentido, tanto ao rigor em exigir penalidades e também à raiva retributiva, pois esse rigor realmente está muito perto da raiva no coração. Citando Sêneca ela observa que: "É errado punir uma falta integralmente" (NUSSBAUM, 1993, p.102).

À luz dessas considerações, fica claro que as decisões e julgamentos do sistema jurídico contemporâneo não possuem disposições emocionais adequadas, que são ilustradas até aqui a partir da abordagem neoaristotélica e neoestóica de Nussbaum. No entanto, ela julga que o modelo pode ser relevante para pensar a ciência jurídica, particularmente a partir da divisa entre a pretensão de dissuasão, caso em que a punição visa afastar o potencial criminoso do desrespeito às regras legais, e a pretensão da equidade, que consistem em buscar punições que convém ao agente.

Nesse sentido, o juiz misericordioso não se movimenta por um retributivismo brutal que negligencia a complexidade humana e nem mesmo por uma visão de dissuasão que trata as pessoas como meios para os fins da sociedade, no sentido que a lei existe para desestimular às pessoas ao crime, agregando o bom e mau sem considerar o que é apropriado para cada um. A visão de dissuasão, que Nussbaum associa a Holmes e Posner, desconsidera as particularidades de motivo, intenção e história, em seu tratamento das pessoas como detentores de lugar em um cálculo social ou cósmico. No lugar do retributivismo puro e da dissuasão ela propõe uma visão centrada na misericórdia, que não precisa negligenciar questões de dissuasão, mas ela está acima de tudo comprometida com um escrutínio empático da vida individual e da sua sorte, inclusive no cometimento de crimes.

2.3 PRECEITOS ENTRE A LEGISLAÇÃO E O ATO DECISÓRIO

A partir dos aspectos discutidos anteriormente, fica claro que há

implicações significativas nas emoções do juiz no momento de fixar determinada pena. Não há, nesse sentido, uma necessária desconexão entre a objetividade da decisão e a emoção. Uma decisão pode ser justa e objetiva dependendo de qual emoção estiver presente no julgamento. Esse é um ponto que tem sido bastante enfatizado nos estudos de psicologia moral. Na moralidade, tem sido enfatizado que certas formas de ser justo e objetivo dependem de se ter um olhar amoroso sobre as situações e pessoas que são consideradas. Martha Nussbaum oferece um exemplo prático de como essa ideia pode ser aplicada ao direito considerando a emoção da misericórdia ou piedade. Sendo assim, verifica-se que Portalis³⁴, na defesa da impossibilidade da utilização da subjetividade como forma de obstruir alguma adversidade na sociedade, desconsidera a relevância das emoções. Como ele diz, há uma ilegitimidade de fatores subjetivos como vontade ou impulsos, que tomo aqui como representativo de uma crítica às emoções:

Devemos saudar o fato de que a necessidade de que se acha o juiz de instruir-se, de investigar e de aprofundar nas questões que são ofertadas a ele não pode o fazer esquecer jamais que há coisas que pertencem ao arbítrio de sua razão, nenhuma depende meramente de seu capricho ou de sua vontade. (PORTALIS, 2014, p. 14)

De outro norte, posição similar também é apresentada por Karl Von Friedrich Savigny³⁵, embora já reconhecendo a importância de fatores socio-históricos. Savigny³⁶ considera a lei como princípio básico para dar remessa a qualquer trabalho interpretativo. E para que seja verossímil e efetivo, segundo o mesmo, era indispensável concebê-la em três parcelas, ou seja: uma lógica, outra gramatical e por último, mas não menos importante, a parcela histórica. Quanto a parcela lógica o autor refere que: “[...] na apresentação do conteúdo da Lei na sua origem, o que apresenta a relação das partes entre si”, no que tange a segunda “[...] uma condição necessária da lógica”; a última, dispõe sobre a necessidade de se “[...] conhecer as condições históricas para captar o pensamento da lei”³⁷.

³⁴ PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discurso preliminar sobre el proyecto de código civil**. 2014.

³⁵ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. p. 56. 1946.

³⁶ Ibid., p. 8-9.

³⁷ SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la**

É importante destacar que o magistrado tem como dever unicamente identificar as normas e aplicá-las no caso concreto, sendo que tais normas já estão pré-estabelecidas pela ciência jurídica. Dessa maneira, o Juiz além de ter o título de jurista, tem mais um papel que é a de separar, ou melhor, excluir a arbitrariedade que eventualmente venha a calhar, uma vez que é o que a lei prevê, sendo assim a singular incumbência do magistrado é apenas a de uma perspectiva puramente lógica. Ainda sobre Savigny, o autor Karl Larenz³⁸, refere que o mesmo vê o sistema jurídico unicamente como um conjunto de preceitos e regras jurídicas que se esbarram entre si num tal encadeamento lógico que os preceitos especiais se mostram germinando de variadas diretrizes, as quais são capazes de serem admitidas.

Apoiado no pensamento dos autores acima mencionados, é lícito afirmar que a teoria jurídica, embora admita, na aplicação da lei, fatores socio-históricos, de papel interpretativo e contextual, tem avançado pouco para capturar aspectos emocionais como aqueles que Martha Nussbaum indica em relação à dose adequada de misericórdia e outros domínios em que o direito e essa mesma emoção mostram-se entrelaçados. No próxima seção darei continuidade a esse mesma perspectiva buscando mostrar como as emoções também estão presentes não só no ato de julgar, mas também na criação e consideração da legitimidade das leis.

2.4 A INFLUÊNCIA DAS EMOÇÕES NA APLICAÇÃO DAS LEIS: A PRESENÇA DO NOJO E A VERGONHA

A presente sessão tem como principal objeto a elucidação das emoções dentro do contexto jurídico, no que concerne as decisões judiciais e nas legislações. Neste tópico, será abordado alguns aspectos das leis sobre a perspectiva de Martha Nussbaum, baseado em seu livro *El Ocultamiento de lo Humano. Repugnancia, vergüenza y lei*³⁹, (versão em inglês *Hiding From Humanity: Disgust, Shame, And The Law*⁴⁰) que tem como proposta principal o

ciencia del derecho. p. 56. 1946, p. 9-10.

³⁸ LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** p. 18.

³⁹ NUSSBAUM, Martha C. **El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y lei.** Trad. Gabriel Zadunaisky. Editora Romanyà Valls S.A., 2012.

⁴⁰ NUSSBAUM, Martha C. **Hiding From Humanity: Disgust, Shame, And The Law.** Princeton and Oxford: Princeton University Press. 2004.

deslindamento das legislações relacionado com as emoções, trazendo nuances principalmente, do nojo, repugnância e da vergonha. A obra é a persistência de uma reflexão explícita sobre as emoções humanas mais repugnantes e uma exploração de seu lugar no ambiente das legislações.

A partir da abordagem da autora, é possível perceber que há emoções e que é necessário criar um olhar mais apurado, por parte dos operadores do direito, à emoções que por muitas vezes podem ser sombrias como a vergonha e a repulsa, principalmente no âmbito das legislações. Os óbices da vergonha e repulsa surgem em todos os lugares em que é possível observar a degradação e a humilhação presente na lei. O uso de tais meios para a punição de um ofensor, expõe inquietações profundas.

A corrente que é adotada pela autora segue a linha de que parte de ter um todo e uma personalidade saudável é desfrutar de uma vida emocional rica, ou seja, não considerar as emoções ou as difamar seria um equívoco, uma vez que as emoções não devem ser concebidas como instintos fisiologicamente programados ou subracionais. Porém, também é possível constatar que a autora considera, que mesmo devendo dar maior importância aos elementos emotivos, não significa dizer que todas são de natureza boa ou positiva, ou seja, não é necessário render-se exclusivamente às emoções, mas sim de avaliá-las e conseqüentemente as dominar. A análise, orientada nesse caso particularmente para as emoções da vergonha e do nojo ou repulsa, revela que existem outros filósofos do direito como Lord Devlin, William Miller e Dan Kahan, que referem que o nojo e a repugnância devem ser levados em consideração nas legislações:

La repugnancia es igualmente poco clara en teoría. La apelación a la repugnancia en la ley tiene su defensa más famosa en *The enforcement of morals* de Lord Devlin (1965), un influyente trabajo del pensamiento político conservador. Devlin sostiene que la repugnancia de los miembros corrientes de la sociedad (el "hombre en el ómnibus de Clapham") nos da un fuerte motivo para ilegalizar un acto, aunque no cause daño a terceros. Argumenta que esto es así porque la sociedad no puede protegerse sin hacer leyes en respuesta a las reacciones de repugnancia de sus miembros, y toda sociedad tiene derecho a preservarse. Más recientemente, el teórico del derecho William Muller (1987), quien aparentemente no coincide con Devlin respecto de algunas cuestiones políticas concretas, apoya, no obstante, en términos generales, su línea de razonamiento al expresar que el odio que siente una sociedad respecto del vicio y de lo que es impropio necesariamente incluye la repugnancia y no puede sostenerse sin ella. Pero también se le ha reconocido un rol significativo a la repugnancia desde un punto de vista que, si bien es

comunitarista, se define a sí mismo como "progresista". En su artículo "The progressive appropriation of disgust", Dan M. Kahan (1999a) sostiene que una sociedad liberal preocupada por la erradicación de la crueldad, tiene que construir el derecho sobre la base de la repugnancia. Kahan anuncia que su objetivo es "redimir la repugnancia a los ojos de quienes valoran la igualdad, la solidaridad y otros valores progresistas. No debemos ceder el "capital retórico poderoso de ese sentimiento a los reaccionarios políticos" sólo porque los defensores más destacados de la repugnancia a menudo la utilizaron para defender conclusiones que parecen reaccionarias desde una perspectiva liberal. (NUSSBAUM, 2014, p. 17)

Nussbaum, assim como os autores indicados, tem como uma de suas premissas principais o fato de que as emoções importam em toda a nossa vida, incluindo também na vida jurídica e das leis. Assim como na abordagem da misericórdia previamente discutida, é possível verificar que ela quer deslocar qualquer proposta de que a lei precise ser pautada apenas numa justiça centrada na aplicação das penas que desconsidere elementos subjetivos com poder atenuante ou agravante. No caso da legislação, contudo, sua abordagem das emoções caminha na direção de uma crítica da presença do nojo e da vergonha no direito. Em síntese, é necessário percorrer pela linha tênue entre emoções satisfatórias e não satisfatórias na lei, conforme pode-se verificar:

Kahan anuncia que su objetivo es "redimir la repugnancia a los ojos de quienes valoran la igualdad, la solidaridad y otros valores progresistas". Una reacción posible frente a esta situación confusa es decir que las emociones son irracionales de todos modos, y es siempre un error tomarlas demasiado en cuenta al construir normas legales. [...] Este lugar común, a algo similar, ha sido avalado por algunos teóricos liberales del derecho en respuesta a las apelaciones a la emoción que acabo de analizar. [...] Si adoptamos una línea tan general, aparentemente obviamos el debate teórico y práctico, aunque no resulta demasiado claro cuál será el resultado de ello para muchas prácticas firmemente establecidas. Pero este atajo es erróneo. En primer lugar, el derecho sin apelación a la emoción es prácticamente impensable. [...] el derecho, por lo general, toma en cuenta el estado emocional de las personas. El estado de la mente de un criminal es un factor muy importante en la mayor parte del derecho penal. El estado mental de una víctima (de violación, chantaje, etc.) también suele ser relevante para determinar si se cometió un delito y, si es sí, cuál es su magnitud. En sentido más profundo, es difícil entender la razón de muchas de nuestras prácticas legales a menos que tomemos en cuenta las emociones. (NUSSBAUM, 2014, p. 17-18):

Segundo a autora, as emoções desempenham papel imprescindível na legislação. Ocorre que em virtude de não haver lei sem emoções, torna-se indispensável especificar as emoções certas das erradas, e os maiores perigos

estão na vergonha e no nojo, tais emoções costumeiramente não logram êxito em proporcionar boa orientação para desfechos políticos e sancionadores como as leis.

Para Nussbaum, vergonha e nojo são emoções profundamente perigosos e instáveis, pois em síntese, tem como escopo o “ocultamento do humano”, uma vez que são o resultado do desalento com o próprio corpo e sua animalidade. Com isso, conseqüentemente, provém o desconforto com a sexualidade das mulheres, e dos homens que se envolvem em relações homossexuais, visto que estes grupos de pessoas são prontamente consideradas julgadas muitas vezes como sendo “sujas”. Nesse sentido, Martha Nussbaum refere:

A veces, sirve como el motivo principal, o incluso el único, para ilegalizar ciertos actos. Así, la repugnancia del lector o del espectador es un aspecto primario de la definición de materiales obscenos bajo las actuales leyes de obscenidad. Se han utilizado argumentos similares para sostener la legalidad de relaciones homosexuales entre adultos por consentimiento mutuo [...] Tampoco en este caso parece haber una contradicción real, dado que la repugnancia de un observador obviamente es diferente de la de un perpetrador. Parece coherente sostener que la ley debe proteger a los ciudadanos de lo que les repugna y, al mismo tiempo, que la repugnancia abrumadora puede servir como factor atenuante en el caso de un acto violento. De todos modos, los casos aún nos dejan confundidos en alguna medida respecto de cuál es realmente el papel de la repugnancia y por qué debecumplir el rol que cumple. (NUSSBAUM, 2014, p. 15)

Sendo assim, a vergonha e o nojo são emoções geralmente sentida por indivíduos que ainda não comandam sua própria existência animal, dessa forma, são pessoas com características negativas na administração de si mesmas, que Nussbaum demonima como aqueles que cominam em vergonha. A vergonha é deliberada normalmente àqueles que são considerados inferiores, já o nojo é assentido em relação aos inferiores. Geralmente estes tipos de emoções se manifestam por meio da subalteridade de pessoas e/ou grupos de indivíduos, fundamentados no modo de vida que este possuem. Desse modo, corresponder tais emoções é, por conseguinte, extremamente insurgente aos conceitos de igualdade e dignidade no qual a sociedade moderna é baseada. Ademais, existem ainda os riscos no caráter hierárquico destas emoções, que são particularmente explícitas ao defender a repulsa aos homossexuais, por exemplo. E esses inúmeros inconvenientes, segundo Nussbaum, estão relacionados a uma lacuna na condição de de raciocínio moral correlacionado à

vergonha e ao nojo.

Diferente das emoções de compaixão e misericórdia, que são consideradas positivas no contexto da legislação pública e nas decisões, a vergonha e o repulsa estão sempre relacionadas a pessoas e de modo algum aos atos ou a conduta e atuam desprezando, afastando ou infamando o indivíduo objeto da atuação, fundamentando-se na denegação da paridade da dignidade dos outros. Isso porque a vergonha e a repulsa questionam a personalidade daqueles que são penalizados. Com isso, é necessário que seja rejeitado o uso de vergonha e repugnância na lei, uma vez que suas intervenções sociais refletem riscos para uma sociedade justa, precisando ser retidos do gerenciamento dos problemas sociais.

Nussbaum, está particularmente consternada com os comportamentos associados à homossexualidade, movida pelo fato de que existe um espécie de espírito de repulsa completamente desapropriado e desumano, em relação a situações relacionada a este tema. O direito não pode ser considerado como uma condição de governar as pessoas cujas psiques são naturalmente concebidas e espontaneamente manipuladas. O direito é um empreendimento que envolve escolhas morais, o que significa que é possível decidir que certas ferramentas, não importam quão potencialmente são eficazes, não devem ser usadas. Esse parece ser seu veredicto em relação à vergonha e repulsa.

Ademais, é relevante destacar que ela discute como a repugnância tem sido usada para excluir certo tipo de legislação e que a vergonha aparece nas punições humilhantes, que são enfrentadas como um desafio devastador de exposição pública, utilizando os seguintes exemplos para elucidar:

En California, un juez ordena a un hombre condenado por robo a usar una camisa con la leyenda "Ladrón en libertad condicional". En Florida, a los conductores condenados por manejar en estado de ebriedad se les exige pegar calcomanías en sus paragolpes que dicen "Condenado por conducir bajo la influencia del alcohol". Se ha autorizado el uso de calcomanías similares en otros estados, como Texas y Iowa. Penalidades como éstas, que consisten en avergonzar em público al que delinque, son cada vez más comunes como alternativa a las multas y al encarcelamiento. (NUSSBAUM, 2014, p. 13)

Deste modo, é presumível perceber que a repulsa atua de maneira complexa, sendo que por vezes pode servir como principal (ou o única) razão para tornar alguns atos ilegais e passíveis de punição, dessa forma, a repulsa

do leitor ou do espectador é um entendimento primário da identificação de instrumentos obscenos das leis atuais. Neste ínterim, alguns argumentos semelhantes a estes vem sendo utilizados para preservar a legalidade de relacionamentos homossexuais consensuais entre adultos, dentre outros assuntos, sobre isso, a autora refere:

[...] deberían ser ilegales, se sostiene, porque el "hombre medio" siente repugnancia cuando piensa en ellas. Se utiliza para justificar la criminalización de la necrofilia y se ha propuesto como motivo para prohibir la clonación humana. Asimismo, la repugnancia también se ha considerado como um factor agravante en actos ilegales por otros motivos: la repugnancia del juez o el jurado por un asesinato puede ubicar al acusado en una clase de criminales particularmente horribles. Por otro lado, esta emoción también cumple el rol de atenuar la culpabilidad. Si bien Stephen Carr fracasó en su intento por lograr una atenuación basada en su repugnancia y fue hallado culpable de asesinato en primer grado, otros delincuentes han logrado atenuar sus culpas con una defensa similar (mison, 1992). (NUSSBAUM, 2014, p. 15)

A partir disso, é possível concluir que o argumento abordado pela autora durante o percurso da obra é extremamente relevante e necessário para o debate entre as emoções e o direito, sobretudo no que concerne as leis, a repulsa, nojo e vergonha, porém, esse argumento não é tão simples de ser transposto para a política legal. É necessário reconhecer que sempre haverá algum elemento inevitável de vergonha e estigmatização na lei, especialmente no que se refere ao direito penal. Aqueles que praticam atos ilegais, não devem ser protegidos integralmente. Os criminosos não podem ser completamente protegidos da exposição que tais atos tem como consequência, isso se dá pelo fato de que em alguma ocasião, o interesse público em ser informado sobre a possível criminalidade deve superar o interesse do infrator em ser protegido da exposição. Mas, por outro lado, há pouco lugar na lei para buscar humilhação associada à vergonha e às visões degradantes, que estão mais associadas com preconceitos sociais e fobias sociais, facilmente capturadas pelo nojo moral.

Em síntese, isso quer dizer que as autoridades legais, não podem empenhar-se somente no bem estar do infringente e tampouco levar excluir os princípios da dignidade e imparcialidade que escapam de sentimentos e emoções demasiado manipuláveis, como o nojo e a vergonha. No que se refere à repulsa em relação aos homossexuais, Nussbaum declara que a igualdade

formal não é o suficiente neste caso, tendo em vista que alguns grupos de pessoas suportam mais barreiras do que outras para alcançar uma condição mínima de existência, sendo necessário que seja feito mais por essas pessoas e o nojo, valorizado por autores como Kahan e Miller, parece caminhar na direção contrária. Por fim, é possível concluir que Nussbaum tem como premissa examinar as circunstâncias institucionais e de desenvolvimento para a sustentação de um respeito liberal pela igualdade humana.

3. AS EMOÇÕES NO DIREITO NA PERSPECTIVA DE TERRY MARONEY

3.2 UMA ABORDAGEM ANALÍTICA DA CORRELAÇÃO ENTRE DIREITO E EMOÇÃO NA PERSPECTIVA DE TERRY MARONEY

Terry Maroney refere que 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, não se desconsidera a afiada dicotomia razão *versus* paixão e o quanto se relaciona à questão acerca de como os argumentos persuadem⁴¹ ou formam a convicção, bem como a crença que a emoção não desempenha um bom papel no raciocínio jurídico, que, inclusive, teve um poderoso, e às vezes pernicioso, efeito na educação dos juristas.⁴² A autora desenvolveu uma tabela⁴³ baseada nas doutrinas e conteúdos sobre direito e Emoção, no qual denominou como sendo “abordagens analíticas sobre a correlação entre direito e emoção”, conforme veremos logo abaixo.

A tabela desenvolvida por Maroney visa indicar diferentes sentidos em que as emoções e o direito podem ser relacionados, considerando as diferentes disciplinas do direito, seus conteúdos específicos, da mesma forma, exemplificando e explicando conceitos relevantes para que os operadores do direito tenham maior facilidade no entendimento desta relação entre as emoções e o mundo jurídico.

Ademais, é importante destacar que cada uma das abordagens estão interligadas entre si, porém cada uma delas possui uma base primária, devendo ser explorado o essencial bem como a função de cada uma, conforme será abordado. No que segue, apresento a tabela e, em seguida, comentarei cada um de seus aspectos fundamentais.

⁴¹ 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.

⁴² Id. **Repression and denial in criminal lawyering.** Buffalo Criminal Law Review, n. 9, p. 339-389, 2006.

⁴³ Ver em: MARONEY, Terry A. **Direito e Emoção: Proposta de taxonomia de um campo emergente.** Trad. por Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco, editores-chefe da RED|UnB. O texto original foi publicado no ano de 2006 em “Law and Human Behavior, Vol. 30, pp. 119-142, 2006, NYU Law School (DOI:10.1007/s10979-006-9029-9). Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília; 19ª edição, 2021. Tabela 1: Abordagens analíticas ao Direito e Emoção, P. 68.

Abordagem analítica da emoção e análise jurídica	Principais características
Abordagem Centrada na Emoção	Analisar como uma determinada emoção é, pode ser ou deve ser refletida no Direito
Abordagem do Fenômeno Emocional	Descrever um mecanismo pelo qual a emoção é experimentada, processada ou expressa, e analisar como esse fenômeno emocional é, pode ser, ou deve ser refletido no Direito
Abordagem da Teoria da Emoção	Adotar uma teoria (ou teorias) específica de como as emoções podem ser abordadas ou compreendidas, e analisar como essa teoria é, pode ser, ou deve ser refletida no Direito
Abordagem da Doutrina Jurídica	Analisar como a emoção é, pode ser ou deve ser refletida em uma determinada área da doutrina jurídica ou tipo de determinação legal
Abordagem da Teoria do Direito	Analisar as teorias da emoção contidas ou refletidas dentro de uma abordagem teórica particular do Direito
Abordagem do Ator Jurídico	Examinar como o desempenho da função jurídica atribuída a determinado ator jurídico é, pode ser ou deve ser influenciado pela emoção

Doravante, passarei a descrever cada um dos itens indicados pela autora, de modo a tornar compreensível de forma mais detalhada os itens que Maroney julgou que é possível estabelecer elos de ligação entre direito e emoção.

3.2.1 ABORDAGEM CENTRADA NA EMOÇÃO

A abordagem centrada na emoção corresponde em verificar como o fenômeno emocional reflete no campo jurídico, seja em sua origem, finalidade, andamento ou no que concerne às suas propriedades. Além da misericórdia discutida anteriormente, há outros exemplos relevantes, particularmente a vergonha e o nojo que têm sido abordados na pesquisa jurídica. Maroney explicita nesse domínio os estudos que vinculam o direito com debates sobre o nojo. Dentre esses estudos, ela destaca as pesquisas já mencionadas de Martha

Nussbaum e Dan Kahan, que foram inspirados pela obra de Miller, *The Anatomy of Disgust*, (Miller, 1997), e examinaram a originalidade, bem como a legitimidade do nojo enquanto sustentação para a construção das normas jurídicas. Nesse viés, ela observa que Nussbaum e Kahan assumem perspectivas distintas acerca da emoção. Enquanto Kahan procura mostrar que respostas sociais de nojo em relação a homossexuais deve ser levada em conta para a formulação de legislação em relação ao casamento gay ou mesmo na legislação pública sobre pornografia, Nussbaum considera que a facilidade como essa emoção pode ser converter em mecanismo de perseguição de grupos oprimidos recomenda o distanciamento dessas emoções do debate legislativo e nas disputas políticas em geral. Maroney resume esse ponto afirmando:

Nussbaum argumentou que o fato de o tema ter sido fundamentado historicamente nos conceitos de contaminação e doença faz do nojo algo “antissocial” e desumanizador; Kahan, por outro lado, procurou “redimir o nojo”, argumentando que existem “situações nas quais o nojo devidamente direcionado é indispensável para uma percepção moralmente correta do que está em jogo no direito”.⁴⁴ A vergonha, emoção intimamente relacionada ao nojo, também foi estudada, principalmente no debate contemporâneo sobre o renascimento proposto das “punições para despertar vergonha”. (MORONEY, 2021, p. 68-69)

Ademais, Nussbaum também sustenta que a vergonha não é um guia confiável nos serviços da justiça. Esse ponto também foi destacado pelo jurista James Whitman numa resenha do livro de Nussbaum. Ele enfatiza que o trabalho de Nussbaum em torno da vergonha tem sido tematizado levando em conta problemas menores na justiça criminal americana, como obrigar pessoas que urinam em público a esfregar as ruas com escovas de dente ou sentenciar ladrões de lojas a usarem camisetas anunciando seus crimes para o mundo. O debate em torno desse tipo de sanção é relevante para compreender a relação entre comunidades e normas, no entanto, ele destaca que:

Os problemas realmente prementes e preocupantes, como Martha Nussbaum bem entende, estão em outro lugar - e envolvem práticas que não devem fazer ninguém rir. Os problemas da vergonha e repulsa aparecem em todos os lugares em que descobrimos degradação e humilhação na lei; e a punição criminal americana está repleta de

⁴⁴ Martha C. Nussbaum, “*Secret Sewers of Vice*”: Disgust, Bodies, and the Law, em Bandes (1999b, pp. 20–21); Dan M. Kahan, The Progressive Appropriation of Disgust, em Bandes (1999, p. 63).

degradação e humilhação. (Whitman, 2004, p.2699-2700)

Whitman indica como exemplo de vergonha e humilhação o escândalo envolvendo o campo de detenção na Baía de Guantánamo, onde a Cruz Vermelha reclamou que os Estados Unidos se envolveu em "atos humilhantes" que equivalem à "tortura psicológica". Como ele diz,

“De fato, não é segredo que os Estados Unidos filmaram prisioneiros nus. É correto para um país decente usar tais métodos? Nós deveríamos realmente ter prisioneiros de guerra em condições humilhantes e degradantes ou "criminosos combatentes" - ou, aliás, presidiários? O uso de humilhação e degradação na punição levanta questões profundamente inquietantes” (Whitman, 2004, p. 2700).

A análise empreendida aqui por Whitman em torno do trabalho de Nussbaum ajuda a compreender as observações de Maroney em torno da raiva e vergonha na legislação. Afinal, ela destaca o fato que Martha Nussbaum se empenhou-se em explicar a relevância dessas emoções não só para as punições para envergonhar, mas também para as mais variadas áreas do direito, como as proibições de intimidade entre pessoas do mesmo sexo, a definição de obscenidade e as proteções para os deficientes.⁴⁵ Explorando o tema para além do universo de análise aberto por Nussbaum, ela também observa:

O medo, também, atraiu muita atenção. Não há dúvida, por exemplo, de que a legítima defesa incorpora suposições sobre o medo, tanto enquanto uma experiência psicológica e física, quanto como uma questão social e cultural, com seus respectivos gatilhos e suas manifestações externas. (MORONEY, 2021, p. 68-69)

É possível verificar, nesse viés, que é imprescindível uma identificação regular da natureza de emoções como o nojo, a vergonha, medo, misericórdia entre outras para o progresso de uma doutrina crítica do direito, capaz de enxergar a legislação no seu contexto mais amplo, de enraizamento nos afetos sociais diversos.

⁴⁵ Ver Nussbaum (2004). Miller descreveu o nojo como o “outro lado” da vergonha, constrangimento, humilhação e vingança, cada uma das quais ele examinou em Miller (1993). Ele categorizou este último grupo de emoções como constitutivo de “nossa experiência de ser inferior ou rebaixado” e a repulsa como parte da experiência de reagir ao rebaixamento. Miller (1997). Veja também Garvey (2003) (discutindo culpa e vergonha).

3.2.2 ABORDAGEM DO FENÔMENO EMOCIONAL

Este tipo de abordagem tem como cerne principal uma espécie de exploração do fenômeno emocional no âmbito das expectativas de atores relevantes em processos jurídicos. O tema da previsão afetiva pode ser considerado um exemplo dessa abordagem. A previsão afetiva é um diagnóstico de estados emocionais de pessoas envolvidas em disputas jurídicas, um tipo de acesso a fenômenos afetivos que permite conceber uma política das emoções, ou seja, estratégias de abordagem buscando acordos ou outros procedimentos. Nesse sentido:

Prever que alguém se sentirá feliz se ganhar determinada quantia em compensação por danos morais contra um empregador é diferente de realmente ser feliz (embora seja possível gerar sentimentos de felicidade no presente pela imaginação da felicidade futura). Com base nessa previsão, um litigante pode tomar decisões com repercussões jurídicas importantes, como rejeitar uma oferta de acordo que considere insuficiente, para que possa garantir o nível de felicidade desejado e projetado (Guthrie, 1999). Como sustenta Blumenthal, muitas leis são baseadas na suposição de que as pessoas são capazes de prever com precisão suas emoções futuras (Blumenthal, 2004). (MARONEY, 2021, p. 71)

Nestas circunstâncias, pode-se dizer que é mais proveitoso dar importância ao fenômeno emocional ao invés de ponderar a respeito da procura da felicidade que as partes poderiam obter em virtude da vantagem no que concerne aos valores pecuniários por tais danos. Isso porque “a projeção” de felicidade sustentada por uma demanda no âmbito judicial, como explicitado pelo autor, no mais das vezes, não tem reversibilidade com a felicidade real do indivíduo. Dessa maneira, a compreensão da veracidade de um fenômeno ocasionado pelas emoções, observado de maneira resguardada das emoções que são seu objeto, simboliza um significativo e marcante passo extensivo. (MARONEY, 2021, p. 71).

Além disso, outros fenômenos emocionais como a empatia, a prática da misericórdia e o pedido de desculpas, com distintos pontos de regularidade, movimentaram as discussões no mundo jurídico. Citam-se alguns exemplos:

Henderson, por exemplo, teve o cuidado de definir a empatia não como uma emoção propriamente dita, mas como um mecanismo por meio do qual se percebe e se processa a emoção de um terceiro, mas muitos

ignoram esse ponto (D'Arms, 2000; Henderson, 1987). Bibas e Bierschbach, quando analisam o papel do pedido de desculpas em processos criminais (Bibas & Bierschbach, 2004), têm igualmente o cuidado de definir o pedido de desculpas como uma expressão de tristeza, pesar e remorso, uma expressão que pode, por sua vez, gerar outros fenômenos emocionais, tais como manifestações de “perdão” e “cura” por parte das vítimas de crimes. Mas também eles às vezes falham em distinguir o pedido de desculpas e suas emoções subjacentes e resultantes, e oferecem pouca orientação sobre o que se entende por “catarse” e “cura” emocional que o pedido de desculpas gera. Algumas pesquisas empíricas sobre o fenômeno do remorso expresso por meio do pedido de desculpas abordam questões como as aqui trazidas (Bomstein, Rung, & Miller, 2002; Guthrie, 1999). (MARONEY, 2021, p. 72)

Na abordagem em questão, as emoções participam do direito não em termos de verificar como um determinado tipo de emoção interfere na criação de legislação (como o nojo no caso de Nussbaum), mas como as reações de partes de um processo podem ser, de modo importante, impactadas pelas reações emocionais de seus ofensores. Faz toda a diferença para o pedido de desculpas, nesse caso, que o seu autor demonstre certas emoções, o que se coaduna com as análises filosófico-morais das emoções, que mostram que certos atos bons (como ensinar, cuidar ou proteger alguém) também exigem a presença de emoções correspondentes.

Nesse sentido, não ajudamos e nem nos desculpamos, se nossos pedidos e atos não vierem acompanhados das emoções apropriadas. Como essas emoções permitem um modelo de justiça retributiva, focado na punição, e avança para uma justiça restaurativa, focada no restabelecimento das relações e na relação de alívio emocional ou mesmo perdão entre as partes, é um tema que não poderemos explorar aqui, mas fica bastante claro o lugar mais ou menos central que as emoções podem assumir em cada uma dessas abordagens.

3.2.3 ABORDAGEM DA TEORIA DA EMOÇÃO

Esta abordagem possui enfoque nas diferentes teorias propostas para compreender a natureza das emoções, e conseqüentemente diz respeito, em síntese, ao modo como o mundo jurídico concebe as emoções em termos teóricos, observando de que maneira a legitimação dessa teoria característica importaria para o direito e, por fim, demonstra porque (ou não) a teoria deveria ser aplicada (MARONEY, 2021, p.73).

Essa tradição de abordagem consente que se confira algum papel para a cognição nas emoções, a despeito de ainda encontrar muitos pontos de aproximação com a abordagem mecanicista, particularmente no reconhecimento de componentes fisiológico-sensoriais nas emoções. Ademais, é evidente, contudo, que sua tentativa de esclarecer os elementos teóricos de uma área do direito com referências perceptíveis à teoria das emoções foi, em aspectos significativos, inovadora. (MARONEY, 2021, p. 73)

Os estudos das emoções no direito, conforme já amplamente referido, são escassos e também as análises a partir de uma teoria baseada nas emoções. Lieberman⁴⁶ é uma das exceções, possui um estudo sobre a atratividade⁴⁷ de alguns acusados, especialmente aqueles fisicamente mais atraentes, que podem receber sentenças mais leves. A finalidade do estudo não era apenas averiguar alguns aspectos da atratividade, mas também testar a teoria de CEST (*cognitive experimental self-theory*), de que as pessoas acionam conhecimentos tanto experimentais quando racionais, sendo definido como um “sistema de base emocional” correlacionado ao afeto. (LIEBERMAN, 2002).

Contudo, a diversidade de teorias sobre a origem, conteúdo, natureza, desempenho e escopo das emoções não constitui óbice para a utilização dessa abordagem. Nesse viés, é compreensível que seja complexo a condução de estudos sobre a emoção e o direito, confrontando teorias concorrentes a despeito do tema. Aliás existem operadores de direito que criticam ativamente teorias emocionais pressupostas geralmente se concentram na difícil questão sobre qual teoria deve ser aceita como válida.

Nesse sentido, talvez seja ainda mais comum a propensão de selecionar partes de *insights* de múltiplas teorias sem especificá-las claramente. Contudo, a escolha de várias teorias, deve ser feita com cautela e com maior coerência possível e não simplesmente reproduzir preferências casuais, onde cada operador do direito pode facilmente escolher concepções e ideias mais

⁴⁶ LIEBERMAN, J. D. **Head over the heart or heart over the head? Cognitive experiential self-theory and extralegal heuristics in juror decision making.** *Journal of Applied Social Psychology*, 32, 2526, 2002.

⁴⁷ Ver por exemplo, Abwender e Hough (2001) (o efeito é obtido em júri-simulados para jurados do sexo feminino, mas de maneira oposta para os do sexo masculino); Stewart (1980) (atratividade relacionada à sentença, mas não à condenação/absolvição); Sigall e Ostrove (1975) (o efeito se reverte quando o crime está relacionado à atratividade); Friend e Vinson (1974) (o efeito é revertido quando, em júri simulados, o júri se compromete a ser imparcial e desconsiderar as características do réu).

oportunos aos seus pressupostos e argumentações jurídicas. (MARONEY, 2021, p. 75)

3.2.4 ABORDAGEM DA DOUTRINA JURÍDICA

A abordagem da doutrina jurídica toma como ponto de partida o direito como sendo o condutor das ideias referentes às emoções. Nesse caso, insta referir que alguns autores dão ênfase para certo tipo de norma ou doutrina jurídica e, a partir disso, verificam como elas acrescentam ou poderiam acrescentar à emoção. Pode-se dizer que a maioria desses estudos estão ligados ao campo do Direito Penal ou Direito Processual Penal, vejamos:

Talvez a área mais obviamente relacionada à emoção do direito penal seja, no direito norte-americano, a distinção entre homicídio culposo (*manslaughter*) e homicídio doloso (*murder*), em que se investiga se um crime foi cometido no “calor da paixão” ou “sob a influência de extrema perturbação mental ou emocional” (Kahan & Nussbaum, 1996). O principal argumento dos juristas aqui tem sido o de que as determinações de *manslaughter* incorporam noções profundamente culturais e específicas de emoções “apropriadas” e modos aceitáveis da sua expressão (Dressier, 1982; Nourse, 1997). Reforçando a ideia de que os membros de um júri dão valor a noções culturais sobre o controle emocional apropriado (e possível), há pesquisas que afirmam que as distinções que qualificam um crime como homicídio culposo (*manslaughter*) ou doloso (*murder*) não são determinadas pelas instruções que os juízes dão a respeito da avaliação das emoções dos réus por uma perspectiva “objetiva” ou “subjetiva”, pelo contrário, dependem da percepção que os jurados têm sobre o modo como o réu lidou com suas emoções (e, potencialmente, a natureza da emoção que desencadeou a ação), sugerindo que há uma expectativa de que os outros “controle” suas emoções de uma determinada forma e que tais teorias de adequação emocional guiam o teor da sentença. Outras áreas do direito penal também despertaram interesse, particularmente no que diz respeito à punição (Karstedt, 2002; Pratt, 2000). (MARONEY, 2006, p. 75-76).

Acerca da punição referida no final da citação, é possível verificar que, de fato, o direito penal pode ser considerado como sendo uma das áreas em que as emoções são colocadas à tona, principalmente no Júri Popular. Ademais, destaca-se:

O conteúdo emotivo e as consequências dos depoimentos de vítimas, um dos primeiros tópicos abordados pelo campo e um dos poucos selecionados a ter sido amplamente discutido na jurisprudência, continua a atrair pesquisas. A pena de morte, também, e seu envolvimento direto com simpatia, medo, raiva e desejo de punição, continua sendo um foco frequente. Outras questões relacionadas à

punição – como os limites constitucionais das leis relacionadas à reincidência habitual (*Three Strikes Laws*), impostas pela doutrina que defende um “devido processo emotivo” (Pillsbury, 2002) – e certas áreas do direito processual penal – como a relevância dos danos emocionais para a definição do que a Quarta Emenda define como busca (Taslitz, 2002) – também ganharam espaço. (MARONEY, 2021, p. 75-76)

O destaque, mesmo que por muitas vezes sem intenção, das emoções no direito penal, se exprime em estudos empíricos, como por exemplo o estudo de Bryan⁴⁸, de um “efeito rebote” para as orientações do magistrado aos jurados, no tribunal do júri, definindo que estes não levem em consideração as provas que possuem grande volume emocional, o que a contrassendo pode aumentar a interferência de tais provas, levando então a necessidade de questionamento do uso dessas orientações trazidas pelo juiz. (EDWARDS, BRYAN, 1997)

Nesse sentido, é possível constatar que embora o enfoque no âmbito do direito penal nos trabalhos experimentais seja forte, os operadores do direito vem buscando explorar as demais áreas do campo jurídico que são influenciadas pelas emoções, como no direito civil, relações trabalhistas e até mesmo na seara do direito ambiental, entre outras. O direito civil e do trabalho será abordado no quarto capítulo. Acerca do direito ambiental convém indicar, a título de ilustração, que estudos tem sido feitos em torno de emoções ligadas a riscos ambientais e catástrofes, os quais são relevantes para estabelecer uma nova abordagem de deveres e orientação para legislação ambiental⁴⁹.

3.2.5 ABORDAGEM DA TEORIA DO DIREITO

Pode-se dizer que a abordagem da teoria do direito é uma espécie de complemento da abordagem da teoria da emoção, tendo como pilar a interpretação teórica do mundo jurídico, juntamente com com o estudo das teorias da emoção introduzidas ou retratadas na mesma. Nessse sentido, existem algumas movimentações estimulantes na teoria do direito, dentro da análise econômica do Direito. Isto é, na ocasião em que a emoção é levada em

⁴⁸ EDWARDS, K., & BRYAN, T. S. **Judgmental biases produced by instructions to disregard: The (paradoxical) case of emotional information.** *Personality and Social Psychology Bulletin*, 23, 849. 1997.

⁴⁹ BÖHM, Gisela. **Emotional reactions to environmental risks: Consequentialist versus ethical evaluation.** *Journal of Environmental Psychology*. Volume 23, Issue 2, June 2003, 199-212.

consideração nos moldes de prioridade racional, o elemento emotivo, como os muitos tipos de orientações cognitivas que estão no íntimo do direito comportamental e da pesquisa na Economia, acaba podendo ser vista como uma fonte ondenada de racionalidade delimitada e alterada onde os sistemas jurídicos necessitam adequar-se. Ademais, a autora destaca:

[...] independentemente do *spin*, é evidente que os acadêmicos da Análise Econômica do Direito estão cada vez mais buscando incorporar a pesquisa da emoção nesta área essencial da teoria do direito (Adler, 2004; Farnsworth, 2002; Posner, 2002; Sunstein, 2005). Huang, em particular, tem procurado constantemente expandir o ator racional e os paradigmas da Teoria dos Jogos, afirmando que quando *insights* fundamentais sobre a emoção advindos de outras áreas do conhecimento são incorporados a modelos econômicos relevantes para o Direito, “uma gama diversificada de fatores antes inexplicáveis é capaz de ser explicada” (Huang, 2000), uma visão que, ele afirma, pode iluminar áreas do direito que vão desde as negociações existentes no Direito da Coisas (*property-law*), passando por decisões sobre a viabilidade de se litigar, até a regulamentação de valores mobiliários (Huang, 2003, 2004). (MARONEY, 2021, p. 78)

Nesse viés, é possível verificar que se este tipo de abordagem já acontece na análise econômica do direito, este é um excelente indicativo para que se estabeleça a influência da emoção do mesmo modo dentro de distintas áreas do direito, alíás, a crescente nesta área de certo modo é até estranha, comparada às outras esferas. Eventualmente, é plausível dizer que alguns juristas ainda não consideram de grande utilidade e rigor a utilização e análise das emoções no direito.

Na atualidade, as temáticas neste assunto têm se associado especialmente na empatia e na compaixão. Pode-se dizer que existe uma sinergia de contribuição se fortalecendo entre aqueles que examinam o mundo jurídico como sendo um princípio com significação cultural e social⁵⁰, tais como a justiça restaurativa e terapêutica, então é possível que o enfoque das emoções em áreas diversas no direito, se amplifique com o tempo e com as necessidades e insuficiências da sociedade. (MARONEY, 2021, p. 79)

⁵⁰ Ver Moran (2001), Woodward (2002), Austin Sarat, Remorse, Responsibility, and Criminal Punishment em Bandes (1999b, p. 168); Cheshire Calhoun, Making Up Emotional People, em Bandes (1999b, p. 217).

3.2.6 ABORDAGEM DO ATOR JURÍDICO

A presente abordagem tem como objetivo dar enfoque às pessoas que formam os sistemas jurídicos, averiguando como a emoção interfere ou comunica o desenvolvimento da atividade jurídica concedida a estas pessoas. Ainda, é importante salientar que tal abordagem é a de maior agrupamento de pesquisa.

No universo dos atores jurídicos estão presentes, réus, vítimas, autores, promotores, advogados, juízes, jurados, legisladores, serventuários da justiça, policiais, dentre tantos outros, porém os jurados do Tribunal do Júri e os próprios juízes togados são aqueles que hoje ganham maior destaque nos poucos estudos existentes entre direito e os elementos emotivos. Nesse sentido, as teorias jurídicas convencionais referem que os juízes não possuem emoções operativas sobre as partes do processo ou sobre as demandas que são levantadas a julgamento ou comprovam que tais emoções sejam efetivamente refreadas, ponderando o senso comum não-comprovado de que a emoção corrompe o raciocínio jurídico objetivo reivindicado pelo papel que o juiz cumpre. (MARONEY, 2021, p. 81)

É possível verificar que as pesquisas sobre direito e emoção, de certa forma, são recentes e consistem em um âmbito instigador de estudos interdisciplinares. Acontece que a Teoria da Emoção ainda não é uma disciplina reconhecida, ou seja, a emoção circula em uma multidisciplinaridade de disposições que já são determinadas e estabelecidas por suas teorias, e sendo assim, mesmo dentro de tais disposições a emoção ainda possui vários tipos de interpretações, principalmente no que tange Emoções e Direito. Ainda assim, é inevitável a presença das emoções no campo jurídico, bem como é inequívoca a disposição de estudiosos do direito em percorrer, investigar e revelar a importância da relação existente entre esses dois campos.

4 AS EMOÇÕES NO DIREITO CIVIL, PROCESSO CIVIL, DIREITO DO TRABALHO E DIREITO PENAL

No capítulo anterior observamos um catálogo das áreas possíveis de pesquisa envolvendo direito e emoções, tal como desenvolvido pela importante estudiosa do tema Terry Mahoney. Nesse capítulo, pretendemos oferecer alguns exemplos concretos dessa análise, de modo a permitir ao leitor conhecer de modo mais efetivo os pontos elencados anteriormente. Nessa conjuntura, é necessário levar em consideração o fato de que os procedimentos legislativos se formam por meio de circunstâncias predeterminadas a norma jurídica tendo como predisposição destituir a emoção, com a presunção da objetividade.

De maneira mais elucidativa, às vezes abrimos mão de utilizar certas evidências relevantes (como fotos com conteúdo sensível), porque tememos que as emoções que elas provocarão nos membros de um júri, por exemplo, possam superar a capacidade desses jurados de raciocinar da maneira que a atividade que eles desempenham exige. No sistema jurídico norte-americano, leva-se em consideração a raiva e o ciúme que o agente de um crime sentia ao cometer um assassinato para determinar se a situação justifica tratar a ação como homicídio culposo (*manslaughter*) ao invés de homicídio doloso (*murder*). O direito penal reflete teorias de medo, dor e remorso; o direito de família procura (idealmente) facilitar o amor e o apego; a indenização por danos morais mede o sofrimento emocional; as partes em um processo buscam satisfação emocional, invocando dispositivos jurídicos para tanto; os juízes podem ter fortes sentimentos com relação à situação das partes dos processos que julgam.

A seguir procuramos elucidar esses aspectos de modo a torná-los mais factíveis e permitir uma compreensão mais completa da temática para operadores do direito.

4.1. A LEITURA DAS EMOÇÕES NO CONTEXTO DO DIREITO CIVIL

Os relacionamentos entre as pessoas no âmbito do direito civil é facilmente conectado com as emoções. Aparecem de maneira farta em várias seções, como alienação parental, questões relacionadas ao matrimônio, guarda, alienação parental, doações, contratos dos mais diversos tipos, danos de cunho moral, dentre outros inúmeros exemplos. Então, de acordo com o citado, as

emoções estão de fato presentes neste campo.

A título de exemplo, pode-se citar a normatização de deveres presentes no casamento que está disposto no artigo 1.566⁵¹ do Código Civil, que está intrinsecamente interligada a singularidades emotivas, tais como, fidelidade, apreço, dedicação, respeito. Ainda, é inevitável o sentimento de afeição, estima e amor existente entre marido e mulher, por exemplo, que pode ser considerado como envolvendo vários tipos de emoções, que conseqüentemente, em caso de divergências na relação conjugal, será o direito que irá uniformizar a melhor conduta a ser tomada pelo casal, através do divórcio.

Ademais, no direito de família, a norma jurídica dispõe sobre a conduta social, em caso de separação de corpos, por meio de medida protetiva, neste caso, pode-se dizer que existem elementos como a vingança e a raiva presentes, bem como a interferência do direito penal ou ainda, no que concerne o abandono afetivo do pai ou da mãe em relação aos filhos, o prejuízo emocional suportado pelo cônjuge, quando seu companheiro torna-se infiel.

Ademais, o direito civil também abrange questões relacionadas às doações, os artigos 550⁵², 555⁵³ e 557⁵⁴, os quais são exemplos de casos onde algumas condutas reprováveis realizadas pelas partes, que podem afetar a relação entre os mesmos, tanto daquele (doador) que pratica a doação, quanto do receptor (donatário) do bem. Deste modo, com base nos artigos supramencionados é possível constatar que quando quem recebe o bem não age de forma genuína, não respondendo com benevolência ao doador, este poderá reaver o objeto doado em seu detrimento, em alguns casos, não tão somente quando produzida em face do doador, mas também em relação a pessoas próximas ao mesmo.

⁵¹Artigo 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos.

⁵² Artigo 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

⁵³ Artigo 555. A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo.

⁵⁴ Artigo 557. Podem ser revogadas por ingratidão as doações: I - se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II - se cometeu contra ele ofensa física; III - se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV - se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava.

Por fim, como último exemplo no vasto campo do direito civil, o dano moral. No direito pátrio, os danos morais constituem-se daqueles prejuízos não patrimoniais sofridos e que acarretam grave dano nos alicerces mais íntimos de cada indivíduo. Neste contexto, o dano moral distingue-se em dano moral objetivo e dano moral subjetivo. O primeiro é aquele que atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo a sua imagem; o segundo relaciona-se com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação.

Nota-se que o exemplo dos danos morais possui um debate a ser desenvolvido, uma vez que a subjetividade envolvida no dano tem grande influência das emoções. Numa agressão no trabalho, por exemplo, se o chefe usa certos termos que visam degradar uma funcionária (uma secretária, por exemplo) manifestando desprezo e inferiorização, a emoção de se sentir humilhada e desprezada é relevante para conferir objetividade ao dano (nesse caso, mediado pela palavra usada pelo agressor/chefe), sem contar o dano psicológico relativo ao estresse provocado pela situação.

Em síntese, os danos morais, são também conhecidos como aqueles que se referem ao “preço da dor”, pois tutelam as violações e delitos de sentimentos interiores e intrínsecos dos indivíduos, que são juridicamente protegidos. Sendo assim, neste caso, emoções aqui seriam úteis por ajudar a materializar a figura do dano subjetivo ou moral.

4.2. A PRESENÇA DAS EMOÇÕES NOS PROCEDIMENTOS DO PROCESSO CIVIL E DO DIREITO DO TRABALHO

O direito processual civil é considerado como o preceito básico não só do direito civil, mas outras áreas do direito, dessa forma, também é suscetível a influência das emoções. O código de processo civil, dentre suas inúmeras disposições, é a instituição que dispõe em maior número a respeito da psicologia das partes, isto na esfera do direito civil e suas derivações. Isso ocorre porque o processo é composto geralmente por duas partes, que estão em lados opostos, cujo objetivo de ambas as partes é vencer a causa.

Outro exemplo da presença dos sentimentos neste campo, está ligado ao magistrado e, inclusive, já foi citado e comentado anteriormente. Ocorre que referir sobre é necessário neste capítulo, afinal, é o código de processo civil que dita a respeito da suspeição e do impedimento do juiz em atuar em alguns processos, especialmente naqueles em que este possui algum interesse na causa ou até mesmo divergência ou amizade com uma das partes envolvidas no litígio.

Outrossim, agora trazendo à tona as questões de contratos trabalhistas, por exemplo, quando o empregador oferece um emprego para ajudar alguém por ter sentido compaixão por sua situação bem como por sua pessoa, e este depois de trabalhar por determinado período de tempo, recebe uma excelente oferta de trabalho em outra empresa, acarretando no seu aceite e mudança para este emprego, vindo a processar depois o seu antigo empregador sem justa causa mas sim por mera ganância. Neste caso, as emoções de compaixão e de disputa de raiva elucidam que o direito do trabalho, na medida em que os contratos envolvem graus de maior ou menor confiança, mas também do estabelecimento de pressupostos individuais subjetivos diversos, são um campo fértil para o estudo emocional.

Nesse viés, de acordo com a Constituição⁵⁵, o trabalhador possui liberdade para laborar em qualquer tipo de emprego, trabalho ou profissão, conforme o estabelecimento das qualificações profissionais exigidas. Acontece que, apesar disso, é plausível considerar que não há garantias integrais, de maneira que apesar de o empregador possuir prerrogativas elencadas na Constituição, o empregador, também possui suas garantias, dentre elas o direito de preservar a privacidade do seu comércio. Com isso, destaca-se o artigo 482, alínea “c” do consolidação das leis do trabalho, onde o mesmo refere-se ao compromisso da confiança entre empregado e empregador, em síntese, este compromisso está ligado ao fato de que o empregador de certa forma delimita o direito do empregado à concorrência, essencialmente, depois da rescisão do contrato de trabalho, resguardando seus direitos e interesses comerciais.

Ademais, deve-se incluir ainda integridade do empregado no que se refere

⁵⁵ Art. 5º, inciso XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

aos deveres inerentes ao seu cargo, presentes no contrato de trabalho assinado pelas partes. Sem dúvidas, a lealdade do empregado em relação à sua empresa tem mais relação com a moral e a ética, do que com o próprio direito, isto é, a execução do labor exige segurança e confiança recíproca, tendo que o empregado estar disposto às solicitações feitas pelo superior, de maneira respeitosa. Sendo assim, é visível a existência das emoções também nesta área do direito.

4.4 O DIREITO PENAL E A SUA AMPLA LIGAÇÃO COM AS EMOÇÕES

Dentre todas as áreas do vasto universo jurídico, o direito penal está de certa forma, em grau superior, mais conectado com as emoções. Isto porque, a trama dos afetos dos indivíduos e sua integral autenticidade dramática, dispõe, inquestionavelmente, de que muitas das práticas humanas ilícitas, tenham relação intrínseca com as emoções e condições de desequilíbrio que o praticador esteja sentindo e passando. Além disso, aqueles considerados como crimes passionais e de grande comoção, estão cada vez mais sendo “mediatizados” em larga escala.

Da arrebatadora relação entre emoções, direito e até mesmo política, manifesta-se um dilema em que os elementos emocionais pessoais de determinado indivíduo resultam em crime, que imediatamente são reportados para mídia, gerando polêmicas, discussões e um certo tipo de abalo público e, no que lhe toca, ocasiona em um resultado, agora no meio político, em forma de leis e normas e, sendo assim, introjetando no direito as repercussões destas emoções globais, geradas pela sociedade.

Neste contexto, o procedimento do Júri Popular pode ser considerado como sendo o maior detentor de comoção social, no âmbito jurídico, devido às suas particularidades, principalmente no que concerne ao “veredito final”. Este tipo de modalidade de processo tem como principal característica, a concessão do poder de decisão aos membros da comunidade acometida por um crime doloso (com intenção de matar) contra a vida de outrem. Inaugurado por Dom Pedro I, o Júri Popular no Brasil, apenas observou o que já havia sendo praticado na época, ou seja, “dividir” o controle da justiça exercida pelos monarcas com o povo no que concerne a crimes contra a vida humana, vindo a vigorar até os dias

de hoje.

Como o próprio nome suscita, o Júri Popular é o tipo de procedimento jurídico mais exposto e suscetível às emoções. Os crimes tratados por meio deste método, a exemplo o homicídio doloso ou a tentativa de homicídio, muitas vezes são dirigidos e motivados por elementos emotivos, como raiva, vingança, paixão, entre inúmeros outros, conforme será tratado de maneira mais aprofundada nos capítulos subsequentes.

Ademais, existem inúmeras outras determinações no Código Penal que retratam aspectos sobre as emoções, dentre elas, estão os chamados crimes contra a honra do indivíduo, presentes nos artigos 138 ao 140⁵⁶ do código. Existem também preceitos sobre os valores e afeições religiosas, abarcados pelo artigo 208⁵⁷, também do Código Penal. Com estes exemplos, é nítido o arcabouço existente entre os crimes e os elementos emotivos.

Ainda, é importante destacar que certos estados emocionais, podem influenciar o direito penal em diversos sentidos, por exemplo, fundamentado no momento atual que se vive, principalmente no que concerne aos crimes de ódio, uma pessoa que mata um homem homossexual simplesmente porque “odeia” homossexuais ou tem “nojo” deles, pode ser considerada como tendo uma parcela maior de culpa, do que alguém que mata o mesmo homem apenas para roubar sua carteira. Tal ponto, discorre sobre a questão de saber se os distintos tratamentos do direito penal do crime influenciado pela emoção podem ser expostos por razões de dissuasão (POSNER, 2000, p. 13). Nesse sentido, Posner⁵⁸ (p.13), refere:

⁵⁶ **Calúnia** Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa. [...]

Exceção da verdade § 3º - Admite-se a prova da verdade, salvo: I - se, constituindo o fato imputado crime de ação privada, o ofendido não foi condenado por sentença irrecorrível; II - se o fato é imputado a qualquer das pessoas indicadas no nº I do art. 141; III - se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.

Difamação Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Exceção da verdade Parágrafo único - A exceção da verdade somente se admite se o ofendido é funcionário público e a ofensa é relativa ao exercício de suas funções.

Injúria Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

⁵⁷ Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

⁵⁸ POSNER, Eric. **Law and the Emotions**. (John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 103, 2000).

There are two relevant considerations in a deterrence approach to emotional crimes. The first consideration is the extent to which an agent in an emotion state is responsive to sanctions. The second consideration is the extent to which an agent can be deterred from being in the emotional state in situations in which it may lead to harm.

Finalmente, conforme já explicitado anteriormente, o elemento emoção também se mostra presente na esfera decisória, isto é, no âmbito sancionatório. Deste modo, existem no direito penal alguns elementos de aumento e diminuição de pena. Quando o infrator é preenchido pelo estado de violenta emoção, tal fato poderá ser classificado como uma atenuante e, dessa forma, a pena será diminuída. Destarte, é importante destacar que a atenuação de pena por meio destas circunstâncias, somente é possível através dos requisitos existentes no Código Penal, conforme será melhor explicitado nos tópicos subsequentes.

4.4.1 EMOÇÕES COMO MECANISMOS DE ATENUANTES E AGRAVANTES DE PENA

O tema deste tópico já foi referido e trazido à tona em alguns momentos neste trabalho, portanto, nada mais justo do que aprofundar-se neste âmbito, em razão de que possivelmente seja uma das vertentes mais ricas do direito penal, quando o assunto são as emoções e os sentimentos envolvidos dentro do processo penal e, apesar de já ter sido mencionado anteriormente, ainda possui nuances importantes a serem evidenciadas.

Diante dos apontamentos já referidos, foi possível observar que aquele indivíduo que comete crime influenciado pelas emoções, por exemplo, terá uma parcela “menor” de culpa do que aquele que pratica o ato ilícito como dito na linguagem popular: a sangue frio, de maneira calculista e fria. Isso se dá pelo fato de que quando o indivíduo está sob o domínio das emoções, este está de certa forma impedido de agir da “melhor maneira” no momento do crime, sendo justa a diminuição de sua pena, por meio das atenuantes.

O exemplo mais clássico, inclusive já referido, é o do homicídio, quando o réu encontrava-se dominado por uma raiva incontrolável, ocorre que os desfechos de tal exemplo são mais complexos do que já foi abordado até o

momento. Existem também, manifestas condições emocionais que não participam do rol diminutivo, pois tudo no direito é dotado de uma exceção e depende na análise do caso concreto.

Neste sentido, o julgamento da Apelação Criminal n.º 50005683520188210067/RS, em 25 de março de 2022, pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, exemplifica tal compreensão, quando se verifica, afinal, o reconhecimento da privilegiadora pelo fato de que o réu teria, como sustentam os desembargadores, agido “sob o domínio da violenta emoção”. Cita-se⁵⁹:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIMES CONTRA A VIDA. FEMINICÍDIO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. OCULTAÇÃO DE CADÁVER. CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DE PRIVILEGIADORA. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. INOVAÇÃO DE TESE DEFENSIVA EM TRÉPLICA. OCORRÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. PRELIMINAR SUSCITADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ACOLHIDA. RECURSO DEFENSIVO PREJUDICADO. 1. O órgão ministerial, com amparo no artigo 593, inciso III, alínea "a", do Código de Processo Penal, se insurge contra suposta inovação de tese, operada pela defesa, em tréplica e, consequentemente, postula o reconhecimento de nulidade da formulação do 4º e 5º quesitos aos jurados. 2. Em análise pormenorizada dos autos, verifica-se que o enquadramento das teses veiculadas pela defesa como "ação por relevante valor moral" **só foi apresentado em tréplica, surpreendendo a acusação com tese nova baseada nos mesmos elementos que, outrora, ensejaram o primeiro pedido de reconhecimento da privilegiadora por ter o réu agido sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida à injusta provocação da vítima - esta, sim, conhecida pelo Ministério Público** e vergastada em momento oportuno. Tal circunstância, inclusive, restou ratificada pela Magistrada Presidente do Tribunal do Júri em ata de julgamento. 3. Embora não se olvide da imprescindibilidade do exercício da plenitude da defesa nos processos submetidos ao Tribunal do Júri, previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "a", da Carta Magna, tenho que no processo penal prevalecem, também, na mesma intensidade de importância, os princípios de isonomia, do contraditório e do devido processo legal. 4. Assim, para que o Conselho de Sentença, composto por indivíduos leigos, possa proferir, por íntima convicção, o veredito mais próximo da verdade real, com base em todas as hipóteses levantadas e contraditadas pelas partes, inviável a exposição de tese nova em tréplica sem que seja viabilizado à parte adversa a devida contradição. Precedentes. APELO MINISTERIAL PROVIDO. APELO DEFENSIVO PREJUDICADO.(Apelação Criminal, Nº 50005683520188210067, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em: 25-03-2022). [grifo nosso]

⁵⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal, nº 50005683520188210067. Terceira Câmara Criminal. Relator: Rinez da Trindade. Julgado em: 25 de março de 2022.

Retomando-se, o contexto do nascimento do positivismo é singularmente significante para se entender como o direito positivista tenta expulsar a ideia de que o fenômeno “emoção” faz parte do movimento decisório judicial, interligado ao mundo jurídico. A herança positivista, ao menos tenta eliminar discussões “subjetivas” sobre questões como “violenta emoção”, acabando, por muitas vezes, por influenciar uma perspectiva “objetiva” da interpretação, que, inegavelmente, remonta ao entendimento comum dos termos.

Mesmo o movimento positivista tentando afastar a afetividade no campo jurídico, a sociedade, em passos devagar, vem avançando neste sentido. Exemplificando, comparado ao século passado, e com o avanço na preocupação em relação aos crimes de ódio, um indivíduo que assassina um homossexual, pelo fato de apenas não compactuar com este tipo de relação, ou ainda, em razão de sentir nojo e repulsa da vítima que possui tal opção sexual, este indivíduo, poderá ser considerado ainda mais culpado, tendo sua pena majorada ou agravada por este motivo, do que qualquer outro indivíduo que assassine outra pessoa pelo desejo de subtrair seu aparelho celular por exemplo. Neste caso, manifesta-se uma discussão polêmica sobre os distintos procedimentos existentes no direito penal, quando o assunto é o crime que possui influência nas emoções, explicados através da intenção do indivíduo praticante.

Nesse viés, faz-se necessário entender de maneira mais eficaz e prática o conceito de atenuantes e agravantes de pena, bem como de que forma estão abarcadas no Código Penal. De maneira técnica, estas circunstâncias, de forma alguma, tem o poder de excluir o crime praticado, mas sim de agravar ou atenuar a pena do ato ilícito. As principais agravantes estão dispostas no artigo 61 do Código Penal⁶⁰, vejamos:

Circunstâncias agravantes

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

I - a reincidência;

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

b) para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido;

⁶⁰ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio Grande do Sul. Acesso em 13 de set. 2022.

- d) com emprego de veneno, fogo, explosivo, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que podia resultar perigo comum;
- e) contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge;
- f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica;
- g) com abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo, ofício, ministério ou profissão;
- h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou mulher grávida;
- i) quando o ofendido estava sob a imediata proteção da autoridade;
- j) em ocasião de incêndio, naufrágio, inundação ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido;
- l) em estado de embriaguez preordenada.

Consoante pode-se compreender, as agravantes possuem um número elevado no livro de normas penais. Outro detalhe que chama atenção é quase que sua totalidade, mesmo que de maneira mais singela, possui de alguma forma ligação com as emoções e a moral. De outro lado temos o rol de atenuantes da pena⁶¹:

Circunstâncias atenuantes

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença;

II - o desconhecimento da lei;

III - ter o agente:

- a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral;
- b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano;
- c) cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima;
- d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;
- e) cometido o crime sob a influência de multidão em tumulto, se não o provocou.

Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Além dessas atenuantes, o magistrado poderá considerar outra circunstância que atenua a pena do crime, que possua teor relevante, anterior ou posterior ao crime, mesmo que não tenha previsão em lei, conforme o artigo 66 do Código Penal⁶² suscita. Ainda, é importante destacar que as circunstâncias

⁶¹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio Grande do Sul. Acesso em 13 de set. 2022.

⁶² Art. 66 - A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou

subjetivas, ou seja, de cunho pessoal, como a menoridade, confissão, motivos do crime e a reincidência, prevalecem sobre as circunstâncias objetivas, que são aquelas relacionadas ao fato criminoso.

Feitas tais considerações, é possível constatar que não é plausível desprezar ou desconsiderar o estado psíquico e afetivo do agente no momento da prática conduta delituosa, pois o próprio Código Penal traz de maneira pormenorizada em seus artigos, a importância da análise destes elementos no momento da sentença, principalmente no que concerne a pena auferida para o praticante do delito. Com isso, é possível concluir, que de fato as emoções têm papel fundamental nos mais diversos campos do direito, mas sem dúvidas, o direito penal tem uma carga ainda maior no que concerne a afetividade em sua prática. O próximo tópico elucidará ainda mais as verificações feitas neste capítulo, pois tratará de um dos procedimentos mais expressivos da matéria penal: o Júri Popular.

4.4.2 EMOÇÕES NO RITO DO JÚRI POPULAR

O tópico final do presente projeto, é dedicado a uns dos procedimentos mais notáveis e expressivos no direito. Certamente, também pode ser considerado um dos momentos em que as partes deliberam mais emoção durante o processo. Efetivamente, o Júri Popular, deveras, é o rito mais cativante e fascinante da matéria penal e, por essa razão, ocupa um lugar importante neste trabalho.

Em conformidade aos elementos já exteriorizados nos capítulos antecedentes, umas das principais peculiaridades deste procedimento é a “retirada” do poder de decisão do magistrado para os cidadãos residentes da localidade onde o crime fora praticado. Em síntese, o rito do tribunal do júri é composto primeiramente com a inquirição das testemunhas, exibição de provas, seguido pelos debates orais entre acusação e defesa.

Após a realização destes atos, o conselho de sentença composto pelos jurados (povo) se reúne, em uma “sala secreta” para deliberar sobre o caso, de maneira individual por meio de votos contendo “sim” ou “não”, colhidos pelo

posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

magistrado, que presidiu a sessão de julgamento. Brevemente, de maneira muito resumida, a maioria dos votos “vence”. Insta referir, que todos os votos são sigilosos, ou seja, não existe a possibilidade de se saber de quem foi determinado voto. Feitas tais ponderações, efetivamente transcorreu a despeito de como as emoções participam deste procedimento tão intenso, que já perdura no Direito Brasileiro por exatos 200 anos.

É imprescindível referir que neste caso, as emoções estão presentes principalmente no processo de tomada de decisão dos jurados, pois o resultado da sentença, certamente poderá ser afetado por seus princípios, ideologias, opiniões, valores, juízos e pensamentos, como também pelas percepções do mesmo em relação à sociedade na qual está inserido. Ademais, as escolhas destes julgadores serão embasadas ainda por meio das convicções que tiveram a partir da análise de todas as informações passadas durante o julgamento.

É tipicamente comum utilizar fotografias de ferimentos da vítima, no convencimento dos jurados. Notadamente, no momento da visualização destas fotos, os jurados serão tomados por sentimentos e emoções, que farão com que tal fato tenha peso no momento da tomada de decisão, podendo ele ser positivo ou negativo, a depender até mesmo da história por detrás do jurado (POSNER, 2000, p. 18).

Muito embora observar uma fotografia do crime possa demonstrar aos jurados o desdobramento da lesão e das consequências que causou, tal fato só corrobora para o fato de que o conselho de sentença composto pelos cidadãos não chegará a uma resposta precisa para o caso. Isto é, os jurados que não tem acesso às fotografias podem desprezar a dor da vítima por exemplo, enquanto que aquele que vê a imagem, igualmente, pode maximizar ainda mais a dor que foi suportada pela vítima. Enfim, conforme o exemplo corrobora, o júri popular caminha em uma linha tênue, entre o impacto positivo ou não das emoções, que dependerá de vários aspectos, como o caso a ser julgado, a localização da comunidade onde se passou o crime, os costumes, crenças e convicções do ambiente onde se sucede o julgamento.

A partir dessas afirmações, é necessário referir o pensamento de Damásio⁶³ a respeito das emoções e do pensamento humano, o autor refere

⁶³ DAMÁSIO, A. **The feeling of what happens: body and emotion in the making of Consciousness**. New York: Harcourt Brace, 1999. p. 243.

que: “sem exceção, homens e mulheres de todas as idades, de todas as culturas, em todos os níveis de educação e em todos os tipos de vida econômica, sentem emoções e têm consciência das emoções dos outros (...)”.

Sendo assim, é possível constatar que a afetividade será suscitada de maneira diferente em cada indivíduo, especialmente no júri popular, sendo esta pessoa jurada, em virtude destes sentimentos estão diretamente ligados à percepção individual de cada um, de modo que cada ser humano terá uma disposição distinta a determinado tipo de estímulo, expressando dessa forma, emoções, sensações e sentimentos afetivos díspares entre si, fazendo de cada júri popular um evento diverso, com base na análise do indivíduo naquele momento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objeto principal fazer uma revisão da literatura mais recente em torno da influência das emoções no universo jurídico, mostrando a amplitude de temas e domínios do direito que envolvem a afetividade humana. O primeiro capítulo dispôs sobre o contexto da inserção (ou não) das emoções no direito, buscando mostrar que a abordagem positivista foi, em boa medida, responsável pela supressão ou caráter secundário da afetividade na prática jurídica. Ademais, por conseguinte, foram elucidadas algumas perspectivas importantes sobre o futuro das emoções neste universo, explicando conceitos e compreensões importantes dos fenômenos dos elementos emotivos.

Com isso, foi possível perceber, que de fato, o positivismo teve e ainda tem uma parcela de responsabilidade considerável na tentativa de afastar a subjetividade do âmbito jurídico, uma vez que tal movimento tem como ideário principal, a racionalidade e a objetividade como preceito base nos procedimentos da prática jurídica. Ocorre que, mesmo havendo essa limitação da conexão entre as duas áreas, os estudos vêm crescendo e se desenvolvendo de maneira promissora, de modo que já há autores sugerindo a existência de um “giro afetivo” no direito⁶⁴.

Esses avanços recentes, aos quais esse trabalho se vincula, mostram que pesquisa nesta área, principalmente relacionada à influência das emoções no ato de decidir⁶⁵ e na aplicação das leis e no direito penal, contribuem para uma nova compreensão da ciência jurídica.

Nesse sentido, em um segundo momento, a missão deste trabalho consistiu em apresentar como as emoções estão inseridas nas decisões judiciais e, conseqüentemente, mostrar a atuação dos elementos emotivos no ato de julgar do magistrado, abordando da mesma forma, alguns disposições entre a legislação e as decisões judiciais, baseadas na teoria de Martha Nussbaum, que sinteticamente tem como foco principal a investigação da influência de alguns

⁶⁴ TAVARES, Rodrigo de Souza. **Direito e Sensibilidade: uma abordagem sentimentalista das relações entre direito e moral**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro. 2013. p.88.

⁶⁵ Ver, por exemplo, o estudo de MOREIRA, Fernanda. **A influência das emoções na tomada de decisão jurídica e o paradoxo abstrato x concreto**. *Revista de Direito*. Rio de Janeiro. s.d

elementos emotivos, como nojo, repugnância, vergonha e misericórdia nos procedimentos de julgar e aplicar as leis em determinados casos.

O terceiro capítulo deu espaço para a apresentação de importantes abordagens sobre as emoções no contexto jurídico, que é a abordagem analítica da correlação entre o direito e a emoção, pautada no entendimento de Terry Maroney, autora fundamental para a interpretação e compreensão dos distintos domínios de exploração e análise das emoções no mundo jurídico. A abordagem de Maroney está alicerçada em diversos focos de temas e problemas relacionando direito e emoções, subdivididos em seis categorias, todas denominadas como abordagens, seguido de um conceito importante para ilustração das nuances existentes na interconexão da afetividade e do direito.

Finalmente, a última sessão, teve como principal objetivo demonstrar de que forma as emoções estão presentes e inseridas em algumas das principais áreas do direito, como no direito civil, nas relações familiares e contratuais, nos procedimentos do processo civil, no que concerne a regulamentação das partes, no direito do trabalho, na relação entre empregado e empregador e, por último, mas não menos relevante, no direito penal.

A quarta e última seção, além disso, apurou sobre alguns procedimentos e conceitos importantes do direito penal, que sem dúvidas, possuem ampla conexão com os elementos emotivos. Foi possível explicar as atenuantes e agravantes de pena e os notáveis aspectos emocionais presentes até mesmo no código penal. Por fim, buscou-se analisar alguns componentes do rito do tribunal do júri popular e a vasta influência das emoções, principalmente, no momento de decisão dos jurados.

Com o desenvolvimento do presente trabalho, foi possível constatar que as emoções, embora ainda pouco estudadas e mencionadas na formação de graduação em direito, são um tema central e muito presente em diversos domínios do direito. Dessa forma, tanto na teoria, quanto na prática jurídica, há ainda um déficit de conhecimento da atuação e possibilidades de exploração de conteúdos afetivos, seja para pensar o direito como uma ciência ampla, não focada apenas em processos dedutivos de conexão entre lei e realidade individual, seja explorando os meandros da vida judicial, onde os distintos operados se deparam com situações emocionais. O estudo das emoções permite, nesse caso, desenvolver estratégias que complexificam a prática e a

teoria jurídica, superando saídas simplistas como desviar o foco do elemento emocional ou simplesmente pressupor uma perspectiva destituída de componentes afetivas. Em outras palavras, creio que esse trabalho permitiu mostrar que tentar driblar a presença da afetividade na teoria e na prática jurídica é teoricamente empobrecedor e, na prática, inviável, pois as emoções participam de modos diversos das decisões, na elaboração de leis, assim como nas negociações em tribunais e outros domínios, de acordo com a vasta “lista” de situações elencadas no decorrer do trabalho.

Á luz dessas considerações e da série de domínios que procuramos indicar a presença da afetividade no direito, esse trabalho não avançou no estudo dos riscos das emoções para a prática jurídica e nem mesmo para numa análise pormenorizada nas críticas ao giro afetivo no direito. Em termos gerais, podemos estabelecer como conclusão que a ampliação do estudo e da compreensão das emoções no direito é relevante, embora, como nos demais domínios científicos, é preciso compreender em que medida emoções cooperam para uma compreensão teórica mais concreta e sofisticada da teoria jurídica e, em que medida, decisões e outros procedimentos comuns no direito dependem do uso equilibrado, justo e coerente das emoções. O estudo dessas especificações não foram buscados nesse trabalho e é, assim como a tarefa aqui desenvolvida, um passo importante a ser desenvolvido. Todavia, estudos como esse servem exatamente para a evolução e crítica da tradição e práticas asseguradas. Ainda que de forma limitada, nos sentimos satisfeitos se alguma clareza tenha sido oferecida em torno de como emoções podem colaborar no direito, para que em breve outros pesquisadores possam analisar de forma mais completa qual o desfecho mais equilibrado para a relação entre as emoções e o direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Editora WMF Martins Fontes. São Paulo, 2009.

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

BANDES, Susan. **Repression and denial in criminal lawyering**. Buffalo Criminal Law Review. 2006.

BARBALET, Jack. **Science and Emotions**. Sociological Review. 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm . Acesso em: 15 ago. 2022.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo, 1995.

BÖHM, Gisela. **Emotional reactions to environmental risks: Consequentialist versus ethical evaluation**. Journal of Environmental Psychology. 2003,

CANTO-SPERBER, Monique. **A inquietude moral e a vida humana**. São Paulo, 2005.

COELHO, Nuno Manuel Morgadinho dos Santos. **Emoção, Direito e Educação Jurídica**. Revis Fac. Dir. Sul de Minas, v.32, n. 2: 143-162. Pouso Alegre, 2016.

DALRYMPLE, Theodore. **Podres de Mimados: As consequências do sentimentalismo tóxico**. Tradução Pedro Sette-Câmara. 2015.

DAMÁSIO, Antônio R. **O erro de Descartes: Emoção, razão e cérebro humano**. 24ª ed., Mem Martins. 2005.

DAMÁSIO, A. **The feeling of what happens: body and emotion in the making of Consciousness**. Harcourt Brace. New York, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. Saraiva. São Paulo, 2010.

EDWARDS, K.; BRYAN, T. S. **Judgmental biases produced by instructions**

to disregard: The (paradoxical) case of emotional information. Personality and Social Psychology Bulletin, 23, 849. 1997.

ELGIN, Catherine. 1996. **Considered Judgment.** Princeton: Princeton University Press. 1996.

ELGIN, Catherine. “**Emotion and Understanding**”. In **Epistemology and Emotions**, edited by Georg Brun, Ulvi Doguoglu and Dominique Kuenzle, 33–49. Aldershot: Ashgate. 2008.

FAGUNDES, Laura Helena de Souza. **As emoções racionais em Martha Nussbaum: Relevância no Ordenamento Jurídico.** Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pouso Alegre, 2014.

GOLDIE, Peter. Misleading. **Emotions.** In: **Epistemology and Emotions**, editado por Georg Brun, Ulvi Doguoglu e Dominique Kuenzle, 33–49. Aldershot: Ashgate. 2008.

HEIMSOETH, Heinz. **A Filosofia do século XX.** Tradução L. Cabral de Moncada. Saraiva. São Paulo, 1941.

ISAIA, B. Cristiano. **Processo Civil e Hermenêutica: Os fundamentos do Novo CPC e a necessidade de se Falar em uma Filosofia no Processo.** Curitiba, 2017.

JAMES, W. **The principles of psychology.** New York, 1890.

KAHAN, Dan M. **The Progressive Appropriation of Disgust, em Bandes.** 1999.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar.** Tradução Cássio de Arantes Leite. Editora Objetiva. Rio de Janeiro, 2012.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** Tradução Paulo Quintela. 70 Textos Filosóficos. Lisboa, 2007.

KELSEN, Hans. **Reine Rechtslehre**, 2ª ed., Viena. Tradução Teoria pura do direito. Martins Fontes, 7ª ed. São Paulo, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. Martins Fontes. São Paulo, 1998.

LIEBERMAN, J. D. **Head over the heart or heart over the head? Cognitive experiential self-theory and extralegal heuristics in juror decision making.** Journal of Applied Social Psychology, 32, 2526. 2002.

LITTLE, M. **Seeing and Caring: the role of affect in Feminist Moral Epistemology.** *Hypatia*, vol. 10, n. 3. 1995.

LUNA, Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca. **Pensar direito e emoção: uma cartografia.** Revista Brasileira Políticas Públicas, v. 8, nº 2, p. 27-47. Brasília, 2018.

MARONEY, Terry A. **Direito e Emoção: Proposta de taxonomia de um campo emergente.** Trad. por Matheus de Souza Depieri e Pedro Gonet Branco, editores-chefe da RED|UnB. O texto original foi publicado no ano de 2006 em “Law and Human Behavior”, Vol. 30, pp. 119-142, 2006, NYU Law School (DOI:10.1007/s10979-006-9029-9). Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília; 19ª edição. Brasília, 2021.

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

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** Ed. 10. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1988.

MILLER, W. I. **The anatomy of disgust.** Cambridge. Harvard University Press. Massachusetts, 1997.

MOREIRA, Fernanda. **A influência das emoções na tomada de decisão jurídica e o paradoxo abstrato x concreto.** *Revista de Direito.* Rio de Janeiro.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito.** 23ª Ed. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2003.

NUSSBAUM, Martha C. **El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, vergüenza y lei.** Tradução Gabriel Zadunaisky. Editora Romanyà Valls S.A. 2012.

NUSSBAUM, Martha C. **Hiding From Humanity: Disgust, Shame, And The Law.** Princeton and Oxford: Princeton University Press. 2004.

NUSSBAUM, Martha C. **“Secret Sewers of Vice”: Disgust, Bodies, and the Law, em Bandes.**

NUSSBAUM, Martha C. **Upheavals of Thought. The Intelligence of Emotions.** 2001.

NUSSBAUM, Martha C. **Equity and Mercy.** Philosophy & Public Affairs, Vol. 22, Nº 2 (Spring, 1993), pp. 83-125. Published by: Wiley-BlackwellStable URL: <http://www.jstor.org/stable/226544>

NUSSBAUM, Martha C., **Justicia Poética.** Trad. Carlos Gardini. Editorial Andrés Bello. Santiago de Chile, 1997.

NUSSBAUM, Martha C. **Paisajes del pensamiento. La inteligencia de las emociones.** Tradução Araceli Maira. Industrias Gráficas Huertas, S.A. Espanha, 2008.

NUSSBAUM, Martha C. **Secrets sewers of vice In: The Passions of Law**. New York University press. New York, 1999.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. **Discurso preliminar sobre el proyecto de código civil**. 2014.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica da decisão judicial**. 6. Ed. São Paulo, 2013.

POSNER, Eric A.. **Law and the Emotions**. 2000.

SAVIGNY, Friedrich Karl Von. **De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho**. 1946.

SILVESTRE, Ana Carolina Faria. **As emoções racionais e a realização prática do direito à luz da proposta de Martha Nussbaum; O papel das obras literárias e das emoções racionais no processo de tomada de decisão judicial**. Revista de Estudos Jurídicos, a. 15, n. 22. 2011.

STAACK, André Luiz. **A emoção como critério de decisão judicial**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2020.

TAVARES, Rodrigo de Souza. **Direito e Sensibilidade: uma abordagem sentimentalista das relações entre direito e moral**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio. Rio de Janeiro, 2013.

TOMKINS, S. S. **Affect, imagery, consciousness: The positive affects Vol. 2**. New York, 1962.

NUP: 23081.041934/2023-49

Prioridade: Normal

Ato de entrega de dissertação/tese

134.334 - Dissertação e tese

COMPONENTE

Ordem	Descrição	Nome do arquivo
1	Dissertação de mestrado (134.334)	Dissertação Caroline Alana Friedrich_versão final_com ficha catalográfica.pdf

Assinaturas

04/05/2023 13:15:29

FLAVIO WILLIGES (PROFESSOR DO MAGISTÉRIO SUPERIOR)
06.38.00.00.0.0 - DEPARTAMENTO DE FILOSOFIA - DFAF

Código Verificador: 2529982

Código CRC: f494ebfe

Consulte em: <https://portal.ufsm.br/documentos/publico/autenticacao/assinaturas.html>

